ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Quinta edición

TOMO II

IDEMSA
Lima - Perú

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

DERECHO PENAL

Parte Especial

TOMO II

Quinta edición

IDEMSA

Lima - Perú

Primera edición : Noviembre 2008

DERECHO PENAL
PARTE ESPECIAL
TOMO II

Derechos reservados conforme a ley
Quinta edición: Mayo 2019

© IDEMSA
Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá Nº 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José Nº 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri Nº 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú Nº 2019-06195
ISBN: 978-612-4315-49-7
Registro del Proyecto Editorial Nº 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita de los editores y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

En tributo a mi familia y a mis verdaderos amigos, quienes me apoyaron y me tendieron su solidaridad, en tiempos donde imperó la infamia, el abuso y el atropello. A todos ellos, mi compromiso a la búsqueda indeclinable de la verdad y, a una justicia apegada a los valores de un orden democrático de derecho. En ese objetivo, estas obras vienen a expresar mi convicción por esos valores, que nunca deben ser abandonados; la defensa al honor, consustancial a la dignidad humana, que toda persona tiene el derecho de defender de manera firme y categórica.

PRESENTACIÓN
A LA ÚLTIMA EDICIÓN

El Código Penal de 1991, habría de ser catalogado virtuoso en su tiempo, encomiable texto normativo, desde un doble baremo a saber: primero, de adaptar la ley penal a las nuevas corrientes dogmática-penales basadas en la idea *ius –filosófica* de un Estado Social y Democrático de Derecho y las corrientes político-criminales de la época, que apuntalaban a una reorientación del Derecho penal hacia fines esencialmente valorativos y, segundo, de hacer del aparato punitivo un mecanismo tutelar de las libertades fundamentales, no como instrumento de represión sino como un medio de prevención de la conducta desviada. Por tales motivos, se erige la violencia institucionalizada que se plasma a través del Derecho penal, en dique de interdicción frente a la arbitrariedad pública. Para la obtención de dichos cometidos, fue que el legislador compilo en el Título Preliminar del C.P, una serie de principios (v. gr., de legalidad, de protección de bienes jurídicos, de lesividad, de culpabilidad, proporcionalidad, de prevención especial, etc.), como límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal.

El texto punitivo habría de amoldarse al basilar normativo que tomo lugar en la Ley Fundamental de 1979, que tiene como valor supremo a la persona humana y su dignidad inherente, tal como se recoge en el primer articulado de la Carta Magna de 1993. Por consiguiente, la política criminal que redefine la proposición normativa tiene como fin principal: el respeto por la persona humana, de que la ley penal no sea concebida como una reacción en puridad retributiva, sino como el resorte de mayor coacción estatal a fin de configurar una sociedad democrática, donde gobierne la paz y el respeto entre los ciudadanos. El Derecho penal no puede aspirar a más, sólo a prevenir y a proteger los bienes jurídicos fundamentales, es por ello, que su intervención se somete a los principios de subsidiariedad, de fragmentariedad y de *ultima ratio*. Principios garantísticos que han sido contravenidos en los últimos años por el legislador en mérito a las constantes modificaciones que se han producido en los diversos tipos legales comprendidos en la Parte Especial, que han terminado por socavar la sistematicidad, logicidad y unidad conceptual que debe caracterizar a todo cuerpo normativo. Descripción política y normativa que ha de ser descrita como una demencial formulación

legislativa, conducida a la denominada «irracionalidad punitiva», que a lo largo de esta monografía se hace hincapié en mucho de sus preceptos en cuestión.

Retomando la concepción original del Código Penal, debemos señalar que los destacados juristas que participaron en dicha Comisión Revisora[1], realizaron un fatigoso y prolijo trabajo, pues habría de redefinir, de reformular el CP de 1924, a los nuevos vientos que se respiraban en aquel entonces, traído a más por las nuevas tendencias dogmáticas, que basaban su teorema en una actuación interdisciplinaria entre la ciencia jurídico-penal *strictu sensu* con la política criminal. Aspecto científico que debía ser complementado con el análisis criminológico, no podemos postular *per se* un Derecho penal únicamente sostenido sobre una dogmática sólidamente estructurada sobre elementos intra-sistemáticos que puedan responder de manera uniforme a las variadas formas de comportamiento humano que se recogen en los tipos penales, en la medida que dicho análisis científico debe partir de una base fáctica, empírica si se quiere, de la observación de los fenómenos conductivos, en base al método inductivo, particularidad que caracteriza a la ciencia criminológica. Con ello tendemos un puente entre la norma y la sociedad, es decir, entre la dogmática y la sociología criminal. Puente que es asumido por la política criminal. El problema es cuando se produce el divorcio entre el Derecho penal y la criminología, al poder caerse en una política penal esencialmente decisionista o en una normativización inflacionista, todo lo contrario se debe ejercer un equilibrio entre ambas ciencias, a fin de encontrar el balance ideal, para hacer del aparato punitivo un confín de valores (axiológico) y a la vez un instrumento idóneo para afrontar pacíficamente la conflictividad social provocada por los comportamientos «socialmente negativos».

¿Por qué es importante esta relación interdisciplinaria?, por la sencilla razón de que el Derecho penal no es una ciencia estática e inamovible, todo lo contrario su dinamicidad es una propiedad fundamental, al permitir que las normas jurídico-penales puedan adecuarse a las nuevas estructuras de la sociedad. La criminalidad del siglo 19 no es la misma que la del siglo 20, mientras que en la primera los robos, los hurtos y el asesinato, eran las figuras delictivas de mayor incidencia delictiva, en el segundo, aparecen nuevas manifestaciones criminológicas, basadas en el poder económico y financiero, dando lugar a un Derecho penal económico y/o de la empresa.

Ahora bien, el umbral del tercer milenio, nos pone en escena también nuevas variantes conductivas, susceptibles de lesionar y/o poner en peligro bienes jurídicos –merecedores de tutela penal-. La energía nuclear,

(1) Entre ellos, Juan Portocarrero Hidalgo, Pedro Méndez Jurado, Luis López Pérez, Luis Bramont Arias, con la colaboración del ilustre penalista Raúl Peña Cabrera.

las clonaciones, la genética, el vertiginoso campo de la informática[2], configura conductas que pueden sobrepasar el estándar de lo jurídicamente «permisible», cuando se sobrepasa el riesgo jurídicamente desaprobado. Constituye una descripción compleja de la forma como en la actualidad se desarrollan las relaciones inter-humanas, que requieren ser focalizadas por el legislador, amén de definir si merecen ser elevadas a la categoría de «comportamientos penalmente reprobados», mediando la técnica de los delitos de peligro abstracto, al construirse dichos bienes jurídicos sobre una plataforma supraindividual.

Dicho lo anterior, resulta plausible, que el legislador haya incluido en el catalogo delictivo, a los tipos penales de lesiones al feto[3], delitos informáticos y la manipulación genética. Con los tipos tradicionales de estafa, hurto y apropiación ilícita, etc., no era jurídicamente factible penalizar este tipo de comportamientos, que por su particularidad y singularidad, debían ser recogidos en nuevas construcciones normativas, so pena de vulnerar el principio de legalidad.

El C.P. de 1991 en su Exposición de Motivos recoge las ideas antes anotadas, cuando en uno de sus párrafos se señala lo siguiente: "Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa[4], constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social, presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva".

La interrogante sería la siguiente ¿Se requiere elaborar un nuevo Código Penal o es que el actual bastaría con ser reformado parcialmente?, al respecto, primero ha de decirse lo siguiente: que en la actualidad existe ya desde hace unos años una Comisión de Reforma del Código Penal[5], segundo, que la mácula principista (Título Preliminar), sobre la cual se erige todo el cuerpo del texto punitivo resulta aún vigente e idónea para poder asumir las

(2) A lo cual debemos sumar, los atentados contra el «Sistema Crediticio», comprendido en el Título VI, Capítulo I, que sustituye a las añeja figura de la quiebra; ver más al respecto, artículos 209° y ss.

(3) Aunque aún en este ámbito de la criminalidad se advierten ciertos vacíos, que podrían ser colmados con la penalización del aborto culposo y las lesiones al feto imprudentes; Al respecto, ver los artículos 114° y 124°-A.

(4) Ha de referirse al C.P. de 1924.

(5) La cual integré desde el año 2004 a 2006, en representación del Ministerio Público como representante alterno, conjuntamente con el Dr. Mateo Castañeda Segovia, como miembro titular de la institución. Comisión que en la actualidad cuenta con nuevos miembros.

reformas que sean necesarias y, tercero, aquí esta el meollo del asunto, en lo que respecta a las múltiples e incesantes reformas penales que el legislador ha efectuado desde el año 1998, con la sanción de los poco auspiciosos «delitos agravados», hasta los últimos Decretos Legislativos de junio de 2008[6], que a la postre lo único que han generado es el quebrantamiento de la sistematicidad[7], coherencia y plenitud conceptual que ha de cautelarse en cualquier codificación legal, donde las modificaciones han apuntado a varios nortes: -a una sobrecriminalización (pena de cadena perpetua[8]), a la inclusión de nuevas circunstancias agravantes, sobre todo, en el marco de los injustos pertenecientes al «Derecho Penal Nuclear»[9] y a la incorporación de nuevos tipos penales bajo el contexto de bienes jurídicos que por su contenido etéreo no justifica que sean alcanzados por una pena, con arreglo al principio de «ofensividad»[10]. Consecuentemente, contamos con un Código Penal que paulatinamente ha ido perdiendo rigor científico y coherencia argumental, lo que problematiza sobremanera la tarea de interpretación normativa, que han de efectuar, tanto doctrinarios como juzgadores, por tales circunstancias el principio de legalidad resulta significativamente debilitado[11] [12].

---

(6) El Decreto Legislativo N° 1084 modifica el tipo penal de hurto simple – artículo 186°, extracción ilegal de especies acuáticas - artículo 309° e incorpora el tipo penal de falsedad en el reporte de los volúmenes de pesca capturados – artículo 428°-B.

(7) A decir de Llamas, A., el sistema se concibe igualmente como un conjunto ordenado de normas que cuenta con una coherencia interna de sus componentes básicos, especialmente de las normas como unidades básicas del ordenamiento jurídico; *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 190.

(8) Que fuese incluida en el sistema de punición vía el Decreto Legislativo N° 895, luego modificado por el Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007; Ver más al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Rodhas, Lima, 2007, cit., ps. 899-918.

(9) Robo agravado, extorsión, delitos contra la libertad e intangibilidad sexual, lavado de activos, narcotráfico y terrorismo; paradójicamente, injustos que merecen también de una reacción punitiva como la figura del monopolio han sido derogados, vía el Decreto Legislativo N° 1034 del 25 de junio de 2008, en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con USA. Importa un doble discurso, mientras que al crimen convencional se le castiga duramente, a la criminalidad económica se le trata con guantes de seda.

(10) De forma puntual, el tipo penal de «Discriminación», recogido en el Capítulo IV del Título XIV-A – Delitos contra la Humanidad.

(11) En palabras de Llamas, existe antinomia cuando dos o más normas regulan un mismo supuesto de hecho, estableciendo una consecuencia jurídica que es contradictoria u opuesta entre sí; *Curso de Teoría del Derecho.*

(12) En esta oscuridad normativa, producto de la irracionalidad de cómo se sancionan las leyes penales en general, aparece una luz, que de cierta forma puede remediar estas dicotomías legales, cuando los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, se reúnen periódicamente y promueven la producción de «Acuerdos Plenarios», constituyendo jurisprudencia vinculante para todos los órganos jurisdiccionales que administran

¿Cómo podemos definir a un Código Penal o, mejor dicho cuando podemos decir que su construcción intra-normativa es legítima según el orden de valores que se desprende de la Ley hipotética fundamental? *Un texto punitivo debe recoger las aspiraciones legítimas de un pueblo, en tal mérito debe proteger los intereses jurídicos de mayor relevancia con arreglo al principio de «jerarquía normativa», mediando técnicas legislativas que con un lenguaje sencillo y claro pueda calar perfectamente en la psique de los individuos, a fin de motivarlos a la realización de conductas valiosas, en cuanto a la configuración de una coexistencia pacífica, bajo el gobierno de las leyes y el respeto irrestricto a la libertad humana, no puede por tanto, erigirse en un resorte catalizador de ideologías sectoriales de ciertos núcleos de la sociedad, pues su relatividad inherente puede desencadenar penalizaciones ilegítimas, que en vez de tutelar la libertad en verdad, termine por reducir los márgenes de actuación de los propios ciudadanos.*

Por consiguiente, hemos de convenir que el Derecho penal que se cristaliza en las normas que se glosan en la Parte Especial del CP, han de servir únicamente para la «protección preventiva de bienes jurídicos».

- La Parte Especial y su relación con la Parte General

La conducta humana puede adquirir un sinnúmero de matices, de adscripciones fenoménicas, cuya valoración positiva por parte del legislador, puede dar lugar a la construcción de una figura delictiva, que es recogida en los diversos tipos legales que se han comprendido de forma enunciativa en la Parte Especial del C.P. así como en diversas Leyes Penales Especiales[13]. La clasificación de dicho comportamiento humano como «delictivo», tiene que ver básicamente con razones de «materialidad lesiva», en cuanto a la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos merecedores de tutela punitiva. Son variadas las formas de conducta que han sido glosadas en las tipificaciones penales en cuestión, pero dicha cuestión fenoménica ha de ser relacionada con el bien jurídico, que ha sido el orden que con propiedad de hermenéutica y sistematización ha utilizado el legislador para clasificar y reglar la conducta «penalmente prohibida» y, que contiene a la par, es decir, de forma uniforme los elementos «normativos y descriptivos», que de forma conjunta dan lugar al juicio de tipicidad penal; (...) la Parte Especial es fundamentalmente *homogénea* en cuando a su contenido, aunque no siempre

Justicia Penal en la República. Lo cual resulta factible, a partir de la inclusión del artículo 301°-A en el C de PP, vía el Decreto Legislativo N° 959 del 17 de agosto de 2004, en el marco del proceso de implementación del nuevo CPP. A tales efectos, se consideró importante incluir algunas de estas decisiones en los tipos penales en cuestión, a fin de que el análisis dogmático sea cotejado con la «teoría práctica» del Derecho penal.

(13) El DL N° 25475 – Ley que regula los Delitos de Terrorismo; Decreto Legislativo N° 813 – Delitos tributarios; Ley N° 28008 – Ley sobre los Delitos Aduaneros y la Ley N° 27765 – Ley de Lavado de Activos.

éste se limita a expresar formulaciones típicas, sino que, a veces aparecen éstas acompañadas de "pequeñas partes generales", esto es, de referencias puntuales a específicas causas de justificación o de inculpabilidad[14] [15].

El bien jurídico constituye el elemento material, que le otorga legitimidad al Estado para intervenir coactivamente, ejerciendo una represión que puede alcanzar la privación de libertad de un ciudadano. Nos aferramos al núcleo de esta visión material, que algunas veces puede alcanzar ribetes de inmaterialidad, al erigirse como el único instrumento que con propiedad puede definir los límites de intervención del *ius puniendi* estatal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, al margen de los reparos que puedan formularse desde otras posiciones sociológicas y filosóficas. Considero que la teoría del bien jurídico es la que más se ajusta a los valores que se desprenden de nuestra Ley Fundamental y, a los derechos superiores de la persona y la colectividad, con arreglo a postulados político criminales. Así, SILVA SÁNCHEZ, al sostener que la exigencia de que el Derecho Penal intervenga exclusivamente para proteger bienes jurídicos (penales) constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno[16].

Hablar de una conducta humana que ha sido catalogada como «delictiva» y, que es objeto de un análisis dogmático-descriptivo, como ha sido plasmado en la presente obra, nos obliga a remitirnos a las instituciones que se han cobijado normativamente en la Parte General del CP. No podemos pretender elucubrar un análisis dogmático de las figuras delictivas descritas en la Parte Especial, si es que no manejamos con corrección los elementos categoriales del delito, definidos a partir de elementos que son identificables en cualquier manifestación delictiva, que permite a su vez dilucidar, si es que en realidad el comportamiento que es valorado, es constitutivo de un «injusto penal, culpable y en algunas oportunidades punible», tomando en cuenta no sólo que la afirmación de dichas categorías convalidan la reacción punitiva, pues debemos agregar que la sanción penal, la pena, debe consistir en una respuesta estatal cuya racionalidad está condicionada a tres principios fundamentales: de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, concatenado con los fines preventivos de la pena. En tal virtud, el delito tentado debe recibir una pena atenuada con respecto al delito consumado, así como el injusto culposo en relación al injusto doloso, la complicidad en comparación con la autoría. Lo que queremos enfatizar en todo caso, es que la interpretación de las descripciones típicas propuestas en la Parte Especial, requieren irre-

---

(14) VIVES ANTÓN, T.S. y otros; *Introducción*. En: Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 41.

(15) En este caso del delito de Secuestro, que incluye en su redacción ya las causas de justificación, así también las Excusas Absolutorias como causas supresoras legales de punibilidad, mas hasta en algunos casos el legislador ha normado instituciones propias del Derecho Procesal Penal, recogida en el artículo 213° del C.P.

(16) SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., p. 267.

mediablemente del uso adecuado de los elementos categoriales comprendidos en la Parte General. De no ser así, el intérprete se arroja a una laguna sin agua, con la consecuencia inevitable de arribar a resoluciones contradictorias, carentes de toda razonabilidad. Análisis dogmático, que debe ser complementado, mediante consideraciones de orden político criminal; una interpretación puramente científica, por más pulcra que ésta sea, puede definir ámbitos ilegítimos de intervención punitiva; v. gr., la penalización del autoaborto tentado por la gestante[17].

A decir de VIVES ANTÓN, la formulación de criterios doctrinales que proporcionen pautas de delimitación del carácter general o especial de los distintos preceptos presupone la formulación del conjunto de notas que caracterizan la esencia de la Parte General y de la Especial[18].

Por lo expuesto, la dogmática jurídico-penal ocupa una misión central en las tareas de interpretación y aplicación del derecho positivo vigente, según reglas de orientación teleológicas y axiológicas a la vez. La Dogmática Penal constituye la actividad encaminada a desentrañar el significado de las normas jurídicas integrantes del Derecho Penal, procurando la interpretación coordinada y crítica de las disposiciones penales[19]. Dejar de lado la dogmática penal por parte del juzgador, importaría una aplicación literal de las normas jurídico-penales, desembocado en la arbitrariedad, en la injusticia, sobre todo en la producción de resoluciones abiertamente contradictorias, desdeñable desde un punto de vista de seguridad jurídica consustancial a un Estado de Derecho.

Debemos apuntalar a un estadio de «racionalidad normativa», de que la interpretación y aplicación de las normas penales partan de un método, que por su rigurosidad científica y por su correspondencia con la realidad social, pueda proponer salidas pacíficas y a la vez coherentes a la conflictividad social generada por el hecho punible. La racionalidad dogmática, dice Vega López es (...) el instrumento conformador que sirve para "cerrar" internamente el sistema jurídico en su proceso de permanente creación y recreación práctica por los operadores del Derecho y representa por ello un momento interno y necesario en el propio proceso de construcción e imposición de la normatividad jurídica en cuanto normatividad social *secundaria*[20]. Así, GIMBERNAT, al escribir que la dogmática penal ha hecho posible al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerla de la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la impro-

(17) Vid, al respecto el comentario sobre el artículo 114° del CP.

(18) VIVES ANTÓN, T.S. y otros; *Introducción*. En: Derecho Penal. Parte Especial, cit., p. 41.

(19) POLAINO NAVARRETE, M.; *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, cit., p. 55.

(20) VEGA LÓPEZ, J.; *Aproximación a la estructura gnoseológica del campo jurídico-penal*. En: Estudios de Filosofía del Derecho Penal, cit., p. 70.

visación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución[21].

Finalmente he de señalar que el presente trabajo constituye el primer tomo de un análisis exegético que nos hemos comprometido ejecutar de toda la Parte Especial del Código Penal de 1991. Empresa en realidad difícil, no sólo por lo extenso del tópico en cuestión, sino también por las incesantes e irrefrenables reformas penales que el legislador y el Poder Ejecutivo traen a la luz día a día; no por ello, ajena de satisfacciones, en el sentido, de que los comentarios plasmados en esta monografía puedan coadyuvar al estudiante, al juez, al fiscal o todo lector en general, a realizar sus respectivas funciones con corrección y, así poder contribuir a que la Justicia Penal en el Perú pueda recuperar su legitimidad ante el colectivo. Habiéndose revisado y actualizado la presente obra conforme los Decretos Legislativos sancionados recientemente por el Poder Ejecutivo en materia de seguridad ciudadana así como otras modificaciones en los delitos de trata de personas y atentado contra las condiciones de seguridad e higienes industriales.

No queda más que agradecer a todos aquellos que han coadyuvado con un granito de arena a la elaboración de esta obra, especialmente a mi madre por haberme motivado a seguir adelante, a pesar de los momentos difíciles que a veces la vida nos pone en el camino, así como la confianza del Editor depositada en mi persona. Lo importante es de superarlos y darnos cuenta que ésta no ha de guiarse en exclusividad a objetivos estrictamente materiales, sino que a veces lo espiritual y lo emotivo puede darnos la más grande de las satisfacciones.

Lima, noviembre del 2015

Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre

(21) Gimbernat Ordeig, E.; *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, cit., p. 78.

PRESENTACIÓN

Es sabido por todos, que toda codificación legal ha de preservar tres elementos a saber: -plenitud, coherencia y sistematicidad normativa; llevados dichos argumentos al texto punitivo, ello significa la armonía que debe subyacer entre los principios garantísticos -contenidos en su Título Preliminar-, con las diversas figuras delictivas, que el legislador ha glosado en el pórtico de la Parte Especial. Dicha armonización de la codificación penal, importa que la construcción de los tipos penales, se corresponda con los presupuestos de punición que se comprenden en el marco de un «Derecho penal democrático», es decir, la legitimación del *«ius puniendi»* estatal, tiene que ver precisamente, con el respeto inescrupuloso de sus criterios de limitación, en orden a cautelar la razonabilidad de la intervención punitiva en el ámbito de las libertades fundamentales.

Debe predicarse, entonces, la necesidad de que la tipificación penal, en cuanto a la descripción normativa de la «conducta prohibida», no sólo cumpla con la formalidad político criminal, de acuerdo a la exclusividad de la creación legislativa -por parte del legislador-, sino que a ello debe aparejarse, la imperiosa elaboración de un concepto «material» delito, en el sentido, de que la conducta a incriminar, cumpla con el estándar de «lesividad» u «ofensividad», que debe desentrañar todo comportamiento, al cual se le quiere revestir de la propiedad de «delictiva». Y, dicha categoría teórica- conceptual, ha de construirse conforme a un baremo de reproche social generalizado, esto es, todos los miembros de la sociedad, han de percibir una alarma social, producto de la grave perturbación que dicha conducta humana provoca en las bases existenciales de la comunidad, en cuanto a la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico; de no ser así, si es que el legislador procede a elaborar o dígase a sancionar la conducta *penalmente prohibida, sobre la base de estimaciones sectoriales valorativas, de ciertos sectores representativos de la sociedad, el Derecho penal se convierte en la panacea de intereses ideológicos, culturales y puramente políticos, provocando su deslegitimación, una huída ciega, que conduce a un callejón sin salidas, que*

a la postre arrastra a la normatividad penal a un oscurantismo intelectual plagado de infortunios, para los propios intereses ciudadanos.

Si algo debe defenderse siempre, -sobre todo ante la irrefrenable política penal de la coyuntura actual del Perú-, es de sujetar la interpretación de las normas jurídico-penales, a los principios de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad y jerarquización del bien jurídico -penalmente tutelado; principios que en consuno, se han visto gravemente contravenidos en las últimas reformas de política criminal en el país; donde sin duda, es el complexo normativo de la Parte Especial, que se ha visto más afectado con el fenómeno del *inflacionismo punitivo*. Basta dar un vistazo a los tipos penales, -agrupados en las diversas titulaciones de la PE del CP-, para advertir las innumerables modificaciones que han sufrido los tipos delictivos en particular, sobre todo en el ámbito del «Derecho Penal Nuclear», producto de las demandas continuas de la sociedad, por una mayor penalización, dando lugar a un clientelismo legislativo, que cala perfectamente en un legislador muy atento a satisfacer dicho clamor ciudadano.

De recibo, si es que se comparamos el texto normativo original del CP, con el actual, luego de transcurrido casi doce años de su promulgación, lo que observamos es un cuerpo legal abiertamente «asistemático», con evidentes fisuras e incompatibilidades insalvables entre sus tipos penales, donde las reformas legales se muestran imparables, no en vano algunas figuras delictivas van desde el literal a) hasta el f). Así, se tiene, que desde que se sancionan los mal llamados «delitos agravados» en 1997,- cuya mácula reformativa, incide principalmente en los delitos convencionales-, se pierde toda proporcionalidad en la sanción punitiva, pues los injustos preterintencionales (Secuestro, Violación sexual seguida de muerte, Robo agravado y Extorsión), donde acaece la muerte de la víctima, se le causa lesiones graves o el agente es integrante de una organización delictiva, la pena es de cadena perpetua, en comparación con los delitos de Asesinato y Parricidio, donde la máxima sanción es de 35 años de pena privativa de libertad, a pesar de que la muerte del sujeto pasivo es causada dolosamente, a diferencia de los primeros, donde la eliminación del agraviado es ocasionada de forma «imprudente», tal como se indica en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116. Es a tal efecto, que el principio de jerarquización del bien jurídico tutelado, es notablemente vulnerado, pues la vida, es el interés jurídico más importante de todo el elenco de valores -constitucionalmente consagrados-, desde una posición filosófica humanista.

Es de verse también, que el principio de legalidad, conforme el mandato de «determinación», importa que los enunciados penales típicos, han de ser construidos, mediando el empleo de términos claros, precisos y cerrados, dejando mínimos espacios de discrecionalidad interpretativa al operador jurídico; dictado consustancial a un Estado Constitucional de Derecho, que no se ha preservado en nuestra legislación penal, merced al numeroso elenco

de circunstancias de agravación, que se han incorporado en muchas figuras delictivas tradicionales; técnica casuística, que lo que genera finalmente, es un caos interpretativo, que muchos problemas provoca al momento de proceder al proceso de adecuación típica. Una cuestión similar, se aprecia, ante el evidente entrecruzamiento, que toma lugar entre algunos tipos penales, al revelar elementos constitutivos comunes; v. gr., entre el Secuestro y la Extorsión, entre la Apropiación ilícita (circunstancia de agravación) y el Peculado por Extensión y otros ejemplos más, cuya solución debe deducirse tomando en cuenta el criterio teleológico que debe encauzar la labor interpretativa.

Por otro lado, la «irracionalidad punitiva», -adquiere todo su esplendor-, cuando el legislador criminaliza la conducta humana, sobre el soporte de postulados éticos y/o morales de ciertos sectores de la sociedad, que creen ver en el Derecho penal un mecanismo de reivindicación, de ciertos grupos vulnerables de la sociedad, como sucedió en el caso del «Feminicidio», con la dación de la Ley N° 29819 de diciembre del 2011 («Derecho Penal Denominativo[22]»); como si el derecho punitivo fuese la vía idónea para palear la discriminación del hombre hacia la mujer, al margen de reconocer la violencia que cunde en las familias peruanas, que ha de ser contenida con otros medios de control social, dejando al Derecho penal una misión, sólo encaminada a proteger bienes jurídicos. En este mismos alud, la reforma acaecida por la Ley N° 28704, al inciso 3) del artículo 173° del CP en el año 2006, de penalizar las relaciones sexuales consentidas con una persona (hombre o mujer), mayor de 14 años y menor de 18, puso al desnudo el clientelismo de la normativa penal, en cuanto a satisfacer dogmas de ciertos sectores conservadores de la sociedad, que se olvidaron que el legislador de 1991, les reconoció «Libertad Sexual», a los adolescentes y, que el Derecho penal únicamente ha de intervenir, cuando dicha libertad se vea realmente afectada. Felizmente, ante un legislador poco atendible a corregir errores de tal trascendencia, es que la Corte Suprema, en el marco de las atribuciones que le confiere el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, es que procedió a dictar varios Acuerdos Plenarios -sobre la materia-, indicando en el N° 4-2008, que ante relaciones sexuales, donde no media ni violencia ni amenaza, ni otro medio coactivo de la voluntad humana, la conducta es «atípica», por lo tanto no susceptible de sanción penal; y, si concurren dichos medios, de acuerdo a lo sostenido en el Acuerdo Plenario N° 1-2012, toma lugar una reconducción típica, a los alcances normativos del artículo 170° (in fine). No pudiendo ser de otra forma, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC, declaró la inconstitucionalidad del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, por lo tanto inaplicable a los casos concretos, con importantes efectos jurídicos en el tiempo. Finalmente, la dación de la Ley N° 30076 -de agosto del 2013-, se encargo de expulsar la

(22) Ahora, luego de la dación de la Ley N° 30068 del 18 de julio del 2013, pasa a llamarse como un «delito de odio».

absurda acriminación del listado punitivo, desarraigando su posibilidad aplicativa a toda consecuencia.

Es conforme a lo anotado, que en la presente edición actualizada de nuestra Parte Especial, pretendemos brindar al lector, un estudio integral de los tipos penales, no sólo desde un punto de vista dogmático, sino también con una importante cuota de reflexión política criminal, aparejando las propuestas de *«lege ferenda»*, que permitan contar con una legislación penal más acorde a la nueva descripción de la sociedad moderna. De ahí, que debamos también acoger positivamente, inclusiones de tipos penales como los delitos de «Minería ilegal» así como el de «Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales», los cuales se adscriben perfectamente en la «Sociedad de Riesgo».

Así, es de verse también, -que el legislador-, en esta irrefrenable reforma normativa, luego de encajar varios proyectos de ley, da patente de corsé a la denominada «Ley de Seguridad Ciudadana», a través de la dación de la Ley N° 30076[23], del 19 de agosto del 2013, que no sólo ha incidido en modificaciones en el marco de las redacciones legales de los articulados, -tanto de la Parte General como de la Parte Especial-, sino que también ha supuesto la inclusión de nuevos articulados, anclados en las bases determinativas de la pena y en la puesta en vigencia de nuevas figuras delictivas, en el listado de los injustos penales, glosados a todo lo largo de la PE. Empero, como tendrá oportunidad de avizorar el lector, estas innovaciones normativas calan exclusivamente en el ámbito de los delitos convencionales, en el llamado «Derecho Penal Nuclear», que tiene que ver con la tutela de los bienes jurídicos fundamentales así como en el núcleo de los delitos que atentan contra bienes jurídicos colectivos, pero de íntima vinculación con los primeros. Esta perspectiva, proporciona un panorama que se adscribe en el «Derecho Penal Securitario», si bien encuentra fuerte calado en las estadísticas criminológicas, no es menos cierto, que su impulso viene influenciado por la presión de una opinión pública, muy necesitada de reforzar su percepción más cognitiva, que fáctica; esto implica, que se piensa equívocamente, que con una mayor represión se va lograr contener esta demencial delincuencia, algo en puridad inmediatista, pues una correcta política criminal deviene en un referente obligado de la información criminológica, y así atacar la génesis de la conducta delictual, algo que poco interesa a los políticos, entendiendo éstos, que sólo con mas delitos y penas de mayor gravedad, se va a poder resolver tan aguda problemática. Es decir, esta política penal *punitivista*, significará únicamente hacer uso de un mecanismo punitivo adentrado exclusi-

(23) En esta misma orientación de política criminal se emite la Ley N° 30077 - «Ley de lucha frente al Crimen Organizado», cuya entrada en vigencia ha sido postergada a julio del 2014; no obstante, sus efectos han sido objeto de abordaje en la presente edición actualizada de la PE.

vamente en raíces retributivas, lo que resulta incompatible con una política criminal encaminada a la *inclusión social, por lo que en vez de emplearse el presupuesto público en la construcción de más escuelas e instituciones educativas, habrá que echar mano de este dinero en la construcción de un extendido Sistema Penitenciario*, algo que remece los cimientos de un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho.

Terminamos estas líneas introductorias, subrayando la idea, de que la *dogmática jurídico-penal, no sólo tiene un promisorio futuro, sino que tiene un latente presente, en orden a cautelar la racionalidad interpretativa de las normas penales*, máxime ante coyunturas, por las cuales atraviesa el Perú, donde el legislador legisla a espaldas de la doctrina y de los fundamentos filosóficos de un Derecho penal democrático, por la que la verdadera labor de un jurista es de denunciar esta forma apocalíptica de legislar penalmente y no de aplaudir los desaciertos del Parlamento en las tribunas de la prensa.

Por último, hemos de destacar nuestra enorme satisfacción, de observar que nuestros planteamientos doctrinales, sean acogidos por la jurisprudencia, en pos de fortalecer la seguridad jurídica que debe imperar en nuestra Justicia Penal, lo cual nos motiva para seguir cultivando la fascinante ciencia del Derecho penal. No nos queda más que agradecer al editor, sobre todo a mi familia, por su colaboración permanente, en nuestros cometidos más preciados, como es de contribuir a la juridicidad del Perú.

Lima, marzo del 2014.

Alonso R. Peña Cabrera Freyre

Docente en la Maestría de Ciencias Penales de la UNMSM

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- **Art./Arts.** - Artículo/artículos
- **NCPPP** - Nuevo Código Procesal Penal peruano
- **BCR** - Banco Central de Reserva
- **CPP** - Código Procesal Penal de 1991
- **C de PP** - Código de Procedimientos Penales
- **C.P.** - Código Penal de 1991
- **CPE** - Constitución Política del Estado de 1993
- **CEP** - Código de Ejecución Penal
- **CPC** - Código Procesal Civil de 1993
- **CPC** - Código Procesal Constitucional
- **C.C** - Código Civil de 1984
- **C de C** - Código de Comercio
- **CNA** - Código de los Niños y los Adolescentes
- **CNM** - Consejo Nacional de la Magistratura
- **CE** - Constitución Española
- **CM** - Consejo de Ministros
- **CGR** - Contraloría General de la República
- **CJM** - Código de Justicia Militar
- **CPCH** - Código Penal Chileno
- **CPAR** - Código Penal Argentino
- **CPE** - Código Penal Español

- **CNA** - Constitución Nacional Argentina
- **GC** - Garantías Constitucionales
- **DU** - Decreto de Urgencia
- **LO** - Ley Orgánica
- **LOMP** - Ley Orgánica del Ministerio Público
- **LOPJ** - Ley Orgánica del Poder Judicial
- **L** - Ley
- **LGS** - Ley General de Sociedad
- **LMV** - Ley de Mercado de Valores
- **LRE** - Ley de Reestructuración Empresarial
- **LTV** - Ley de Títulos Valores
- **Dec. Leg.** - Decreto Legislativo
- **DL** - Decreto Ley
- **DS** - Decreto Supremo
- **SBS** - Superintendencia de Banca y Seguros
- **STC** - Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
- **CIDH** - Corte Interamericana de Derechos Humanos
- **EJEC.** - Ejecutoria suprema o superior
- **PV** - Precedente vinculante
- **CPE** - Constitución Política del Estado
- **LECrim** - Ley de Ejecución Criminal española
- **TEDH** - Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- **CPPCH** - Código Procesal Penal Chileno
- **MP** - Ministerio Público
- **MF** - Ministerio Fiscal
- **RL** - Resolución Legislativa
- **RM** - Resolución Ministerial
- **SP** - Sala Plena
- **STCE** - Sentencia del Tribunal Constitucional español
- **STSE** - Sentencia del Tribunal Supremo español

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria 5
Presentación a la última edición 7
Presentación 15

VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD 41
1. Antecedentes normativos 41
2. Fundamento de la incriminación 43
3. Bien jurídico 46
4. Tipo objetivo 47
   4.1. Sujeto activo 47
   4.2. Sujeto pasivo 47
   4.3. Acción típica 48
5. Tipo subjetivo 50
6. Consumación 52
7. Concurso de delitos 53
8. Incidencias normativas, producidas por la Ley N° 28704, en el ámbito de la configuración típica 53
9. Análisis a la Ley N° 30076 (derogación del inc. 3) del artículo 173°) 56
10. Agravante 58
11. Consecuencias penológicas y criterios jurisprudenciales 59
12. Análisis de la reforma legal al artículo 173°, Vía la Ley N° 30838 63
13. Comentario al Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 66
   13.1. Análisis de la Ejecutoria N° 1006-2156 – Segunda Sala Penal de Arequipa 68
   13.2. Acuerdo plenario N° 1-2012/CJ-116 77
   13.3. Análisis a la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC - artículo 173° INC. 3 del Código Penal 80
14. Análisis a la sentencia desde un punto de vista material de los tipos penales .. 86
15. El principio de proporcionalidad y su relación en el test de constitucionalidad de las normas penales 90
16. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad en el tiempo 94

VIOLACIÓN DE MENORES SEGUIDA DE MUERTE O LESIÓN GRAVE 97
1. Consideraciones generales 98
2. Tipo objetivo 99
   2.1. Violación seguida de lesión grave o muerte 99
   2.2. Violación producida con crueldad 103

3. Tipo subjetivo 104
4. Consumación 104
5. Pena 104
5.1. A modo de conclusión 105

ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO 107
1. Fundamento de la incriminación 107
2. Tipo objetivo 109
2.1. Sujeto activo 109
2.2. Sujeto pasivo 110
2.3. Acción típica 111
3. Autoría y participación 114
4. Tipo subjetivo 115
5. Consumación 116
6. Pena 116

SEDUCCIÓN 116
1. Conceptos preliminares 117
2. Bien jurídico 120
3. Tipo objetivo 122
3.1. Sujeto activo 122
3.2. Sujeto pasivo 123
3.3. Acción típica 123
3.4. Medio comisivo 124
4. Tipo subjetivo 127
5. Consumación 127
6. Pena 128

ACTOS CONTRA EL PUDOR 128
1. Consideraciones generales 128
2. Bien jurídico 130
3. Tipo objetivo 132
3.1. Sujeto activo 132
3.2. Sujeto pasivo 132
3.3. Acción 133
3.4. La modificación producida por la Ley Nº 28251, en cuanto a la inclusión del elemento normativo: «actos libidinosos» 134
3.5. Medios 135
3.6. La reforma del delito de actos contra el pudor, ahora bajo la nomenclatura: "tocamientos indebidos" – Ley N° 30838 137
4. Tipo subjetivo 142
5. Consumación 145
6. Concurso de delitos 145
7. Pena 146
8. Circunstancias Agravantes 147

ACTO CONTRA EL PUDOR DE MENORES 148
1. Apuntes preliminares 148
2. Bien jurídico 149
3. Tipo objetivo 152
3.1. Sujeto activo 152
3.2. Sujeto pasivo 152
3.3. Acción 152
4. Efectos de la modificación efectuada por la Ley Nº 28704 154
5. Tipo subjetivo 154
6. Consumación 155
7. Concurso de delitos 156
8. Penalidad 156
9. Circunstancia agravante 156

ACOSO SEXUAL 158
Comentarios preliminares 158
Consideraciones de política criminal 159
Análisis dogmático 160
Circunstancias de agravación 163

CHANTAJE SEXUAL 166
Preambulo 166
Análisis de la tipicidad objetiva 168
Formas de imperfecta ejecución, concurso delictivo y tipo subjetivo del injusto 170

AGRAVANTES DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL 171
1. Líneas previas 172
2. Circunstancias agravantes 174
2.1. Muerte o lesión grave 175
2.2. Actos de crueldad 176
3. Efectos de la modificación generada por la Ley Nº 28704 177
4. Modificación vía la Ley Nº 29194 178
5. Tipo subjetivo 181
6. Consumación 182

MANUTENCIÓN DE LA PROLE 183
1. Consideraciones preliminares 183
Conceptos programáticos 185
2. Comentario 187
2.1. Indemnización civil a la víctima 187
3. La pensión anticipada de alimentos como medida preventiva regulada en el nuevo CPP 189
4. La Exención de pena por matrimonio subsiguiente 190
4.1. Exención de pena no se extendía a los coautores y/o participes 193

TRATAMIENTO TERAPÉUTICO 198
1. Conceptos generales 198
2. Análisis del articulado en cuestión 201

Capítulo X
LOS DELITOS DE PROXENETISMO

1. Esbozo preliminar 207

FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN 216
1. Ideas previas 216
2. Bien jurídico 218
3. Tipo objetivo 220
3.1. Sujeto activo 220
3.2. Sujeto pasivo 221
3.3. Acción típica 221
4. Tipo subjetivo 224
5. Consumación 225
6. Participación 226
7. Concurso de delitos 226
8. Pena 226
9. Circunstancias agravantes 227
10. La membrecía a una organización criminal - Ley N° 30077, como circunstancia de agravación 231
10.1 Definición de «crimen organizado» 231
11. Delitos involucrados 236
12. Listado Delictivo 238
13. Presupuestos de configuración del crimen organizado según la Ley N° 30077 . 239

EL DELITO DE USUARIO-CLIENTE 242
1. Bien jurídico 242
2. Tipo objetivo 245
2.1. Sujeto activo 245
2.2. Sujeto pasivo 246
2.3. Acción típica 246
3. Consumación 247
4. Tipo subjetivo del Injusto 247
5. Penalidad y consecuencias prisionizantes 248
6. Forma de persecución 249

RUFIANISMO 250
1. Fundamento de la tutela 250
2. Derecho penal de autor 253
3. Tipo objetivo 255

3.1. Sujeto activo 255
3.2. Sujeto pasivo 255
3.3. Acción típica 255
4. Tipo subjetivo 258
5. Consumación 259
6. Concurso de delitos 259
7. Pena 260
8. Circunstancias Agravantes 260

PROSTITUCIÓN DE PERSONAS 261
1. Fundamento de incriminación 261
2. Tipo objetivo 264
2.1. Sujeto activo 264
2.2. Sujeto pasivo 264
2.3. Acción típica 264
3. Tipo subjetivo 265
4. Consumación 266
5. Pena 266
6. Circunstancias agravantes 266

TURISMO SEXUAL INFANTIL 268
1. Antecedentes 268
2. Tipo objetivo 270
2.1. Sujeto activo 270
2.2. Sujeto pasivo 271
2.3. Modalidad delictiva 271
3. Consumación 273
4. Tipo subjetivo del Injusto 273
5. Agravantes 274

LA INCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, COMO PENA ACCESORIA EN LOS DELITOS DE PROXENETISMO 274
1. Comentario 274

PUBLICACIÓN DE PROSTITUCIÓN INFANTIL 276
1. Generalidades 276
2. Criterios de Imputación 277
3. Responsabilidad Civil 280
4. Penalidad 280

Capítulo XI
OFENSAS AL PUDOR PÚBLICO

EXHIBICIONES Y PUBLICACIONES OBSCENAS 281
1. A modo de Introducción 281

2. Bien jurídico 285
3. Tipo objetivo 287
3.1. Sujeto activo 287
3.2. Sujeto pasivo 287
3.3. Acción típica 288
4. Tipo subjetivo 300
5. Consumación 300
6. Pena 301

PORNOGRAFÍA INFANTIL 301
1. Consideraciones de Política Criminal 302
2. Bien jurídico 305
3. Tipo objetivo 306
3.1. Sujeto activo 306
3.2. Sujeto pasivo 307
3.3. Acción típica 307
3.4. Modalidad Típica 309
4. Espectáculo de carácter pornográfico 311
5. Tipo subjetivo 313
6. Antijuridicidad 313
7. Consumación 314
8. Pena 314
9. Agravante 315
10. Análisis a la Ley N° 30096 315

PROPOSICIONES SEXUALES A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES 317
1. Generalidades 317

Capítulo XII
DISPOSICIÓN COMÚN

CASTIGO A PARTÍCIPES 321
1. Análisis jurídico-penal 321

Título V
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Capítulo I
HURTO

1. Aspectos preliminares 329
1.1. Concepción jurídica de patrimonio 332
1.2. Concepción económica de patrimonio 334
1.3. Posición «mixta» del patrimonio 335
2. Clasificación de los delitos contra el patrimonio 338

HURTO SIMPLE 339
1. Bien jurídico y anotaciones preliminares 339
2. Tipicidad objetiva 342
2.1. Sujeto activo 342
2.2. Sujeto pasivo 343
2.3. Objeto material del delito 343
3. Ilegitimidad del hecho 352
4. Tipo subjetivo del injusto 354
5. Extensión del objeto material 356
5.1. Modificación efectuada según Decreto Legislativo N° 1084 del 28 de junio de 2008 358
5.2. Decreto Legislativo N° 1245: la tutela penal de los hidrocarburos 361

HURTO AGRAVADO 372
1. Fundamento de la incriminación y bien jurídico 373
2. Análisis de los supuestos agravantes 375
3. La cuantía en el delito de hurto agravado, en relación al Acuerdo Plenario Nº 4-2011/CJ-116 377
3.1. En casa habitada 384
3.2. Durante la noche 386
3.3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos ... 387
3.4. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado 389
3.5. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero 391
3.6. Mediante el concurso de dos o más personas 393

Ley que incorpora los artículos 186º-A y 194º-A al Código Penal, a efectos de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América 405
1. Comentarios preliminares 405

DISPOSITIVOS PARA ASISTIR A LA DECODIFICACIÓN DE SEÑALES DE SATÉLITE PORTADORAS DE PROGRAMAS 408
1. Bien jurídico, concepto del objeto material del delito 408
2. Tipo objetivo 413
2.1. Sujeto pasivo 413
2.2. Sujeto activo 413
2.3. Modalidad típica 414
3. Formas de imperfecta ejecución 416
4. Tipo subjetivo del injusto 416

HURTO DE USO 417
1. Fundamento de incriminación, bien jurídico 417
2. Tipicidad objetiva 418
2.1. Sujeto activo 418
2.2. Sujeto pasivo 419

2.3. Modalidad típica 419
3. Formas de imperfecta ejecución 424
4. Tipo subjetivo del Injusto 424

Capítulo II
EL ROBO

EL ROBO 427
1. Fundamentos de incriminación, distinción con el delito de Hurto 427
2. Bien jurídico 431
3. Tipicidad objetiva 432
3.1. Sujeto activo 432
3.2. Sujeto pasivo 435
3.3. Modalidad típica 436
4. Formas de imperfecta ejecución 442
5. Tipo subjetivo del injusto 443

ROBO AGRAVADO 444
1. Fundamentos de incriminación, bien jurídico 444
2. Examen de las agravantes 446
2.1. Durante la noche o en lugar «desolado» 447
2.2. A mano armada 448
2.3. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos 452
2.4. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad 453
2.5. En agravio de menores de edad o ancianos 455

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2008/CJ-116: ROBO CON MUERTE SUBSEQUENTE Y DELITO DE ASESINATO Y LAS LESIONES COMO AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO 467

Capítulo II "A"
LOS DELITOS DE ABIGEATO

1. Cuestiones preliminares 475

HURTO DE GANADO 478
1. Bien jurídico 479
2. Tipicidad objetiva 479
2.1. Sujeto activo 479
2.2. Sujeto pasivo 480

2.3. Modalidad típica 480
3. Formas de imperfecta ejecución 482
4. Tipo subjetivo del injusto 483
5. Circunstancias agravantes 483
5.1. Si concurre alguna de las circunstancias previstas en los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del primer párrafo del Artículo 186°, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años 483
5.2. Si el delito es cometido conforme a los incisos 2, 4 y 5 del segundo párrafo del Artículo 186°, la pena será no menor de cuatro ni mayor de diez años 483
5.3. La pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos 484

HURTO DE GANADO DE USO 485
1. Bien jurídico 486
2. Tipo objetivo 486
2.1. Sujeto activo 486
2.2. Sujeto pasivo 486
2.3. Modalidad típica 487
3. Formas de imperfecta ejecución 488
4. Tipo subjetivo del injusto 489

ROBO DE GANADO 489
1. Bien jurídico 490
2. Tipicidad objetiva 490
2.1. Sujeto activo 490
2.2. Sujeto pasivo 490
2.3. Modalidad típica 490
3. Formas de imperfecta ejecución 492
4. Tipo subjetivo del Injusto 493
5. Circunstancias agravantes 493
5.1. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años si el delito se comete con el concurso de dos o más personas, o el agente hubiere inferido lesión grave a otro o portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal 493
5.2. Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena será disminuida en un tercio 494
5.3. La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años si el delito cometido conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del segundo párrafo del artículo 189 495
5.4. La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos 496

5.5. En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso 496

Capítulo III
APROPIACIÓN ILÍCITA

APROPIACIÓN ILÍCITA 499
1. Cuestiones preliminares 499
2. Bien jurídico 502
3. Tipicidad objetiva 503
3.1. Sujeto activo 503
3.2. Sujeto pasivo 503
3.3. Modalidad típica 504
4. Formas de imperfecta ejecución 508
5. Tipo subjetivo del injusto 509
6. Formas agravantes 511
6.1. Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años 511
6.2. Agravante por la calidad de los accesitarios de los bienes 514
7. Condición objetiva de perseguibilidad 514
8. La subsunción típica al delito de apropiación ilícita, la ilícita actuación del comisionista (Casación N° 301-2011) 515
Presupuestos constitutivos del delito de apropiación ilícita 516
Modalidad típica 520
Sujeto pasivo 521
El cobrador o agente recaudador como sujeto activo del delito 521
A modo de conclusión 523

SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO 524
1. Bien jurídico, fundamento de la incriminación 524
2. Tipicidad objetiva 526
2.1. Sujeto activo 526
2.2. Sujeto pasivo 526
2.3. Modalidad típica 526
3. Formas de imperfecta ejecución 528
4. Tipo subjetivo del injusto 528

APROPIACIÓN DE BIEN PERDIDO O DE TESORO 529
1. Fundamento de incriminación 529
1.1. Apropiación de bien perdido 530
1.2. Apropiación de Tesoro 533
2. Formas de imperfecta ejecución 535

3. Tipo subjetivo del injusto 535

APROPIACIÓN DE BIEN POR ERROR O CASO FORTUITO 536
1. Tipicidad objetiva 536
1.1. El «error» 536
1.2. Caso fortuito 538
1.3. Cualquier otro motivo independiente de la voluntad del agente 538
2. Formas de imperfecta ejecución 538
3. Tipo subjetivo del injusto 539

APROPIACIÓN DE PRENDA 539
1. Bien jurídico, fundamento de incriminación 539
2. Tipicidad objetiva 541
2.1. Sujeto activo 541
2.2. Sujeto pasivo 541
2.3. Modalidad típica 541
3. Formas de imperfecta ejecución 544
4. Tipo subjetivo del injusto 544

Capítulo IV
RECEPTACIÓN

RECEPTACIÓN 545
1. Aspectos preliminares 545
2. Naturaleza jurídica y bien jurídico 548
3. Tipicidad objetiva 550
3.1. Sujeto activo 550
3.2. Sujeto pasivo 551
3.3. Modalidad típica 551
4. Tipo subjetivo del injusto 557
5. Formas de imperfecta ejecución 560

DISTRIBUCIÓN DE SEÑALES DE SATÉLITES PORTADORA DE PROGRAMAS 561
1. Fundamentos de incriminación 561
2. Tipicidad objetiva 562
2.1. Sujeto pasivo 562
2.2. Sujeto activo 562
2.3. Modalidad típica 563
3. Formas de imperfecta ejecución 563
4. Tipo subjetivo del injusto 564

RECEPTACIÓN AGRAVADA 564
1. Comentario 565
Comentario al Decreto Legislativo N° 1215 566
Análisis modificatioria Ley N° 30924 568

Capítulo V
ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES

ESTAFA 571
1. A modo de aproximación 571
2. Bien jurídico 576
3. Tipicidad objetiva 578
   3.1. Sujeto activo 578
   3.2. Sujeto pasivo 578
   3.3. El engaño 579
   3.4. El Error 587
   3.5. Modalidad Omisiva 588
   3.6. Acto de disposición patrimonial 591
   3.7. El perjuicio 592
4. Formas de imperfecta ejecución 593
5. Tipo subjetivo del injusto 594

ESTAFA AGRAVADA 595
1. Aspectos introductorios 595
   Análisis - Decreto Legislativo N° 1351 601

OTRAS DEFRAUDACIONES 602
1. Generalidades 602

ESTAFA PROCESAL 603
1. Bien jurídico 603
2. Tipicidad objetiva 604
   2.1. Sujeto activo 604
   2.2. Sujeto pasivo 604
   2.3. Modalidad típica 604
3. Formas de imperfecta ejecución 608
4. Tipo subjetivo del injusto 608

ABUSO DE FIRMA EN BLANCO 609
1. Bien jurídico 609
2. Tipicidad objetiva 610
   2.1. Sujeto activo 610
   2.2. Sujeto pasivo 610
   2.3. Modalidad típica 610
3. Formas de imperfecta ejecución 613
4. Tipo subjetivo del injusto 613

DEFRAUDACIÓN MEDIANTE ENGAÑO EN LAS CUENTAS O GASTOS 613
1. Bien jurídico 614
2. Tipo objetivo 615
   2.1. Sujeto activo 615

2.2. Sujeto pasivo 615
2.3. Modalidad típica 615
3. Formas de imperfecta ejecución 618
4. Tipo subjetivo del injusto 618

ESTELIONATO 618
1. Bien jurídico 619
2. Tipo objetivo 620
2.1. Sujeto activo 620
2.2. Sujeto pasivo 621
2.3. Modalidad típica 621
3. Formas de imperfecta ejecución 628
4. Tipo subjetivo del injusto 629

Capítulo VI
FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA 631
1. Cuestiones preliminares 632
2. La fórmula del actuar en nombre de otro 636
3. Naturaleza jurídica de las sanciones que se imponen a la persona jurídica 639
4. Delitos contra el patrimonio vs. Delitos Societarios 647
5. Bien jurídico 649
6. Tipo objetivo 650
6.1. Sujeto activo 650
6.2. Sujeto pasivo 652
6.3. Modalidades típicas 652

INFORMES DISTORSIONADOS DE AUDITORÍA 663
1. Fundamento de la incriminación, conceptos generales 663
2. La extensión del círculo de autores a los «Auditores internos o externos» 665
3. La actuación delictiva de los Auditores a título de partícipes 667
4. Tipo subjetivo del injusto 668

DUALIDAD DEL SISTEMA CONTABLE 669
1. Nota introductoria 669
2. Bien jurídico 670
3. Tipicidad objetiva 670
3.1. Sujeto activo 670
3.2. Sujeto pasivo 671
3.3. Modalidad típica 671
4. Formas de imperfecta ejecución 673
5. Tipo subjetivo del injusto 673

Capítulo VII
EXTORSIÓN

EXTORSIÓN 675
1. Fundamento de incriminación 676
2. Concepto de Extorsión y su diferencia con otras figuras delictivas 678
3. Bien jurídico 680
4. Tipicidad objetiva 681
   4.1. Sujeto activo 681
   4.2. Sujeto pasivo 681
   4.3. Modalidad típica 682
5. Ventaja económica indebida u de cualquier índole 685
6. Modalidades típicas incluidas con el Decreto Legislativo N° 982 687
7. Circunstancias agravantes 690
   7.1. La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si la violencia o amenaza es cometida 690
   7.2. Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. 691
8. Agravantes de mayor peligrosidad 694
   8.1. Inclusión de hipótesis de agravación - Ley N° 30076 695
   8.2. La extorsión en el ámbito de la construcción civil - Decreto Legislativo N° 1187 696
   Modalidades típicas 699
9. Formas de imperfecta ejecución 700
10. Tipo subjetivo del injusto 701

CHANTAJE 702
1. Alcances preliminares, bien jurídico 702
2. Tipicidad objetiva 703
   2.1. Sujeto activo 703
   2.2. Sujeto pasivo 703
   2.3. Modalidad típica 704
3. Formas de imperfecta ejecución 706
4. Tipo subjetivo del injusto 706

Capítulo VIII
USURPACIÓN

USURPACIÓN 707
1. Fundamento de incriminación 707
2. Bien jurídico 709
3. Bien inmueble 710
4. Delito permanente 711

5. Tipicidad objetiva 713
5.1. Destrucción y alteración de linderos 714
5.2. El Despojo 716
5.3. El uso de la violencia contra las personas o las cosas – Ley N° 30076... 723
5.4. La inclusión del inciso 4) – Ley N° 30076 726
5.5. Turbación de la posesión 727

USURPACIÓN DE AGUAS 729
1. Bien jurídico 729
2. Tipicidad objetiva 730
2.1. Sujeto activo 730
2.2. Sujeto activo 730
3. Tipo subjetivo del injusto 733

FORMAS AGRAVADAS DE USURPACIÓN 733
1. Consideraciones generales 734
2. Tipicidad objetiva 735
2.1. La usurpación se realiza usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos 735
2.2. Intervienen dos o más personas 736
2.3. El inmueble está reservado para fines habitacionales 737
2.4. Se trata de bienes del Estado o destinados a servicios públicos o de comunidades campesinas o nativas 737
2.5. El nuevo listados de supuestos de agravación - Ley N° 30076 738
2.6. Comentarios a la Ley N° 30327 y al Decreto Legislativo N° 1187 741

Capítulo IX
DAÑOS

DAÑO SIMPLE 745
1. Fundamento de la incriminación, concepto 745
2. Bien jurídico 748
3. Tipicidad objetiva 748
3.1. Sujeto activo 748
3.2. Sujeto pasivo 749
3.3. Modalidad típica 749
4. Formas de imperfecta ejecución 752
5. Tipo subjetivo del injusto 753

MODALIDADES AGRAVADAS DE DAÑOS 754
1. Desarrollo dogmático 754
1.1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas 754
1.2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público 756

1.3. La acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas 757
1.4. Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales 758
1.5. Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente ... 759

PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN PARA CONSUMO ANIMAL EN ESTADO DAÑOSO 759
1. Bien jurídico 759
2. Tipicidad objetiva 761
2.1. Sujeto activo 761
2.2. Sujeto pasivo 761
2.3. Modalidad típica 761
3. Formas de imperfecta ejecución 762
4. Tipo subjetivo del injusto 763

Capítulo X
DELITOS INFORMÁTICOS

1. A modo de aproximación 765

INGRESO INDEBIDO A BASES DE DATOS Y SISTEMAS 769
1. Tipicidad objetiva 769
1.1. Sujeto activo 769
1.2. Sujeto pasivo 769
1.3. Modalidad típica 770

ALTERACIÓN, DAÑOS, DESTRUCCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA BASE DE DATOS 773
1. Tipicidad objetiva 773
1.1. Sujeto activo 773
1.2. Sujeto pasivo 774
1.3. Modalidad típica 774

FORMAS AGRAVADAS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS 777
1. Fundamento de agravación 777

Capítulo XI
DISPOSICIÓN COMÚN

EXCUSA ABSOLUTORIA 779
1. Fundamentos 779
1.1. Figuras delictivas incluidas 783
1.2. Personas beneficiadas 784
1.3. La exención de pena a título personal 786
La exclusión de la excusa absolutoria en la violencia patrimonial familiar 788

Título VI
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS

Capítulo I
ATENTADOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO

1. Conceptos preliminares 793
   1.1. Derecho concursal 796
   1.2. Bien jurídico 799
   1.3. Requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad 802
   1.4. Autoría y participación 803

ALZAMIENTO DE BIENES (*INSOLVENCIA* PUNIBLE) 808

1. Tipicidad objetiva 808
   1.1. Sujeto activo 808
   1.2. Sujeto pasivo 809
   1.3. Modalidades típicas 809

MODALIDAD CULPOSA 817

SUSPENSIÓN ILEGAL DE LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES 819

1. Tipicidad objetiva 820
   1.1. Sujeto activo 820
   1.2. Sujeto pasivo 820
   1.3. Modalidad típica 820
2. Formas de imperfecta ejecución 822
3. Tipo subjetivo del injusto 822

LA COLABORACIÓN EFICAZ EN EL MARCO DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES . 822

1. Aspectos preliminares 823
2. Desarrollo del procedimiento de Colaboración Eficaz 825

EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL E INTERVENCIÓN DE INDECOPI .. 829

1. Generalidades 829

ADMINISTRACIÓN INDEBIDA DE PATRIMONIOS DE PROPÓSITO EXCLUSIVO. 831

1. Comentario 831
2. Tipicidad objetiva 833
   2.1. Sujeto activo 833
   2.2. Sujeto pasivo 834
   2.3. Modalidad típica 834
3. Formas de imperfecta ejecución 836
4. Tipo subjetivo del injusto 836

Capítulo II
USURA

USURA 837
1. Consideraciones de orden político criminal 837
2. Bien jurídico, concepto de «usura» 841
3. Tipicidad objetiva 844
   3.1. Sujeto activo 844
   3.2. Sujeto pasivo 845
   3.3. Modalidad típica 846
4. Formas de imperfecta ejecución 849
5. Tipo subjetivo del injusto 849
6. Circunstancia agravante 850

Capítulo III
LIBRAMIENTOS Y COBROS INDEBIDOS

SUPUESTOS DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO 853
1. Fundamento de incriminación 854
2. Bien jurídico 858
3. El «cheque» como medio de pago 859
4. Tipicidad objetiva 860
   4.1. Sujeto activo 860
   4.2. Sujeto pasivo 861
   4.3. Modalidad típica 861

BIBLIOGRAFÍA 875

VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD

El artículo 173° del Código Penal, luego de las modificatorias producida por la Ley N° 30838, ha quedado redactado de la siguiente manera:

Art. 173.- *"El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua."*

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El artículo 173° del Código penal ha sido objeto de varias modificaciones. En primer orden, fue modificado por la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994, la cual incrementó sustancialmente la penalidad prevista en los incisos 1, 2 y 3 del citado artículo; y, por otra parte, sustituyó la agravante del último párrafo por la "posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza...", previendo una penalidad máxima de treinta años de pena privativa de libertad. En este caso, el legislador, determinó la circunstancia agravante en base a responsabilidades de carácter institucional entre el agente delictivo y el sujeto pasivo, que consecuentemente, revisten un mayor grado de reproche ético-social. Luego, mediante el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1996 –"Ley contra los Delitos Agravados", que mediante la Ley N° 26950 se otorgó al Poder Ejecutivo facultades legislativas en materia de Seguridad Nacional, se incrementaron drásticamente la penalidad de los incisos 1, 2 y 3; llegándose al extremo de imponer cadena perpetua al caso de la agravante del último párrafo del artículo 173° *in fine*. No sabemos, con exactitud, cuál fue el criterio empleado por el legislador para incluir el artículo 173° (Violación de menores) en este paquete legislativo, referente a Seguridad Nacional, si dicha expresión de violencia se caracterizaba por los delitos de secuestro , asesinato y robo con la utilización de armas, municiones y explosivos utilizados por las fuerzas del orden: FF.AA y P.N.P.

La dosimetría penal fue en principio aminorada por la Ley N° 27472 del 05-06-2001 tanto en los incisos (1-3), así como en la circunstancia agravante. No obstante ello, por disposición del Art. 1° de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-01, fueron restituidos los marcos penales aminorados, salvaguardándose la sobre-criminalización defendida por diversos sectores políticos y sociales de la sociedad peruana. Orientación de acorde con las nuevas tendencias excesivamente punitivistas de las legislaciones europeas en lo referente a los delitos sexuales (*das Sexualdelikten*). Tal postura surge ante el creciente desencanto de las posibilidades de una intervención efectiva resocializadora del Estado sobre el delincuente (crisis prevención especial) y la obsesión de seguridad que muestran algunos sectores de la sociedad: feministas, centro-izquierda, etc. (gestores atípicos de la moralidad). Parece estar sentada así la base ideológica de los planteamientos inocuizadores; uno de los más significativos es el que se refiere al ámbito especialmente sensible de los delincuentes sexuales[1].

Sin duda, el proceso penalizador del legislador, en el ámbito de los delitos sexuales no tiene freno alguno, pues las modificaciones, incorporaciones y/o derogaciones se han mantenido sin cesar en estos últimos años. Después de haber publicado la primera edición de esta monografía, sucediendo dos reformas más, ambas de repercusiones importantes en la figura delictiva del artículo 173°; lo que refleja lo sensible que son estos temas en la población, pues las reformas penales han tenido como precedente hechos de violencia sexual que conmovieron la opinión pública, al tratarse de víctimas de menos de tres años de edad, inclusive una bebe de seis o nueves meses de nacida, o que desencadena inmediatamente es una demanda enérgica de la población de una mayor dureza punitiva; la cual se materializa de forma mediática por el legislador, ante una demanda galopante existe una oferta recalcitrante, con la exasperación de los marcos penales, la inclusión de nuevas circunstancias agravantes, el adelantamiento de la barrera de protección del Derecho penal.

Lo dicho mediando, la penetración de elementos de valoración, de cuño moralistas y éticos. Esa fue la suerte de la Ley N° 28251 del 08/06/04, esencialmente *punitivista*. Sin embargo el punto del iceberg, fue la sanción de la Ley N° 28704, la cual significó el entroncamiento de la moralidad en

---

(1) Jesús-María Silva Sánchez; "El retorno de la inocuización y los delincuentes sexuales violentos". En: Estudios de Derecho Penal. Biblioteca de Autores Extranjeros. Editorial Grijley, Lima, 2000, p. 236. Recientes estadísticas nos muestran el incrementos real en su producción que han sufridos estos delitos así como la existencia de índices superiores de reincidencia en relación con otras figuras delictivas: Algunos de ellos pasan a engrosar la "cifra negra de la criminalidad", ello debido a que su producción se realiza generalmente en el seno de las familias de los estratos más bajos de la sociedad; existiendo una relación parental entre el sujeto agresor y la víctima. Consecuentemente, nunca se llega a denunciar por presión familiar o por el temor a la vergüenza social.

el contenido de este tipo penal, al incluir la penalización de actos sexuales (acceso carnal), de personas mayores de 14 años y menores de 18. Absurda penalización que será analizada líneas más adelante.

Finalmente, la Ley N° 30838 –de julio de 2018-, termina por socavar, los fundamentos y/o argumentos que sostienen la necesidad de que todos los tipos legales, cuenten con marcos mínimos y máximos, nos referimos, a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, razonabilidad, humanidad de las penas en sintonía con los fines preventivos generales y especiales de la pena. Ahora, pues, tenemos una pena tasada, en mérito de la cual, el agente recibe la misma dosis de pena, sin importar las circunstancias, modos, formas de comisión del hecho punible, como la edad de la víctima. Por ello, -no se hace distinción alguna-, cuando el ultraje sexual tiene como sujeto pasivo a una niña de cuatro años edad, como cuando el acto sexual es parte de una relación sentimental entre un hombre de 18 años de edad con una adolescente de 13 años de edad, inclusive mediando prole de por medio.

2. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

En el apartado inicial de la capitulación, hicimos una distinción valorativa, sobre el bien jurídico que se desglosa de las diversas figuras delictiva que se comprenden en esta capitulación, habiendo llegado a la conclusión, que el bien jurídico se desdobla en dos: pues, en principio el bien jurídico objeto de tutela es la libertad sexual, la capacidad de autodeterminación sexual, el desarrollo de la esfera sexual en una esfera de plena libertad en cuanto a dicha disposición frente a terceros. Pero, dicha libertad sexual únicamente la poseen las personas que el ordenamiento jurídico les reconoce dicha disposición, esto es, personas libres y responsables, que fuera trazado por la frontera de los catorce años. Frontera cronológica que no precisamente refleja la realidad social, pues que la disposición de la esfera sexual ha ido variando sus contornos conforme el avance de la ciencia, de la tecnología, conforme a la apertura misma de la sociedad, de acuerdo a una perspectiva liberal. Habiéndose expulsado ciertos tabúes, pecados, etc.; habiéndose abierto la mentalidad hacia una configuración de la sociedad más llevada al respeto por la individualidad.

La ruptura del Derecho penal con la moral, aunque a veces esto no es posible, entendiendo que el desarrollo de la sexualidad parte de la propia autorrealización de la persona; desarrollo que debe llevarse con responsabilidad y madurez, a fin de evitar consecuencias no deseadas (embarazos, contagios de graves enfermedades sexuales). El Estado lleva cabo una política social más sincera, de planificación familiar y de paternidad responsable, impartiendo cursos, seminarios y otros en las escuelas, y en los centros poblados de las urbes. Es ahora lógicamente comprensible, que en los cole-

gios de toda la República se impartan cursos de educación sexual, dejando de lado posturas excesivamente conservadoras, que se niegan injustificadamente a estas innovaciones. Así también, se reparten preservativos y se enseñan los métodos de planificación familiar (los cuales no son abortivos). Mientras los adolescentes cuenten con un mayor abanico de información, estarán en posibilidades de desarrollar su esfera sexual con responsabilidad; negarles este derecho, es ir contra un derecho natural. Máxime, si la sexualidad debe ser objetivada también, desde una dimensión positiva, en cuanto coadyuva el desarrollo y autorrealización personal, así como a las relaciones del individuo con sus congéneres.

Ahora bien, inclusive la edad de 14 años puede resultar excesiva para delimitar la frontera entre la libertad sexual y la intangibilidad sexual, partiendo que la norma debe adecuarse a la realidad social, pues de no ser así, se producirá un divorcio que desencadenaría en la ilegitimidad del proceso normativo. Es de recibo, que los jóvenes (hombres y mujeres), inician su vida sexual, de los 12 a los 14 años, sobre todo, en zonas calurosas, donde las pasiones brotan con mayor naturalidad. En la legislación penal argentina la edad límite es de 13 años, habiendo sido elevada a partir de la dación de la Ley N° 25.087, pues antes era de 12 años. Como argumenta Donna, si desde la versión del Código Penal argentino de 1921 se mantuvo la edad de 12 años, en la actualidad, cuando las relaciones sexuales entre menores son más habituales, dado que es más frecuente que la vida sexual se inicie en edades más tempranas, no existen motivos para fundamentar esta modificación(2). Ello importa un desconocimiento de la evolución ideológica que en materia de sexo ha experimentado nuestra sociedad en el transcurso del siglo XX, y una inadmisible contradicción con nuestra realidad cultural apunta Estrella(3). Así, el Código Penal español de 1995, que considera en el artículo 181.2 (1°), abuso sexual no consentido los que se ejecuten sobre menos de doce años. Con todo, los dictados de la política criminal del legislador deben ir en correspondencia con las transformaciones estructurales de la sociedad, a fin de viabilizar el rendimiento y legitimidad de la norma penal, por lo que en el ámbito de los delitos sexuales la orientación debería implicar una rebaja de la edad, y no en aumento, como equívocamente ha trazado el legislador en la última reforma, lo cual supone la moralización de la norma penal en todo caso.

El fundamento de la tutela es el grado de inmadurez psico-biológico de los menores de catorce años, situación que los coloca en la incapacidad de controlar racionalmente su conducta sexual. De allí que la ley prescribe

(2) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 501.

(3) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 43; Ver al respecto, Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., ps. 254-255.

la completa abstención: "*puero debetur maxima reverentia*"[4]. Completa abstención que en realidad parte de una presunción no siempre empíricamente demostrable, pues dicha presunción es jurídica y no fáctica, pues puede que en uno casos, sí exista el consentimiento, sólo que para el orden legal éste no es válido, a pesar de advertirse un discernimiento en el menor científicamente comprobable; pues en verdad, lo que se presume es que el menor no esta en capacidad de comprender la naturaleza y los alcances de la relación sexual que realiza, lo cual en ciertos casos no será así.

En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro[5]; en cuanto la perturbación del normal desenvolvimiento de su sexualidad, que puede afectar sus relaciones en el futuro, así como su estabilidad emocional y psíquica que también se ve afectada con este tipo de conductas.

La ley con esta previsión, al igual que en las otras incapacidades ya estudiadas, impone un deber absoluto de abstinencia sexual con los sujetos particularmente tutelados y que, implícitamente –escribe MANZINI- considera carnalmente inviolables, aunque den su consentimiento[6].

En definitiva, al margen de cualquier consideración en torno al fundamento de la incriminación (presunción de incapacidad de consentimiento, inmadurez psico-biológica o sexual, vicio del consentimiento prestado, etc.), existe unanimidad –como señala MARTÍNEZ ZÚÑIGA- en aceptar que la verdadera voluntad de comprender y captar la trascendencia del acto sexual sólo surge después de una determinada edad[7]. Por consiguiente, la anuencia de la víctima es irrelevante y carece de eficacia jurídica; de todos modos, la captación de dicha trascendencia no siempre vendrá determinada por la edad cronológica fijada por el legislador. Por la sola razón biológica de la edad, la ley presume, *juris et de jure*, que el menor (...) carece de capacidad y discernimiento para comprender el significado del acto sexual, por lo que niega existencia válida a su consentimiento, al que no le acuerda ninguna relevancia jurídica a los fines de la tipificación del delito[8]. La irrelevancia del consentimiento del menor, es puesta de relieve en la siguiente ejecutoria,

---

(4) Por ello ORTS BERENGUER, afirma que el bien jurídico tutelado no es la libertad sexual, sino el interés estatal de resguardar la intimidad del menor; ob.cit.; p. 618.

(5) MUÑOZ CONDE, F.; ob.cit.; p. 177.

(6) T. VII; p. 265.

(7) P. 262.

(8) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., ps. 42-43; Así, NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 254; DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 500.

recaída en el Exp. N° 0458-2003-Callao, "*Que el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de "violación presunta" no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de la reducción de la pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores*"[9]. No cabe demostrar, entonces, que el menor pueda haber tenido capacidad de comprensión fáctica.

En cuanto a la probanza de la minoría de edad, en definitiva ésta debe ser acreditada, no sólo el imputado debe probar es que es menor de edad, sino que debe acreditarse de forma fehaciente que el sujeto pasivo es menor de catorce años, en orden a delimitar la relevancia jurídico-penal de la conducta. Sin embargo, ahora deberá acreditarse que tiene menos de dieciocho años, a partir de la incidencia normativa de la Ley N° 28704.

3. BIEN JURÍDICO

En esta figura delictiva tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad[10], ahora la moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad. En principio se trata del normal desarrollo de la sexualidad, en cuanta esfera que se puede ver gravemente comprometida como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores, de ahí que las penalidades también sean mayores.

En la siguiente ejecutoria recaída en el RN N° 63-04-La Libertad, se precisa lo siguiente "*El delito de violación sexual de menor de catorce años de edad se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setentitrés del Código Penal, en donde el bien jurídico protegido es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: "El caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el "futuro". De allí que para la realización del tipo penal no entre en consideración el consentimiento del menor, pues éste carece de validez, configurándose una presunción iuris et de iure de la incapacidad de los menores para consentir válidamente*"[11].

---

(9) Segura Salas, C.E./Villalta Infante, M.; *Repertorio de Jurisprudencia Penal*. Librería y Ediciones Jurídicas, marzo 2004, cit., ps. 67 y ss.

(10) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 183.

(11) Avalos Rodríguez, C.C./Robles Briceño, M.E.; *Modernas Tendencias de la Dogmática en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, julio del 2005, cit., ps. 243 y ss.

En el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar el desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro[12].

4. TIPO OBJETIVO

4.1. Sujeto activo

Comúnmente lo es un hombre, no obstante la mujer también podrá serlo. Para Logoz, una mujer que dispensa sus favores a un muchacho menor de catorce años es punible con el mismo título que el hombre que abusa de una menor de la misma edad[13]; pues como se ha ido sosteniendo a lo largo de esta monografía, la libertad sexual es privativa tanto del hombre como de la mujer, sin interesar su opción sexual (heterosexual u homosexual), basta que se dé la posibilidad de realización de la conducta descrita en el tipo base. Lo que se incrimina es el abuso sexual, el aprovechamiento de la minoridad del sujeto pasivo, para la configuración del acceso carnal sexual; este abuso puede provenir tanto de un hombre como de una mujer. Si el autor es menor de edad, resulta un infractor de la ley penal, por lo que su persecución será de competencia de la Justicia de Familia.

4.2. Sujeto pasivo

Puede serlo tanto el hombre como la mujer, menores de catorce años de edad[14], ahora menores de dieciocho años, luego de la sanción de la Ley Nº 28704. Puede ser también una persona sometida a la prostitución, siempre y cuando sea menor de catorce años, pues si es mayor de catorce y menos de dieciocho años, la conducta será reprimida según los alcances del artículo 179º-A; si el sujeto activo es el proxeneta, se produce un concurso real de delitos. Y si ésta es casada con el agresor, también podría darse esta hipótesis delictiva, al margen de la flagrante antinomia que se produce entre las previsiones del derecho privado con las del derecho punitivo; pues mientras las primeras le confieren la posibilidad de contraer nupcias, por lo tanto, de convivencia sexual, las segundas reprimen dicha convivencia con penas ya de por sí draconianas.

---

(12) Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 201.

(13) T.I; p. 310.

(14) En el Código Penal Español de 1995, en su artículo 181.2.1°, establece la relación con menor de doce años.

4.3. Acción típica

El dispositivo que examinamos determina previamente la edad del menor. Este límite no ha sido fijado arbitrariamente. Indudablemente que el criterio de fijar la edad es el más realista y garantiza, sobre todo, la certeza jurídica[15]. Estimamos que este tope es prudente; primero, porque la vida moderna ha despojado a los jóvenes de ese candor sexual tan apreciado hasta hace algunos años y, más aún, porque a los catorce años los niños han alcanzado un desarrollo biológico completo; en segundo lugar, porque en nuestros nativos el problema sexual es casi inexistente, debido, fundamentalmente, a su concepción cultural. Los niños desde muy pequeños ayudan a sus padres en el trabajo, ambiente que propicia las relaciones sexuales prematuras; y en tercer término, este límite legal guarda congruencia con la edad matrimonial. En efecto, el Código Civil de 1984 permite excepcionalmente el matrimonio con mujeres mayores de catorce años (artículo 241° inciso 1).

Consideramos un acierto el establecer una circunstancia agravante cuando el menor es de siete o menos años de edad, ya que causa una mayor conmoción social, cuando la víctima es un niño de edad tan prematura. El legislador ha recogido este clamor popular.

El artículo 173° exige el acto sexual o un acto análogo. Es decir, que para que se realice típicamente esta figura la ley prescribe la realización del yacimiento o de un acto parecido. La noción del acto sexual ha quedado claramente definida en el análisis del artículo 170°[16]; sin embargo, subrayando lo antes dicho, ahora según la nueva descripción típica, normativamente se ha definido que el acceso carnal puede ser vía anal vaginal y bucal tratándose del miembro viril, pudiéndose perfectamente producir una violación a la inversa.

En principio, la doctrina y nuestra jurisprudencia consideran como "acto análogo" los actos contra natura (*coitus per anum*) que se hacen sufrir a una niño o a un niño; ahora la amplitud que se desprende de la conducta típica, hace extensible la realización delictiva, al acceso carnal que puede producirse con el ingreso del miembro viril en las vías vaginal, anal y bucal, de otras partes del cuerpo en las dos primeras vías así como otros objetos.

---

(15) Al respecto Muñoz Conde, acota que "parece existir un amplio consenso en los países de nuestra área de cultura, incluso tras las reformas penales habidas en los últimos años en este tema, en la que debe seguir manteniéndose la prohibición penal del ejercicio de la sexualidad de un modo absoluto con los llamados "niños", es decir, con los menores de hasta doce o catorce años de edad, sin mayor exigencias de requisito adicional alguno..."; ob.cit.; p. 178.

(16) Caro Coria, considera que la conducta típica también puede concretarse en base al acto bucal realizado por el autor o de un tercero, apoyándose en las ejecutorias: SCS de 13-10-1951, en: RPJ 1952, p. 1734; SCS de 1-12-1951, en: RPJ 1952, p. 1880; SCS de 6-6-1973, en: RPJ 1973, p. 1012; op.cit.; p. 111.

Como se dijo anteriormente, la modificación efectuada por la Ley N° 28251, implica reconocer no sólo los actos constitutivos de un acto sexual, sino también de agresiones sexuales, cuando se introducen objetos en las vías vaginal y anal; por lo que la desfloración del himen no sólo puede ser producto de la penetración del miembro viril, sino también a consecuencia de dichos objetos. Sin duda, al tratarse de menores, la inexperiencia y el incompleto desarrollo orgánico, pueden provocar afectaciones en suma significativas del menor, tanto en el desgarramiento de ciertos órganos del cuerpo, como en el ámbito estricto de la emotividad. Si se desencadenan afectaciones visibles en la integridad corporal o fisiológica, se daría un concurso ideal de delitos con lesiones, siempre y cuando sean causados al menos con dolo eventual, pues si fueron causadas de forma negligente, estaríamos ante la figura contemplada en el artículo 173°-A.

A lo antedicho podemos agregar un argumento médico legal: en muchos supuestos, la consecuencia deviene del forzamiento del agente para consumar la penetración, puede ser el desgarro perineal e, inclusive, el rompimiento del tabique ano-vaginal, por lo que exigir penetración, sería pedir, presencia de lesiones graves o de homicidio, lo que sería a todas luces injusto [17].

A diferencia de las violaciones (ultrajes sexuales), -que tienen como víctimas a mayores de catorce años-, la tipicidad penal de la conducta no está condicionada al despliegue de la violencia y/o de la amenaza u otros medios viciados de la voluntad, -como medios comisivos-, pues en tanto la ley penal no le reconoce a los menores «libertad sexual»; por tales motivos, cualquier contacto de esta naturaleza, ha de ser encajado bajo los contornos normativos del artículo 173° del texto punitivo. Lo que se tiene que acreditar en el decurso del procedimiento penal, es únicamente el acceso carnal sexual, mediando las acciones que se han previsto en la estructuración típica del artículo invocado y, que el sujeto pasivo –al momento del hecho punible-, contaba con la edad cronológica que se detalla en algunos de los incisos reglados en el enunciado normativo en cuestión, de manera que no resulta exigible la probanza de algún tipo de lesión paragenital, por lo tanto desdeñable que la víctima haya exigido algún tipo de resistencia o que la penetración del miembro viril u otro medio idóneo, haya tomado lugar mediando algún tipo de violencia, que haya provocado algún tipo de afectación a la integridad corporal y/o fisiológica de la víctima. Empero, sí es que se advierte que el agente hizo uso de dichos medios comisivos, el juzgador ha de tomarlos en cuenta, al momento de la determinación e individualización de la pena, decidiendo por una penalidad de mayor intensidad penológica.

(17) MARTINEZ ZUÑIGA; p. 323.

Asimismo, no tiene ninguna trascendencia para la calificar la conducta delictiva ni menos para liberar de responsabilidad penal al agente, el hecho que la víctima-menor se dedique a la prostitución o que la propia víctima haya seducido al agente o el hecho que aquella con anterioridad haya perdido su virginidad[18]. A menos que el autor yerre sobre la edad del sujeto pasivo, lo cual será analizado más adelante.

Es indiferente los medios utilizados por el autor para la realización del delito: violencia física, amenaza, engaño, etc. La ley sólo pone como exigencia típica, que el sujeto activo dirija su conducta hacia la perpetración del "acceso carnal sexual", esto es, el acceso del miembro viril a las cavidades vaginal, anal y bucal, y/o introduciendo partes del cuerpo u objetos sustitutos del pene en las dos primeras vías, prescindiendo de todo elemento típico complementario. Tampoco interesa el hecho que el menor sea corrompido e, inclusive, ejerza la prostitución, o que sea virgen. Empero, si se produjo violencia y/o grave amenaza, el disvalor en la acción podrá significar una mayor dureza en la reacción punitiva[19], en cuanto un mayor grado de afectación también en la antijuridicidad material.

Al no tratarse de un delito de propia mano, cabe perfectamente la posibilidad, de una autoría mediata, de la coautoría, siendo admisible que la mujer pueda estar incursa en estas formas participativas. Cabe todo lo dicho con respecto al artículo 170°.

5. TIPO SUBJETIVO

Es la conciencia y voluntad de realización típica, es decir, la esfera cognitiva del dolo, debe abarcar el acceso carnal sexual a un menor de dieciocho años, claro está, el conocimiento está condicionada a la edad cronológica que se ha previsto en los tres supuestos típicos. Esto implica el conocimiento de la edad de la víctima y la información del carácter delictivo del hecho, éste último refiere en realidad al error de prohibición.

El Error de tipo puede ser vencible o invencible. El Error invencible incide sobre un elemento esencial del tipo, su presencia en el conocimiento del autor es imprescindible para que pueda configurarse la realización típica de un delito, en cuanto a la incidencia misma del tipo objetivo, no puede haber dolo si el autor yerre sobre un elemento condicionante de la tipicidad. La invencibilidad del error, excluye el dolo y la culpa, por cuanto el autor, a pesar de haber realizado los esfuerzos necesarios le era imposible salir del error en que se encontraba. En tanto, el vencible se presenta cuando el autor no ha tomado la diligencia debida para poder evitar el error, pudiéndolo haber

(18) Salinas Siccha, R.; *Delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 167.

(19) Así, Villa Stein, J.; *Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 191.

hecho; en consecuencia, el delito será sancionado como culposo, siempre y cuando éste se encuentre previsto en la norma penal, de no ser así quedaría impune, toda vez que según los artículos 11 y 12 del C.P, su punibilidad está condicionada a su expresa tipificación por parte del legislador. El cuidado exigido o la diligencia debida, se determinará en función a la capacidad individual de las circunstancias concretas de la acción (capacidades y conocimientos individuales del autor), más no sobre baremos de corte artificial (hombre medio). Ejemplo: A sustrae un maletín a B, en la creencia errónea de que es suyo, elemento normativo "ajeno" no es comprendido cognitivamente por la esfera subjetivo del agente. El que yace sexualmente (acceso carnal) con una mujer, en la creencia errónea de que tenía más de 14 años de edad, etc[20], el error puede provenir del propio autor, o a resultas de una conducta atribuible a la víctima. Así en la siguiente ejecutoria, recaída en el Exp. N° 313-2004-Huanuco (Pasco) "*Ha quedado establecido que las partes procesales mantienen ya una relación amorosa y convivencial no teniendo conocimiento el procesado que la agraviada era menor de catorce años, al haberle asegurado ésta que contaba con quince años de edad, aunado a ello, con la testimonial de Yobana Medina, quien sostiene que conoce a la agraviada, y afirma haber estado en la celebración de sus quince años, donde conoció el citado procesado, por lo que se excluye la tipicidad no existiendo en autos indicios que desvirtúen la existencia del error, que siendo así se ha incurrido en error de tipo invencible por parte del procesado por lo que resulta procedente su absolución*"[21].

Para nuestra ley penal el error esencial e invencible sobre el conocimiento de la edad de la víctima excluye la responsabilidad o la agravación. Ahora bien, el error sobre la edad del sujeto pasivo no debe de provenir de negligencia. El agente debe esforzarse por saber cuál es la edad, no pudiendo excusar, *per se*, la ignorancia o el engaño, si la existencia de otras circunstancias hubiera podido enderezar tal convicción; no es suficiente, por ello, una credulidad pasiva[22]. Así se pronuncia la siguiente ejecutoria, recaída en el Exp. N° 1230-2003-La Libertad "*... no cabe alegar, error de tipo invencible para justificar su conducta, puesto que de autos está acreditado, por la propia versión en juicio del acusado, cuando reconoce que conversaba sobre la edad de la agraviada a quien incluso conocía desde hace dos años, cuando cursaba el primer año de secundaria, lo que permite colegir que no*

(20) Con la reforma introducida por la Ley N° 28704 de 2006, en el campo de los delitos sexuales, la capacidad de autodeterminación de las personas mayores de 14 años ha quedado prácticamente anulada, por los excesos criminalizadores del legislador, a fin de complacer a los grupos de presión mediáticos.

(21) Avalos Rodríguez, C.C./Robles Briceño, M.E.; *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, cit., ps. 111 y ss.

(22) Chrisolito de Guzmán; p. 140.

existió tal error invencible"[23]. Mientras que habrá error de prohibición vencible, cuando el agente pudo haber salido del desconocimiento en que se encontraba, si es que hubiera sido más diligente. Así, la siguiente ejecutoria "*El procesado espontáneamente ha referido que desconocía tener relaciones con una menor de catorce años era delito; sin embargo, este error de prohibición era vencible, pues por sus cualidades personales él podría haberse informado al respecto*"[24]. Entonces, la apreciación del grado cognitivo del error así como el desconocimiento de la antijuridicidad, dependerá en suma de los mecanismos, informaciones y otros que haya contado el autor al momento de la realización típica, así como sus condiciones personales y otras circunstancias concomitantes.

Si es que se prueba fehacientemente que el autor incurrió en un error de tipo, acerca de la edad de la víctima, se podrá eximir su responsabilidad penal; siempre y cuando no se haya ejercido violencia o intimidación y si éste es de naturaleza invencible, tal como se desprende del primer párrafo del artículo 14° del C.P; pues si se ejerció violencia y/o grave amenaza para acceder sexualmente a la víctima, la conducta se encuadraría típicamente en el artículo 170° del Código penal.

En este orden de ideas, estas situaciones deben apreciarse con suma prudencia, evitando los abusos. La aplicación del error atenuante sólo deberá proceder cuando se haya examinado toda la constelación de factores que han rodeado el caso.

6. CONSUMACIÓN

El delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal, en cualquiera de las vías descritas en el tipo base, basta para la perfección delictiva que el miembro viril ingrese de forma parcial, así como otra parte del cuerpo y/o objetos sustitutos del pene. No se requiere el yacimiento completo, ni siquiera un comienzo de aquél; así como tampoco la fecundación; menos la desfloración, éste será a lo más un dato objetivo para acreditar la relación delictiva, entre la conducta generadora del riesgo y la causación del resultado lesivo. Hay consumación aún cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual del ofendido. La siguiente ejecutoria recaída en el RN N° 1218-2001, al respecto señala lo siguiente "*(...) se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado por el delito de Violación Sexual, aunque por la comisión del delito consumado y no en el grado de tentativa (...) la menor agraviada presenta desfloración hime-*

(23) SEGURA SALAS, C.E./VILLALTA INFANTE, M.; *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, cit., ps. 66 y ss.

(24) En: "Jurisprudencia Penal". Director: J.L. CASTILLO ALVA, Asesor: J. URQUIZO OLAECHEA, Jurista Editores, Lima, junio del 2005, cit., ps. 165 y ss.

nal con lesiones parciales antiguas, esto es que hubo penetración parcial del pene del agresor en la vagina de la víctima y no penetración completa que evidenciaría un desgarro total del himen y lesiones tipo desgarro en la pared vaginal, pero igual existió penetración y en consecuencia la consumación del delito de Violación Sexual de Menor de Edad (...)"[25].

La tentativa es admisible, esto es, el agente por causas extrañas a su querer no logra penetrar a su víctima o en su caso, voluntariamente decide no penetrarla o introducirle objetos de apariencia sexual o partes del cuerpo[26]; mas al no mediar violencia ni amenaza grave, la calificación de las formas de imperfecta ejecución es una tarea valorativa no muy fácil de concretar. Serían todos aquellos actos tendentes a obtener el consentimiento viciado del menor, la seducción, el engaño, el ofrecimiento de ciertos favores, etc.; mas en el caso en el que se ejercite violencia (*vis absoluta*) sobre la víctima, dichos actos constituirán el comienzo de los actos ejecutivos, a pesar de no estar descritos en la tipificación penal.

7. CONCURSO DE DELITOS

Este delito concurre, generalmente, con los delitos de homicidio, secuestro, robo y lesiones, cuando se afecta en simultáneo la intangibilidad sexual y la esfera corporal, será constitutivo de un delito de lesiones en concurso ideal, así también si se produce la muerte de la víctima. La solución anotada dependerá de si dichos resultados fueron buscados por el autor o, al menos abarcados por su esfera cognitiva, con dolo eventual; pues si se produjeron de forma imprudente, esto es, con culpa, la conducta deberá ser reconducida al tipo del artículo 173°-A. Los actos mismos de coerción son constitutivos sólo de violación de menor, no entran en concurso con el delito de coacciones; sin embargo, si el autor ha privado de su libertad al menor, a fin de hacerse de un patrimonio, y en el ínterin abusa sexualmente de él, sí se producirá un concurso ideal de delitos con el tipo previsto en el artículo 151°, mas no real, en la medida que el secuestro es un delito de naturaleza permanente.

8. INCIDENCIAS NORMATIVAS, PRODUCIDAS POR LA LEY N° 28704, EN EL ÁMBITO DE LA CONFIGURACIÓN TÍPICA

La reforma penal traída a más con el texto punitivo de 1991, fue el de instituir a la libertad como el soporte material que condiciona el goce y desarrollo del resto de bienes jurídicos. El punto de partida como afirma Ulrich Klug, lo constituye la "presunción a favor de la persona", característica del moderno Estado de Derecho (...). El contenido de esta presunción es el

(25) En: "Jurisprudencia Penal". Director: J.L. Castillo Alva, cit., ps. 432 y ss.

(26) Salinas Siccha, R.; *Delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 192.

siguiente: "cuando actúa libremente lo más probable es que la persona se comporta conforme a Derecho[27].

Nuestro texto *ius* fundamental consagra a la persona humana y a su dignidad como los valores supremos del Estado y de la sociedad, donde la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del individuo se constituyen en los pilares de todo el Sistema Jurídico-Estatal. En tal medida, la política criminal habría de conducirse por un sendero democrático; tendría que despojarse de concepciones morales y etizantes, a fin de cautelar el principio de ofensividad desde una perspectiva material del bien jurídico. Esta nueva perspectiva tendría que reafirmar la personalidad del ser humano, en cuanto a su vida en sociedad o mejor dicho en sus interactuaciones con el resto de sus congéneres. Por lo tanto, al Estado le está vedado intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos cuando su conducta es el manifiesto de un hombre libre y responsable. Comportamiento que no denota una reprobación general por parte de la sociedad. En el ámbito de los delitos sexuales, la reforma significó ubicar en un primer plano valorativo la voluntad del individuo, expresada en su capacidad decisoria para auto-determinarse sexualmente, es decir, de elegir con quien, cómo y cuándo tener una relación u acto de contenido sexual. Es el consentimiento, entonces, el pilar que sostiene el fundamento axiológico y normativo de los delitos sexuales.

El derecho penal debía de recoger una realidad sociológica a fin de delimitar el ámbito de lo punible, en orden a estimar un consentimiento válido. De tal manera que el criterio cronológico no podía ser el mismo que el derecho privado: los 18 años –como capacidad de goce y de ejercicio–,no puede sostener de ninguna manera la capacidad de libertad sexual de los individuos, pues, ingresarían al ámbito de lo punible conductas socialmente adecuadas. El despertar sexual no puede ser equiparado con la capacidad contractual o con el derecho al voto, pues, el primero es el manifiesto primario de una actividad inherente a la persona humana. Por consiguiente, el legislador en el Capítulo IX del Título IX del C.P. estableció correctamente una delimitación del bien jurídico protegido, de conformidad con la edad de los sujetos intervinientes de la relación sexual. Fijando la edad de 14 años como el límite para estimar un consentimiento válido; circunstancialmente esta edad puede resultar en ciertas circunstancias y contextos socio-culturales excesiva. Entonces, el legislador determinó normativamente una presunción *iure et de iure*, en el sentido de que sólo los mayores de 14 años tienen la capacidad de auto-determinarse sexualmente. Por consiguiente, el artículo 173° en su redacción primigenia, estableció que la relación u acto sexual que se realiza con una persona menor de 14 años, es constitutivo de un delito pese a haber concu-

(27) KLUG, ULRICH; *Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica en el Derecho penal sexual*. En: Sexualidad y crimen. Versión de la 3era. Edición alemana por Enrique Gimbernat, REUS SA, Madrid, 1969, .cit., p. 32.

rrido el consentimiento de la supuesta víctima. No siendo necesario que el agente se haya valido de violencia física o intimidación para conseguir el consentimiento de la víctima. Consecuentemente, en este capítulo se tutelaba la Libertad Sexual en caso de mayores de 14 años, y en el caso de menores de 14 años y de inimputables era la indemnidad sexual como esfera que podía verse comprometida y afectada ante la invasión de terceros[28].

Ahora bien, la reforma producida por la Ley N° 28704 encuentra su más alto nivel de funcionalización, de utilización política y simbólica del Derecho Penal, con la modificación que se produce en el artículo 173°[29], en la medida que el inciso 3) penaliza el acceso carnal que se realiza sobre una "víctima" que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho años. A partir de esta modificación normativa, los mayores de 14 años y menores de 18 años, ya no poseen capacidad de consentimiento. Por consiguiente, se quiebra la sistemática del bien jurídico tutelado, despojándose de libertad a quienes la esfera social y jurídica les había reconocido dicha facultad. Dicho en otras palabras, *el afán criminalizador del legislador, influenciado por los grupos mediáticos de presión de la sociedad, ha significado un adelantamiento injustificado e ilegítimo de las barreras de intervención del derecho penal, vulnerando las bases democráticas que orientan la estructura hermenéutica y teleológica del bien jurídico, que socavan la libertad como piedra angular del ser humano.* A partir de esta orientación punitivista, comportamientos socialmente adecuados serán objeto de una represión irracional e indiscriminada, con el consiguiente desgaste del Derecho penal. Con todo, se vulneran los principios de lesividad, de libertad y de igualdad.

En palabras de Castillo Alva se ha roto y quebrajado de una tajo la tradicional e histórica regulación del abuso sexual de menores que desde antaño –véase a título de ejemplo el C.P. de 1924- mantenía como límite los catorce (14) años, edad que se estimaba como suficiente para permitir el inicio de la sexualidad de las personas ya sea varones o mujeres. Hoy por imperio de la nueva ley se ha elevado drásticamente los límites del abuso sexual hasta los dieciocho años[30].

---

(28) Al respecto ver mi artículo "La nueva Reforma de los Delitos Sexuales en el marco político criminal de la Ley N° 28251 del 08 de junio de 2004". En: Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Tomo II, ARA Editores, Lima – Perú, 2006, cit., ps. 191-254.

(29) Asimismo, siguiendo la tendencia neo-criminalizadora, el último párrafo de este tipo penal también sufre una exasperación del marco penal, estableciendo pena de cadena perpetua, para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3.

(30) Castillo Alva, J.L.; *La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador.* En: Actualidad Jurídica, Tomo 149, abril del 2006, Gaceta Jurídica, cit., p. 14; Así, Salinas Siccha, R.; *La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales.* En: Actualidad Jurídica. Toma 149, abril del 2006, Gaceta Jurídica, cit., p. 17.

Relaciones sexuales que son fruto de una actuación libre y responsable caerán bajo las redes de represión penal, v. gr., aquélla relación sentimental que se inicia tal vez en la edad escolar, de una mujer de 16 años y un hombre de 18 años, en la cual media un sentimiento sólido y hasta la gestación de un niño, será criminalizado en virtud de un decisionismo torpe del legislador, cuyas consecuencias podrán generar un drama inexplicable para toda una familia; y de otro lado, la penalización desencadenará los más viles chantajes.

9. ANÁLISIS A LA LEY N° 30076 (DEROGACIÓN DEL INC. 3) DEL ARTÍCULO 173°)

La modificación plasmada en el artículo 173° (*in fine*), producto de la sanción de la Ley N° 30076, primera reflexión que nos evoca, es que por fin el legislador, asumió una postura (político criminal) racional del estado de las cosas, y despenalizó las relaciones sexuales consentidas, con personas mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho, derogando el inciso 3) del artículo 173°; lógicamente, la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema, planteada en los Acuerdos Plenarios, donde se ponía a la luz, lo asistemático que resultaba, la penalización de tal comportamiento, y de forma ya contundente, la declaratoria de Inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173° por parte del TC (EXP. N° 00008-2012-PI/TC), no le dio más opción que expulsar de la redacción normativa, dicha trasnochada acriminación, que lo único que provocó, fue de persecuciones y sanciones penales absurdas y trasnochadas, atiborrando los Tribunales de justicia, de causas que no merecían ser encauzadas en la vía penal, por carecer de una verdadera materialidad sustantiva (de un *injusto penal cualificado*); donde la penalización se sostenía en criterios meta-jurídicos, ajenos a los que debe guiar la política criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Segundo, que la cesura de la valoración política criminal, sólo es posible a través de razón inspiradora de los principios legitimadores de un Derecho penal democrático; la teleología y ética que debe resguardar las normas penales, únicamente se puede cautelar con los filtros que dichas guías rectoras, ejercen en la decisión definidora de la reforma normativa. La dogmática jurídico-penal, por tanto, asume una labor de primera línea en la actualidad, aparejada a la valiosa misión de la jurisprudencia, que de cierta forma han influenciado en esta decisión del legislador; que si bien la norma -citada- ya había sido declarada como «inconstitucional», esto no era óbice para que el Parlamento procediera a su total expulsión, pues su vigente literalidad, podría traer a algunos operadores, a su aplicación, aún a costa de su irreverente y abusiva invocación, sabedores de la cultura positivista que aún pende en la mente de no pocos magistrados. De manera, que saludamos esta decisión legislativa y, que quede como ejemplo y antecedente a la vez, que el Derecho penal no es un instrumento que puede ser empleado para catalizar

y aplacar las demandas penalizadoras de ciertos sectores de la sociedad, cuando éstas no vienen respaldas, por criterios materiales de lesividad; no constituye una herramienta para sofocar coyunturas de especial conmoción pública y así complacer a las tribunas de la opinión pública y a los medios de comunicación social. El Derecho penal ocupa una misión más modesta y humilde, no es el resorte encaminado a aplacar las ansias de venganza de la sociedad o la panacea orientada a recoger las demandas reivindicativas de algunos sectores representativos de la sociedad peruana, tampoco el acogimiento a dogmas, exclusivamente cultivados en programas religiosos, sólo ha de perfilar su necesaria intervención, a la *protección preventiva de bienes jurídicos*.

En palabras de PIETRO SANCHIS, la ley penal no puede ser un manifiesto electoral para la satisfacción de expectativas sociales más o menos fundadas de «paz y orden», cuando no para aplacar su sed de venganza, ni un reclamo para guiar la opinión pública apelando a los resortes más emocionales, ni, en fin, un remedio simbólico o propagandístico para exorcizar males sociales que tienen origen en la pobreza, en la marginación o en la falta de cultura y que sencillamente no pueden ser tratados con la pena(31).

Siendo así, la mesura de la política criminal, importa subrayar, que la misión del Derecho penal en un orden democrático de derecho, es más modesta, como algunos piensan; no sirve para reforzar la moralidad de un pueblo, ni constituye un acicate de ejemplificación, ante ciertos dogmas que aún acuñan algunos sectores de la sociedad, tampoco es el medio idóneo para la conservación del régimen gubernamental. Su estricta labor es la protección de bienes jurídicos, siempre que se cumpla con los principios de «ofensividad» y de «ultima ratio»; lo contrario supone su deslegitimación, como medio de control social encaminado a sofocar los focos de mayor conflictividad social. La legitimidad de la violencia institucionalizada -que significa la pena-, no tiene que ver sólo, con un aspecto procedimental, de cómo se sanciona la ley penal en un orden democráticas de derecho, ello sólo es una validez formal; la validez material, toma lugar, cuando el legislador, al momento de optar por la acriminación de una conducta humana, sujeta la valoración a la necesaria ofensividad que aquélla encierra para un bien jurídico -penalmente tutelado- y cuando el resto de parcelas del orden jurídico, se muestran ineficaces en la contención y prevención de tal comportamiento.

En el caso del último párrafo, si es que se ha derogado el inciso 3), ya no puede hacerse mención de aquél -en su redacción normativa-, por lo que la pena de *cadena perpetua* sólo resulta aplicable en el caso del inciso 2).

(31) PIETRO SANCHIS, L.; *Garantismo y Derecho Penal*, cit., p. 113.

10. AGRAVANTE

Mediante la Ley N° 26293, del 14 de febrero de 1994, se modificó la agravante prevista en el último párrafo, en los términos siguientes: "*Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza...*". Esta agravante se construye en base a deberes de responsabilidad institucional, sea ésta una responsabilidad por organización: la patria potestad (relación paterna-filial), hijos adoptivos u otras instituciones legales sustitutivas como: la tutela, la curatela o el consejo de familia. Puede ser también una relación en base a un vínculo de confianza: hijo adoptivo del cónyuge o del concubino, el subordinado, alumno, etc.

La relación de parentesco y/o familiar implica un deber especial del autor de abstenerse de este tipo de acciones, lo que da lugar a un prevalimiento que denotaría un mayor contenido del injusto en este delito, expresada en una mayor culpabilidad del autor. No es suficiente con la relación entre las personas que se indican, sino que es necesario que el sujeto activo aproveche la situación especial que tiene respecto de la víctima[32]. Para la concurrencia de esta agravante el autor debe de conocer dicho parentesco y que vea facilitada su agresión por la mencionada relación parental[33]. De igual manera, en el caso de una relación de confianza, el agente delictivo debe de conocer dicha circunstancia descrita en el tipo objetivo, a fin de que pueda ser admitida la agravante en cuestión.

Si bien la agravante trata de sostenerse sobre una posición de dependencia de la víctima hacia al agente, la misma no es clara y precisa en su redacción contraria al principio de legalidad, el mismo que requiere que la conductas prohibidas por la ley penal se encuentren delimitadas de manera expresa e inequívoca, hecho que no acontece en el presente supuesto. Por consiguiente, la agravante se configura como un tipo abierto.

En la ejecutoría recaída en el RN N° 1855-2000, se ha establecido lo siguiente "*Que, la menor agraviada (...) refiere que el sentenciado (...) es abuelo y bajo cuya custodia se encontraba, la violó sexualmente en mil novecientos noventa y siete cuando contaba con diez años de edad, como se corrobora con la partida de nacimiento que corre a fojas noventa y cinco;*

---

(32) Serrano Gómez; op.cit.; p. 219. Para Rosario Vicente de Martínez, en relación con el delito de Abusos Sexuales por prevalimiento previsto en el C.P. español (art. 181.2), "...además de esta situación de superioridad es necesario que el autor se prevea de la misma, es decir, debe ser consciente de la influencia que ejerce sobre la víctima y aprovechar ésta para sus fines sexuales, lo que supone, igualmente, la necesidad de constatar que la víctima ha consentido la realización de la conducta por el dominio moral o material que el autor tenía sobre ella".; op.cit; p. 93.

(33) Antonio Gonzáles-Cuellar, García-Cándido Conde Pumpido Ferreyra; op.cit.; p. 2215.

que, el sentenciado acepta haber violado a la menor cuando se encontraba en su casa"[34].

Finalmente, el último párrafo en cuestión, prevé que la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de pena de cadena perpetua.

11. CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Como siempre el legislador legisla desde una visión parcial y fragmentada, sin entender que las normas forman parte de una unidad sistemática. *Resulta, que mediante la Ley N° 28251, se incorporó el artículo 179°-A – promoción e inducción a la prostitución (Usuario – cliente), ingresando al ámbito de lo punible el acto sexual (acceso carnal) con persona mayor de 14 años y menor de 18 años, cuando media un precio o ventaja de cualquier naturaleza. Siendo el marco penal imponible una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años.* No entendemos es puridad como una reforma penal que viene caracterizada fundamentalmente por concepciones éticas y morales, repruebe con menor severidad la relación u acto sexual que se realiza mediante precio y, aquélla que se efectúa mediando un sentimiento puro y honesto sea criminalizado con una sanción punitiva tan drástica. En esa lógica, asevera Salinas Siccha, a los enamorados o novios cuya pareja tenga una edad mayor a 14 y menor de 18 años, les está prohibido penalmente tener relaciones sexuales con ella, así preste su consentimiento; caso contrario, indefectiblemente serán autores de este grave delito[35]. Dicho en otras palabras: *el legislador condena con una mayor represión el acto sexual por amor, que, aquél que se realiza mediando precio u otro tipo de ventaja.*

De ahí que no sólo sea destacable el delito, sino la magnitud y la manifiesta desproporción de las penas, situación que llama poderosamente la atención debido a que antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, los actos sexuales realizados con el consentimiento de los menores de 18 y mayores de 14 años se consideraban como actos impunes y no sujetos a control penal, en la medida que no hubiera un contexto de violencia, grave amenaza o engaño[36].

La tendencia neo-criminalizadora del legislador restringe de forma injustificada un bien jurídico de tanta trascendencia en el marco del Estado de Derecho. La libertad como presupuesto ontológico y axiológico para el

(34) En: "Jurisprudencia Penal". Director: J.L. Castillo Alva, cit., ps. 441 y ss.

(35) Salinas Siccha, R.; *La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales*, cit., p. 17.

(36) Castillo Alva, J.L.; *La muerte de la sexualidad en los adolescentes...*, cit., p. 14; Así, Salinas Siccha, R.; *La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales*, cit., ps. 18-19.

desarrollo de la personalidad humana y como mecanismo facilitador de las actuaciones entre los individuos, es fundamental en un orden democrático de derecho que reconoce al ser humano como base medular de todo el sistema jurídico y político. En el ámbito de los delitos sexuales, la punición debe limitarse a conductas que lesionan gravemente la libertad o que suponen intromisiones ante sujetos incapaces de decidir por su prematuro desarrollo personal. Pero, si existen dudas se debe practicar la máxima reserva, a no ser que el legislador quiera adoptar la indigna concepción, incompatible con un Estado liberal y de Derecho, de que es mejor condenar a algunos inculpables que no dejar impunes a algunos culpables, y que es mejor dar poca que no dar excesiva libertad; una actitud esta que contradice la presunción a favor de la libertad y que por ello, es rechazable en un Estado liberal de Derecho[37].

Las relaciones sexuales que se producen entre personas mayores de 14 y menores de 18 años no lesionan ni vulneran bien jurídico penal alguno. El legislador sólo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognoscitiva o valorativa de protegerlos[38]. Son las concepciones retrogradas de algunos, que hacen de la norma penal un receptáculo de ideologías contrarias a los valores que se desprenden de una sociedad democrática y pluralista.

Dicho lo anterior, al margen de lo flagrantemente inconstitucional de la Ley N° 28704, en mérito a su evidente incompatibilidad con los derechos humanos –contemplados en la Ley Fundamental es de verse que los órganos jurisdiccionales que en realidad son garantistas del contenido sustancial de las normas, han de preferir la norma constitucional sobre la norma penal, tomando en cuenta que el control difuso de la constitucionalidad normativa constituye una de las funciones más excelsas que ha de ejercer la judicatura en un Estado de Derecho, reivindicado la persona humana, su libertad y su dignidad inherente, ante todo viso de atropello, de irracionalidad y de manifiesta arbitrariedad de la ley penal sancionada por el legislador. Así, podemos apreciar en algunas sentencias expedidas por dignos magistrados, que han sido renuentes a la aplicación de la Ley N° 28704, amparándose en el control difuso, según las facultades jurisdiccionales que se desprenden del artículo 138° de la Constitución Política, cuando los protagonistas del evento sexual actuaron consensualmente (sin violencia y/o amenaza), lo contrario significaría recluirnos en un positivismo legal, cuya oscuridad e ambigüedad, nos ubicaría en planos de injusticia y de ilegitimidad.

Ahora bien, como hemos destacado en otras publicaciones sobre la materia, los delitos previstos en los artículos 175° y 179°-A, no fueron deroga-

(37) Klug, U.; *Problemas de filosofía del Derecho y de política jurídica*, cit., p. 45.

(38) Castillo Alva, J.L.; *La muerte de la sexualidad en los adolescentes...*, cit., p. 14.

dos tácitamente por efectos de la Ley N° 28704[39]; primero, porque la norma sancionada también modificó el artículo 177° del C.P, incluyendo de forma expresa al delito de Seducción[40], en cuanto a los actos de mayor disvalor que se ponen de relieve en dicho articulado, advirtiéndose así la *ratio* de la norma, y segundo porque el tipo penal de Usuario – Cliente, se encuentra comprendido en el marco de los delitos de Proxenetismo, por lo que su interpretación debe efectuarse con sus propios matices y particularidades[41].

Es de verse –que en su momento-, las Salas Penales de la Corte Suprema, en el marco normativo, -propuesto por el artículo 301-A° del C de PP- («precedente vinculante»), introducido por el Decreto Legislativo N° 959, ha determinado ciertas consecuencias jurídicas en el ámbito de la determinación judicial de la pena, en lo que el inc. 3) del artículo 173° del C.P. refiere, habiéndose señalado en el acápite 10 del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, lo siguiente: "*En este contexto es pertinente sostener que si el legislador reprime con penas privativas de libertad no mayores de seis años, las relaciones sexuales que mantiene el agente con el sujeto pasivo, cuando media para ello engaño, contraprestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, el órgano jurisdiccional no debe tratar con mayor severidad –por lo contradictorio e implicante que ello significaría desde las propias normas penales vigentes- a quien realiza prácticas sexuales con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad que preste su consentimiento para dicha relación sin que medie presión o vicio de conciencia*". Seguidamente, en el acápite 12, se sostiene que: "*Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado- median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica*".

Finalmente, en el acápite 13, se ha dicho lo siguiente: "*De otro lado, es de asumir, como corresponde, la necesaria vigencia y rigurosa aplicación de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que establecen la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años de edad, y que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa. En este contexto la tutela sexual absoluta sólo esta radicada en las mujeres menores de catorce años, ya que pasada dicha edad esa tutela se relativiza y cesa por el matrimonio, según las disposiciones pertinentes*

(39) Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *La Reforma político criminal de los delios Sexuales, vía la Ley N° 28704, sancionada el 05 de abril de 2006*. En: Diálogo con la Jurisprudencia, septiembre de 2007, Año 13, N° 108, cit., ps. 183-202.

(40) Máxime, si la edad límite de los catorce años, para considerar válido el consentimiento de la víctima, se mantuvo en el delito de Actos contra el pudor (art. 176°).

(41) Vid., ver más al respecto, Peña CabreraFreyre, A.R.; *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual*. IDEMSA, Lima, 2007.

del Código Civil. Entonces, cuando la relación sexual sea voluntaria y si el sujeto pasivo tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal que regula la institución del consentimiento, en tanto se den los presupuestos legales penales y civiles correspondientes".

De conformidad con lo declarado en el mencionado Acuerdo Plenario, se pueden colegir una serie de inferencias: - primero, que como se sostuvo, los tipos penales comprendidos en los artículos 175° y 179°-A, se encuentran vigentes, por lo que resultan aplicables por los órganos jurisdiccionales, con mayor motivo, las disposiciones legales del Código Civil, que regulan el matrimonio entre adolescentes (art. 241°, inc. 1). En tal mérito, los jueces y Tribunales del país, al momento de la determinación judicial de la pena, pueden graduar la sanción punitiva, en lo que respecta al supuesto de hecho, contenido en el inc. 3) del artículo 173° considerando los marcos penales mínimos de las figuras delictivas –inicialmente mencionadas-. Lo que supone una homogenización de la interpretación normativa, tomando en cuenta el contenido del injusto típico. No obstante, debe verse que las figuras de la Seducción y del Cliente (usuario), revelan a nuestro entender un mayor desvalor, no del injusto penal sino de un injusto ético, siendo más que evidente que ambas tipificaciones responden a una reprobación moral y no jurídico-penal, como hemos enfatizado en los apartados pertinentes de este estudio. Y, decimos lo primero, en el sentido de que en las relaciones sexuales, entre personas mayores de catorce años, producidas con pleno consentimiento de las partes, el desvalor ético sería mucho menor, puesto que no hay de por medio una actitud que vicie el consentimiento (engaño) o el empleo de un precio. Entonces, la sanción en este injusto debería ser aún mucho menor que las previstas en los artículos 175° y 179°-A del C.P. De todas formas, no puede desmerecerse la posibilidad de que el juzgador pueda reducir ostensiblemente la pena, en el caso del inc. 3) del artículo 173°, amén de racionalizar la reacción punitiva en correspondencia con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal.

Dicho lo anterior, resulta de mayor relevancia lo anotado por la Corte Suprema, en el considerando décimo tercero, al sostener que resultando plenamente vigentes los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil, cuando el sujeto pasivo cuente entre dieciséis y dieciocho años, es aplicable el inc. 10) del artículo 20° del C.P. El artículo 20° de nuestro texto punitivo aglutina una serie de factores, cuya valoración da lugar a una exoneración de responsabilidad penal; éstos están referidos a las causas de inimputabilidad, causas de justificación (preceptos permisivos), causas de disculpa (estados de inexigibilidad) y falta de ausencia de acción. En el caso del Consentimiento, hemos de convenir, que se trata de un elemento que elimina la antijuridicidad de la conducta, que a pesar de que la conducta es típica, ésta al ser confrontada con el asentimiento del sujeto pasivo en aquellos bienes jurídicos disponibles, elimina el contenido del injusto típico. La libertad sexual importa un bien

jurídico plenamente disponible por su titular, en cuanto una esfera propia de la personalidad humana, asentada sobre la idea del «interés individual» que no puede ser contravenido, so pretexto de cautelar la reserva moral de un sector de la sociedad, como se identifica en la penalización de conductas como las reseñadas. Si esto es así, cuando la supuesta víctima ha dado su pleno consentimiento antes y durante el acto sexual, simplemente no se configura la tipicidad, de tal manera, que se concurrencia debemos estimarla como una «causa de exclusión típica», y no como «causa de justificación», según lo dispuesto en el inc. 20) del C.P. Sin embargo, para un sector de la doctrina, el Consentimiento que toma lugar en la Parte General, puede operar en ambos sentidos, como causa de exclusión de tipicidad o como causa de justificación. Esta posición puede justificar dogmáticamente lo propuesto en la jurisprudencia vinculante, que en los hechos, tendría que eximir totalmente de pena al supuesto infractor de la norma, siempre que se cumplan con todos los presupuestos exigibles para su legal procedencia; una posición que sólo se oriente a determinar efectos atenuantes, no se condice en definitiva con la naturaleza del bien jurídico tutelado en el Capítulo IX del Título IV del C.P.

12. ANÁLISIS DE LA REFORMA LEGAL AL ARTÍCULO 173°, VÍA LA LEY N° 30838

Es de verse, que la intervención del Derecho penal en un Estado constitucional de derecho, deme someterse a ciertos principios, que precisamente legitiman su actuación funcional, acorde al programa político criminal diseñado por el legislador en la Constitución Política del Estado. De modo, que desde ese confín de valores, subyacen los principios de responsabilidad por el hecho, de proporcionalidad, de resocialización y de «lesividad».

Dichos principios, son vinculantes tanto para el legislador como para el juzgador. Al primero, en cuanto a considerar en la acriminación de una conducta, que su conminación penal (*marco punitivo*), sea acordé y proporcional a la gravedad de la conducta antijurídica imputada; así evitar, la imposición de penas draconianas, que hacen inviable el cometido resocializador propuesto en la Ley Fundamental. Al segundo, que antes de aplicar un tipo penal en particular, valore en concreto si la gravedad de la pena fijada en el marco penal imponible, resulta o no proporcional al comportamiento, incriminado al agente, tomando en cuenta el contenido material del injusto como la relevancia del bien jurídico afectado, según el orden de valores consagrados en el texto «ius fundamental»; (...), cuando se invoca el principio en relación con una decisión del Poder Legislativo en materia penal parte el Tribunal (*constitucional español*[42]) de la idea de que, dentro de los límites marcados

(42) Lo en cursivas es mía.

por la Constitución, el legislador tiene atribuida una potestad exclusiva y plena para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles el tipo y la cuantía de las sanciones penal y la proporción entre la gravedad de las conductas que pretenden evitar y la de las penas con que intenta conseguirlo. Ello no le impide el control de constitucionalidad de la norma dictada a tal efecto. Pero advirtiendo de las cautelas con que este ha de efectuarse[43]. Para la Corte Suprema, en la CAS–2015-SANTA. "(...) *el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos* (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), *como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito*. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional *"Sólo están sometidos a la Constitución y la ley"* (art. 146.1 de la Const.[44])".

Las constituciones que garantizan derechos fundamentales y que sientan las bases de un sistema penal necesariamente llevan consigo tensión interna, anota Bernal Pulido. Dichas constituciones atribuyen a las autoridades políticas la competencia de limitar los derechos fundamentales por medio de la tipificación de ciertas conductas como delitos y prever y aplicar penas para el supuesto de que sean llevadas a cabo[45].

No en vano, la misma carta política, le confiere la potestad del control difuso de la «constitucionalidad normativa» al órgano jurisdiccional, de preferir el precepto constitucional cuando el precepto legal se contraponga a dicho valor sustancial[46]. Una suerte de pesos y contra pesos, que debe efectuarse con arreglo al principio de «proporcionalidad», a la luz del control de «convencionalidad». Esto comporta -sin duda-, una tarea interpretativa. Por su parte, al Tribunal Constitucional, el poder concentrado del control normativo de la constitución, asumiendo la posición de legislador negativo, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad.

Es justamente en los últimos tiempos, donde la pluma del legislador ha convertido al modelo de político criminal en un receptáculo permanente de las demandas penalizadoras de la sociedad así como de los gestores atípicos de la moralidad, que ven a la ley penal en el instrumento adecuado para

---

(43) De La Mata Barranco, J.; *La Actualización Proporcionada...*, cit., p. 205.

(44) Fundamento décimo cuarto.

(45) Bernal Pulido, C.; *Proporcionalidad, Derechos Fundamentales y Ley Penal*. En: El principio de proporcionalidad penal. Directores: Maximiliano Rusconi y Lascurain Sánchez, cit., p. 93.

(46) Vide, Fundamento décimo segundo de la Casación Santa.

reivindicar sus intereses sectoriales. Así también, en el plano procedimental, las últimas reformas del NCPP, han supuesto en el marco de la lucha y combate contra la corrupción y el crimen organizado, la extensión significativa de los plazos de la investigación preparatoria y de la prisión preventiva[47], para lo cual a fin de evitar la arbitrariedad y la injusticia, se aplica el principio de proporcionalidad. Como se dice en la doctrina, la reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal, pero inmediatamente se traslada al derecho de policía; y, de ahí, a otros ámbitos del derecho administrativo, en relación con la aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos[48].

Cómo bien se estableció en la jurisprudencia de nuestro país, una cosa será el acto sexual violento sobré un menor de escasa madurez psicológica, que aquel ya adolescente, -sin violencia o amenaza u otra forma de coacción-, máxime cuando existe una relación sentimental con el agente, a lo cual puede sumarse una prole en común. Por consiguiente, imponer una pena que oscila entre los 30 y 35 años de carcelería efectiva, sumamente severa, debe ser reservada para aquellos casos reveladores de un alto contenido de gravedad antijurídica. En el Fundamento décimo cuarto, de la CAS-SANTA, se dice que: "*La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual*"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años".

Cuando se trata de una persona, que está por alcanzar su emancipación sexual, esto es, 13 años de edad, no existiendo gran diferencia etarea con el supuesto victimario, la sanción penal debe ser atemperada de forma significativa, considerando un factor de «mínima lesividad» así como los principios de proporcionalidad por el hecho y de resocialización, que permiten justamente imponer una pena muy por debajo del mínimo legal. Máxime, cuando en los últimos tiempos, el legislador y el poder ejecutivo han encaminado una línea de política criminal llevada a la sobre carga de la intensidad punitiva, en evidente y franca lesión a los principios de proporcionalidad, culpabilidad razonabilidad. No resulta coherente pues, que los delitos contra el

(47) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Estudios de Derecho Procesal Penal*. 1era. edición, ribuna Jurídica, noviembre 2018, Lima.

(48) De La Mata Barranco, J.; *La Actualización Proporcionada. Una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho Penal*. En: El Principio de Proporcionalidad Penal, cit., p. 203.

patrimonio o contra el principio de autoridad (*violencia contra funcionario público agravado*)[49] - sean conminados con una pena más drástica que aquellos hechos punibles este atentan contra la vida, el cuerpo y la salud. Dicha orientación político criminal quiebra y resiente, el principio de prevalencia del bien jurídico protegido, provocando un desajuste sustancial entre la gravedad del injusto penal con la gravedad de la pena. Asimetría punitiva que debe ser escrupulosamente por el juzgador, pues esa pena va resultar atentatoria al principio de resocialización e innecesaria para alcanzar el fin teleológico del derecho penal, que en este caso es la intangibilidad de las víctimas.

13. COMENTARIO AL ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116

El Acuerdo –en referencia-, sienta un precedente vinculante de relevancia, en cuanto a la aplicación del artículo 173.3 del C.P.; si destacamos en líneas anteriores que el acuerdo anterior no colmaba por entero nuestras expectativas, en este caso acontece lo contrario, como se dirá líneas más adelante; que al variar la perspectiva se afirma en el Considerando 8, lo siguiente: "(...) *existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 173° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño). De igual manera, se dice, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176°-A del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad*".

De recibo, como lo ratificamos en el apartado correspondiente[50], la modificación producida por la Ley N° 28704 al inc. 3) del artículo 173°, era *per se* asistemática, en la medida que por un lado reconocía validez de con-

(49) Ver, AP N° 1-2016/CJ-116 por parte de la Corte Suprema de la República.

(50) Vid, al respecto artículo 176° del C.P.

sentimiento al menor, cuando se trata de un tocamiento a la parte íntima de la supuesta víctima, y a su vez lo negaba, cuando se produce la penetración carnal o dígase la introducción de objetos, en los términos contenidos en la Ley N° 28251. Entonces, ante una antinomia de tal naturaleza, debemos remitirnos a la *ratio legis*, es decir, al espíritu del legislador plasmado en la redacción originaria del *corpus* punitivo, donde claramente se tiene que la delimitación cronológica entre los atentados contra la libertad e intangibilidad sexual son los catorce años, quiere decir que los mayores de catorce para adelante cuentan con un consentimiento reputado como válido por el ordenamiento jurídico, con arreglo a la Ley Fundamental y al Código Civil. Siendo así las cosas, la criminalización del comportamiento contenido en el inc. 3) del artículo 173° es "inconstitucional" e incompatible con el contenido esencial de los derechos fundamentales, con el derecho a la procreación, a la realización de la esfera sexual, a la autorrealización de la persona humana, el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad personal, etc. Penalización que sólo resulta acorde con concepciones etizantes del Derecho penal que no pueden ajustarse al orden de valores que sujeta la intervención del *ius puniendi* estatal en un orden democrático de derecho, al no exteriorizarse la lesividad material que determina la legitimación de la represión penal, ante relaciones sexuales consentidas de mayores de catorce años no existe ofensividad alguna, en otras palabras dicho: no hay una conducta jurídico-penalmente relevante que ingrese al ámbito de protección de la norma, por ende, "atípica". Así se expresa en el considerando 9, al decirse: "*Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a los dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución*".

Líneas más adelante, -en el mismo considerando-, se expone lo atinente a la exención de responsabilidad penal por «Consentimiento» del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de Violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menos de dieciséis años y mayor de dieciocho años.

Finalmente, como factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-166, se enfatiza que *al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual*

voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ello, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el caso de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto".

Ha de reconocerse que la Corte Suprema enmienda su antigua posición, ajustando la misma, a los principios legitimadores del Derecho penal, según los principios contemplados en el Título Preliminar del C.P. conforme a la Constitución Política del Estado. De hecho, que este fue un paso fundamental, para evitar prisionizaciones -a todas luces injustas e arbitrarias-, que no pasado mucho tiempo, habría de tomar senderos de corrección normativa y constitucional, conforme se sostendrá –líneas adelante-.

Mas se requiere de algo más, que puede traducirse en un doble baremo a saber: de presentar una acción de Inconstitucionalidad ante el TC, por parte de las instituciones competentes o, de que el Congreso de la República reflexione y opte por su derogatoria, con el aval del Poder Ejecutivo. No podemos abrumar al Poder Judicial de causas que no deben ser ventiladas en la vía penal.

13.1. Análisis de la Ejecutoria N° 1006-2156 – Segunda Sala Penal de Arequipa[51]

Se atribuye al procesado, que mediante engaños condujo a la menor agraviada a unas chacras, lugar donde habría abusado sexualmente de la menor, siendo que habría tenido sostenido relaciones sexuales con la agraviada en un hotel, mediante engaño, hechos que se habrían realizado en contra de su voluntad. De los argumentos de defensa del imputado, éste alega que tenía una relación de enamorados con la agraviada, y que ella le dijo que tenía 16 años de edad, por lo que no sabía que tenía en realidad 14. A tales efectos, la imputación delictiva se basa en el inciso 3) del artículo 173° del CP, modificado por la Ley N° 28704 del 05 de abril de 2006, que penaliza el acceso carnal realizado sobre una persona entre catorce años y menor de dieciocho años de edad.

(51) Comentario que fuera recogido en el artículo denominado "La reforma político criminal de los delitos sexuales, vía la Ley N° 28704", publicado en la revista jurídica. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 108, septiembre 2007, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, cit., ps. 183-202.

En el Considerando Cuarto, se determina lo siguiente: "*En principio el Estado Democrático de Derecho debe proteger bienes jurídicos relevantes para la sociedad a la que se dije, no desprendiéndose de la realidad cotidiana del país, ni proteger situaciones que no deben ser protegidas bajo sanción penal. En los hechos bajo análisis, se busca proteger la libertad sexual, más concretamente la indemnidad sexual de los menores, pero como se indicó no debe extenderse innecesariamente la protección penal*".

En el campo de los delitos sexuales, el paso al texto punitivo de 1991, supuso despojar a estas ilicitudes de conceptos meramente moralistas, pues el bien jurídico objeto de afectación es la libertad sexual, y no el honor sexual. Habiéndose delimitado normativamente, que el bien jurídico adquiere dos variantes en el capítulo IX: primero, la libertad sexual, esto es, la capacidad de autodeterminarse sexualmente en sociedad, que se reconoce a los mayores de catorce años, pues el consentimiento en este caso adquiere un rol determinante de la relevancia jurídico-penal; y, segundo, la indemnidad sexual, a los menores de catorce años, estos individuos al no haberse desarrollado genésicamente de forma plena, no están en capacidad de comprender los alcances y la naturaleza del acto sexual, en que se pueden ver involucrados, por eso, carecen de capacidad jurídica para autodeterminarse sexualmente, pues su participación en actos de esta naturaleza pueden comprometer su sexualidad de cara a futuro. Siendo así, el consentimiento que estos últimos puedan prestar para la realización de un acto de contenido sexual, carece de relevancia jurídica, no surte efectos para con la atipicidad penal de la conducta, por lo que no se requiere la utilización de la violencia física y/o intimidación psicológica, para que se pueda afirmar la relevancia jurídico-penal del comportamiento, tal como se enfatizaba en la redacción original del artículo 173° del CP, de conformidad con una postura política criminal acogida mayoritariamente en el derecho comparado. Máxime, que hoy en día la orientación político criminal, es de considerar una rebaja en la edad de la víctima, a fin de considerar un consentimiento "válido", en cuanto a los menores de edad, posición que se adecua a las nuevas estructuras sociales y culturales del tercer milenio. Así, se expone en la ejecutoria en cuestión "*Si ha de existir un límite, como se ha generado (por decisión legislativa, coherente con los estándares internacionales sobre la materia) para el término de la indemnidad sexual, se debe tener en cuenta también los estándares internacionales, que han establecido también los parámetros para el inicio del ejercicio de las libertades y potestades de orden sexual en los catorce años de edad en promedio*".

De acuerdo a lo sostenido, se señala, que no carece de trascendencia de establecer si medió violencia o hubo acuerdo entre las partes para realizarse, esto es, si la víctima mayor de catorce años, respecto a quien el Acusado afirma, le dijo contar con 16 años, y consintió sostener aquellas relaciones sexuales, habiéndose advertido en autos, que no hubo forzamien-

to para la realización del acto sexual, por lo que se descartan cualquier de método vedado que importe un vicio de la voluntad de la agraviada, que haya de suponer un atentado contra la libertad sexual; no hubo pues ni violencia ni amenaza. Renglón seguido se descarta, que en la presente causa, haya concurrido algún clase de error, en los términos de un error de tipo, de que el imputado haya errado sobre la verdadera edad de la víctima o, de un error de prohibición, en el sentido de que el agente haya ignorado que el hecho cometido, era constitutivo de una prohibición penal, cuando no se ha verificado el proceso de introyección normativa.

Seguidamente se hace alusión a una serie de Convenios y Tratados Internacionales, que en rigor forman parte del Derecho Internacional Público, por tanto, aplicables a la realidad nacional de conformidad con una serie de disposiciones constitucionales. Los principios de legalidad, de igualdad ante la Ley, de no discriminación por razón de sexo, diferencia económica o estatus social, la independencia de la función jurisdiccional, el poder difuso de la constitucionalidad, con la cual se encuentran revestidos los fueros judiciales en el Perú. Sin duda, la aplicación de una norma por parte del juzgador, no importa la mera remisión a su texto legal, desprovisto de cualquier análisis y reflexión jurídica; los magistrados no pueden ser considerados como meros aplicadores autómatas de un determinado dispositivo legal, pues la realización de tan excelsa tarea, amerita poner en cuestión los efectos, alcances y consecuencias de dicha aplicación, cotejando la norma legal con las disposiciones de orden constitucional. Resulta que en un Estado de Derecho el proceso formativo de las leyes penales debe seguir un orden –estrictamente formal-, como fluye de la representación parlamentaria, en cuanto a la discusión en el foro legislativo, su aprobación por una determinada mayoría y su publicación en el diario oficial "El Peruano"; en el caso de las leyes penales, se exige algo más, de que la normatividad a expedir se condiga con el orden de valores y con el glosario de principios jurídico-constitucionales que limitan y legitiman a la vez la actuación del Derecho penal en el marco de una sociedad democrática.

El *ius puniendi* supone la descarga de una violencia pública institucionalizada, que afecta las libertades fundamentales, injerencia que es legítima, siempre y cuando sirva para tutelar intereses jurídicos superiores; pues de no ser así, el derecho punitivo se convierte en un arma de opresión, de restricción y de anulación de las libertades que intenta proteger, por tanto incompatible con el contenido sustancial de los derechos fundamentales. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional debe realizar un *balancing test* (control difuso de la constitucionalidad), en cuanto a la constitucionalidad de la norma penal que pretende aplicar, a fin de cautelar los derechos y libertades que se contemplan en la Ley Fundamental. Por otro lado, cabe destacar que dicho análisis constitucional, puede ir de la mano con la búsqueda de la ratio de la norma, esto es, conforme a los criterios de la moderna teoría de la

Imputación Objetiva, el ámbito de la protección de la norma constituye una herramienta fundamental, para determinar que conductas son las que deben recaer en el radio de acción del tipo penal en cuestión y, en el caso de los delitos contra la Libertad Sexual, cuando se producen relaciones consentidas entre personas de catorce años a más, ello no ingresará a dicho ámbito de valoración jurídico-penal, pues no se ha manifestado una conducta de aquellas que la norma pretende penalizar. Máxime, el principio de lesividad ha de negar, la reprobación jurídico-penal.

Se cita la ejecutoria del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1879-2005-PA/TC, para declarar la inaplicabilidad de una ley, el órgano judicial debe actuar, *a) En el seno de un caso judicial, b) que la ley sobre la que se duda de su validez sea relevante para resolver la controversia sometida al juez, c) acredite que su aplicación le haya causado o puede causarle agravio directo, y d) que no pueda realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno del control abstracto de constitucionalidad.*

Ahora bien, sobre las variables antes anotadas, se toma en cuenta tres aspectos, de interés constitucional: el derecho al libre desarrollo, el derecho a la libertad, y el derecho a ser procesado penalmente por ley expresa e inequívoca (principio de legalidad penal). Qué duda cabe que el derecho a la autorrealización personal, constituye un derecho fundamental, que tiene vinculación directa e indisoluble con la caracterización de la persona humana, como elemento esencial para el logro de su proyección personal en el marco de un estrato social determinado; de tal forma que el Estado, debe reconocer al individuo determinados ámbitos de libertad, precisamente para procurar el libre desarrollo de la persona humana. "*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal, que no sean razonables ni proporcionales, para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma constitución consagra*".

Según los principios basilares Derecho Constitucional, el libre desarrollo de la personalidad es uno de los pilares del Estado Democrático de Derecho, que implica diversos aspectos de la personalidad: de orden religioso, psicológico, formativo y, por supuesto de carácter sexual. El libre desarrollo se enmarca en las condiciones necesarias que deben ser respetadas por el Estado para la satisfacción del proyecto de vida de cada persona. En ese sentido, cualquier norma legal que intente regular el orden social debe respetar en estricto sentido, los mandatos de orden constitucional. El ser humano es portador de su propia libertad, y ésta se autodetermina conforme a sentido, de que el individuo es libre de proyectar su vida en sociedad conforme a sus propias aspiraciones, motivaciones y metas; las cuales importan a su vez, una serie de conducciones que se entablan con sus congéneres. El papel central de la libertad deriva de su engarce

directo con la dignidad del hombre y con las posibilidades de favorecer la elección, por cada uno, de sus planes de vida, es decir, de su ética privada[52]. El respeto a la libre autodeterminación de la persona humana por parte de las normas, constituye elemento esencial para la autorrealización del individuo; pues el Estado no puede *per se* ingresar de forma coactiva a dichos ámbitos de configuración, pretendiendo coartar, limitar y restringir derechos que resultan valores constitucionalmente protegidos. Entre éstos, la sexualidad es una esfera de la personalidad humana, que manifiesta una parcela de particular relevancia para el ser humano, como expresión más singular y significativa de las relaciones humanas, partiendo de una perspectiva corporal y afectiva a la vez.

En resumidas cuentas, la fijación del límite de 14 años, que aún puede resultar excesiva en algunos casos[53], simboliza la realidad social, que debe plasmarse normativamente, caso contrario se provoca la irremediable ruptura de la norma con la sociedad, consiguientemente el *ius puniendi* estatal en vez de constituirse en un instrumento garantizador de las libertades humanas, se convierte en un arma represor de dichas libertades. Así, en la sentencia in comento "*Un adolescente mayor de catorce años debido a su desarrollo bio-psico-social, cuenta con los elementos indispensables para la disposición de su sexualidad, debido a ello, ha de ser libre para decidir el normativo y la persona con quien entablará relaciones de carácter sexual*".

Renglón más adelante, se expresa en la sentencia lo siguiente: "(...) *no es suficiente que el Legislador, ya sea en materia penal o de otra índole, cumple con los requisitos legales formales de la ley para la restricción de derechos, sino como señala el Tribunal Constitucional el legislador se encuentra obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías motivadoras, no puede suponer la violación de un Derecho Constitucional*".

Los dictados de un Estado de Derecho, sujetan la formación normativa de las leyes penales, al procedimiento establecido en la Ley Fundamental, de proyectarse el proyecto de ley, de sustentarse su justificación el Parlamento vía la discusión en el foro respectivo, su aprobación por mayoría califi-

---

(52) Peces Barba, G. y otros; *Curso de Teoría del Derecho*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – Barcelona, 2000, cit., ps. 331-332.

(53) Nos referimos a los casos en que las propias costumbres y prácticas consuetudinarias de algunas comunidades, que aún albergan valores propios, determinan el inicio de la sexualidad a una edad aún más temprana, reconducibles al radio de acción del artículo 15° del CP.

cada y su promulgación vía la policitación en el medio comunicativo oficial de la Nación. Al respecto alzamos la siguiente interrogantes ¿Es suficiente con cumplirse la garantía formal de reserva de Ley, como perspectiva política criminal, para dar como legítima una determinada norma?, o ¿Es que acaso se requiere algo más, de acuerdo a la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho? No debemos confundir el aspecto formal en la formación normativa de las leyes penales, con su legitimidad ante el colectivo, en cuanto a su correspondencia y adecuación con los valores jurídico-constitucionales. La ley penal sólo es legítima en cuanto contiene una conducta que supone una afectación a un bien jurídico –penalmente tutelado-, en cuanta perturbación material de un derecho fundamental (principio de ofensividad); como se sostuvo, el Derecho Penal no puede ser considerado como el resorte garantístico de posiciones trasnochadas y deformadas de la sexualidad humana. Concluyendo, dice la ejecutoria, *toda norma que restringe derechos, como es el caso de la Ley 28704, publicada el 05 de abril de 2006, que modificó el artículo 173° del Código Penal, no puede aplicarse para los supuestos de hecho, en que existen protestados constitucionales a las libertades, porque si no se vulneraría preceptos constitucionales.*

El fin del Derecho penal es mantener la confianza y el respeto por las normas esenciales; de acuerdo a la doctrina filosófica kantiana, la libertad así como la dignidad humana, se erigen como los valores superiores del orden jurídico. Las posiciones moralistas no pueden ser puestas en rigor, mediante la sanción de normas penales, pues con ello negamos el contenido esencial de los derechos fundamentales

Seguidamente se expone lo siguiente: "*Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que crea uno conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, así también tiene el derecho de disponer libremente de su sexualidad cuando se encuentre en la capacidad física y psicológica para hacerlo, en este sentido la Ley debe ir de manera paralela con la realidad social y no establecer marcos normativos inadecuados con las mismas*".

La libertad viene dada al hombre, como portador de derechos subjetivos caracterizados en su propia ontología, de tal forma que ya depende del mismo individuo, como hace uso de dicha libertad, y si aquélla se concretiza en respeto a las libertades ajenas, no existe legitimación alguna de que se ejerza coacción sobre dicha disposición. El despertar de la sexualidad es una de las manifestaciones más importante del ser humano, que se condice a veces con los sentimientos puros del hombre. Al Estado y a la familia le corresponde, entonces, informar al adolescente de todo ello, a partir de una amplio bagaje de conocimiento sobre la materia, a fin que él tome la decisión más acertada sobre su sexualidad, pues sólo a él le incumbe el desarrollo de una ámbito de organización inherente a su personalidad. Negar el uso libre de su sexualidad, comporta restringir y anular una esfera comprometida

con la autorrealización de la persona humana, incompatible con el orden de valores –constitucionalmente consagrados-.

En lo que respecta al análisis del derecho a ser procesado con cargos que emanen de Ley estricta e inequívoca (principio de legalidad), confrontado con los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, se afirma lo siguiente: "El CP peruano, desde el 05 de abril de 2006, que modificó el perímetro típico *procedente (....), proscribe hoy las relaciones sexuales de los menores de edad (incluyendo a los adolescentes de catorce años en adelante), bajo sanciones penales diversas, pero, el Código Civil permite el matrimonio de los adolescentes de 16 años en adelante bajo ciertas reglas, de modo tal que la coexistencia de aquel ámbito de permisión colisiona con la prohibición penal y genera, cuando menos a su vez, una excepción de punición (por cuanto de no entenderse así, el matrimonio del adolescente de catorce años implicaría directamente una comisión delictiva con participación de los padres que autorizan el matrimonio y el Alcalde o el Funcionario Municipal celebrante del acto, o en su defecto implicaría la generación de un matrimonio exento de potestades y deberes de hecho y habitación en tanto alcanza el menor la mayoridad, hipótesis que no se ha previsto en la Ley)*".

Una de los principios consustanciales a un orden democrático de derecho importa la Unidad del ordenamiento jurídico, en cuanto a una concepción integral de la toda la normatividad, bajo consideraciones de orden teleológico y desde una perspectiva de claridad conceptual. En principio, no puede sostenerse que aquello que es permitido en una determinada parcela del orden jurídico, constituya una prohibición en otra rama del sistema; en este caso, que el Derecho penal reprima las relaciones sexuales consentidas de una menor de 16 años, y el Derecho privado admita las uniones conyugales de menores de edad, bajo el consentimiento de los padres.

Son dos aspectos que vale la pena precisar:

a. Cuando se sanciona la Ley N° 28704, algunos destacados autores nacionales, fueron de la posición que los artículos pertinentes del Código Civil, en cuanto a la dispensa del matrimonio de menores de edad, resultaban siendo derogados de forma tácita[54], en virtud de las disposiciones últimas de dicha Ley; lo cual a nuestra consideración era una interpretación equivocada, pues la ratio de la norma en cuestión, sólo se dirigía a prohibir el acto sexual entre menores de 18 y mayores de 14 años de edad, no la permisión a que puedan contraer matrimonio, no obstante lo contradictorio que pueda esta inferencia suponer;

(54) Así, Salinas Siccha, R.; *La Irracionalidad Legislativa en los delitos sexuales*. En: Actualidad Jurídica, Tomo 149, abril del 2006, Gaceta Jurídica.

b. El matrimonio, es la unión que dos personas que implica la vida en común, lo que lleva al derecho del cohabito (Arts. 289° del CC), por lo que se presume implícitamente que la consumación del matrimonio lleva aparejada la permisibilidad de las relaciones sexuales, lo que no siempre es así; de todos modos, valga apreciar, que según lo dispuesto en el artículo 277° no resulta anulable el matrimonio del impúber cuando la mujer haya concebido, por lo que la realización sexual de la pareja conyugal es una manifestación connatural a dicha institución. Así, también resulta que los padres así como los funcionarios, que participan en la unión conyugal del menor, lo que a la postre significa su iniciación en la esfera sexual, tendrían que ser reprimidos a título de instigadores y/o cómplices primarios, en virtud del principio de accesoriedad en la participación, lo que a todas luces es arbitrario e injusto, pues precisamente el Derecho privado les concede dicho derecho de actuación.

Por consiguiente, se advierte una flagrante antinomia entre las disposiciones del Derecho privado con las del derecho punitivo, cuya único remedio debe orientarse a la primacía de la libertad y de los derechos fundamentales de los menores, en cuanto a su autodeterminación sexual, y a la vigencia de sus derechos reproductivos.

Seguidamente dice la sentencia "*Si el matrimonio es una célula fundamental de la familia y si el niño recién nacido tiene derecho a pertenecer a una familia, como consecuencias de las indicadas prerrogativas constitucionales, es válido concluir que cuando menos las personas de 16 años en adelante, pueden sostener relaciones sexuales y engendrar cuando estén casadas, sin que las afecte el alcance del artículo 173° del Código Penal ni a ella ni sus cónyuges aunque sean éstos mayores de 18 años de edad*". En lo que dicha afirmación concierne, queda en evidencia que la absurda y trasnochada penalización de los actos sexuales de menores de 18 años y mayores de 14, no sólo produce efectos perniciosos en los protagonistas, sea el hombre o la mujer, si es menor de edad, será considerado un infractor de la ley penal, pues las consecuencias perjudiciales se extienden también a los hijos. Imaginémonos el caso, de una unión de hecho o de derecho, entre un hombre de 20 años con una mujer de 17, en virtud de la cual, han nacido tres hijos; por cuestiones del destino, estas circunstancias son conocidas por las agencias de persecución, por lo que se inicia un proceso penal, ordenándose la prisión preventiva del padre, lo cual afecta el sostén familiar y con ello la manutención de los hijos.

Si en verdad se pretende tutelar, instituciones fundamentales, como el matrimonio y la familia, la inaplicación de la Ley N° 28704 es una consecuencia inevitable. "*A ello se suma que no haber sido expresamente derogado el artículo 175° del C.P, que sanciona bajo el epígrafe de seducción, las relaciones sexuales sostenidas bajo engaño en perjuicio de personas de 14 a meno-*

res de 18 años de edad, resulta paradójico que el sujeto activo que engañe a un menor que tenga 14 a 18 años de edad para sostener relaciones sexuales debe ser sancionado con pena de tres a cinco años de privación de libertad, en tanto que el sujeto activo que sostenga relaciones sexuales consentidas con un menor que se halle en idénticos parámetros de edad, deba padecer privación de libertad de 25 a 30 años". Desde un principio, fuimos de la opinión que el delito de Seducción no resultaba derogado como consecuencia de la dación de la Ley N° 28704, a pesar de las consecuencias formales de dicha Ley así lo hacían inferir, en la medida, que no parece coherente, que una disposición reconozca la validez del consentimiento del menor, y otra disposición legal del mismo orden, no lo haga[55]. Sin embargo, recurrimos a la voluntad del legislador, para sostener una posición en contrario y, ello lo advertimos en el artículo 177° (*in fine* – formas agravadas), que también fuera modificado por la Ley N° 28704, cuyo nuevo tenor literal determina que en el caso del artículo 175° (Seducción), si los actos causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, o si el agente procedió con crueldad se configura la circunstancia agravante en cuestión. De tal manera, que no fue la intención del legislador derogar dicho articulado, que haya sido por dejadez o por defectos de apreciación valorativa, en este caso es lo de menos, lo importante es ratificar la vigencia normativa de dicha tipificación penal, lo que redunda en beneficio del control constitucional del inc. 3) del artículo 173°.

Ergo es válido concluir que el Estado Peruano no tiene claro ni definido de modo incontrovertible si un sector de los adolescentes (entendiéndose por tales cuando menos a los que van de los catorce años de en adelante) están o no necesaria y/o absolutamente excluidos de los denominados derechos sexuales y reproductivos que se hallan reconocidos y declarados como derechos de la humanidad.

La política criminal de un Estado debe condecirse con su política social, concretamente con las políticas de planificación familiar, de orientación sexual; etc.; es decir, en los colegios propiamente se imparten cursos de educación sexual, a fin de lograr un aprendizaje en esta delicada materia, que permita al adolescente contar con una información de primera mano a fin de hacer un uso correcto de su sexualidad; pues si él decide iniciarse en su ámbito de autodeterminación sexual, pueda prevenir embarazos no deseados con el método anticonceptivo más adecuado. En otras palabras dicho: *lo que debe procurar el Estado es que los adolescentes hagan un uso responsable de su esfera de desarrollo sexual, para evitar que dicho inicio pueda significar un truncamiento a su realización profesional; contrario sensu, resulta incompatible que ese mismo Estado pretenda negar ese "derecho", con la antojadiza e arbitraria intervención del Derecho penal, propiciando estados*

(55) Así, en mi obra: *"Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual"*, IDEMSA, Lima, 2007.

de criminalización que no se adecuan a los límites materiales de legitimación en una sociedad democrática.

Se partió entonces que los adolescentes, de catorce años para adelante sí eran portadores de los denominados "derechos sexuales" y "derechos reproductivos", tal como se desprende de la redacción original del artículo 173° del C.P, de común idea con la declaración propuesta en la Exposición de Motivos de dicho cuerpo normativo, al haberse señalado que *el Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible de un ordenamiento social y democrático de derecho*; criminalizar, entonces, conductas que se comprenden en un ámbito de configuración de plena libertad del individuo, en vez de viabilizar dichos cometidos, lo que hace es frustrarlos, por lo que dicha intervención punitiva, importa un realidad un verdadero "despropósito".

Se afirma reglón seguido, que si el supuesto de la ley penal en el inciso tres del artículo 173° del C.P, siendo expresos, son equívocos (por ser contradictorios con el resto del propio sistema jurídico), se puede considerar configurado el principio constitucionalizado de legalidad en dicha norma legal penal; y, como se sostuvo, dicha penalización, importa una insalvable contradicción (antinomia), con los derechos fundamentales que el legislador ha consagrado, como valores jurídico-constitucionales, no se cumple con el principio de legalidad "material". Habiéndose consignado en la parte resolutiva que *la situación generada encuadra dentro de las previsiones del artículo cinco del Código de procesamiento penal, habiéndose configurado un caso que no reviste connotación de naturaleza penal*[56]. *El efecto final ha de ser el archivamiento definitivo de la causa y la anulación de los antecedentes generados por el procesamiento penal (artículo 221° del C de PP). Declarando inaplicable por colisión con los artículos dos inciso uno, dos inciso 24 apartado a) y dos inciso 24) apartado d) de la Constitución Política del Estado, el artículo 173° inc. 3) del CP, modificado por la Ley N° 28704.*

Al haberse verificado, -mediante el *balancing test* (constitucional)-, que la penalización contenida en el articulado antes mencionado, colisiona con los valores inherentes a la realización de la persona humana, y con el principio de legalidad material, corresponde la aplicación del control difuso de la constitucionalidad.

13.2. Acuerdo plenario N° 1-2012/CJ-116

Es una tarea de la hermenéutica jurídica, fijar con toda corrección la interpretación de los enunciados penales, para tal efecto el operador jurídico

(56) El hecho no constituye delito, en el sentido, de que su contenido material no revela una perturbación social suficiente, para que sea merecedora y necesitada de sanción penal.

ha de identificar en primera línea, el bien jurídico, como substrato material que legitima la intervención del *ius puniendi* estatal, en un orden democrático de derecho. Dicho aspecto a saber, resulta fundamental, para delimitar adecuadamente el ámbito de protección de la norma jurídico-penal, y así evitar penalizados absurdas e irracionales, que si bien pueden ser encajas en la descripción típica de la figura delictiva en cuestión, no se corresponde con el norte teleológico que debe inspirar la interpretación de los preceptos penales. Es así, que debe formularse la aplicación e interpretación de los enunciados legales, cobijados bajo la rotulación del «Derecho Penal Sexual».

Lo sostenido cobra vital importancia, en un escenario legislativo complicado por su evidente distorsión normativa, que provoca en la sistematicidad y coherencia que debe imperar en toda familia delictiva, traída a más por sanción de la Ley N° 28704, que modifica varios de los articulados, que el legislador glosó en el Capítulo IX del Título IV de la codificación punitiva, de forma particular en la composición normativa del inciso 3) del artículo 173°, en cuanto a la penalización de relaciones sexuales con persona (sujeto pasivo), mayor de catorce y menos de dieciocho años de edad. Es así, que se produce un quiebre innegable en la postura de política criminal, expresada por el legislador, con la entrada en vigencia del CP de 1991; en cuanto a la bifurcación de los delitos Sexuales, en dos planos a saber: -primero, reconociendo Libertad Sexual, a todos aquellos mayores de catorce años de edad e imputables a la vez, lo cual cuenta con plena correspondencia con la realidad social y biológica de los individuos, y, segundo, definiendo que en el caso de los menores de catorce años de edad e inimputables absolutos, el objeto de tutela jurídico-penal, no es la Libertad, sino la Indemnidad Sexual. Fue a tal efecto, que en el marco de la estructuración normativa del artículo 173° del CP, no se incluyeron como medios comisivos la violencia y/o la amenaza, entendiéndose que estas personas no están en capacidad de otorgar un consentimiento que pueda ser reputado como jurídico-penalmente "válido". Entonces, al construir la norma, una presunción *iure et de iure*, no es necesario acreditar en el decurso del procedimiento penal, que el agente haya obrado bajo violencia y/o amenaza sobre su víctima, y así haber vencido su capacidad de resistencia; empero, ello no supone que dichos medios no puedan presentarse en los casos concretos, por lo que de ser así, el juzgador atendiendo a ello y conforme al principio de postulación de parte (principio acusatorio), debe fijar una sanción punitiva de contornos más intensos.

Ahora bien, habiéndose fijado en el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, que las relaciones sexuales consentidas, -teniendo como protagonista del acto sexual, a una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad-, no son objeto de punición, a nuestro entender por constituir una causal de atipicidad penal, la problemática estriba cuando en la denuncia y a lo largo de la instrucción, aparece de los instrumentales, que la presunta víc-

tima cuenta con más de catorce años de edad, mas el imputado se valió de amenaza, violencia u otros factor de ventaja (prevalimiento), para accederla carnalmente; siendo que por lo general, subyace un vínculo de parentesco entre el encausado y la agraviada, v. gr., padre biológico, tío, padrastro, abuelo, etc.; aspecto este último que debe ser tenido muy en cuenta, pues acá se advierte una relación de superioridad, que se aprovechada por el agresor sexual, dando lugar a un vicio del consentimiento. Es así, que los operadores jurídicos tipifican este hecho, conforme la previsión legal contenida en el inciso 3) del artículo 173° del CP, a pesar de que el bien jurídico protegido no es la Indemnidad sino la Libertad Sexual.

Entonces, acontece una colisión entre normas, que no tiene que ver, con un conflicto aparente de normas penales –donde dos tipos penales pueden resultar aplicables (*en apariencia*) al relato fáctico que sostiene la noticia criminal-, sino con un tema de correcta reconducción típica, que debe ser resuelto con arreglo a los valores que se asienta nuestro ordenamiento jurídico-penal (principio de "lesividad"), en pos de evitar que conductas similares sean reconducidas a tipificaciones penales distintas, poniendo en riesgo la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Constitucional de Derecho. Así, cuando se dice en el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 (Fundamento 6), que: "*Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen pleno derecho a ejercer sus libertades sexuales (...), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal* (...)".

Dicho lo anterior, la postura a adoptar, debe estar en armonía con la orientación de política criminal, adoptada por el legislador en la redacción primigenia del texto penal de 1991, en el sentido, de que la edad trasvasada de 14 años del sujeto pasivo, cuando el agente emplea medios que vician su voluntad, es la Libertad Sexual el objeto de tutela y no la Intangibilidad Sexual; según dicha afirmación, es que se guarda coherencia, sistematicidad y plenitud, como los tres vértices que deben regir en todo cuerpo codificativo. Ello sin defecto de reconocer, ciertos defectos y/o vacíos en la legislación penal sexual; primero, que el tipo base extienda en su composición típica, al prevalimiento de cualquier posición o cargo que le de autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco, y no como definición de una circunstancia de agravación, tal como se desprende del inciso 2) del artículo 170° (*in fine*), siguiendo la tónica de la acriminación reglada en el artículo 174°; en este último caso, cuando el sujeto pasivo oscila entre los 14 y menos de 18 años de edad. Y, segundo, incidir en una

sanción punitiva más drástica, en el ámbito del artículo 173° del CP, cuando el agente hace uso de la violencia y/o la amenaza, para lograr el acceso carnal sexual en contra de su víctima.

En el Fundamento 17, del citado Acuerdo Plenario (Solución Judicial a la Controversia), se afirma lo siguiente: "*No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abusos sexuales de mayores de 14 y menores d 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio* (...)".

En resumidas cuentas, la interpretación de las normas jurídicos-penales, ha de ser conducida bajo los criterios legitimante del Derecho penal, según los dictados de un orden democrático de derecho, en particular el principio de ofensividad, garantía esencial para la aplicación racional del *ius puniendi* estatal.

13.3. Análisis a la sentencia de inconstitucionalidad recaída en el EXP. N° 00008-2012-PI/TC - artículo 173° INC. 3 del Código Penal

Conforme los dictados político criminales de un «Estado Constitucional de Derecho», la potestad definitoria de la conducta prohibida, la asume de forma monopólica el legislador[57], en cuanto a determinar que comportamientos han de ser constitutivos de un «injusto penal»; dicha facultad reside en el concepto de soberanía estatal, propio de un orden democrático y, en la idea de separación de poderes, propio de un «Estado Constitucional de Derecho»; importa la garantía de que el dictado de las conductas -penalmente prohibidas- sean producto de una discusión razonada, de quienes representan a los diversos sectores de la sociedad. Es a partir de ello, que al órgano jurisdiccional le está proscrito, crear conductas punibles, a través de su labor interpretativa; garantía esencial, que sustenta la seguridad jurídica en el marco de la impartición de justicia en lo penal. Si es que analizamos en rigor esta garantía política, en nuestra realidad nacional, diríamos que los parlamentarios, -no en pocas ocasiones-, han abdicado en esta función legislativa (*criminal*), en pos de darle la posta al Poder Ejecutivo, en la sanción de la normativa penal, como acontece desde el año 2007, de forma profusa en el Perú.

---

(57) Así, Bernal Pulido, al acotar que uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el Legislador; *El Derecho de los derechos*, cit., p. 115.

Ahora bien, a lo anotado, se suma una garantía material de primer orden, -según los postulados de un Derecho penal democrático-, nos referimos a los presupuestos que el legislador debe valorar, para decidir cuando criminalizar una conducta o, en su defecto, cuando proceder a su descriminalización. Es que dicha actuación -política y jurídica a la vez-, no puede tomar lugar de forma libérrima, en el sentido de que existen ciertos límites que los parlamentarios deben respetar, si no es así, el Derecho penal se convierte en un mero «decisionismo» o, en la manifestación de un resorte punitivo, desprovisto de toda cesura y juicio de apreciación; esto es algo que debemos acusar al legislador nacional, quien proyecta la política penal, sin cotejar las decisiones legislativa a un mínimo de racionalidad y de coherencia sistemática; olvidando -por lo general-, que el texto punitivo, como todo cuerpo codificado debe preservar ciertas características, sino se alza como un complexo asistemático e incoherente, conforme los fines que éste debe desplegar en la comunidad.

Esta técnica legislativa, que caracteriza últimamente las reformas penales en el Perú, ha podido ser contendida –de cierta forma-, con la interpretación teleológica y axiológica, que elucubra el órgano jurisdiccional, según los poderes que le confiere la Ley y la Constitución, dejando de lado ese apego positivista en la interpretación normativa, incompatible con los dictados de un «Estado Constitucional de Derecho».

El TC, señala al respecto que: "*Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo*[58]".

"*El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución), así como también del Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución). En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales*

(58) A este respecto, Bernal Pulido, señala, que si es (...) cierto que la Constitución reserva al legislador la creación del derecho penal, y que la faceta de protección de los derechos fundamentales lo habilita y le impone el deber de utilizar la legislación penal para que estos derechos y otros bienes sean garantizados efectivamente. En fin, también es cierto, apunta el autor, que uno de los objetivos legítimos de la legislación penal es encauzar de cierta manera el ejercicio de la libertad individual para posibilitar la convivencia. No obstante, de estos argumentos no puede deducirse que el legislador penal esté sustraído al control de constitucionalidad o de que este control sólo deba limitarse a lo evidente, es decir, a extirpar los exabruptos; *El Derecho de los derechos*, cit., p. 1222.

órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias y desestimatorias, para dar lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas ha identificado las denominadas decisiones "interpretativas" en general. Mediante tales sentencias "los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias (...), antinomias o confusiones que pueda contener".

En un orden democrático de derecho, las decisiones legislativas -en materia penal-, no pueden estar sustraídas del control de su legitimidad y, por no decirlo, de su necesaria racionalidad; si bien, el legislador es libre en definir el espacio de juego de la política criminal, basada en conceptos empíricos y normativos, no es menos cierto, que dicha proyección legislativa debe aquilatarse conforme los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, según los dictados de un Estado Constitucional de Derecho, lo que implica la proscripción de convenciones penales que no correspondan con los dictados de aquellos.

Dicho lo anterior, desde hace ya muchos lustres, se concilió en la doctrina especializada, que el fin esencial y elemental, del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos; aquellos intereses jurídicos que resultan vitales para la auto-realización del ser humano así como la plataforma para su participación, en concretas actividades socio-económicas-culturales; concatenado ello, con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, como lo son de «subsidiariedad», «fragmentariedad» y de *ultima ratio,* considerando que el Derecho penal, constituye el medio de control social (formal), de mayor injerencia sobre las libertades fundamentales de los individuos. En la doctrina se apunta, que (...) dentro del ordenamiento jurídico como medio de control social, Derecho penal es sólo uno de los instrumentos de control social formal, por lo que su contenido y sus reacciones son o deben ser concordantes con todo el sistema de control social, y esta necesaria concordancia debe ser tenida en cuenta para organizar y para evaluar la eficacia del sistema penal y para medir la eficacia de sus reformas[59].

El principio de «ofensividad del bien jurídico», repercute en dos ámbitos, conforme lo señalan en la doctrina especializada. En el legislativo, el principio de ofensividad, con rango constitucional, deberá vedar al legislador la configuración de tipos penales que, en abstracto, sean considerados como hechos inofensivos a los intereses o valores sociales preexistentes a la norma, y, en el campo jurisdiccional, es decir, el de aplicación, la actuación integral del principio de ofensividad debería implicar para el juez el deber de

(59) Berdugo Gómez de la Torre, I./ Pérez Cepeda, A.I.; Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, T. I, cit., p. 16.¿

excluir la existencia de un delito donde el hecho, aunque en todo lo demás aparezca como conforme a un tipo legal, revele ser, no obstante ello, totalmente inofensivo con respecto al bien jurídico específicamente protegido por la norma incriminante(60).

De recibo, que la teoría del «bien jurídico», ha sufrido profundas transformaciones fenoménicas y teórico-conceptuales, en un sistema social de permanente cambio y dinamicidad, llevado a las nuevas relaciones jurídicas que van asumiendo estos tres puntuales: Estado, individuo y sociedad; de seguro, que entre las más importantes conquistas, es de fijar criterios materiales de tutela punitiva, en orden a proteger bienes jurídicos que en realidad merecen dicha cautela, sabedores que el Derecho penal, es el abrazo más opresor del ordenamiento jurídico, una violencia institucionalizada que supone la injerencia al contenido esenciales de las libertades fundamentales individuales. De ahí, que no puede darse una ruptura entre la política criminal y este principio rector del Derecho penal, que ha de ser concebido desde una plataforma democrática, es decir, de despojar a la normativa penal de ápices pura y estrictamente moralistas y/o éticos (religiosos), donde es la repulsa de ciertos sectores de la sociedad, la que promueve tortuosas acriminaciones; apareciendo un legislador proclive a acoger estas demandas penalizadoras, no para adecuar el Derecho penal a la sociología criminal, sino para atraer y concitar el clientelismo político, que ha de asegurar una curul en futuras elecciones.

La separación indispensable entre el «Derecho» y la «Moral», nos lleva irremediablemente a la conclusión de que el Derecho penal no está encaminado a tutelar los valores morales de un pueblo, pues ello no puede de ningún modo constituir el fundamento de punición en un orden democrático de derecho, tomando en cuenta su carácter fragmentario y subsidiario, según el orden prioritario que tiene en todo el complexo del ordenamiento jurídico. Así, cuando se estima, que la equiparación de la tutela de la sociedad y la tutela de un orden ético determinado debe ser excluida desde un primer momento, pues responder a momentos históricos ya superados. Esta especial protección al contenido de un orden moral, aunque sea el socialmente mayoritario, debe valorarse de forma negativa, puesto que responde a modelos de Estado confesionales y contradicen por tanto principios como el pluralismo, que inspiran y son consustanciales a un Estado laico, como el Estado democrático de Derecho(61).

En palabras de Roxin, nuestro actual modelo de Estado y el situar el origen del poder en el pueblo explica con claridad la separación entre Derecho y Moral. El Derecho en general y el Derecho penal en particular tienen

(60) Tozzini, C.A.; *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, cit., p. 80.

(61) Berdugo Gómez de la Torre, I. y otro; Lecciones y materiales para..., cit., p. 22.

como meta llegar a alcanzar un modelo igualitario. Es decir, el Derecho penal ha de afrontar como misión el posibilitar la vida de la comunidad teniendo presente sólo la dañosidad social de las conductas que se quieren evitar y, de este modo, asegurar el funcionamiento y el desarrollo social. El que al materializar tal función se coincida con el planteamiento que corresponden a un orden ético, ha de ser interpretado como coincidencia, no como fundamento.

No importa en lo más mínimo, si la fórmula normativa resulta idónea para palear cierta problemática, lo único que interesa es generar un estado socio-cognitivo de seguridad ciudadana, que a la postre es en esencia subjetiva, pues en los hechos, el problema sigue igual o tal vez más agudizado; y es en esto donde queremos detener la reflexión, que el remedio no puede resultar más grave que la enfermedad que se quiere sanar. No podemos emplear el Derecho penal, para cualquier fin, por ejemplo, de complacer a sectores conservadores de la sociedad, que quieren que se puna la homosexualidad y el lesbianismo; todo un despropósito que no se puede permitir en un Estado Constitucional de Derecho, donde ha de imperar la tolerancia y la igualdad entre los ciudadanos.

Siguiendo dicha línea argumental, debe decirse que la definición de la «conducta prohibida», no puede construirse a través de posiciones sectoriales, en cuanto a la ideología y/o dogma acuñada por cierto sector representativo de la sociedad, en la medida que su evidente relatividad estimativa, no se corresponde con la legitimidad que ha de guiar la política criminal, donde la penalización de una conducta debe obedecer a un reproche generalizado, es decir, todos los peruanos hemos de conciliar en su reprobación, no sólo en un sentir ético, sino sobre todo "sociológico", por su nivel de perturbación en las relaciones entre los comunitarios; como bien se dice en la doctrina especializada, (...) el control penal encuentra su última racionalidad en los objetivos de un poder político concreto y se dice que la cuestión penal es un problema eminentemente político, por lo que el Derecho penal no puede ser utilizado como instrumento de poder en manos del grupo político dominante, ni servir para la imposición coactiva de determinadas ideas políticas o morales[62].

Como siempre lo sostenemos, toda conducta delictiva merece un reproche ético-social, pero no toda conducción humana que denota una reprobación ético-social necesita ser alcanzado con una pena.

Llevada dicha fundamentación al caso que nos ocupa, se tiene que la penalización de las relaciones sexuales, con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, en definitiva no cumple con un mínimo estándar de «materialidad sustantiva», en el sentido de que acá no se cumple con

(62) Berdugo Gómez de la Torre, I. y otro; *Lecciones y materiales para...*, cit., p. 17; Tozzini, C.A.; Garantías constitucionales en el Derecho penal, cit., p. 38.

el principio de «lesividad» - *nullum crimen sine inuria*; si hemos apuntado, que toda pena requiere la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico –penalmente tutelado-, nos queda claro que dicho interés jurídico ha de ser elaborado en base a criterios generalizados de reprobación social y, no sobre el sentir de un determinado sector de la sociedad, como sucedió en este apartado de la criminalidad, donde grupos conservadores, que dirigen el discurso a una reforzada tutela jurídica de la niñez y la adolescencia, así como la Iglesia católica, influenciaron en el legislador para penalizar esta conducta, sobre valoraciones moralistas y éticas, completamente divorciadas de la realidad social, sabedores que en nuestro país, el inicio de la vida sexual, comienza entre los trece a los quince años, conforme el mismo Tribunal Constitucional lo ha documentado en el sentencia –in comento-.

Entonces, bajo la sosegada y reductiva visión, de proteger a la adolescencia, mediante esta absurda e irracional punición, se emplea el Derecho penal para fines que no le son legítimos; si estos grupos conservadores, quieren que los adolescentes no tengan relaciones sexuales, en dicha edad cronológica deben acudir a otros medios de control social, acaso no se entiende, que el problema esta en las instituciones tutelares del Estado y la sociedad, donde principalmente la familia y la Escuela no están cumpliendo su labor. Hogares disfuncionales, donde cunde el alcohol y la violencia, colegios con profesores mal pagados y afectados con huelgas constantes de los docentes, crean un clima propicio, para que los adolescentes en vez de abocarse a su enseñanza educativa, se dediquen a mantener relaciones sexuales. Y, eso no importa una posición negativa frente al sexo, en tanto y en cuanto, se reconoce sus efectos positivos, para la autorrealización de la persona humana, en pos de fortalecer sus vínculos con sus congéneres.

A nuestro parecer, el Derecho penal sólo puede servir para el mantenimiento de paz social y para cautelar la intangibilidad de los intereses jurídicos más preciados -tanto para el individuo como para la sociedad; de punir aquellos ataques declarados intolerables e insoportables, por perturbar el normal desarrollo de la vida en sociedad y no para aplacar demandas sectoriales de ciertos sectores del sistema social, desprovistas de un sostén material legítimo, en cuanto a cumplir con los criterios de «necesidad» y «merecimiento» de pena.

Por consiguiente, en el propósito de alejar a los adolescentes del sexo temprano, el Derecho penal no ocupa misión alguna y, esto lo ha demostrado la praxis jurisprudencial, donde la penalización de esta conducta, reportaba consecuencias nefastas, no sólo para el supuesto agente, sino también para la pareja, que para la norma jurídico-penal era la víctima, donde inclusive se arrastraba a la prole, a seres inocentes e indefensos, que no se explicarían porque su padre o madre, tiene que ir a prisión, al haber constituido una familia, en base al sentimiento más profundo del ser humano, que es el amor.

El Derecho penal, de este modo, se constituía en una amarga resolución normativa, desencadenante de las más infortunadas de las consecuencias jurídicas; felizmente algunos órganos jurisdiccionales, se fueron apartando del apego literal de la ley, para ingresar a una valoración ius-constitucional, de preponderar los principios basilares de un Derecho penal constitucional, sostenido en criterios de razonabilidad, en cuanto al uso del «control difuso de la constitucionalidad normativa, para luego dar paso a la emisión de los precedentes vinculantes, por parte de la Corte Suprema en el año 2008, conforme lo dispone el artículo 301°-A del C de PP. Conforme a ello, toma lugar un criterio interpretativo, no basado en lo más favorable al imputado, sino merced a los criterios fundamentales del Derecho penal, que en algunos casos podría resultar desfavorable a aquél, siempre y cuando no importe una interpretación analógica «in malam parten»; es decir, la interpretación en Derecho penal debe orientarse según su norte finalista, que es la protección de bienes jurídico y, no intereses meta-jurídicos como la «moralidad sexual».

En efecto, si apegamos la aplicación de las normas jurídico-penales, a una formalidad literal, el aplicador de las mismas, esto es, el juzgador, se convierte en justamente lo que ya no se desea de la judicatura, en la boca que pronuncia *la palabra de la ley, del legislador, por lo que una interpretación normativa –en verdadero sentido material-, importa, someter dicha labor de hermenéutica, a los criterios legitimadores de un Derecho penal democrático, entre éstos, el principio de lesividad, y, si éste me informa, que no concurre dicha ofensividad en la conducta, simplemente no se puede aplicar la norma incriminante y ella es una decisión basada en la preeminencia constitucionalidad normativa.*

Como anota Tozzini, la ofensividad o lesividad efectiva se coloca constantemente junto con la adecuación del tipo penal, contribuyendo con esta última, a componer el principio de legalidad, del cual la ofensividad es un elemento indispensable, por lo que integra el propio tipo delictivo[63].

En resumidas cuentas, no puede haber tipo del injusto, si es que previamente no se identifica que la conducta incriminada, lesiona y/o pone en peligro, un interés jurídico, digno y merecedor de tutela punitiva, como conquista de un Derecho penal libertad, de plena vigencia en los tiempos de la sociedad actual.

14. ANÁLISIS A LA SENTENCIA DESDE UN PUNTO DE VISTA MATERIAL DE LOS TIPOS PENALES

El TC, en la sentencia –en examen-, indica que: *"Una "decisión interpretativa" es aquella en la que se materializa en cierta medida el criterio*

(63) Tozzini, C.A.; *Garantías constitucionales en el Derecho penal*, cit., p. 81.

de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el órgano jurisdiccional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución.

En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: e) el principio de legalidad penal (...) en ese sentido, prima facie, la jurisdicción no puede: i) crear nuevos delitos vía interpretativa; ii)identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; u iii) identificar sentidos interpretativos in malam partem, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional".

Por lo demás, debe subrayarse la idea, que para los operadores jurídicos –no a todos claro está-, resulta complicado establecer penas muy graves, cuando las relaciones sexuales, tiene como protagonista a una persona de trece años de edad, es decir, ad portas de alcanzar la edad cronológica que se necesita para obtener la libertad sexual, por lo que al menos, se debe proceder a una atenuación significativa de la pena, siempre que no exista una notable brecha cronológica con el sujeto activo, y que no se advierta el prevalimiento de este último, de una especial posición que le otorga ventaja frente aquélla.

Siendo así, la libertad sexual se afinca en los derechos humanos de toda persona, cuyo reconocimiento no esta supeditado al alcance de la mayoría de edad, como algunos podrían postular, sino al desarrollo de la personalidad humana así como de su estructura biológica, que poco a poco van recibiendo ciertas manifestaciones orgánicas, propias de todo individuo que requiere relacionarse con los demás; y, así, lo entendió claramente el legislador, mejor dicho la Comisión Revisora del CP de 1991, cuando fijo la zona de delimitación entre la «Libertad» y la «Intangibilidad» sexual a los 14 años de edad. Por tanto, no comprendemos porqué en dicho momento y espacio histórico, estos sectores conservadores de la sociedad peruana, no dijeron nada y, esperaron quince años, para reclamar una reforma punitiva, cuando la realidad social, va en un sentido opuesto, esto es, el inicio de la vida sexual toma lugar en forma más temprana; por tales motivos, recalcamos la urgente conciliación entre el Derecho penal y la Criminología, entre la norma y la sociedad, lo cual podrá redundar en una verdadera construcción de una sociedad de inclusión y, no de exclusión.

El TC, indica que: "*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cual-*

quier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional "las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada(...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad.

En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad., tiene como contenido constitucional, una dimensión negativa vinculada con la exigencia dirigida hacia el Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una dimensión positiva conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quien, como y en qué momento se puede realizar acto sexual".

Dicho lo anterior, cuando en el marco de los Acuerdos Plenarios –sobre todo el del 2012-, se dispone que las relaciones sexuales, realizadas mediante el ejercicio de la violencia y/o la amenaza, teniendo como una víctima, a una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, habría de reconducirse al tipo penal contenido en el artículo 170 del CP, era una solución acertada –conforme al principio de desvinculación jurídico-penal-, en la medida que permite conducir el supuesto fáctico a los alcances normativos del tipo penal, que en realidad le corresponde, no se puede decir que en estos casos, lo que se vulnera es la Intangibilidad sexual, siendo más que claro, que el objeto de tutela es la Libertad sexual, partiendo de un criterio de sistematización normativa y del principio de lesividad, que a nuestro entender es perfectamente válido; máxime, cuando en el ámbito de los delitos contra el Pudor, el legislador, con la dación de la Ley N° 28704, mantuvo sus tipificaciones penales inconmovibles en este sentido, puesto que los tocamientos en las partes orgánicas (*sexuales*), que se hacían sobre una persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad, bajo su consentimiento, sin mediar violencia y/o amenaza no es objeto de penalización.

De ahí, que no conciliamos con el TC, cuando señala que: "*Considerando los limistes constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad*

penal el adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente de la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (libertad sexual en lugar de indemnidad sexual) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el "consentimiento valido del titular de un bien jurídico de libre disposición" (artículo 20°, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal".

No confundamos una cosa con la otra, una es la sanción de las normas jurídico-penales, que es exclusiva competencia del legislador y, otra la interpretación normativa, que en la práctica se convierte en correctivo en la aplicación de la legislación penal, que en la actualidad se alza como una herramienta indispensable, en orden a evitar la aplicación de preceptos penales, abiertamente inconstitucionales. Si bien desde siglos atrás, la doctrina ha conciliado siempre, en instituir a la Ley, como única fuente del Derecho penal, el contexto actual nos da otra lectura, donde la jurisprudencia se constituye en fuente derivada en la interpretación de la misma, habiéndose superado con creces las taras del positivismo jurídico, para ingresar a la doctrina del «neo-constitucionalismo», donde el juez ha de realizar el juicio de ponderación y así, interpretar las normas jurídico-penales conforme al pórtico de valores consagrados constitucionalmente; y, ello en definitiva, no es desplazar al legislador en la política criminal del Estado, únicamente supone salvaguardar la preeminencia de los valores que dicha política criminal no puede soslayar, so pretexto de cautelar el principio de separación de poderes.

Siguiendo en estricto la afirmación del TC, estarían proscritas las interpretaciones normativas, que el Tribunal Supremo, ha elucubrado en los acuerdos plenarios sobre la materia, donde ha dejado sentado que el Consentimiento del sujeto pasivo (menor de dieciocho y mayor de 14 años de edad), mediando una relación sexual desprovista de violencia y/o amenaza, es un comportamiento penalmente «atípico», lo cual implicaría, primero desconocer la propia ley, que faculta a la Corte Suprema a realizar dicha labor interpretativa, de acorde a lo previsto en el artículo 301°-A del C de PP y, segundo, dejar indefensos a los ciudadanos, frente a la irracional forma de legislar en materia penal por parte del Parlamento, quienes tendrían que esperar años, hasta que el TC, proceda a la declaración de «inconstitucionalidad», del precepto jurídico-penal en cuestión, con la consecuente pérdida irreparable de la libertad fundamental de muchos individuos,

A nuestro parecer, el afán por desestimar los argumentos del demandado, ha llevado al TC, a proponer una afirmación de tal calibre, donde la elaboración de criterios interpretativos correctos, por parte de los órganos jurisdiccionales –en esta materia-, implica el deber que tiene el legislador de

expulsar del complexo normativo-penal, preceptos jurídico-penales de esta naturaleza, en el presente caso, a través de una declaratoria de inconstitucionalidad; es así, que en un Estado Constitucional de Derecho, cada órgano estadual ejerce misiones y/o labores distintas y, a los órganos jurisdiccionales, le corresponde la interpretación normativa, excelsa actividad, -de mayor vigencia-, ante coyunturas como la que acontece en el Perú, donde el legislador apela a criterios meta-jurídicos en la definición de la conducta delictiva, lo que hemos denominado como «irracionalidad punitiva», lo cual ha de combatirse precisamente, con la labor interpretativa de la norma, que ha perfilarse según el norte teleológico del Derecho penal, que es la protección de «bienes jurídicos».

15. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN EN EL TEST DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PENALES

Anclando, propiamente en la definición del principio de «proporcionalidad», siguiendo a PEDRAZ PENALVA, diremos que aquél (...), es algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; es un principio consustancial al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad, constituyendo su exigida utilización uno de los imperativos básicos a observar en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales puedan verse afectados(64).

El ejercicio de la actividad punitiva (*sancionadora)* del Estado, debe tener límites en razón a su contenido gravoso, para un derecho fundamental (*libertad personal*), esto es, la reacción estatal, debe ser proporcional a la acción de criminalidad que genera las consecuencias jurídicas. Es el interés público, lo que legitima la injerencia punitiva en la esfera de libertad ciudadana, esto quiere decir, que dicho interés estará únicamente presente, cuando se adviertan ataques intolerables a las bases existenciales de toda sociedad, en tanto se manifieste una perturbación insostenible en la autorrealización personal o en la participación de los individuos en los procesos sociales, que no puede ser contenida con otros medios de control social, menos gravosos que el Derecho penal, a ello es lo que debemos identificar como el principio de «proporcionalidad».

---

(64) Cfr., PEDRAZ PENALVA, E.; *Derecho Procesal Penal...*, cit., p. 149; El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado en términos generales sobre este principio, en la sentencia recaída en el Exp. Nº 0010-2002-AI, parágrafo 101: "El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no".

El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad, aparece primigeniamente como un límite al poder de policía para convertirse ahora en un primordial principio de Derecho público, ya que su aplicación cubre generosamente toda clase de medidas que afectan la libertad individual del ciudadano[65].

El principio de proporcionalidad, como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos socio-personales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente[66]. Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos[67].

Si no se parte del entendimiento, de que las normas jurídico-penales, -importan en su concreción-, la afectación al contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, no se pondrá límites constrictivos en su actuación interventora, de manera que el examen de constitucionalidad de un precepto penal, implica la indispensable referencia a este análisis de «razonabilidad», del cual no pueden sustraerse las Cortes Constitucionales; así, en la doctrina constitucional, cuando se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos[68].

La injerencia en el derecho fundamental debe ser, por último, *proporcional en sentido estricto o propio*, es decir, medio y fin no deben permanecer de forma evidente fuera de proporción[69].

---

(65) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 84.

(66) Diez Ripollés, José Luis; *La Racionalidad de las leyes penales.* Editorial Trotta, Madrid, 2003, cit., p. 162.

(67) Silva Sánchez, Jesús-María; *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* José María Bosch Editor, Barcelona, 1992, cit., p. 260; Así, Zugaldía Espinar, J.M.; Fundamentos de Derecho Penal, cit., p. 263.

(68) Bernal Pulido, C.; *El Derecho de los derechos,* cit., p. 116.

(69) Etxeberria Guridi, José Francisco; *Las intervenciones corporales y su práctica y valoración como prueba en el Proceso Penal.* Editorial Trivium SA, Madrid, 1999, cit., sp. 243-244.

El Tribunal Constitucional, con fecha 11 de octubre de 2004 el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, señaló lo siguiente: *"El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, (...): puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, (...). En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación"*.

La función político criminal del principio de proporcionalidad, por tanto, ha de entender la gravedad de la afectación al derecho fundamental lesionado, con los fines que persigue el mismo, es decir, con la utilidad social que ha de reportar la sanción penal, esto es, los resultados que se esperan obtener deben ser a todas luces más beneficiosos, que la afectación que dicha intervención ha de producir en el ámbito de las libertades ciudadanas. Si esto es así, debe reflexionarse entonces, que la persecución y sanción penal, que recaen sobre personas que mantienen relaciones sexuales, con personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, ha de desencadenar consecuencias más gravosas, de aquellas que se pretenden evitar, al estar ante personas con suficiente madurez biológica y psicológica, para decidir su desarrollo sexual en su vida en sociedad, máxime, cuando de por medio existe una familia, una prole, un hogar constituido, donde la encarcelamiento del presunto agente, no sólo ha de afectar sus derechos fundamentales, sino también la de la presunta víctima, al producirse una abrupta interrupción de su vida íntima y familiar, y en el marco del sostenimiento económico de la manutención familiar. Todo ello supone, que el Derecho penal se constituye en un remedio más grave que la enfermedad que se quiere atacar, es decir, las consecuencias de su intervención en esta esfera de actuación ciudadana, es desafortunada, -por no menos decirlo-, torpe, obtusa, carente de toda razonabilidad.

Sobre el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 000012-2006-PI/TC, ha dejado sentado que: *"En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración.."*. Y, conforme al sub-principio de proporcionalidad, debe estimarse la importancia de la intervención y/o limitación del derecho fundamental, con arreglo a la satisfacción del fin perseguido; comparando dicha magnitudes, es que se determinará si la relevancia del fin perseguido es mayor a la relevancia de la intervención del derecho fundamental.

Siguiendo en estricto, los principios anotados, inferimos que la protección punitiva sobre ciertos intereses jurídicos, no sólo ha de sostenerse sobre su reconocimiento constitucional, sino que a la par, debe cumplirse con el criterio de «lesividad material», en el sentido de que el desvalor de la conducta, importe un reproche generalizado de toda la sociedad en su conjunto y, no sólo de grupos sectoriales -conformados por dogmas ideológicos-, es decir, donde todos los ciudadanos reprobemos ciertos comportamientos, por resultar nocivos y/o dañinos, para una coexistencia social pacífica. Son estos elementos a saber, los que legitiman la intervención del Derecho penal en una sociedad democrática de derecho y, no otros, donde los postulados que puedan pregonarse, para reforzar un mínimum «ético-social», si bien deben ser escuchados por las autoridades políticas, no pueden constituirse en los fundamentos que justifiquen la injerencia punitiva, lo cual nos lleva indefectiblemente a un desgaste nominal del Derecho penal, su huída ciega, su exacerbada y profusa participación, degradándolo a su función socio-comunicativa y, devaluada funcionalización política.

En palabras de Bernal Pulido, la ley penal no representa la definición del contenido de la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, sino un conjunto de intervenciones en el ejercicio de esta libertad, que en todo caso deben estar justificadas por la protección de otros derechos y bienes jurídicos. Asimismo, a pesar de que en el ámbito penal no se disponga siempre de certidumbres que provean al juez de objetividad para decidir, lo cierto sí es que, por una parte, la libertad no admite injerencias legislativas excesivas y por otra, los derechos fundamentales y demás bienes garantizados por la ley penal no se conforman con cualquier tipo de medidas protectoras[70].

No se puede, por tanto, sostener válidamente, que el Derecho penal deba reprimir las relaciones sexuales consentidas, de una persona (hombre y/o mujer), con otra menor de 18 y mayor de 14 años de edad, cuando éstas últimas ya son portadoras de «Libertad Sexual»; si es que se quiere evitar que los adolescentes sean protagonistas de relaciones sexuales, pues se debe apelar a otros mecanismos de control social (formales y/o informales), que en realidad puedan incidir en ello, sin defecto, de negarse este derecho fundamental a dichas personas (derecho a la sexualidad).

Convenimos, por tanto, en decir, que no existe un interés jurídico -digno de protección punitiva-, que justifique la represión penal de relaciones sexuales consentidas, es decir, entre ciudadanos que poseen capacidad de libertad decisoria, en este ámbito de la personalidad humana.

(70) Bernal Pulido, C.; *El Derecho de los derechos*, cit., p. 123.

16. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL TIEMPO

Los máximos órganos de control de la «constitucionalidad normativa», no pueden sustraerse de un tema de vital importancia en un Estado Constitucional de Derecho, en cuanto a definir los efectos jurídicos de la sentencia de «inconstitucionalidad», sabedores que sus consecuencias en el tiempo, pueden desencadenar situaciones distintas, a actores que se encuentran involucrados en hechos similares. Es de recibo, que las normas jurídica han de operar de cara a futuro, es decir, se dirigen regular situaciones jurídicas existentes, en tanto los hechos pretéritos, ya fueron regulados por su ley correspondiente, es decir, aquella vigente al momento de lo sucedido; ello implica negar su aplicación retroactiva, conforme se desprende de los criterios rectores que sostiene el Derecho privado. Sin embargo, en materia penal la cuestión ha de verse en un sentido distinto, en la medida que el Derecho punitivo, al poseer las consecuencias jurídicas más gravosas para las libertades fundamentales de los ciudadanos, ha de tomar lugar según el principio de «mínima intervención», pues en un orden democrático de derecho la violencia punitiva ha de ser graduada con arreglo a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad; esto quiere decir, desde un plano esencialmente normativo, que debe atenderse a aquella situación legal que sea más ventajosa para el imputado y/o condenado, a pesar de que el precepto jurídico-penal se haya sancionado con posterioridad al momento de la comisión del hecho punible - *tempus comissi delicti*, lo cual permite la aplicación retroactiva favorable de las normas penales, tal como se prescribe en los artículos 6° y 7° del CP en la PG, concordante con la consagración constitucional prevista en el artículo 103° de la Ley Fundamental.

Dicho esto, se diría que una cuestión es la sucesión de las normas penales en el tiempo y, otra la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley penal, pues si seguiríamos en estricto lo dispuestos en el artículo 204° de la Constitución Política, se tendría que las sentencias de esta naturaleza no *tiene efecto retroactivo*; sin embargo, el legislador, optando por una consideración valorativa y particular de las situaciones jurídicas, dispuso en el artículo 83° del Código Procesal Constitucional, que: "*Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución*". Es así, que en los Fundamentos 111 y 113 de la sentencia, declara que: "*Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos que son sometidos a su conocimiento constituye en la actualidad un*

elemento de vital importancia en el Estado constitucional de derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta"; "*En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta inconstitucional, y que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18*".

En el presente caso, definir los efectos jurídicos de la sentencia de inconstitucionalidad, es de relevancia, en orden a cautelar el valor axiológico de la Justicia Penal, con ello el principio de igualdad, en tanto sería abiertamente injustos, que agentes que han cometido hechos similares u análogos, sean tratados de forma distinta por los Tribunales de la judicatura; no olvidemos, que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley penal, importa su definitiva expulsión del ordenamiento jurídico, por tanto, si nos retrotraemos en el tiempo, tomando en cuenta la teoría de la Nulidad del acto jurídico, el acto es nulo desde su celebración, por ende, en el caso de la norma desde su entrada en vigencia. Y, ello se alza en un imperativo, en contextos socio-políticos, como el que acontece en el Perú, donde el legislador procede a penalizar ciertas conductas, sin efectuar previamente un riguroso examen de materialidad lesiva, conforme a los principios basilares de un Derecho penal democrático. No se puede construir un verdadero Estado de Derecho, si es que no se procura que las normas jurídico-penales, sean aplicadas con justicia e igualdad, y, sobre todo, considerando siempre, la gradual reducción del *ius-puniendi* estatal en la esfera de libertad ciudadana.

Es así, que se expresa en el Fundamento 114, por parte del TC, que: "*En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, en los casos de* ***violencia, agresión o abuso sexual*** *contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les puede procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento*".

Diferenciar la naturaleza de las cosas en Derecho penal, es un cometido irrenunciable, en el sentido de fijar componentes valorativos, a situaciones, que

por su particularidad y/o singularidad, merecen un procesamiento normativo por separado; en tal entendido, debe concebirse que la «Libertad Sexual», importa un bien jurídico de alcance esencialmente «individualista» del ser humano, por mor disponible por aquel, esto quiere decir, que dicha voluntad sexual ha de verse resquebrajada únicamente, cuando el agente logra acceder sexualmente a su víctima, a través de medios vedados y/o prohibidos, tendientes a viciar la voluntad del sujeto pasivo, en cuanto al uso de la violencia física, la amenaza o el aprovechamiento de una posición de ventaja que ostenta frente al agraviado. Entonces, cuando estos medios coactivos sean concurrentes en el acto sexual, estaremos ante un típico caso de Violación a la Libertad Sexual, por tanto, punible, conforme los términos normativos del artículo 170° y otras figuras punibles emparentadas; por tales motivos, ante imputados y/o condenados, que han sido procesados y/o condenados en aplicación del inciso 3) del artículo 173° del CP, lo que procede es una recalificación jurídico-penal, a través de los mecanismos u herramientas, que la ley procesal-penal prevé al respecto, por tanto, estos comportamientos -de alto contenido de desvalor-, no han de quedar impunes, como bien lo remarca el TC.

Lo planteado por el TC, en los fundamentos expuestos, se corresponden plenamente con el criterio interpretativo sentado por la Corte Suprema en la Casación N° 148-2010-Moquegua, al expresarse lo siguiente;

"Que, en virtud de lo establecido en el párrafo anterior, con el afán de consolidar y unificar jurisprudencia sobre este punto y atendiendo a que este Colegiado Supremo Ha fijado un cambio en su línea jurisprudencial -véase Ejecutorias Supremas R.N°. 1700-2010 -Lima, de fecha 03 de mayo de 2011, R. N°. 1222-2011-Lima, de fecha 09 de febrero de 2012, se debe de precisar que la libertad sexual es una igualdad que se brinda a las personas, entendiendo que estas presentan un desarrollo psíquico y fisiológico tal, que se permita inferir en ellas una capacidad racional de determinación respecto de la actividad sexual, en ese sentido, cuando esta capacidad no existe, la protección que surge es la de la indemnidad sexual; por tal, en el Acuerdo Plenario cuatro - dos mil ocho oblicua concordancia jurisprudencial - ciento dieciséis, se entendió que las personas mayores de catorce años ya cuentan con esta capacidad de dirección sexual, por lo que la protección penal que se enmarca será la de su libertad sexual.

Que, bajo los argumentos esgrimidos, la protección penal de la libertad sexual se da a partir del momento en que la persona cuenta con una edad superior a los catorce años, por tal, en el presente caso, el bien jurídico tutelado de la agraviada será el de la libertad sexual, presentándose de esa manera una colisión aparente de normas, ya que es posible la subsunción típica de la conducta del sentenciado, tanto en el artículo ciento setenta como en el ciento setenta y tres inciso tercero del Código Penal, sin embargo, dicha colisión, tal cual se precisó, sólo se produce de manera aparente, en tanto la configuración típica del

artículo ciento setenta refleja que el bien jurídico tutelado en dicha norma es la de la libertad sexual, configurándose de esa manera el bien jurídico como sustrato mismo de la norma, en ese sentido, se vacía el contenido de protección del artículo ciento setenta y tres, inciso tercero por dos razones, en principio, porque el bien jurídico tutelado en este artículo es el de la indemnidad sexual -sería un sin sentido que esta norma dependiendo del inciso que se configure, proteja distinto bien jurídico-: y segundo, debido a que el supuesto de hecho del tercer inciso consigna a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, ergo lo que se protege en ellos es su libertad sexual, no acomodándose la conducta delictiva a dicho artículo, sino al artículo ciento setenta.

Que, bajo la lógica planteada, en el presente caso se debe de efectuar una desvinculación de la subsunción típica efectuada por el Ministerio Público y desarrollada por los Tribunales de Instancia y de Vista, encuadrando la conducta del sentenciado al artículo ciento setenta, además de configurarse la agravante específica consignada en el segundo inciso, es decir, "Si para la ejecución del delito [el sentenciado] se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le de particular autoridad sobre la víctima, (...) o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.", por lo que, el marco de pena abstracta que debe tenerse presente para el presente caso será de doce a dieciocho años de pena privativa de la libertad. Y actuando como Órgano de Instancia, la determinación concreta de la pena en virtud de los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y seis, y demás normas aplicables a dicho fin, la pena concreta será doce años de pena privativa de libertad".

Conforme la línea argumental expuesta, queda en claro, que los efectos jurídicos beneficiosos para el imputado y/o condenado, sólo resultan extensibles, en aquellas relaciones sexuales, teniendo como protagonista a un mayor de 14 y menor de 18 años de edad, siempre que no haya habido de por medio, despliegue alguno de *violencia, amenaza y/o abuso de una posición de dominio y/o ventaja sobre la víctima o en aquellos casos en los que se no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento,* pues en estos últimos casos lo que procede es una recalificación del juicio de tipicidad penal, a la figura delictiva comprendida en el artículo 170° del CP y/o figuras emparentadas, a través de la "sustitución de la pena", "adecuación del tipo penal" o ser procesados nuevamente al tipo penal pertinente, tal como se postula en el Fundamento 115 de la sentencia de inconstitucionalidad. Es decir, sólo ante un consentimiento jurídicamente «válido», es que el agente puede quedar exonerado de responsabilidad penal, como una evidente casual de *atipicidad penal.*

VIOLACIÓN DE MENORES SEGUIDA DE MUERTE O LESIÓN GRAVE

Esta figura delictiva se encuentra en el artículo 173°-A del Código penal, en los siguientes términos:

Art. 173-A.- *"Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua".* (71)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El legislador, mediante la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994, incorporó esta figura preterintencional haciendo gala nuevamente de una deficiente técnica legislativa –contradiciendo flagrantemente el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que prohíbe toda forma de "Responsabilidad Objetiva". Luego, con el Decreto Legislativo N° 896 –Ley contra los Delitos Agravados, se incrementó sustancialmente la pena a cadena perpetua. Sanción que consideramos inhumana y contraria a los fines preventivos especiales (resocializadores) previstos en el *Corpus* Punitivo y que atenta contra los Principios de Culpabilidad y de Proporcionalidad de las Penas. También, incurre en el error de prever la misma pena para tres supuestos distintos: muerte, lesión grave o el proceder con crueldad, que observan un diferente grado de valoración tanto por la gravedad del resultado como por el disvalor del injusto típico desprendido en el comportamiento típico.

De igual forma que el articulado anterior, mediante la Ley N° 27472 de 05-06-2001, fue reducido de forma considerable, el marco penal previsto para esta figura delictiva conforme a criterios de una Política Criminal preventiva y garantista de los derechos fundamentales del ser humano. Empero, no debió transcurrir mucho tiempo, exactamente el 13-07-2001, pues mediante el artículo 1° de la Ley N° 27507 el Poder Legislativo, tomando en consideración los discursos políticos de diversos sectores de la sociedad peruana, retoma una posición neo-criminalizadora y represiva, restituyendo la dosimetría penal antes vigente. Por consiguiente, la pena de cadena perpetua sigue latente como sanción punitiva, de esta figura preterintencional. Asociación delito-pena, que ha sido la constante en estas continuas reformas legislativas en el ámbito de los delitos sexuales; técnica legislativa imbricada en una consideración aislada de la criminalidad, pues todas estas idas y venidas del legislador en esta materia, no han tomado en consideración las otras figuras delictivas, como los tipos penales de homicidio, asesinato, lesiones, etc.; en cuanto las modificaciones efectuadas re-

---

(71) Texto conforme a la modificación establecida por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 896 –Ley contra los Delitos Agravados (24/05/98) expedido con arreglo a la Ley N° 26950 –Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional. Este texto fue restablecido por disposición del Art. 1° de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-2001, que había sido modificada por la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001.

percuten de forma significativa en los injustos penales antes mencionados, pues se vulneran los principios de lesividad (ofensividad), proporcionalidad y humanidad de las penas.

Ahora resulta que una violación sexual de menor seguida de muerte, recibe una escala de pena mayor al asesinato para ocultar u facilitar el delito, esto es, será mejor para el imputado reconocer que mató a su víctima para que no sea descubierto del delito de violación antes perpetrado, que asumir la muerte a partir de una conducta negligente. Debiéndose subrayar que en el primero de los casos el dolo del autor, es directo tanto del delito precedente, como del delito sobreviviente, a diferencia de cualquier delito preterintencional, donde la producción del resultado lesivo es concreción de una conducta culposa; entonces, si bien desde criterios de Justicia Material, puede resultar adecuado la sobre-penalización de las conductas preterintencionales, no es menos cierto que los reparos surgen a partir de los principios legitimantes del Derecho penal. En todo caso, si la corriente punitivista es ya un camino trazado por el legislador, al menor debería incidir también en la penalidad de los delitos contra la vida; el violador recibirá de este modo una mayor pena que el asesino, lo que de cierto modo relativiza de contenido material el bien jurídico "vida humana". Siendo así, no le interesara al delincuente sexual, matar a su víctima, si sabe que recibirá de todos modos la pena más severa (pena de cadena perpetua), más aún, a efectos probatorios, será mejor para él, desaparecer al testigo directo de su conducta criminal. Si el legislador, en verdad quiere tutelar a la víctima de estos injustos, debe primero incidir en el rendimiento concreto de la normatividad, haciendo más eficaces las normas, promoviendo una persecución penal más eficiente, tomando como base la ordenación procesal acusatoria que se desprende del Decreto Legislativo N° 957, fortaleciendo la policía criminal, promoviendo la concientización ciudadana de estos delito y sobre todo, sancionando políticas sociales de largo alcance.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Violación seguida de lesión grave o muerte

Se da esta figura, cuando a consecuencia de la violación, sin intención de matar o causar lesión grave, se produce una lesión grave o la muerte de la víctima, y ésta es imputable a título de imprudencia; la pre-ordenación delictiva del agente, importaba únicamente el acceso carnal sexual de la víctima, mas los actos que importaron dicha concreción delictiva, fueron de tal intensidad lesiva, que desencadenaron un resultado más grave; un desvalor de la acción dirigido con un dolo de violación y un desvalor del resultado que engloba la producción de dos resultados antijurídicos, si bien corresponderían a un concurso ideal de delitos, para el legislador a efectos de ejercer una mayor represión le resultó más útil la sanción del delito preterintencional. El

agente dirige su conducta a través de actos orientados a practicar el acto sexual u otro análogo con una persona a sabiendas de su minoría de edad. Sin embargo, dicha acción se ve desbordada por el desencadenamiento de un resultado más grave: lesión grave o la muerte de la víctima.

En esta circunstancia, el autor tiene la capacidad potencial de prever el resultado –muerte o lesión grave- por estar dentro de los alcances cognoscitivos de un hombre de capacidad media, pero como bien se apuntan en la doctrina la previsibilidad resulta siendo un factor altamente variable y determinable, todo es previsible finalmente desde la perspectiva de la mente humana; mejor queda en este caso, someter el resultado más grave producido, en un criterio fijado por la moderna teoría de la imputación objetiva; en el sentido de que sólo será imputable al autor, el resultado más grave, sin es que éste es aquel que la norma quería evitar, únicamente determinadas conductas que ingresen al radio de acción de la norma. A modo de ejemplo: si la víctima padece de una enfermedad al corazón crónica y consecuencia del impacto psíquico de la violación sexual muere, no habrá lugar para admitir dicho resultado a título de este supuesto preterintencional; asimismo, si luego de ser violada sexualmente, habiéndose producido lesiones leves, la víctima hace caso omiso al tratamiento prescrito por el galeno, tampoco habrá imputación delictiva, pues es evidente la delimitación de ámbitos de responsabilidad, concretamente se configura una auto-puesta en peligro.

El juzgador deberá de hacer un análisis concienzudo de las circunstancias que rodearon el hecho delictuoso, para poder determinar si la intención final del agente era la de matar o de causar una lesión grave a la víctima; o si sólo su intención era la de practicar el acto sexual u otro análogo. De esta forma, el juzgador estará en la capacidad de determinar si existía o no una previsibilidad objetiva por parte del autor del resultado más grave sobrevenido.

Entre el acto inicial doloso y el resultado más grave debe mediar una relación de causalidad, mejor dicho una relación normativa, definida por la siguiente conexión: *que el resultado más grave producido sea la efectiva concreción del riesgo jurídicamente desaprobado generado por la conducta del autor, descartándose la incidencia de cualquier factor causal, que por imprevisible o fortuito, no puede ser abarcado por la esfera de responsabilidad del autor, así como una conducta deficiente del ámbito de organización imputable a la víctima*. De no establecerse certeramente, la existencia de dicha relación de riesgo, el agente sólo deberá responder por el resultado que pretendió desencadenar de forma deliberativa. Esto sucede en el caso de concurrencia de factores preexistentes, concomitantes o sobrevinientes del hecho lo tornen imprevisible y, por ende, enerven la imputación objetiva del resultado más grave, v. gr., la muerte que sobreviene de la violación por una hemorragia interna o el ataque cardiaco producido por el impacto del acto, etc.; de acuerdo a los sostenido líneas atrás.

El intervalo de tiempo que discurre entre la violación y el resultado más grave puede presentar dificultades para poder admitir el concurso ideal. El problema se presentará cuando el espacio de tiempo entre la violación y el resultado más grave sea mínimo. Lo relevante es que, se produzca la lesión grave o la muerte de la víctima, a consecuencia de la violación y que el agente pudo prever este resultado. De todas formas, habiéndose abierto el procedimiento penal, en base a una imputación por violación seguida de lesiones graves, y luego de ejecutoriada la sentencia condenatoria por dicha figura la víctima muere, no habrá posibilidad de instruirlo nuevamente por los mismos hechos, en virtud de la garantía del *non bis in idem* material.

Nos hallamos en un caso de tipicidad compleja, pues por un lado tenemos una conducta inicial dolosa de lesiones y al mismo tiempo un resultado final culposo.

Se argumenta que los delitos preterintencionales son aquellos que poseen una mixtura de dolo y culpa; bajo este argumento se pretende admitir la obsoleta concepción del "*versari in re illicita*"[72]. La fórmula del delito preterintencional tiene su origen en el Derecho Canónico[73]. En sus inicios se acudía a esta clase de soluciones a fin de evitar los supuestos de responsabilidad objetiva, en el sentido de que una visión puramente causal y naturalista del delito, basaba la imputación delictiva desde un punto de vista puramente objetivado, en el sentido de que la imputación era fiel reflejo de la exteriorización de una realidad social contrastable, en cuanto afectación visible de un bien jurídico protegido, sin interesar el factor final que se desprendía de la conducta típica generada por el agente, pues el dolo y la culpa eran variantes de la culpabilidad como nexo subjetivo del autor con su conducta antijurídica. Donde la tipicidad penal era un rasgo meramente formal de la dogmática penal, sin ninguna conexión personal u anímica, como luego se reconoció con el neo-kantismo.

(72) "La responsabilidad por el resultado se vinculaba (*versari in re illicita*), por tanto, a un hecho inicial ilícito, generalmente un delito doloso, aunque puede ser imprudente: una vez iniciado el hecho ilícito básico, el autor respondía de todas sus consecuencias, aunque fueran fortuitas"; *Muñoz Conde*. Derecho Penal. Parte General; Tirant lo blanch, Sevilla, 1996; p. 312.

(73) Mir Puig narra que antes de la Reforma Urgente de junio de 1,983, en España se preveían ciertos preceptos en el Código relativos a formas de Preterintencionalidad que según su interpretación jurisprudencial y en parte también doctrinal, no exigían dolo ni imprudencia respecto del resultado más grave producido. Se hablaba, en este sentido, de "Responsabilidad por el resultado", en base al principio medieval de origen canónico del *versari in re illicita* . Según éste, debía responder penalmente de un resultado lesivo, aunque fuera fortuito e imprevisible, quien lo causara a consecuencia de una conducta inicial ilícita. La Reforma de 1,983 vino a exigir expresamente al menos imprudencia para poder imputar penalmente un resultado"; op.cit; p. 287.

La moderna doctrina, fiel al principio de culpabilidad, rechaza la responsabilidad objetiva. Es por ello que de acuerdo a nuestra postura doctrinaria no es viable la preterintencionalidad, pues resulta absurdo afirmar que el dolo y la culpa pueden concurrir y coincidir en el mismo instante psicológico; asimismo, consideramos violatorio al Principio de Culpabilidad hacer responder a un autor por un resultado que éste no ha previsto ni querido. Una posición jurídica coherente debe de acudir en estos casos a la solución del concurso ideal entre el delito inicial doloso y el resultado más grave a título de imprudencia.

La solución correcta, garantizadora del Principio de Culpabilidad, entonces, rechaza firmemente la posibilidad de que el dolo y la culpa puedan coincidir en el mismo instante psicológico(74), pues no puede desdoblarse la esfera anímica del autor en dos planos subjetivos distintos entre si. Ya Jiménez de Asúa, señalaba que la preterintención no es más que una alianza de dolo y culpa, elevar a una especie autónoma esa mixtura de las dos especies de culpabilidad, nos parece imposible, sobre todo porque no se funden orgánicamente y subsisten cada una en el agente, hasta el punto de poder reemplazar la segunda por el casus, cuando la previsibilidad tropezó con lo incalculable(75). Nuestra posición es que debe acudirse en estos casos, a Concurso Ideal entre el delito inicial doloso y el resultado más grave producido a título de culpa. Empero, no puede dejar de mencionarse, que las arremetida del legislador a partir de una visión estrictamente criminalizante, ha terminado por lesionar el principio de proporcionalidad de las penas, y la jerarquización del bien jurídico, pues con la finalidad de agradar a las galerías, injustos como la violencia sexual de menores, robo agravado, secuestro, etc., importan ahora una mayor pena que el delito de homicidio y sus derivados, por lo que acudir a la figura del concurso ideal de delitos, no parecería ser la opción política criminal más correcta.

Reforzamos esta idea al considerar que la figura preterintencional vulnera flagrantemente el principio de culpabilidad, así como lo dispuesto en el Capítulo I, Artículo 11° que señala que "*Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*". La ley es clara al delimitar la incriminación de conductas u omisiones dolosas o culposas; en tal medida, no se encuentran previstas como hechos punibles las figuras preterintencionales; creación normativa que paulatinamente fue cubriendo de regulación una serie de figuras delictivas, sobre todo los delitos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos. No se puede concebir una mixtura entre el dolo de la conducta inicial e imprudencia en

(74) Así, Garrido Montt, M.; *Derecho Penal. Parte General*, T. II, cit., p. 230.

(75) Jiménez de Asúa, L.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. VI, cit., p. 19.

el resultado, ya que la intencionalidad de la conducta humana no puede ser fraccionada arbitrariamente, ella es una unidad inescindible. La hipótesis del concurso ideal tiene en cuenta tanto el desvalor de la conducta inicial dolosa como el desvalor del resultado muerte o lesión grave producida imprudentemente.

2.2. Violación producida con crueldad

Este es un concepto que procede del Código italiano de 1,889, en el cual se hablaba de "grave sevicia", por cuanto el concepto de crueldad es connatural al de sevicia. El ensañamiento o crueldad es un concepto casi exclusivamente hispánico. Se trata de la "forma fría, metódica, perversa, cautelosamente prolongada en el tiempo, de cometer un delito de sangre de modo tal que aumente el sufrimiento de la víctima y produzca males innecesarios para su ejecución"[76].

En este supuesto, para el autor no es necesario al haber satisfecho su apetito sexual con la menor, se exige algo más, el producirle sufrimientos innecesarios, con el fin de agregar estos padecimientos en el mal por sí gravísimo que significa la violación. En síntesis, es necesario que concurran dos elementos: 1.-El fin de realizar el acceso carnal sexual, introduciendo el miembro viril, en las cavidades anal, vaginal o bucal, o introduciendo objetos o partes del cuerpo en las dos primeras vías y, 2.-El de hacer sufrir a la víctima de forma innecesaria, esto es, dicho padecimiento no era necesario ejecutar para alcanzar la realización típica; no son los actos propios de la violencia sexual, que se ejercen para doblegar los mecanismos de defensa de la víctima[77], pues estos son constitutivos del tipo base, que en el marco del artículo 173°, pueden servir de pauta al juzgador a fin de agravar la pena de acuerdo al marco penal imponible.

Estos actos, que expresan una gran crueldad, son actos innecesarios para la ejecución del delito. El agente, en esta modalidad, revela una profunda insensibilidad por la víctima con un ánimo sórdido a los más elementales y comunes sentimientos de piedad, causando sufrimientos superiores a los que normalmente debieran revelarse. Por ende, el autor denota un mayor disvalor del acto por lo cual se hace acreedor de una sanción más severa. La crueldad es una manifestación de una mayor intensidad del injusto, sin llegar a tocar al juicio de imputación individual.

---

(76) En Hurtado Pozo; Ramos, 1938, p. 53; Muñoz Conde; p. 42; Bustos; p. 31. *Derecho penal. Parte Especial.* Tomo I –Homicidio, Lima-Perú, 1996, p. 68.

(77) Así, Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 269.

3. TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo está compuesto sobre una base volitiva dolosa consistente en la finalidad del agente de dirigir la causalidad hacia la práctica del acto sexual u otro análogo, en tanto que el exceso se verifica en el resultado de lesión grave, la muerte de la víctima o el proceder con crueldad en la comisión del hecho delictuoso, él cual es atribuido típicamente a título de culpa.

La imputación culposa del resultado más grave se funda en que el agente, en el marco de su acción, no previó siendo previsible la posibilidad de producirlo.

La previsibilidad es la misma que forma parte de las infracciones culposas simples, vale decir, como posibilidad de ser previsto el resultado en las condiciones en que el autor se encontraba, desde una valoración ex -ante.

4. CONSUMACIÓN

La violación de menor, seguidas de lesión grave o de muerte se consuman en el momento y lugar que sobreviene la lesión grave o la muerte y, no necesariamente en el momento que se produce la práctica sexual, pues no siempre se dará un nexo de inmediatez. Podría consumarse, aún, dentro del mismo proceso penal de violación, obviamente, antes de la sentencia. No es factible reconocer la admisión de una forma imperfecta de ejecución, en la medida, que el resultado más grave es imputable a título de culpa y, como sabemos la punibilidad de los injustos imprudentes está condicionada a la perfección delictiva (consumación); simplemente, si el resultado no es la muerte, pero sí lesiones graves, se dará este último supuesto, y si no se produce lesión grave, el hecho sólo punible según los alcances normativos del tipo penal del artículo 173°; la misma inferencia vale para el caso siguiente.

En el caso, del proceder con crueldad, se consuma en el momento y lugar que se produjeron los actos conducentes a proporcionar un mayor sufrimiento a la víctima, los cuales eran innecesarios para lograr el acceso carnal sexual de la víctima.

5. PENA

Para los tres supuestos delictivos de prevé la sanción jurídica más drástica que contiene nuestro ordenamiento jurídico-penal: pena de cadena perpetua. Debiendo hacer hincapié, en el sentido de que carece de toda conexión lógica que se castigue con la misma pena, resultados que definitivamente importan una afectación material, en suma diferenciada entre si,

tanto por el disvalor de la conducta como en la producción del resultado final – disvalor del resultado típico.

No es concebible que la producción del resultado "muerte" con "lesión grave" o el "proceder con crueldad" merezcan la misma penalidad. La muerte según su definición médica "Es la desaparición permanente o irreversible de todo signo espontáneo de vida (funciones vitales) del individuo", quiere decir esto, que evidencia un resultado material totalmente distinto de las otras dos posibilidades que prevé el supuesto típico en cuestión.

La producción de una lesión grave revela una menor intensidad en el disvalor del resultado, cuestión aparte es que el dolo no contiene la misma intensidad en la acción inicialmente realizada, que es la violación con la producción de un resultado no buscado, pero, que fue previsto como posible en la esfera interna del agente delictivo: que es el resultado muerte o lesión grave. En la tercera hipótesis es distinto, porque el tipo no hace alusión a un determinado resultado sino a un proceder en la ejecución del tipo, que denota un mayor contenido del injusto típico que se exterioriza en el despliegue de la acción misma.

Desde una perspectiva de *lege ferenda*, el legislador debe de adecuar los marcos penales de acorde con el desvalor del injusto típico como en el grado de reprochabilidad descrito por el agente delictivo en su conducta; para ello debe dejar de lado una pena indeterminada como es la cadena perpetua, y sustituirla por un marco penal apropiado, que cuenten con un máximo y con un mínimo, a fin de procurar el ejercicio de la determinación judicial de la pena conforme las variables que se comprenden en los artículos 45 y 46 del C.P.

5.1. A modo de conclusión

Una de las mayores conquistas del Derecho penal liberal fue la consagración del principio de culpabilidad. Toda pena presupone necesariamente la culpabilidad del agente. El término "culpabilidad", en los diversos idiomas evoca sin duda una decisión reprobable y el deber de responder por una decisión libremente adoptada[78].

El principio de culpabilidad exige, que en la esfera subjetiva del injusto o mejor dicho en la esfera psíquica del agente concurra dolo o culpa. El elemento subjetivo del delito es la vinculación anímica del sujeto actuante con su conducta penalmente antijurídica. Dolo o culpa hacen alusión a una esfera consciente o inconsciente del autor, sobre la realización de una conducta que sobrepasa o no el riego jurídicamente permitido. La Reforma contenida

(78) Torio López, Ángel; *El concepto individual de culpabilidad.....*, cit., p. 290.

en el Código Penal de 1991, habría de desterrar la responsabilidad objetiva del resultado, como expresión de rechazo al causalismo naturalista y al *versari in re ilicita*. Así, el artículo VII del Título Preliminar del C.P. al establecer que toda pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Sólo las conductas dolosas (intencionales) o culposas (falta de cuidado inexcusable) pueden dar lugar a una imputación de responsabilidad penal. Los resultados imprevisibles e inevitables quedan fuera del ámbito penal[79]. Esto implica que el injusto no puede concebirse como algo puramente objetivo, sino como el hacer de un ente social, la persona, y que por tanto la actividad realizada es su hacer y en ella queda impresa su persona al servir de comunicación social con la otra[80]. Empero, el legislador en las reformas que han ido sucediendo desde los años noventa, ha ido deformando este principio, al introducir la fórmula de los delitos preterintencionales, específicamente en el ámbito de las lesiones, robo agravado y en los delitos sexuales. La mejor doctrina siempre ha sido conteste a esta técnica legislativa, prefiriendo optar por un concurso ideal de delitos, pues, la esfera subjetiva del agente no puede ser seccionada o fraccionada en dos dimensiones subjetivas diversas.

Ahora bien los delitos preterintencionales son en realidad delitos cualificados por el resultado, pues, el autor produce un resultado que no estaba abarcado por la esfera subjetiva del dolo. Por lo tanto, el resultado sólo puede ser imputable a título de culpa. El delito como manifestación fenomenológica del individuo, importa la exteriorizan de una modificación del mundo real, pero, los criterios de imputación objetiva delimitan el ámbito de punición a aquellos resultados que son obra de un ser libre y responsable; por lo tanto, el sujeto no puede responder por resultados que no responden a los factores de previsibilidad y al poder de evitabilidad.

El tipo penal comprende la afectación a dos bienes jurídico penalmente tutelados en dos de sus supuestos, la intangibilidad sexual y la vida, el cuerpo y la salud; mientras que el otro supuesto – cuando el agente procedió con crueldad, hace alusión a una circunstancia agravante en virtud de un desvalor del injusto típico intensificado Entonces, la conducta del agente se dirige a quebrantar la indemnidad sexual de la víctima, pero, se producen otros resultados (muerte o lesión grave) no queridos por el autor, pero previsibles de producirse. De tal manera, que si producto de la magnitud misma del evento antijurídico se produce la muerte de la víctima, v. gr., el hecho en si ocasiona un infarto al corazón, este resultado no puede ser considerado como "previsible" para el autor, a menos que conociera de antemano la condición clínica de aquél. Para algunos autores como GIMBERNAT ORDEIG, todo

(79) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA; *Política Criminal*. Editorial Colex, Madrid, 2000, cit., p. 186.

(80) BUSTOS RAMÍREZ, Juan; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial ARIEL SA, Barcelona, 1989, cit., p. 174.

es previsible en el mundo social. Sin embargo, es un factor que deber ser tomado en cuenta para la delimitación de responsabilidad penal junto a otros criterios que se compaginan en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, vale señalar que los resultados comprendidos en el articulado no pueden merecer una misma pena. No es lo mismo la causación de la muerte que la producción de lesiones graves. Ambos resultados antijurídicos deben ser graduados conforme a los principios de lesividad, de proporcionalidad y de culpabilidad. La pena de cadena perpetua es una pena indeterminada que tiene contornos fijos, por lo tanto, hacen inviable la tarea del juzgador al momento de la individualización de la pena; a menos que el juzgador haga uso del control difuso de la constitucionalidad. En cuanto, a la ejecución de la acción típica mediante "crueldad", denota una actitud de mayor reprobación que recae en el marco del injusto, al afectar no sólo la intangibilidad sexual, sino también la dignidad humana. Supuesto de agravación que debería ubicarse de lege *ferenda* como circunstancia agravante del artículo 173°.

Por último, debe enfatizarse que este tipo penal no fue derogado implícitamente por la Ley N° 28251, tal como ha sido sostenido por un sector de la doctrina nacional.

ABUSO SEXUAL CON PREVALIMIENTO

El numeral 174° del Código Penal, luego de la modificación producida por la Ley N° 30838 en esta figura delictiva, en los términos siguientes:

Art. 174.- El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años.

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

Es una norma que recoge básicamente principios morales, destinada a garantizar la seguridad de las personas sujetas, por algún motivo, a una persona obligada a protegerlas, pues no sólo ello, de la ratio de la norma en cuestión, se colige también un fundamento jurídico esencial, en cuanto el desenvolvimiento de ciertas instituciones tutelares, cautelares, asistenciales y custodiales; quiere decir esto, que dichos ámbitos de organización precisamente han sido creados para la consecución de objetivos generales y para el amparo de intereses particulares, por lo que su utilización para la comisión de un delito de esta naturaleza, merece el mayor de los reproches. Por eso mismo, el legislador ha previsto la criminalización de este tipo de conducta,

a pesar de que no media violencia y/o amenaza gravea efectos de realizarse el acceso carnal sexual, pues lo que se protege en realidad es la libertad sexual, pues a pesar de advertirse un consentimiento en la persona de la víctima, dicho consentimiento es ya de por si inválido, por estar contaminados por una serie de vicios que afectan una voluntad prestada de forma libre y espontánea. Se trata en todo caso de una libertad disminuida, por la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima.

Una razón suficiente para la criminalización de estas conductas radica el abuso de relación de superioridad que condiciona la libertad de la víctima(81). Cancio Meliá es de parecida consideración, al anotar que "el fundamento de la agravación debe estar en que el comportamiento típico es de mayor gravedad cuando el autor configura su comportamiento precisamente en atención a la especial vulnerabilidad de la víctima"(82).

Sin duda, el fundamento del injusto no podemos escudriñarlo en los medios que se vale el agente para acceder sexualmente con su víctima, sino en una particular posición del autor frente al sujeto pasivo, así también la especial situación de la víctima; pues, primero, se tratan de determinados (específicos) ámbitos de organización, que confieren al autor una posición de dominio frente a terceros, que precisamente le permite aprovecharse de dicha condición a fin de perpetrar el injusto típico y, segundo, en cuanto a la víctima, el hecho de estar incursa en las situaciones descritas en el tipo penal, la hacen vulnerable, es decir, la colocan en un estado de inferioridad con respecto al autor, por eso se dice, que lo que se tutela en esta tipificación penal es la Libertad sexual, en cuanto ésta se encuentra viciada por las circunstancias antes descritas. De tal forma, que se debe ser en suma riguroso a fin de dar por acreditada la conducta típica, exigiendo la concurrencia de los dos elementos antes anotados, pues al faltar uno de ellos, importaría una calificación de irrelevancia jurídico-penal. El menor viso de violencia física, amenaza (coacción), hace que la conducta se reconduzca al tipo penal del artículo 170°; así también, como efecto de la modificatoria producida por la Ley N° 28704, se restringe el círculo de sujetos pasivos, pues deben tener 18 años y más; cuando la víctima es menor de dieciocho años, la tipificación penal es la comprendida en el artículo 173° (*in fine*), como consecuencia de la irracional orientación político criminal del legislador.

Se ha querido destacar el lugar donde se encuentra la víctima, dada la influencia que ejerce sobre la psicología de la persona a fin que acepte el

(81) Citado por Caro Coria; Boix/Orts, "Consideraciones sobre la reforma", cit. En n. 123, p. 677; op.cit.; p. 88; Así, Salinas Siccha, R.; *De los delitos de acceso carnal sexual*, cit., ps. 205-206.

(82) Citado por Villa Stein; Cancio Meliá, Manuel; ob.cit; p. 528; ob.cit.; p. 194.

sometimiento a unas relaciones sexuales no queridas[83]. En palabras de Roy Freyre, el agente comete o realiza el delito aprovechando la coacción psicológica que su condición de autoridad o vigilante ejerce indirectamente sobre la víctima, en otras palabras, el acceso sexual se realiza como consecuencia del estado de subordinación o dependencia en que se encuentra la víctima[84].

Se trata pues de un tipo penal que exige un resultado, no bastando la existencia de situación de superioridad, sino que ésta sea de tal magnitud (evidente entre los dos sujetos de la acción sin necesidad de que trascienda el exterior) que implique una limitación automática de la capacidad de decisión de la víctima[85].

Es obvio que el agente revela una mayor temibilidad cuando no se detiene ante los deberes que le impone la lealtad que debe a la confianza que le ha depositado la víctima y las especiales obligaciones de cuidado y defensa de la misma[86].

En síntesis, existe taxativamente un mayor disvalor propio de la conducta, el cual radica en la posición de prevalimiento (aprovechamiento) que se encuentra el agente delictivo en relación con la víctima potencial, la cual el agente se aprovecha para dar rienda suelta a su designio criminal; sin mediar violencia física y/o amenaza grave.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Puede serlo tanto el hombre como la mujer colocados en una situación de superioridad (abuso de un ámbito de organización específico). Esta persona puede tener la atribución de dirigir, participar, actuar en una determinada institución: un hospital, orfanato, establecimiento penitenciario, comisaría, nosocomio, colegio, u orfanato, etc. La víctima debe hallarse bajo se dependencia, autoridad o vigilancia, esto es, en una relación de inferioridad con respecto al autor.

De común idea, con lo anotado en apartados anteriores, el delito de violación sexual (acceso carnal sexual), no es un delito de propia mano, por cuanto, lo que se tutela es la libertad sexual, entendida como la disponibilidad de la esfera sexual de una persona en un ámbito de plena libertad, y

(83) Bramont-Arias T., L.A./García Cantizano, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 253.

(84) Roy Freyre, L.; *Derecho Penal. Parte Especial,* Vol. I, cit., p. 114.

(85) Hernández Gallego, P.; *Abusos Sexuales,* cit., p. 47.

(86) Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales,* cit., p. 191.

no la represión penal ante el aplacamiento de apetitos libidinosos; puede darse una coautoría, en cuanto dos sujetos que comparten tareas comunes (co-dominio funcional del hecho, reparto de roles)[87], vg.r, custodios en una cárcel administrada por el INPE, pero, ambos deben ejecutar acciones que de por sí constituyan el inicio de la actividad típica, bajo la idea que se trata de un delito de resultado, sin necesidad de que ambos realicen el acceso carnal sexual. Coautora, puede ser también una mujer, pero siempre ligada a la especial calificación que exige en todo caso el tipo penal, en cuanto a los ámbitos de organización estatal, social y legal que hace alusión la descripción normativa. Se trata de un delito especial propio, escribe CARO CORIA, pues se requiere necesariamente que el agente tenga la calidad o esté investido de autoridad o le esté encargado de la vigilancia de la víctima[88].

De igual manera, es admisible la Inducción, el influjo psíquico que ejerce el hombre de atrás hacia el hombre de adelante, a fin de crear en sus esferas volitiva y cognitiva, el emprendimiento de realización típica; para que la actuación del inductor sea punible, debe el autor (hombre de adelante), haber realizado la conducta descrita en el tipo, la penetración aunque sea parcial del pene en las cavidades anal, vaginal o bucal, o el ingreso de otras partes del cuerpo u objetos en las dos primeras vías. Si el autor directo, ejerce violencia sobre la persona de la víctima, lo cual no fue influido por el hombre de atrás, éste último no responderá por este hecho. Así, también es factible una autoría mediata, siempre y cuando se verifique algún tipo de defecto psico-cognitivo del hombre de adelante, en el sentido de que no sea consciente que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad, o por padecer de una enfermedad mental; pues de no ser así, tendría el dominio material del hecho, por lo que la figura sería en realidad una Inducción. Finalmente, al tratarse de un delito especial propio, una persona ajena a la función específica que desarrolla el autor, puede ser cómplice (primario o secundario), según el principio de la unidad en el título de la imputación.

2.2. Sujeto pasivo

La protección alcanza a ambos sexos, basta el estado de dependencia de la víctima; mejor dicho de inferioridad en que se encuentra con respecto al autor (condición de vulnerabilidad). La edad puede ser cualquiera, con la excepción del límite inferior de los catorce años prevista en el artículo 173° del Código Penal; mas luego de la sanción de la Ley N° 28704, sólo pueden serlo los que tengan 18 años y más, la edad por debajo de la señalada, supone simplemente que la calificación sería en este caso por el delito previsto en el artículo 173°, a menos que exista un precio o la mediación de una ventaja

(87) Así, SALINAS SICCHA, R.; *Los delitos de acceso carnal sexual*, cit., ps. 211-212.

(88) CARO CORIA, C.; *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, cit., p. 88.*

de cualquier naturaleza, que daría lugar a la tipificación del artículo 179°-A; no interesando claro está, la honorabilidad de la víctima, como se ha ido recalcando a lo largo de este trabajo, víctima puede ser también una persona dedicada a la prostitución.

2.3. Acción típica

El texto exige la realización del acto sexual u otro análogo obtenida por coacción psicológica, valiéndose de dicha ventaja que su autoridad le da al autor sobre el sujeto pasivo y que el hecho que éste se encuentre "colocado" o encerrado en un determinado centro (hospital, carceleta, etc.)[89]; ahora con la nueva modulación típica venida a más por la Ley N° 28251, el acto sexual, supone en realidad, el acceso carnal del miembro viril en las cavidades anal, vaginal o bucal, o el ingreso de partes del cuerpo u objetos sustitutos del pena en las dos cavidades primero mencionadas.

La coacción que aludimos no es la misma que la amenaza contemplada en la tipificación penal del artículo 151° del Código Penal, pues no existe un acto directo de coacción psicológica. En el dispositivo que analizamos hay una voluntad determinada por una limitación: la subordinación, que en otras circunstancias, permitiría a la víctima no dispensar sus favores.

Esta figura excluye todo tipo de violencia física o psicológica; de ser así la conducta se subsumiría en el artículo 170° del Código Penal y, si la víctima es una persona menor de 18 años, la conducta recaería bajo los alcances normativos del tipo penal de Violación de Menores (Art. 173°).

La ley es sumamente amplia en su protección. En efecto, prevé la *situación de las personas colocadas en hospicios, hospitales, establecimientos* educativos, establecimientos penitenciarios, etc., directamente en relación de subordinación de enfermos, médicos, maestros, guardianes, etc. La amplitud de la figura no alcanza a toda persona, que ocasionalmente asiste a un detenido y hospitalizado, no puede ser autor de este supuesto delictivo.

Ahora bien, el legislador ha descrito una serie de circunstancias en las cuales debe desarrollarse el evento típico, en el marco de un ámbito de organización específico del autor, que le proporciona una relación de superioridad sobre la víctima, de la cual abusa para acceder sexualmente a la víctima en las vías descritas en la redacción típica, estas funciones, cargo u oficio, deben suponer una situación de dependencia, autoridad o vigilancia sobre la víctima; las cuales se materializan a partir de concretas situaciones de guarda, tutela, curatela, vigilancia, etc. Contemplándose una serie de instituciones que serán analizadas por separado.

---

(89) Villa Stein, J.; ob.cit.; p. 194.

Cuando la persona es colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar, pueden ser entonces, nosocomios, postas médicas, clínicas, centros de rehabilitación para drogado dependientes, internados para el sacerdocio, cuarteles del ejército y de la policía, esto es, lugares en los cuales la víctima es internada a fin de restablecer una salud deteriorada, a fin de combatir un mal endémico, para la rehabilitación psíquica y/o emocional, para cumplir con ciertos requisitos en determinados oficios, cargos militares o religiosos, etc. Por extensión pueden comprenderse a los colegios o Universidades, pues en estos lugares haya una relación de dependencia de profesor a alumno que muy bien puede ser aprovechado por aquel para satisfacer su apetito sexual[90]; sin embargo, tratándose de menores de 18 años, la calificación jurídica se desplaza al artículo 173° (*in fine*), específicamente el último párrafo, que prevé la circunstancia agravante. Deben tratar de personas que cumplen determinados roles en dichos establecimientos, como médicos, enfermeros, fisioterapeutas, custodios, vigilantes, etc. Las personas descritas deben aprovechar precisamente dicha posición a efectos de perpetrar la realización típica, pues si la conducta se realiza al margen de las situaciones descritas, la conducta será atípica, si el paciente se encuentra con su médico en una fiesta, y bajo estas circunstancias se produce el acto sexual, se sustrae del ámbito de protección de la norma, a menos que el autor tenga un poder de dominio sobre la persona, aun fuera del hospital, pues como pone de relieve SALINAS SICCHA, si el agente extrae al enfermo del hospital o al detenido de la carceleta y lo lleva a otro lugar (un hotel por ejemplo) con la finalidad de practicar el acceso sexual con mayor comodidad[91], se dará por configurada la modalidad típica.

Ahora bien, el segundo supuesto hace alusión a una condición en sí sumamente gravosa, en tanto importa la privación de un bien jurídico de gran valor en un Estado de Derecho, la libertad personal como esfera de locomoción del individuo que le permite desplazarse de un lugar a otro, con plena autonomía. Dice el precepto que el acceso carnal sexual, se cometa cuando la víctima se halle detenida, recluida o interna; quiere decir esto, que las agencias de criminalización secundaria deben haber ejercido una concreta coacción en el ámbito de libertad ciudadana. Según se desprende de la Ley Fundamental, una persona sólo puede ser detenida por mandato autoritativo del juez competente o por las autoridades policiales en caso de "flagrancia"[92]; así también la Ley N° 27379 (Ley de medidas limitativas de derecho

(90) SALINAS SICCHA, R.; *Los delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 207.

(91) SALINAS SICCHA, R.; *Los delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 208.

(92) La Constitución Política del Estado, permite a los agentes policiales a detener por el lapso de quince días a supuestos sospechosos de hacer cometido delitos de narcotráfico, terrorismo y de espionaje.

a nivel de Investigación Preliminar), concordante con la Ley N° 27934[93], regulan la denominada Detención Preliminar, cuyos alcances son distintos a la detención por flagrancia y la prisión provisional que comprende el artículo 135° del CPP de 1991[94]. Por consiguiente, la privación de libertad de un individuo puede adquirir varias manifestaciones legales, cuyos contornos y naturaleza importan una descripción, que no puede ser objeto de análisis en la presente monografía.

Así también cabe relevar, que puede producirse una detención arbitraria e injusta, cuando los agentes policiales detienen a un individuo fuera de los casos de flagrancia y, en ausencia de una resolución jurisdiccional. Lo importante a todo esto, es que la figura en comento, debe comprender cualquier tipo de manifestación de coacción estatal persecutoria, investigativa y reclusiva, sea legal o ilegal que confiera al agente el "prevalimiento" que hace alusión el tipo del injusto. Lo trascendente es que la víctima se encuentre privada de su libertad, a partir de una interpretación *latu sensu* de los derechos fundamentales. De recibo, los lugares en los cuales puede perpetrarse la actividad típica, son: establecimientos penitenciarios, carceletas, centros custodiales policiales, centro hospitalario especializado (cumplimientos de medidas de seguridad), correccional de menores (infractor de la norma penal)[95], entonces, dichos lugares recorren todo el *iter*, en el cual se desarrolla los procesos de criminalización secundaria, desde la detención policial hasta la ejecución de la pena. En este caso autores de este supuesto típico, podrán ser policías, personal del INPE, fiscales, jueces, secretarios de juzgados, en suma, todo aquel que ejerza un ámbito de organización específico que le otorgue una relación de superioridad frente a la víctima. Sin duda, el ingreso a una prisión, sea en la calidad de detenido o de condenado, importa efectos nocivos en la personalidad del individuo, trastocando su realidad, alterando su pervivencia, provocando todo un proceso de despersonalización, que cada día va calando hondo en su estima personal y en sus relaciones afectivas con los demás. Una sub-cultura carcelaria que destruye la propia humanidad de la persona, pues las cárceles en nuestro país son en realidad depósitos humanos y no centros de rehabilitación. Lamentablemente, los operadores de justicia, no entienden eso, y disponen estas medidas de coacción sin ningún reparo, como si el enclaustramiento fuera la única opción en un sistema de justicia, que se supone debería privilegiar la libertad antes que la pena. Con todo, son personas que revelan una especial vulnerabilidad, donde el autor, aprovecha de ello y, ofreciendo ventajas o

(93) Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en el ámbito de la Investigación Preliminar del delito.

(94) Todas estas instituciones procesales son recogidas de forma sistemática en el nuevo CPP; a más detalle ver mi libro "Derecho Procesal Penal" (T. I y II), editorial RODHAS, edición 2014, Lima – Perú.

(95) Artículo 237° del CNA.

simplemente el cumplimiento de necesidades básicas (comida, aseo, etc.) obtiene el consentimiento de su víctima, una voluntad viciada. Son estos casos, que a mi juicio, merecen una reprobación jurídica y moral más severa. Sin embargo, debemos diferenciar aquellos casos, en que es la propia víctima que incide en el autor, a fin de lograr una ventaja, y esta se encuentra en un estado de plena libertad. Una reclusa o recluso ya prontuariada, de varios ingresos carcelarios, donde el encierro se ha convertido en su hábitat, siendo ella quien propone al celador el acceso carnal sexual, sea o no con la finalidad de obtener una ventaja ilegal (ingreso de drogas, alcohol, armas, etc.); en este caso no podemos hablar de una voluntad viciada, por lo que la conducta será atípica[96].

Desde una perspectiva de *lege ferenda* se debería incorporar en el tipo objetivo la ausencia de consentimiento, tal como lo hace la legislación penal española[97]. Pues, de este modo se evitaría incriminar actos en los cuales si ha mediado un consentimiento válido de la supuesta víctima y, por ende, no podría ser calificado como delito. El delito de abuso de prevalimiento supone la obtención de un consentimiento viciado[98]; como se sostuvo, el fundamento del injusto, es el aprovechamiento es un ámbito de organización específico que la confiere al autor una particular posición de dominio sobre la víctima, por lo que ésta última debe encontrarse en una situación de vulnerabilidad, pues si no se dan ambos elementos no puede hablarse de un consentimiento "viciado", sino de un consentimiento "válido", por lo que la conducta es irremediablemente atípica.

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Esta figura delictiva se configura como un delito especial propio; es decir, sólo podrá ser autor aquél que ostente una posición de dominio por concretos ámbitos de organización específicos, en relación con el sujeto pasivo. El tercero interviniente, según el grado de participación para la configuración del delito, será considerado cómplice primario o secundario. En el caso de que el tercero interviniente ejecute materialmente el delito, será considerado autor, pero, será incriminado según los artículos 171° o 172° del ordena-

(96) Ver al respecto, Hernández Gallego, P.; *Abusos Sexuales*, cit., p. 48

(97) Esta figura delictiva se encuentra tipificada en el Código Penal español de 1,995, en el artículo 181.3, en los términos siguientes: "En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten: 3.-Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses".

(98) Fermín Morales Prats/Ramón García Albero; En: Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a laParte Especial del Derecho Penal*, Editorial Arazandi, Pamplona, 1,996, p. 249.

miento punitivo. Para todo lo faltante, resulta de aplicación lo analizado en el marco del sujeto activo.

4. TIPO SUBJETIVO

Este delito es eminentemente doloso; conciencia y voluntad de realización típica supone todo caso, que las esferas cognitiva y volitiva del autor este abarcada por los elementos que dan lugar a la conducta descrita en el artículo 174°, conciencia de tener acceso carnal abusando de una posición de superioridad, sabiendo que la víctima se encuentra en un situación de vulnerabilidad. La acción realizada será únicamente punible cuando el agente sea consciente de su situación de superioridad y la explote[99]. Por consiguiente, puede cometerse el delito con dolo directo y dolo eventual, pues para estos efectos, basta que el conocimiento virtual del riesgo no permitido, a partir de una inclinación cognitiva del dolo. Para SALINAS SICCHA, por la redacción del tipo penal y los elementos objetivos que exige, (...) no es posible la comisión del dolo eventual[100]. En tanto que para CASTILLO ALVA, la expresión aprovechándose no puede ser entendida como una exclusión del dolo eventual, pues para aprovecharse de la situación de dependencia, autoridad o vigilancia no se requiere una intención y plena certeza, sino que basta una seria conciencia del peligro o riesgo que con el emprendimiento de tal o cual conducta se está aprovechando una determinada posición[101].

Del mismo que las conductas descritas en las tipificaciones anteriores, basta con el dolo como elemento subjetivo del injusto, la incorporación de cualquier otro añadido importa una vulneración al principio de legalidad material, dogmáticamente inconsistente y político criminalmente insatisfactorio. El agente debe de actuar con conocimiento de la situación de superioridad en que se encuentra en relación con la víctima y dirige su conducta hacia el aprovechamiento de tal situación.

Finalmente, puede darse un error de tipo, cuando el esfera cognitiva del autor no abarca todos los elementos constitutivos de la figura delictiva, en tal sentido, si autor desconoce que su cargo le da cierta superioridad o autoridad sobre la víctima, o si ésta última se encuentra en las circunstancias descritas en dicho supuesto delictivo, el que por sus características difícilmente podrá admitir un error de tipo invencible, a lo más uno de carácter vencible, pero si medió violencia física de por medio, la tipificación se desplaza al artículo 170°.

---

(99) HERNÁNDEZ GALLEGO, P.; *Abusos Sexuales,* cit., p. 47.

(100) SALINAS SICCHA, R.; *De los delitos de acceso carnal sexual,* cit., p. 213.

(101) CASTILLO ALVA, J.L.; *Tratado de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales,* cit., p. 351.

5. CONSUMACIÓN

El delito se consuma en el momento en que se produce el acceso carnal; basta que se produzca la introducción –por lo menos parcial del miembro viril en el conducto vaginal (*coniuntio menbrorum*) o anal (*contra natura*), vía oral[102] o, que se ingresen otras partes del cuerpo u objetos sustitutos del pene, en las dos primeras vías. No es necesario entonces, el ingreso total del miembro viril, ni que se produzca la eyaculación, así como la fecundación. Es admisible la tentativa, al ser en aparentemente un delito de resultado, pues, al no mediar ni violencia ni amenaza, identificarlos no es tarea fácil, la proposición tal vez del autor, en cuanto el hacer saber de su víctima que éste tiene ciertos poderes, que pueden provocar ciertos efectos en su desmedro o ventaja, los cuales no pueden consistir en una amenaza grave, sino deslizar ciertas circunstancias.

6. PENA

La penalidad prevista a esta figura delictiva fue aumentada a pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme al artículo 36° incisos 1, 2 y 3 del artículo 36° del Código Penal, conforme a la Ley N° 26293 del 14 de febrero de 1994. Luego, con la dación de la Ley Nº 28251, la penalidad fue aumentada a una pena no menor de cinco ni mayor de ocho años de PPL.

Finalmente, -en el marco de la dación de la Ley N° 30838 de 2018-, propio de un modelo político criminal criminalizador, es de recibo, que exasperar los marcos penales es un patrón irrecusable por el legislador, por lo que la pena privativa de la libertad, es ahora no menor de veinte ni mayor de veintiséis años. Sin embargo, ha sido eliminada como consecuencia jurídica al delito la pena de inhabilitación en su literalidad, pues la misma Ley, supuso incorporar el artículo 184°-A al CP, en los términos siguientes: "El juez impone como pena principal la inhabilitación prevista en el artículo 36 del presente Código, según corresponda.

En los delitos comprendidos en los capítulos IX, X y XI del presente título, el juzgado penal aplica, de oficio o a pedido de parte, la suspensión y extinción de la patria potestad conforme con los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda al momento procesal".

SEDUCCIÓN

La redacción típica del delito de seducción, luego de la modificación producida por la Ley Nº 28251, ha quedado de la siguiente manera:

(102) Así, Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, I-B, cit., p. 195.

Art. 175.- *"El que, mediante engaño tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, a una persona de catorce años y menos de dieciocho años, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años".*[163]

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

Inmersos en la esfera del Derecho punitivo, son los delitos sexuales, el ámbito que más ha sido influenciado por connotaciones moralistas y conceptualizaciones ético-sociales así como religiosas, que a tal efecto, han vulnerado los presupuestos de punibilidad, sobre los cuales se asienta un Derecho Penal democrático, de culpabilidad, de lesividad social y de subsidiariedad. En efecto, parece que el Derecho penal continúa siendo la panacea perfecta de catalizador de ideologías provenientes de sectores relativistas de la sociedad, bajo el paradigma de un Derecho Penal Simbólico o asegurador de las pretensiones socio-políticas de ciertos sectores de la sociedad, constituyéndose el fenómeno conocido como "Politización Normativa". Sea esto así, advierte que determinadas caracterizaciones sociales sin detentar suficiente lesividad social, son normativizadas a fin de crear mayores espacios de coacción estatal. En este caso, nos encontramos ante una configuración sexual producto de un "engaño", es decir, el agente se vale de una mentira o de un ardid, para poder conseguir el asentimiento de su pareja ocasional, actos que son definidos socialmente como una "seducción". El engaño, según HERNÁNDEZ GALLEGO, consiste en "mendacidad o ardid de que se vale el seductor para que el sujeto pasivo consienta el acto sexual, que de otro modo no hubiera permitido"[104], es decir, es un vicio del consentimiento, que se remonta a un acto anterior. El engaño en palabras de MUÑOZ CONDE, habrá que entender, por tanto, cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación que determine causalmente un vicio de voluntad en el sujeto pasivo[105].

En puridad de la verdad, este tipo penal o dígase delito, ha sido criminalizado de acuerdo a determinados roles sociales y con el fin de preservar la institución del matrimonio, pues, el engaño ha sido comúnmente caracterizado como la "falsa promesa de matrimonio". Es decir, la figura delictiva ha sido dirigida a reprimir actos antisociales, fundados en el status social de la

(103) Texto antes modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 26357 del 18 de setiembre de 1,994.

(104) HERNÁNDEZ GALLEGO, P.; *Abusos Sexuales,* cit., p. 55.

(105) MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial.* Undécima edición revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, cit., ps. 195-196.

figura del "seductor", pero, tengámoslo claro, bajo el nuevo rumbo político criminal delineado por el legislador del 91, sujeto pasivo de este delito, puede serlo tanto el hombre como la mujer.

Se aseveró también, que los delitos sexuales protegen la libertad e intangibilidad sexual, siendo que el orden jurídico (derecho positivo), no reconoce la validez del consentimiento a los menores de 14 años. Sin embargo, este tipo pena, incluye en su esfera de protección, a los menores de dieciocho y mayores de 14 años, puesto, que según el legislador, nos encontramos ante un consentimiento viciado. El maestro Raúl PEÑA CABRERA –como miembro de la Comisión Revisora del Código reformado- propugnó en su momento la falta de necesidad social y de merecimiento punitivo para conservar esta figura delictiva y, por lo tanto, abogó por su descriminalización[106]. Decir que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, es no decir todo[107]. El Derecho penal no puede desconocer la realidad social y las nuevas formas de configuración inter-social, las relaciones sexuales entre los congéneres, prójimos generalmente en la etapa de la adolescencia (tanto hombres como mujeres), cada vez son menos los que llegan puros al matrimonio. Y finalmente, si se quiso mantener este delito a toda costa, debió aunque sea rebajarse la edad, de dieciocho a dieciséis años.

Cabe precisar que la legislación penal argentina, regulaba el delito de Estupro, luego modificada por la Ley 25.087, de cuyo tenor literal se desprendía lo siguiente: *"Se impondrá reclusión o prisión de tres a seis años, cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de doce años y menor de quince y no se encontrare en las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo anterior"*. De ello se colige que el bien jurídico no era la libertad sexual, sino el honor del adolescente, pues la relación sexual se realizada con pleno consentimiento de la presunta víctima. Consistía entonces el delito en el acceso carnal mantenido por varón sobre mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince, y con el consentimiento de ésta[108]; por tanto, sujeto pasivo sólo podía serlo la mujer honesta, únicamente la fémina que se mantenía virgen, la adolescente que ya había experimentado el sexo, estaba al margen de la tutela de la norma así como el hombre, lo cual quiebra el principio constitucional de igualdad jurídica. Decía NÚÑEZ, que el estupro, en el marco de la honestidad, lesiona específicamente la reserva sexual[109]. Se entendía que la honestidad sexual, por tener una vinculación muy íntima con la evolución biológica del individuo, adoptaba modalidades diferentes con relación a las

(106) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 719.

(107) PEÑA CABRERA, R.; Ibid.

(108) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 133.

(109) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 287.

etapas de su desarrollo[110]. Admitía en general la doctrina –escribe Estrella- que el fundamento de la punición del estupro era la inexperiencia sexual de la víctima, lo que resta validez a su consentimiento al acto, por desconocimiento de las consecuencias del mismo[111]. Empero, no debe confundirse la inexperiencia sexual de una persona, con el comienzo de la vida sexual, pues siempre habrá una primera vez, y esta por ser el comienzo no puede sin más ser penalizada.

Ahora después de la reforma con la Ley 25.087, el vigente tipo de estupro requiere de los siguientes elementos para su configuración: un abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal; la edad de la víctima; una víctima sexualmente inmadura y el aprovechamiento, por parte del autor de esa inmadurez sexual[112]. Una víctima mayor de trece años y menor de dieciséis años, si la víctima es menor de trece años se consentimiento será reputado como inválido. Entonces, la víctima, ahora debe ser una persona inexperta sexualmente, reveladora de "inmadurez sexual" y que el autor se aproveche de aquella, para acceder sexualmente con ella; por tanto, requiere de una persona virgen o casto (mujer y hombre), que aún no haya logrado madurar su esfera sexual, y de un sujeto activo con "experiencia", pues precisamente dicha experiencia –que se materializa a través de engaños, promesas, ardid y otros- que le permite lograr el consentimiento de la víctima. De recibo, la delimitación normativa de "inmadurez sexual" es hartamente complejo, que tanta recorrido sexual, se necesita para ser "maduro sexualmente"? dos, tres, cuatro, diez relaciones sexuales en un corto periodo de tiempo?, en verdad esta condición del tipo penal, por su excesivo relativismo y vaguedad puede llegar a respuestas diferentes ante situaciones parecidas, mucho amplio espacio de discrecionalidad al juzgador, que puede desencadenar resoluciones injustas y desproporcionadas. Por otro lado, el sujeto activo debe ser una persona sexualmente experta y madura, para que pueda darse el "aprovechamiento"; (...) un sujeto activo calificado por su mayoría de edad, es la que mejor se adecua a la redacción de la norma y al alcance que le pretendió dar el legislador[113]. Como contrapartida, recobra validez el consentimiento de la víctima, aunque sea "inmadura sexualmente", si el autor no se aprovecha de ella, modificándose sustancialmente el sistema por el cual, en base a la seducción presunta, se le imponía el deber de abstención total[114].

---

(110) Donna, E.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 580.

(111) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 134.

(112) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 141; Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 578.

(113) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 147.

(114) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 590.

No encontramos un interés digno de tutelar[115], pues el aprovechamiento sólo puede fundarse en una especial circunstancia que haga de una persona un ser en estado de "vulnerabilidad" que repercuta en la esfera psíquica de la víctima; el solo hecho de tener una cierta edad no puede presumir *per se* dicha condición, los galanteos, halagos, no constituyen de ninguna manera el aprovechamiento que pueda justificar el contenido material del injusto; lo único que reflejan es un reproche ético-social.

2. BIEN JURÍDICO

La realidad judicial, sobre todo en los últimos años, revela que el delito de seducción ha disminuido considerablemente, pues las relaciones sexuales se realizan ahora bajo otros matices; traído a más por una sociedad más abierta y liberal, habiéndose dejado de lado ciertas posturas sociales estigmatizadas que en el paso del tiempo han perdido un peso significativo. La creencia de la virginidad como sinónimo de virtuosidad en la mujer al momento de contraer matrimonio, evoca ya épocas ampliamente superadas, donde el despertar sexual se produce a una edad ya temprana, que no coincide con la edad que se fija para el matrimonio. No es identifica ya, el inicio de la vida sexual del hombre o la mujer, con la institución del matrimonio. Sin duda, la figura de la Seducción se encuadra en épocas pasadas, donde se seguían al pie de la letra ciertos convencionalismos sociales, producto de los conservadurismos de una sociedad cerrada, cuya apertura hoy en día a dado paso a otro concepto de vida, a otra forma de ver las relaciones sexuales, mas allá de la institución del matrimonio. Una familia rígida, donde la hija mujer era relegada con respecto al hombre, donde su pureza era como un tesoro familiar, *contrario sensu*, el inicio de la vida sexual del hombre antes del matrimonio era una tradición familiar, claro está con una mercader del sexo. Las posturas postizas de la sociedad, el exacerbado machismo, la relegación y explotación de la mujer, provocó qué duda cabe, que una legislación penal fuertemente influenciada con la religiosidad y la moral, penalice este tipo de conductas; pues si después del acto sexual, el varón contraía matrimonio con la mujer desflorada, no había problema, pero que pasaba si la mujer no quería casarse ya con él; todo lo cual importa una doble moral, que ya no puede estar presente en una legislación penal de avanzada, fiel al respeto de la libertad individual y de los derechos fundamentales.

Cuando la ciencia y la legislación distinguieron entre la criminosidad de la violencia y la criminosidad de la seducción, como medios usados por el autor para acceder carnalmente a la víctima, se diferenció el delito de viola-

(115) Para Donna, se tiende a una protección esencialmente "individualista" del nuevo Derecho Penal Sexual, siendo ésta la que entiende que la protección de menores es también protección de la libertad individual; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I., cit., p. 585.

ción o violencia carnal (acceso logrado violentamente) del delito de estupro (acceso logrado por seducción)[116].

El delito de Seducción, entonces, se dirigía a tutelar la pureza de la adolescente, reprimiendo a quien aprovechando de ciertas artes donjuanescas, lograba yacer con la misma antes del matrimonio. Pacheco, citado por Estrella, señalaba que la ley no puede abandonar a una gran parte de la sociedad a las perfidias de una seducción, ni debe tampoco constituirse en un cancerbero de "virginidades dudosas"[117].

Es importante observar que la propia comunidad en este punto específico separa claramente los límites de la Moral y el Derecho. El Derecho Penal de un Estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometan seriamente el funcionamiento social[118]; el Derecho penal de cuño no puede servir de ningún modo como resorte de los valores morales incrustados en determinados sectores de la sociedad peruana, tanto por su relativismo como por incompatibilidad manifiesta con el principio de lesividad u de ofensividad. La regulación del delito de seducción con una edad muy alta para la mujer víctima –21 años primero y 18 años después- seguramente ha sido un obstáculo que el colectivo social no ha intentado avasallarlo. Acaece, simplemente, que, antes y ahora, la fórmula legal en examen ofrece una desmesurada protección de la persona.

La Reforma de 1991, si bien no atacó frontalmente las ideas moralizantes del Derecho penal, pero sí iluminó el espíritu de separación de moral y derecho; aclaró el panorama excesivamente moralizante de la regla primigenia, al eliminar el concepto de "conducta irreprochable". Quedando atrás de esta manera, la equívoca noción de honestidad o de irreprochabilidad[119]; incrustándose ideológica y jurídicamente, que el bien jurídico tutelado en esta capitación sólo lo puede ser la libertad sexual, la capacidad de autodeterminación sexual conforme al libre obrar y discernimiento de su titular, en relación con el resto de la sociedad.

La reforma, sin embargo, no puede liberarse de nuestras críticas al mantener el tope alto de los dieciocho años y que hubiera sido preferible un lapso de tiempo entre los catorce y los dieciséis años. Como se sostuvo en entrelíneas, la orientación hoy en día, es en bajar la edad límite, a fin sujetar la intervención del Derecho penal, a los principios de lesividad y proporcionalidad.

---

(116) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 285.

(117) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 133.

(118) Citado por Mir Puig; Amelung; Cfr. pp. 358 y ss; ob.cit; p. 91.

(119) Peña Cabrera R.; op.cit.

Indudablemente, la libertad sexual es la que se ampara, pero específicamente, lo que el legislador pretende es la protección del proceso de formación misma de la voluntad, de la decisión del sujeto pasivo, y que, precisamente, es interferido, trabado por el engaño; proceso que debe ser resguardado para los menores casi adultos; el asentimiento aquí no es espontáneo, pero –enfatiza Orts- habiendo influido de manera decisiva en la toma de decisión la conducta del sujeto activo, la tutela del complejo proceso que desemboca la aceptación de la propuesta recibida, de la intimidad o interioridad de la persona todavía inmadura [120].

Con todo, lo que se protege en este tipo legal, es el desarrollo normal y el libre desenvolvimiento del proceso de formación sexual del adolescente. Consecuentemente, la ley penal le otorga protección al adolescente frente a los engaños que puede ser víctima, que de cierto modo implican la penetración de conceptos morales y éticos.

Definitivamente, el bien concretamente protegido es el reseñado, pues es la libertad sexual, también lo es pero en segundo plano.

Luego de la reforma penal producida por la Ley N° 28704 de abril de 2006, que modifica de forma sustancial el artículo 173°, cabría la inferencia que el tipo penal de Seducción se habría derogado como consecuencia implícita de dicha formación normativa; mas, parece que esa no ha sido la intención del legislador (*ratio legis*), pues como explicamos entonces, que el artículo 177° (formas agravadas) –modificado también por la Ley N° 28704- ha alusión al artículo 175°. Por consiguiente, el legislador no quiso derogar el injusto penal de Seducción, por lo que se produce una antinomia entre ambos tipos penales es claro, pero, precisamente el infortunio del legislador podemos desentrañarlo para asumir una posición en contrario y, para proteger el derecho sexual de los menores dándole oportunidad al juzgador de reconducir estas figuras en principio "típicas" en razón del radio de tutela del artículo 173°, a los artículos 175° y 179°-A, a efectos de evitar una represión brutal e indiscriminada.

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede serlo tanto el hombre como la mujer, sin necesidad de exigir una determinada vinculación con el sujeto. No puede serlo el marido con respecto a su consorte, pues se trata ya de una relación sentimental legalmente establecida, para lo cual no resulta necesario engaño alguno para obtener el consentimiento del otro. Cabe señalar que la legislación civil, permite el

(120) Ibidem; p. 647.

matrimonio de menores de edad bajo la concurrencia de determinados presupuestos.

3.2. Sujeto pasivo

Tanto el hombre como la mujer mayor de catorce años y menor de dieciocho años[121], al margen de la postura sexual (heterosexual y homosexual); si bien este delito en su primigenia redacción en el C.P. de 1924, incidía en una tutela exclusiva de la mujer, con la nueva sistematización del bien jurídico, puede serlo también el hombre[122]; (...) no se requiere que la víctima sea necesariamente de conducta irreprochable, pues aquí el bien jurídico protegido es la libertad sexual[123]. Esta edad cronológica es incompatible con cualquier propósito de estiramiento que encime los límites precisados. Es suficiente el exceso de un día para que la protección penal de esta figura delictiva no se realice. La seguridad jurídica es un mandato que no puede excluirse.

Ahora bien, si los medios por los cuales se vale el agente, son los descritos en el artículo 179°-A, se excluye la aplicación de la figura delictiva in examine.

3.3. Acción típica

La acción punible consiste en el acto sexual con una persona no menor de catorce ni mayor de dieciocho, valiéndose del engaño[124], de cualquier, fraude, engaño u ardid, con aptitud idónea de lograr el consentimiento de la víctima, esto es, debe realizarse una supresión mental hipotética, en el sentido, de que sino se hubiera conjurado el "engaño", no se habría producido el acceso carnal sexual, pues de no ser así la conducta sería atípica.

El tipo penal, antes de la modificatoria producida por la Ley N° 26357 del 28 de setiembre de 1994 que extendió la conducta típica al "acto análogo", restringía la conducta típica al acto sexual, no obstante su reiteración en los artículos precedentes. Cuando se hizo el primer análisis del tipo base, del artículo 170°, cuando el estado de la discusión era aún latente, consideramos que limitar el acto sexual al estrictamente vaginal era hacer una in-

(121) En el Código penal español de 1995, en su artículo 183° (abuso fraudulento), el intervalo de la edad cronológica para ser sujeto pasivo de este delito es mayor de doce años y menor de dieciséis.

(122) Ver al respecto, Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales,* cit., p. 153.

(123) Salinas Siccha, R.; *Los delitos se acceso carnal sexual,* cit., p. 220.

(124) Orts Berenguer, afirma que el acceso carnal y el engaño configuran la conducta típica, por ser el primero, consecuencia del segundo, ob.cit.; p. 652.

terpretación excesivamente restrictiva. Esta es una posición tradicional, que en la fórmula precedente al incluir la noción de "conducta irreprochable" se inscribía en una corriente moralizante del Derecho penal, en el marco de valoraciones meta-jurídicas. Limitar el acto sexual al coito vaginal era una interpretación muy forzada.

En este orden de ideas, consideramos que el acto sexual es tomado en un sentido amplio que incluye además del acto vaginal, también el anal, heterosexual y homosexual[125]. Consecuentemente, consideramos positivo que el legislador haya recogido esta demanda doctrinal –del haber extendido la conducta típica al "acto análogo" del artículo en análisis. Con todo, la modificación producida por la Ley N° 28251, nos amplia de forma considerable el acto sexual, comprendido como el acceso carnal sexual, que se entiende a la introducción del pene, ya literalmente a la cavidad anal, bucal (*fellatio inore*), y el acceso de otras partes del cuerpo u objetos, en las dos primeras vías. La constitución de la modalidad típica es una constante que se ha seguido en la mayoría de los tipos penales de esta capitulación.

Tal como lo hemos señalado en el análisis del Art. 170°, desde una concepción lata y realista de que como se desarrollan las relaciones sexuales entre los seres humanos, extender el acto sexual no sólo al acto bucal (*felatio in ore*) y a la intromisión de cualquier otro instrumento -aparte del pene-, patentiza una realidad y una exigencia de la cual la doctrina no puede ser ciega. Los criterios organicistas y naturalistas influenciados estos últimos sin darse cuenta de matices moralistas, realizan una interpretación restrictiva de lo que se entienda por "acto sexual"; la repercusión física y moral que puede padecer la víctima por un acto sexual forzado y violento, puede ser de la misma intensidad o mayor, tanto en el caso de una penetración anal o vaginal, como la que se penetra en la vía bucal. En consecuencia, los efectos nocivos que pueden ser producidos pueden adquirir la misma magnitud en ambas modalidades.

3.4. Medio comisivo

El engaño es el medio de que se vale el agente para lograr la cópula: el engaño debemos entenderlo como el proceso de perturbación de la voluntad del sujeto pasivo por el agente con el fin de practicar el acto sexual. El engaño vicia el consentimiento de la víctima[126] y, por ende, carece de eficacia jurídica. En palabras de Donna, en sentido jurídico, la seducción verdadera

(125) Bajo Fernández; p. 138. Diez Ripollés; ps. 69 y ss.; Villa Stein; p. 196.

(126) Muñoz Conde señala que por "engaño" habrá que entender, por tanto, cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación que determine causalmente un vicio de *voluntad seducción en el sujeto pasivo;* op.cit.; ps.195-196.

tiene por sustrato indispensable el "engaño"[127]; (...) seducir es tanto como ganar el consentimiento ajeno por medio de artificios fraudulentos[128].

El engaño para que pueda operar como medio comisivo de este delito debe de presentarse antes de la configuración del acto; si éste sobreviniese después la conducta devendría en atípica, ausente de relevancia jurídico-penal. El actor se anticipa y sabiendo que su que su conducta o actitud es simulada o su oferta falsa, la opera o fórmula para alcanzar el acceso[129].

Si una mujer se entrega sexualmente por precio, o promesa de una recompensa, o por el insistente requerimiento de su amante, o por su propia exaltación libidinosa, no existe estupro[130]. La tipificación penal del delito de seducción está condicionada a que el acceso carnal sexual, mejor dicho el consentimiento de la presunta víctima, se dé como consecuencia del engaño, el cual supone un elemento cognitivo en la resolución determinativa de aquella, a fin de tomar una decisión u otra. Las posibles actuaciones a propio riesgo de la víctima, que incidan en la realización del acto sexual, no pueden dar lugar al tipo penal en cuestión.

El engaño debe ser prudentemente apreciado por el juzgador conjuntamente con las circunstancias concurrentes. El engaño para que constituya un elemento del tipo ha de ser probado; la presunción no es aceptable.

El hecho de que la más común de las formas de engaño constituya la promesa de matrimonio no significa que sea la única. Pero, de otro lado, se afirma que -tanto en la jurisprudencia nacional como extranjera- se está erróneamente utilizando como único medio de engaño para la configuración del tipo de seducción a la promesa de matrimonio[131]. Es importante destacar que tal argumento se deriva de antiguas concepciones conservadoras de cuál era el rol que debía desempeñar la mujer en las relaciones sexuales. Interesa, también establecer, si dicho ofrecimiento de matrimonio se dio con propósito de seducir al sujeto pasivo valiéndose del engaño. Otro aspecto es lo concerniente a una interpretación jurisprudencial muy amplia del "engaño" que puede derivarse en maniobras chantajistas por parte de la supuesta víctima. Naturalmente que esto no vale para las relaciones homosexuales o lésbicas, dado que nuestra ley exige para celebrar el matrimonio la existen-

(127) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I., cit., p. 588.

(128) Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales,* cit., p. 156.

(129) Salinas Siccha, R.; *De los delitos de acceso carnal sexual,* cit., p. 225.

(130) Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales,* cit., p. 156.

(131) Caro Coria; C., op.cit; p. 92; Así también Muñoz Conde al anotar que "la antigua jurisprudencia consideró casi siempre como "engaño la "falsa promesa de matrimonio" haciendo de ella incluso la única fuente de engaño admisible para la mujer honesta ". (Cfr. Edición tercera p. 334; BOIX, 1979, pp. 250 ss..., quien hace un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia); ob.cit.; p. 195.

cia de dos personas de sexo diferente (artículo 234° del Código Civil). Consideramos que las formas de engaño son muy variadas; nos inclinamos por aceptar el fingimiento de estado civil –simulación del estado de soltería-, con el fin de convencer a la víctima a consentir el acto sexual-. Si las circunstancias son claras y coherentes, una promesa pecuniaria puede ser admitida, v. gr., el ofrecer nombrarle heredero.

Retomando el "engaño", como señala GIMBERNAT ORDEIG, en la inmensa mayoría de los casos se aplica a las relaciones sexuales entre novios; pues en tales supuestos los tribunales operan con una nueva presunción: que la mujer ha consentido el yacimiento porque éste engañándola, la prometió contraer matrimonio[132]. Bajo esta caracterización, se presume entonces, que la relación sexual fruto de una promesa de matrimonio incumplida, se subsume formalmente en el tipo de seducción o antes conocido como "estupro", obviamente cuando la supuesta víctima es menor de 18 y mayor de 14 años. De ahí, es importante establecer una delimitación de aquellas relaciones sexuales ocasionales, en los cuales los protagonistas se prometen una serie de cosas, producto de la excitación del momento (tanto el hombre como la mujer) así como amor eterno y fidelidad insoslayable; de aquellas relaciones esponsalicias, para lo cual debemos remitirnos al Código Civil, en cuyo artículo 239 señala lo siguiente "*La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma*". Es decir, quien incumple la promesa de matrimonio, no puede ser obligado por ley a hacerlo[133], a lo más, cuando se ha causado daños y perjuicios al otro, el perjudicado con ello, podrá en su caso incoar dos acciones civiles: 1.-Una acción indemnizatoria por daños y perjuicios (art. 240 del Código Civil), o en su defecto, 2.-Una acción por enriquecimiento indebido (art. 1954 y ss., *in fine*). Por lo reglado en dichos artículos, consideramos que el derecho civil es la rama adecuada del ordenamiento jurídico para sancionar estos comportamientos reprobables ético-socialmente, que llevado al campo del derecho penal, provocan su desgaste y su nominalismo simbólico, más aún pueden importar la realización de maniobras chantajistas por la propia víctima.

En el campo del "engaño", la doctrina la caracteriza no sólo en la promesa de matrimonio, sino la ha ido extendiendo a otras configuraciones. Puede consistir entonces: en promesa de matrimonio (seducción) o fingimiento de estado civil (fraude), siendo necesario apreciar en cada caso las circunstancias concurrentes pero siempre desde la persona ofendida[134].

---

(132) GIMBERNAT ORDEIG, E.; *La Mujer y el Código Penal Español*, cit., p. 53.

(133) Así, la Constitución Política, al establecer en el art. 2, inc. 24 lit. b), que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(134) QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO; *Compendio de derecho penal*. Vol. III. Ed. De Revista de derecho privado, Madrid, 1958.

La promesa de obtención de una plaza laboral, consideramos no apta a esta amplitud normativa, pues, la supuesta víctima sabe a ciencia cierta, que la obtención de una plaza laboral no se consigue por dicho medio; asimismo, cualquier promesa de ilicitud o que ingrese al campo de la irracionalidad, tomando en cuenta a estos efectos el grado de socialización y culturalización de la víctima. Sin embargo, si las circunstancias son claras y coherentes, una promesa pecuniaria puede ser admitida, v. gr., el ofrecer nombrarle heredero.

La conducta engañosa debe revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a la persona a la que va dirigida y determinar su consentimiento al acceso carnal, siempre en función a las características del caso concreto[135].

Somos de la consideración, que de *lege ferenda* que debería rebajare la edad cronológica establecida en el tipo legal al tope de dieciséis años tal como lo prevé el Código Penal español de 1995 en su artículo 183°. El umbral de III milenio demuestra que tanto una mujer u hombre de diecisiete o dieciocho años tiene la suficiente capacidad intelectiva e empírica para darse cuenta de las reales intenciones del supuesto autor.

4. TIPO SUBJETIVO

Es eminentemente doloso, conciencia y voluntad de realización típica, la esfera cognitiva del agente debe estar cubierta por los elementos constitutivos del tipo penal, de saber que está perpetrando un acceso carnal sexual con una persona menor de 18 y mayor o de 14 años de edad. El engaño es el elemento nuclear, subjetivo del injusto y precisamente impide la comisión por negligencia, a tales efectos es preciso que el autor conozca que son los medios fraudulentos que utiliza los que logran el consentimiento de la víctima, pues si el autor, es de la idea que al consentimiento de la víctima es producto de un sentimiento, habrá un error de tipo, el cual podrá ser vencible o invencible. Al respecto rige todo lo dicho en el caso del artículo 173°. Basta con un conocimiento aproximado.

5. CONSUMACIÓN

Se produce con la realización del acceso carnal sexual, con el ingreso parcial del miembro viril en las cavidades anal, vaginal u anal, o el ingreso de otras partes del cuerpo u objetos en las dos primeras vías. El galanteo, los actos de seducción, la exteriorización de la promesa no es aún un acto ejecutivo del delito, mas sí cuando el agente realiza caricias, desviste a su

(135) Salinas Siccha, R.; *De los delitos de acceso carnal sexual*, cit., p. 223.

víctima u otro tipo de actos que se dirigen al acceso carnal sexual, los que caracterizan a los tipos de imperfecta ejecución (tentativa); el agente no puede consumar el delito, por razones ajenas a su voluntad.

6. PENA

La Ley N° 26357 del 28 de setiembre de 1994 aumento la penalidad prevista para este delito a pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicio comunitario de treinta a setenta y ocho jornadas. Finalmente, la Ley Nº 28251, aumentó el marco penal a una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Se entronca entonces, una mayor represión que vulnera a nuestra consideración los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, un delito así concebido, no puede conllevar una pena de libertad efectiva, situación que no se condice con el verdadero principio de resocialización plasmado en nuestro derecho positivo[136].

ACTOS CONTRA EL PUDOR

El artículo 176° del Código Penal, luego de la modificatoria producida por la Ley Nº 30838, describe esta figura delictiva, en los términos siguientes:

Art. 176.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.

En cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafos, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años».

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de la modificación establecida por la Ley N° 26293, el artículo contemplaba "Actos contra el pudor (...)", pero, dirigido a proteger a menores

(136) En relación a las cavidades de penetración o de agresión sexual, vale todo lo dicho en el artículo 170 del C.P.

de catorce años. Actualmente, tal conducta ha sido derivada al artículo 176°-A (Actos contra el pudor de menores) incorporada por la citada Ley. De esta forma, los mayores de catorce también son considerados merecedores de tutela penal contra aquellos actos contra el pudor sin la intención de practicar el acto sexual u otro análogo, para los cuales debe mediar violencia o amenaza. Luego de la modificatoria producida por la Ley N° 28251, se extiende considerablemente la modulación típica, en cuanto a la extensión de las cavidades de la víctima, en cuanto acceso carnal sexual, del miembro viril a las vías vaginal, anal y bucal, o el ingreso de otras partes del cuerpo u objetos sustitutos a las dos primeras vías antes mencionadas; quiere decir esto, que la configuración de los actos contra el pudor, ora contra mayores otra contra menores de catorce años, importa primero el descarte de que el comportamiento prohibido no se adecue a los alcances normativos del tipo base (Art. 170°), inferencia que deberá de elaborarse no sólo desde una perspectiva objetiva, sino también subjetiva, pues como veremos más adelante, los actos constitutivos de un acto contra el pudor implican ya, el inicio de la ejecución de un acto típico de violación (acceso carnal sexual), cuya delimitación normativa, en cuanto un conflicto aparente de normas, debe basarse en la deliberación delictiva del autor.

Las conductas contra el pudor que se practicaban contra mayores de catorce años, previas a la vigencia de la modificatoria, tenían que ser incriminadas bajo el tipo legal de "coacciones" que se encuentra tipificada en el artículo 151° del Código Penal y que prevé una pena privativa de libertad no mayor de dos años. Consecuentemente, el autor de estas prácticas delictivas se encontraba favorecido con una penalidad sumamente baja contraria a la gravedad del desvalor del acto y a los fines preventivo generales de la pena.

De lo expuesto, consideramos positivo que el legislador haya tomado conciencia de esta realidad al tipificar estos actos contrarios libidinosos contrarios al pudor de mayores de catorce años en el artículo en comentario.

Como hemos subrayado a lo largo de la presente monografía, el bien jurídico tutelado en los delitos sexuales, se extiende en dos variantes a saber: la libertad sexual, entendida como la autodeterminación sexual de una persona, de la disposición y optimización de su esfera sexual en cuanto a su relación con sus pares, constituyendo los medios comisivos básicamente la violencia física, amenaza grave y/o el aprovechamiento de un estado de inconsciencia o la particular posición de dominio del autor con respecto a su víctima; pues en todos estos casos, se reprime el hecho de haber realizado un acto sexual sin el consentimiento de la víctima o, ante un consentimiento viciado por su origen. Luego, existe una delimitación normativa, entre aquellas personas que gozan de su derecho de autodeterminación sexual y, aquellas otras que por su especial condición de vulnerabilidad, sea por su inmadurez sexual (menores) o por defectos psico-cognitivos (inimputables),

no le reconoce el ordenamiento jurídico un reconocimiento válido, por lo que se tutela en realidad no es la libertad sexual sino la indemnidad sexual, una presunción *jure et de jure*, que en algunos casos puede contravenir realidades sociales concretas.

Sin embargo, el normal desenvolvimiento de la sexualidad de una persona, puede también verse afectado gravemente, mediante la concreción de actos, que sin importar un acceso carnal, suponen también un atentado a la libertad sexual, pues suponen la realización de tocamientos, rozamientos, forzamientos etc., que tienen la idoneidad suficiente como para vulnerar el pudor de una persona. Siempre y cuando se ejecuten sin su consentimiento. Los actos contra el pudor eran conocidos tiempo atrás como un "abuso sexual" o "ultraje violento al pudor". Así, Carrara, al describir lo siguiente: "Son ultrajes violentos contra el pudor todos aquellos actos impúdicos que sin constituir tentativa de violación carnal se cometen sobre una persona, contra la voluntad de ella"[137]; sin duda, son graves ofensa, que atentan contra la reserva sexual, contra lo más recóndito de la esfera sexual, que sin constituir un acceso carnal violento, manifiestan un desvalor lo suficientemente intenso como para ser reprimidos con una reacción punitiva relativamente severa.

Códigos penales, como el argentino reprimen esta figura, bajo un nomen iuris distinto: "abuso sexual", contemplado en el artículo 119°, Capítulo II del Título III; mientras que en el C.P. español de 1995 se regula el Abuso sexual en el artículo 181.1, cada regulación punitiva recoge sus propios matices y particularidades, mas el común denominador es la realización de actos que no signifiquen acceso carnal sexual, sin intención de yacimiento.

Ahora, a la luz de la Ley N° 30838 –de julio de 2018-, que da una extensión regulativa más amplia, ensancha la cobertura de acción del tipo legal, este injusto sexual pasa a denominarse: «tocamientos indebidos».

2. BIEN JURÍDICO

En esta figura delictiva lo que se tutela, al ser el sujeto pasivo mayor de catorce años, es la "libertad sexual", entendida ésta como el libre derecho a la autodeterminación sexual y el de impedir la intromisión de terceros en esta esfera privada; en el sentido ésta, del libre desenvolvimiento de la esfera sexual, impidiendo la realización de actos libidinosos, que sin suponer acceso carnal sexual, pueden afectar notablemente la reserva sexual de la víctima.

Soler, afirmaba que esta infracción es típicamente protectora del bien jurídico de la libertad sexual y de la honestidad, en el concepto más genuino de esa palabra: se refiere no ya directamente al acto sexual en sí, sino a

(137) Carrara, F.; *Programa de derecho criminal. Parte especial*, Vol. II-4, cit., p. 1542.

otros actos de naturaleza sexual distinto del acceso carnal mismo, e incluso al pudor[138].

El pudor como sentimiento de reserva o recato individual en materia sexual, si bien constituye un interés que la ley puede proteger –de *lege lata*-, no pensamos que deba ser considerado como bien fundamental[139]. NÚÑEZ, señalaba, refiriéndose al abuso deshonesto contemplado en el C.P. argentino, que este delito ataca la reserva sexual de la víctima (...). Es un ultraje al pudor privado sentenciaba[140]. Es importante destacar, que el ejercicio de la libertad sexual no se limita únicamente a la realización del acto sexual; sino también, a cualquier tipo de acto libidinoso ajeno al acceso carnal sexual, de acuerdo a la descripción típica que se desprende del tipo base; de todos modos vale aclarar, que la reserva sexual debe ser entendida, como aquella esfera de la sexualidad, que se pretende mantener al margen de intromisiones no deseadas, no en el sentido de recato o reserva moral de una persona, pues de ser así, se estaría negando la base material del injusto, pues cualquier persona puede ser objeto de tutela de estos delitos, inclusive la persona dedicada a la prostitución.

Existen posiciones en contra de la incriminación de fórmulas de contenido moral como la examinada en este artículo[141]. Consideramos al respecto que debe hacerse una diferenciación entre la gramática utilizada por el legislador a fin de delimitar el ámbito normativo, con el contenido material del bien jurídico, pues si bien el legislador utiliza ciertos elementos (normativos), que nos remiten a esferas meta-jurídicas –como la moralidad-, no es menos cierto que la trascendencia penalmente antijurídica de los actos contra el pudor es eminente, pues se ataca la reserva sexual, entendida como la esfera más interna de la sexualidad que importa también su libre desarrollo y óptimo desenvolvimiento, de común idea con el bien jurídico "libertad sexual", pues aquélla no sólo puede comprender aquellos actos que signifiquen el acceso carnal sexual en algunas de las cavidades descritas en el tipo penal básico de esta capitulación, sino también otros actos disvaliosos, que sin connotar el referido acceso carnal, pueden también lesionar dicho interés jurídico. Los tocamientos y rozamiento en determinadas partes del cuerpo, que se ejecutan en contra de la voluntad de la víctima, o que se realicen sobre otro, resultan también atentatorios a dicha libertad. Con todo, la penalización de las conductas que se desprenden de los artículos 176° y 176-A del C.P. confluyen en un ámbito legitimador de la tutela penal, en cuanto a sus fines axiológicos concordantes con la Ley Fundamental.

---

(138) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 386.

(139) De otra opinión ROY FREYRE; Espinoza Vásquez; p. 136.

(140) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 308.

(141) Es de esta opinión CARO CORIA; op.cit; p. 95.

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquiera, tanto el hombre como la mujer, al margen de la opción sexual, puede tratarse de prácticas heterosexuales y homosexuales, no se necesita de una persona con experiencia sexual ni con aptitud física para poder acceder sexualmente a su víctima.

3.2. Sujeto pasivo

Debe de serlo necesariamente un hombre o mujer mayor de catorce años. Si es menor de dicha edad cronológica la conducta se subsumiría en el tipo penal del artículo 176°-A.

Ahora bien, al tutelarse la libertad sexual y no el honor sexual, sujeto pasivo de esta figura delictiva, puede serlo también la persona dedicada al meretricio, quien no es objeto sino sujeto de derechos, por lo que tiene el derecho de rechazar tocamientos corporales no deseados[142]; de igual forma la esposa y/o marido (concubinos), si resulta punible el acceso carnal mediante violencia física y/o amenaza grave, también son punibles los actos de tocamiento, forzamiento y otros que son ofensivos al pudor, que se ejecutan contra la voluntad del consorte, mediando los medios comisivos que describe el tenor literal del tipo legal. Más si, la violencia es un acto demostrativo del consentimiento de las partes, en cuanto a juegos eróticos entre las partes, el acto carecerá de relevancia jurídico-penal.

Antes de pasar a describir la acción típica es preciso destacar que la realización del delito puede adquirir tres variantes: a.-Cuando el autor ejecuta tocamientos impúdicos sobre la esfera corporal del sujeto activo. b.-Cuando el autor, obliga a la víctima a realizar tocamientos sobre partes de su propio cuerpo, mediante violencia y/o amenaza[143] y, c.-Cuando el autor obliga a su víctima a realizar y/o ejecutar tocamientos a un tercero, los cuales pueden suponer actos recíprocos (tanto heterosexuales como homosexuales). Como pone de relieve Estrella, son típicas también las acciones que el agente logra que la víctima ejecute sobre el cuerpo de aquél o sobre de un tercero[144], o aquellas que sin importar tocamientos en partes pudendas, tienen trascendencia o significado sexual, como el de desnudar a la víctima o levantar las polleras de una mujer[145]; sin embargo, de acuerdo a la descripción típica del

---

(142) Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 498.

(143) Ver al respecto, "violación inversa", que fuera analizada en el artículo 170° (*in fine*).

(144) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 310.

(145) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 37.

artículo 176°, estos últimos no serán constitutivos de esta tipificación penal, pues aquélla requiere actos concretos de tocamiento en determinadas partes del cuerpo; tal vez reconducidos en la tipificación argentina, en vista de contenido más abierto; a lo más podrían ser reconducidos al artículo 183° (ofensas al pudor público). El tocamiento de las nalgas por parte de las manos del autor, *contrario sensu*, si pueden configurar este delito, dependiendo de su contexto y circunstancias concretas, tal como fue duramente reprimido en un caso acontecido en la judicatura colombiana; (...) configura abuso sexual el acto de lesbianismo, en el que no puede haber acceso carnal, y el acto libidinoso, el cual tiene un significado objetivo impúdico[146].

3.3. Acción

La acción consiste en un acto contra el pudor de una persona mayor de catorce años, mediante violencia o amenaza, pero que excluya la cópula o el acto análogo; mejor dicho, luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28251, se excluyen todos los actos que den lugar al acceso carnal, de conformidad con lo descrito en el artículo 170° (*in fine*). Quedan también excluidos aquellos carentes de relevancia, atendiendo a un concepto valorativo-social, profesado por el término medio de los ciudadanos[147]. Carrara señala con exactitud la esencia de la figura al decir que hay ultraje violento al pudor en todos aquellos actos impúdicos cometidos sobre otra persona, contra su voluntad, y que no constituyan tentativa de violencia carnal[148].

El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización del acto contra el pudor que debe recaer sobre la persona del sujeto pasivo; empero, aquello no implica que los "tocamientos indebidos" o "actos libidinosos" contrarios al pudor, deban materializarse necesariamente en el cuerpo de la víctima, pues estos pueden concretarse tanto es la esfera somática del propio autor o de un tercero; en caso de una coautoría, esto queda demostrado de la siguiente manera: A, ejerce violencia física sobre B, obligándola a ejecutar tocamientos en las partes íntimas de C, quien luego asume el rol de A. La delimitación conceptual de lo que es acto impúdico puede concretarse a partir de un criterio de exclusión: la ausencia de yacimiento carnal. En suma, vale decir, constituye acto impúdico aquellos contactos con el cuerpo de la víctima con fines libidinosos sin el asentimiento de la misma.

Materialmente los actos impúdicos pueden presentarse en las formas más variadas, pero es necesario el contacto corpóreo sin requerirse que las partes pudendas estén cubiertas[149]. En tal sentido, los actos lujuriosos co-

(146) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 493.

(147) Antonio Gonzáles-Cuellar García; op.cit.; p. 2220.

(148) Pgrf; 1542.

(149) Cfr. Roy Freyre; p. 91. Espinoza Vásquez; p. 137, Carmona Salgado; ps. 79 y ss Muñoz

metidos sobre la propia persona del agente y en presencia obligada de la víctima no configuran esta infracción delictiva; lo mismo que una contemplación libidinosa sin aproximaciones corporales; tampoco son suficientes los piropos aunque estuviesen cargados de lascivia. Conductas que serían constitutivas de la infracción criminal prevista en el artículo 183° (*in fine*).

La conducta debe revestir una objetividad impúdica, tal como los tocamientos lujuriosos, frotamientos, la masturbación, el coito "*inter fermora* (entre los muslos), la "*inmisio penis in os*" (introducción del pene en la boca de la otra persona), el "*cunnilingus* (lamer las partes pudendas de la mujer), etc. Todos estos actos pueden llevarse a cabo tanto por el autor o por la víctima, obligando al ofendido a que los realice sobre el cuerpo del agente. Incluso que tales actos se dirijan hacia la persona de un tercero. También, serían típicas las conductas del ginecólogo que abusa de sus exámenes con tocamientos innecesarios sobre la paciente o los masajistas que realizan su trabajo extralimitándose en sus funciones.

Ahora bien, se ha estimado en el tipo objetivo, que los "tocamientos indebidos" deben materializarse en las partes íntimas[150], ¿Cuáles serán ellas nos preguntamos?, las piernas, los glúteos, el pene, la vagina, los senos, los pectorales, la boca, la oreja, el pelo, los hombros, las axilas, etc., todas ellas son partes íntimas, pues pertenecen a la esfera más íntima del sujeto pasivo. Tal vez hubiese sido mejor describir que estas son partes erógenas, a fin de delimitar correctamente el ámbito de protección de la norma.

La punibilidad del beso está condicionada al ambiente social y circunstancias. La cual es considerada una conducta de escasa entidad[151] y, por ende, irrelevante para constituir un acto impúdico; pero si dicho beso se plasma en un lugar erógeno de la víctima, como los glúteos o senos de la víctima, sí se configura el tipo penal en análisis.

3.4. La modificación producida por la Ley N° 28251, en cuanto a la inclusión del elemento normativo: «actos libidinosos»

Antes de efectuada dicha modificación, se reputaban actos contra el pudor, todos aquellos que sin constituir un yacimiento real sobre la víctima, consistían en tocamientos, rozamientos, palpamientos, en determinadas zonas del cuerpo, siempre y cuando revelaban un significado sexual. Todos aquellos lo suficientemente idóneos como para quebrantar el bien jurídico tutelado.

Conde; p. 350. Ranieri; t. V; p. 99.

(150) Luego, de la modificación generada por la Ley N° 28251.

(151) Serrano Gómez; ob.cit.; p. 223.

El acto libidinoso como enseña NÚÑEZ, tiene un significado subjetivo impúdico y siempre posee aptitud para constituir un abuso deshonesto, cualquiera que se la parte del cuerpo sobre que recaiga, aunque el autor no logre la satisfacción de su sexo[152]. Como se ha señalado en redundancia no es necesario, que el autor busque concretar un propósito lascivo, para que dé por consumado el tipo penal; el tocamiento de las partes íntimas del cuerpo de una persona, siempre van a revelar un contenido impúdico. Constituyen actos libidinosos: "palmoteo de las piernas; tocamiento de los órganos genitales; cualquier tocamiento obsceno; meter las manos por debajo de los vestidos; palmoteos y besos; manoseo de los senos, aún sobre los vestidos; acariciar, besar y manosear"[153].

Los actos contra el pudor suponen la realización de tocamientos indebidos que el agente materializa sobre la esfera somática de la víctima, o que obliga realizar sobre terceros. Tocamientos que deben recaer sobre las partes íntimas de la víctima, sobre una de las cavidades sexuales o sobre otros órganos de especial intimidad para el sujeto pasivo. Contrarios al pudor, importa la connotación de un elemento de alcance normativo, cuyo contenido axiológico presupone necesariamente la remisión de valoraciones meta-jurídicas, que penetran en el ámbito de la moral y de la ética. Estos conceptos ha de afirmarse que no satisfacen las exigencias de previsibilidad, pero cuando, a causa de la materia a regular sea inevitable su utilización, la exigencia constitucional de determinación impone que se les dote de un contenido previsible mediante adiciones aclaratorias[154], o mediante precisiones normativas que puedan emitir los máximos Tribunales de Justicia. Siendo así, no era necesario incluir taxativamente dicha delimitación objetiva, pues los actos "libidinosos" se encuentran ya comprendidos en los actos de tocamientos que atentan contra el pudor de una persona. La intención de ser más específicos, puede vulnerar el principio de legalidad, pues puede interpretarse erróneamente, que dichos actos "libidinosos", suponen necesariamente la concurrencia de un propósito también "libidinoso", lo cual resulta erróneo, tal como lo ponemos en relieve líneas más adelante.

3.5. Medios

a. Violencia

La violencia (*vis absoluta*) ejercida sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito acto impúdico que pre-

(152) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 311.

(153) De acorde a la jurisprudencia italiana, citada por BARRERA DOMÍNGUEZ, H.; *Delitos Sexuales*, cit., p. 158.

(154) Casabó Ruiz, José Ramón; *La legalidad del delito*. Universidad de Valencia, España 1983, cit., p. 128.

tende configurar; de suficiente intensidad y envergadura para poder doblegar los mecanismo de defensa de la víctima, se requiere, entonces, de una violencia lo suficiente para allanar los obstáculos que pueda ejercer el ofendido. Se vence la voluntad de la víctima mediante el empleo de actos de fuerza material que sobrepasan su resistencia. La valoración de la fuerza empleada no debe exigir, necesariamente, que ésta sea de carácter irresistible, bastando que haya sido lo suficientemente intensa para doblegar la resistencia y obtener así el camino para realizar los actos contra el pudor. Es suficiente aquella fuerza que el sujeto activo realiza sobre su víctima de forma seria y continuada.

Debe rechazarse como violencia constitutiva del delito la discreta energía o fuerza que el varón utiliza para doblegar el pudor que opone casi toda mujer, que en realidad desea y consiente[155].

Es suficiente para que se perfeccione el tipo, que la víctima ceda como consecuencia de la fuerza ejercida sobre su persona. La violencia debe estar dirigida a doblegar la resistencia de la víctima y debe ser directa, es decir, debe ejercerse sobre su propia persona y, ésta debe ser ejercida con anterioridad al ejecución de los actos impúdicos y/o libidinosos, pues si su concreción es a posteriori, la conducta anterior es atípica, y la sobreviviente constitutiva de un delito de lesiones o de coacciones.

En el caso de que la violencia se ejerza sobre terceras personas estaremos ante la presencia de un concurso de delitos, siempre y cuando no tenga relación alguna con el acto que da lugar a los tocamientos indebidos, pues si el autor ejerce violencia física sobre un tercero vinculado con el sujeto pasivo, obligando a este último a realizar tocamientos sobre su persona, estará incurso en el tipo penal in examine.

b. Amenaza grave

Es una intimidación que representa la sustitución psicológica de la violencia física. Por amenaza grave entendemos la violencia psíquica que es empleada por el agente, mediante el anuncio de la producción de una mal grave, tanto a intereses o bienes como de terceros que se encuentren íntimamente vinculados con su persona; lo que suponen el quebrantamiento de la voluntad de la víctima, a fin de asentir los tocamientos indebidos y/o libidinosos.

(155) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 292.

La intimidación debe ser lo suficientemente intensa para que pueda resquebrajar la voluntad del sujeto pasivo. No es necesario que la amenaza anule totalmente la capacidad de elección de la víctima. Es suficiente que la amenaza actúe de forma tal, que el sujeto pasivo se vea en la necesidad imperiosa de escoger el mal menor. La amenaza tiene un carácter estrictamente subjetivo, causar temor a la víctima, pero es necesario que dicha amenaza tenga la entidad suficiente para producir tal estímulo.

Los modos de perpetración de la amenaza pueden ser diversos. Una de las modalidades constituiría la violencia física ejercida sobre un tercero que se encuentre estrechamente vinculado con la víctima.

El mal que se anuncia debe ser inminente, no distante en el tiempo; porque de ser así, la supuesta víctima estaría en la posibilidad de tomar las medidas indispensables para salvaguardar su libertad sexual. Puede tratarse de un mal a terceros, o a cualquier otro bien, propio y también ajeno[156]; esto es, no debe recaer necesariamente sobre el sujeto pasivo.

Finalmente, la amenaza que se anuncia debe de tener un contenido específico; no sería posible configurar la amenaza que demanda el tipo objetivo, lanzando la configuración de un mal en forma genérica[157].

3.6. La reforma del delito de actos contra el pudor, ahora bajo la nomenclatura: "tocamientos indebidos" – Ley N° 30838

De los delitos comprendidos en la codificación penal, sin duda, son los «sexuales» que más cargados se encuentran de contenidos éticos y/o moralistas, al ser patentes de una análisis, que difícilmente pueden despojarse de influencias que trascienden el ámbito de juridicidad. Y, esto lo decimos, al advertir en los artículos 176° y 176°-A del CP, tanto en lo que respecta a la denominación delictual como la propia composición típica que construye ambas figuras del injusto; v. gr., «pudor» y «actos libidinosos» recogen acepciones, que por su acusada relatividad, primero, genera interpretaciones normativas divergentes, segundo, su inclusión como elemento constitutivo del tipo penal, exige pues, su acreditación en la teoría del caso del persecutor público, que por su intrínseca naturaleza, no es de fácil comprobación, de manera que mas que garantizar el interés jurídico protegido por la norma penal, lo que hace es complicar el ámbito de protección del tipo.

Por otro lado, este clase de conducta típicas, que importan rozamientos, tocamientos, intrusiones a la integridad corporal de una persona, -siem-

(156) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 47.

(157) Para todo lo no dicho, resulta aplicable lo descrito en el marco del análisis dogmático del artículo 170° (*in fine*).

pre que no signifiquen el acceso carnal sexual-, al tener como sujeto pasivo a una mujer u hombre mayor de catorce años, implicaba la necesidad de tener como medios comisivos la "violencia" y la "grave amenaza", al constituir el bien jurídico protegido la libertad sexual. Sin embargo, la experiencia enseño con creces, que en algunos casos, el agente no tenía que hacer uso de la predicada violencia o la grave amenaza, para lograr tocar las partes íntimas de la víctima, lo que no podía importar asumir un implícito reconocimiento al consentimiento de aquella, todo lo contrario, ella no tuvo voluntad alguna de aceptarlo. Pero, como la ley penal, debe ser interpretada y aplicada, en consonancia al principio de legalidad, todas estas conductas que se develan en una sociedad sumida en la violencia, el abuso y el atropello del prójimo, caen el manto de la impunidad. Ver como algunos sujetos, aprovechando la proximidad física con las damas realizan tocamientos indebidos, en los medios de transporte público, atiborrados de pasajeros, al no haber violencia o amenaza de por medio, sus actos son impunes, a pesar de quedar registrados en las cámaras de video vigilancia. O, otro individuo, que pasando en su moto, aprovecha el factor sorpresa, para tocar las nalgas de la adolescente de 16 años, que va caminando al paradero más cercano; (...), en el delito del abuso sexual por tocamiento de glúteos -afirma TENCA-, la acción aparece como expresión de un desprecio de la condición de la mujer como sujeto de una acción sexual para la cual tienen plena libertad de elección, para aceptar o rechazar una acción de significado sexual sobre su cuerpo, y no puede encontrarse en ella otra motivación que la futilidad[158]. El tocamiento sorpresivo es aquel en el cual el autor no utiliza violencia alguna, sino que, por el contrario, se vale del descuido de la víctima para llevar adelante el roce o tocamiento inverecundo[159].

Ya tiempo atrás, ante los hechos ventilados por los medios de comunicación social, dando cuenta de «abusos deshonestos», propusimos, la reforma del artículo 176° del CP, en los términos siguientes: ***"También será sancionado aquel, que sin emplear violencia o grave amenaza, realice los actos mencionados en el primer párrafo, sin que medie consentimiento de la víctima, dado lo sorpresivo del atentado sexual"***[160]; acá lo que es objeto de punición, es el acto contra el pudor que ejecuta el autor, aprovecha el descuido de la víctima o su estado de indefensión (de evidente *vulnerabilidad*), que no sólo se identifica cuando se encuentra imposibilitada de resistirse o cuando padece de un estado de inconsciencia, sino también, cuando

(158) MARCELO TENCA, A.; *Delitos sexuales,* 2da. edición actualizada y ampliada. ASTREA, Buenos Aires - Bogotá, 2013, cit., p. 83.

(159) MARCELO TENCA, A.; *Delitos sexuales,* IBIDEM.

(160) Morales Prats y García Albero, sostienen que tal sería el caso de quien, inopinadamente, realiza una tocamientos en zona genital de su víctima aprovechando la nutrida concurrencia de pasajeros en un autobús; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* T. I, cit., p. 310.

no puede evitar este tipo de contactos sexuales, dada las condiciones y circunstancias particulares, en que éstas se realizan (dentro de un medio de transporte público) o cuando, caminando, es sorprendida por el agente de manera furtiva y así le toca su partes íntimas[161]; se dice así, que se ejecuta de modo furtivo, aprovechando casi siempre un descuido del sujeto pasivo que no tiene tiempo apenas de exteriorizar su falta de consentimiento[162]. Es decir, falta el predicado «consentimiento», cuando a la víctima no se le haya dado la oportunidad de pronunciarse (su negativa)[163]. En estos casos, debe enjuiciarse correctamente la conducta atribuida al agente, en la medida que los rozamientos en los medios de transporte públicos, pueden ser fortuitos o casuales (también *por imprudencia*), esto quiere decir, que sólo pueden ser objeto de incriminación aquellos tocamientos que son impulsados de forma deliberada por el agente (dolo).

El artículo 176° del CP, luego de la modificatoria producida por la Ley N° 30838, prevé en su primer párrafo lo siguiente: *"El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años*". Es por eso, que según esta nueva literalidad normativa, el tipo penal ya no puede ser rotulado como actos contra el pudor, sino asume el nombre de «tocamientos indebidos», donde basta la realización del acto objetivamente descrito en el tipo penal, de ejecutar tocamientos sobre las partes íntimas del sujeto pasivo, aquellas órganos íntimos de aquella, que por su intrínseca naturaleza, son implícitamente actos de «connotación sexual», por lo que tal vez innecesaria su inclusión en la tipicidad objetiva de la conducta incriminada; menos acoger «actos libidinosos», que por su profusa relatividad puede generar interpretaciones insostenibles con la ratio de la norma. El libido entiende SIGMUND FREUD, a la energía de la pulsión, o más propiamente, al afecto ligado a la transformación energética de las pulsiones, cuya meta original sería siempre sexual (si bien puede ser «desexualizada» secundariamente, lo que implicaría inexorablemente renuncia o compromiso y un esfuerzo para canalizarla de manera diversa) (Wilkipedia); en términos más simples, el deseo o dígase el apetito sexual, inherente a la estructura ontológica del ser humano. Pero, vaya que en algunos casos, sujetos -que por variadas razones han perdido el libido sexual-, acometen casos de esta naturaleza, es decir, tocamientos indebidos. Como lo expresa desde la psi-

(161) Vide, CARMONA SALGADO, C.; *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*, I, cit., p. 320.

(162) JIMÉNEZ VILLAREJO, J. y otros; *Comentarios al Código Penal*. 2, Director Cándido-Conde Pumpido Tourón, cit., p. 1370.

(163) ORTS BERENGUER, E. y otros; *Comentarios al Código Penal*, Vol. II, Vives Antón, T.S./ Martínez-Buján Pérez, C.; cit., p. 938.

cología criminal KURT SCHNEIDER, el instinto sexual -un componente sádico-, puede lograr total independencia y dominar en calidad de perversión el total impulso sexual de la persona. Entonces, consideramos que ambos términos, actos de connotación sexual o libidinosos, deberían ser eliminados de la tipificación penal, será en todo caso, el juez, quien valorando las circunstancias contenidas en la acusación fiscal, determinará si ese tocamiento indebido tomo lugar en un contexto sexual y no de otro orden, dígase médico, científico, etc. Mas para ser sinceros, este será un tocamiento *debido, al ser pues consentido.*

Al margen de lo dicho, pensamos que la reforma legal en el artículo 176° del CP, adquiere una mejor cobertura legal, al penalizar todo tocamiento indebido sobre las partes de la víctima, siempre y cuando -claro está-, no hay consentimiento de ésta.

En los proyectos de reforma de los delitos sexuales e la Comisión de Justicia del Congreso de la República, se dice lo siguiente: "*En el presente ilícito se propone modificar el Nomen iuris, por el de tocamiento no consensuados, ya que la referencia a actos contra el pudor puede implicar nociones que escapan a lo jurídico y que se encuentran referidas al ámbito moral.* No obstante, la Comisión considera que la referencia "*tocamientos no consensuados*" supone que los tocamientos pueden ser objeto de un consenso o trato y no necesariamente que sea realizado sin el libre consentimiento de la víctima, por lo que reorientando la propuesta aprueba la modificación de la sumilla del artículo 176 por el de "*Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento*". "Respecto de la referencia de libre consentimiento nos permite constatar que el ilícito puede presentarse incluso en aquellos casos o en lo que no se presente la violencia o amenaza, ya que el desvalor de la conducta se encuentra presente en la ausencia del consentimiento de la víctima. En ese sentido, en aquellos casos en los que existan elementos de fuerza (violencia o amenaza) podemos encontrarnos ante un agravante".

Por otro lado, se sigue apelando al elemento subjetivo de naturaleza trascendente -de descarte en este caso-: "*El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170*", esto significa que los tocamientos indebidos, que vengan premunidos e impulsados, por la finalidad de acceder carnalmente a la víctima, serán pues actos constitutivos de una tentativa de violación sexual, de cobijo bajo los alcances normativos del artículo 170° del CP; serán los indicios, los medios de prueba (legales, idóneos, útiles y conducentes) en los casos en singular, demostraran si es que el agente, al momento de realizar los actos de tocamientos indebidos, tenía o no el propósito de acceder carnalmente a su víctima, entendiendo que los actos que se ejecutan en las partes íntimas de la misma, se subsumen o se consumen en el delito de violación sexual; esto es la distinción dogmática, entre el delito

de tocamientos indebidos con la tentativa de acceso carnal sexual (*conflicto aparente de normas penales*).

De manera, que de plano debe rechazarse un probable concurso delitos ideal, si es que las conductas toman lugar en espacios y tiempos distintos, se configura un concurso real de delitos. Más que la psicología analítica o el estudio de la mente criminal, será el método de la probática que nos develará, cuál fue el verdadero propósito del autor, al realizar los tocamientos indebidos sobre las esferas íntimas de la ofendida.

En lo concerniente, al tipo penal del artículo 176°-A del CP, ahora rotulado como "tocamientos indebidos a menores de catorce años", la Ley N° 30838, incide en algunos puntos en particular; primero, se establece normativamente, que los *tocamientos indebidos*[164] *deben recaer sobre las partes íntimas de la víctima, obligar a que los realice sobre sí mismo o sobre un tercero, son tres variantes, donde igual se ve resquebrajada la intangibilidad sexual de la víctima*. La inclusión de la literalidad, tiene que ver con que el menor realice tocamientos sobre el autor del delito, lo cual igual contaba con un marco de amparo de tipicidad objetiva. Lo segundo, de que se añade a las modalidades típicas, los llamados actos de «connotación sexual». Estando ante un elemento normativo del tipo penal, debemos remitirnos a una norma extra-penal; así el artículo 6° de la **Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, dispone como actos que adquieren dicha connotación, los siguientes: "***Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.*

Lo último, que los actos libidinosos, que emprende el agente ya no se requiere acreditar que sean contrarios al pudor; dicha exigencia contenida en el tipo penal era en realidad innecesaria, primero, al ser la lesividad inherente a la misma realización de la conducta, en cuanto ejecutar actos indebidos sobre las partes íntima de la víctima, sin que ello afecte o no el pudor o dígase el recato del sujeto pasivo. Segundo, al consistir en un elemento normativo del tipo cargado de una fuerte dosis de subjetividad interpretativa, dada la neutralidad del concepto.

(164) En el caso de los menores de catorce años de edad, serán pues "debidos", únicamente aquellos realizados por los galenos, médicos, facultativos de salud, que en el ejercicio de la función efectúan dichos actos, como los padres, para ciertas acciones propias de la crianza, etc.

4. TIPO SUBJETIVO

La delimitación del alcance del tipo subjetivo en este delito es muy discutida en la doctrina. La polémica se centra si para la configuración de este delito es suficiente la conciencia y voluntad de realizar el acto impúdico, es decir el Dolo; o sí, por el contrario, se requiere como elemento adicional un elemento especial del tipo subjetivo del injusto, en este caso sería el de un móvil lúbrico de excitar o satisfacer el apetito sexual.

Son, entonces, dos posiciones contrapuestas: una acentuadamente subjetiva y, la otra marcadamente objetiva. Los partidarios de la primera opción, argumentaban que la finalidad del autor en estos delitos, no se circunscribía al dolo, pues había que acreditar un propósito determinado, de aplacar un ánimo libidinoso, de tal forma que su ausencia daba lugar a la atipicidad de la conducta. Es necesario que el sujeto activo esté animado de ese propósito, aunque es indiferente que además, concurra cualquier otro móvil como la burla, la venganza, etcétera[165]. Además, aducen , que los abusos deshonestos –en general- tienen como rasgo característico el ser delitos de "tendencia sexual", por lo que la acción debe estar presidida por una particular dirección de voluntad que no encuentra auténtica correspondencia con el acontecimiento objetivo[166]. Tales actos lúbricos pretenderán la satisfacción de impulsos libidinosos por parte del agente y han de ser realizados pese a la oposición manifestada por la víctima, no tolerancia del acto pretendido, de tal modo que el sujeto activo sea consciente de la inexistencia de consentimiento[167]. Desde una posición intermedia, SOLER, escribía lo siguiente "(...) aún cuando no pueda negarse radicalmente que en este delito se requiere la existencia de un elemento subjetivo, éste no va más allá de consistir en un genérico propósito impúdico, que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias como por el simple conocimiento del significado impúdico y ofensivo que el hecho tiene para la víctima"[168].

Sin duda, la tonificación del tipo subjetivo del injusto debemos confrontarla con el contenido material del bien jurídico tutelado, en el sentido de que una real afectación a la libertad sexual no puede estar condicionada a los instintos sórdidos del sujeto activo, más aún cuando en algunos casos dicho propósito no puede ser cumplido a cabalidad. Penetrar en una estructura ontológica que vas más allá de la manifiesta intención que el agente exterioriza

---

(165) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 40; DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 494.

(166) Cfr. ROY FREYRE; p. 93. ESPINOZA VÁSQUEZ; p. 142. JIMENEZ DE ASÚA, t. III; P. 762; RODRÍGUEZ RAMOS; p. 98. RODRÍGUEZ DEVESA; p. 161. CHRYSOLITO DE GUZMÁN; p. 177; MANZINI, t. VII; p. 315.

(167) HERNÁNDEZ GALLEGO, P.; *Abusos Sexuales*, cit., p. 41.

(168) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 389.

en la realización típica, supone construir un Derecho penal de autor (del "ánimo") y marginar la concreta lesividad de la conducta, disminuyendo de forma significativa la incidencia tutelar del Derecho penal. El subjetivismo olvida, sin embargo, que la ley, sin exigir que el autor use para ofender un modo libidinoso, protege la incolumidad de la reserva del ámbito corporal a que alude el concepto de pudicia individual contra el ultraje que implica la indebida intromisión material de un tercero en él[169]; el autor puede esconder otros propósitos, como la venganza, la denigración, la puesta ridículo, o simplemente el juego; motivaciones todas ellas, que no tienen la aptitud de enervar la tipicidad penal de la conducta, pues como elemento del tipo subjetivo basta el dolo. En palabras de NÚÑEZ, basta que estos actos sean intencionalmente realizados para que, cualquiera que sea el designio del autor, se deba hablar de abuso deshonesto; porque sea que el autor al consumarlo quiera gastar una broma, o humillar a la víctima o vengarse de ella, o que tan sólo pretenda satisfacer un curiosidad, ha usado el cuerpo de la víctima de un modo sexualmente indecente[170]. Lo que interesa, entonces, es que el acto sea objetivamente abusivo, con prescindencia del elemento subjetivo. Con todo, dicha posición es contraria a la *ratio legis*, al excluir del ámbito de protección del tipo legal, conductas que sin ningún problema encajan en los alcances normativos del artículo en cuestión, reconduciéndolas a otras tipificaciones penales, como la injuria, lo que en definitiva es político criminalmente insatisfactorio.

El segundo criterio, mantenido en forma mayoritaria por la doctrina, plantean que sólo es necesario que el elemento subjetivo esté constituido por el dolo, es decir, el carácter impúdico de la acción realizada en el cuerpo de otro y de la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo, haciendo abstracción a todo elemento ajeno al dolo[171]. CARRARA principal sostenedor de esta tendencia, afirma que, la noción de delito debe buscarse en el derecho violado (sin tener en cuenta la pasión impulsiva), y sostiene que la diversidad de la causa que haya impulsado a obrar, no influye para nada en la noción de delito, siempre que la acción produzca el resultado de ultrajar violentamente el pudor ajeno y que cualquier motivo haya sido dirigido a este ultraje[172].

En este orden de ideas, basta con la acreditación del dolo en la esfera subjetiva del autor (directo o eventual)[173], cuya esfera cognitiva debe

(169) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 310.

(170) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 311; Así, ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 41.

(171) Este criterio ha sido confirmado por jurisprudencia reciente en sentencia del Tribunal Supremo 49/94, del 25 de enero. Así de este modo se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo 681/95, de 22 de mayo que estima suficiente el conocimiento por el autor del elemento del tipo delictivo consistente en el carácter sexual de la acción.

(172) CARMONA SALGADO; p. 169.

(173) Así, CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra la libertad sexual,* cit., p. 325.

de abarcar los elementos constitutivos del tipo penal, de realizar actos de tocamiento, rozamiento u otros con significado sexual u obligar al ofendido a realizarlas en su propio cuerpo, en la de él mismo o de un tercero, quebrantando la voluntad de la víctima, pues los medios que se vale el agente para neutralizar los mecanismos de defensa de la víctima, son la violencia y/o la amenaza grave. Entendemos –dice DONNA- que se trata de actos que objetivamente tienen connotación sexual y que con ese sentido deben ser abarcados por el dolo del autor(174). En ese sentido, las conductas que no tengan dicha connotación, por realizarse en una determinada actividad –legalmente permitida-; v. gr., científica, médica, por no constituir una afectación real al bien jurídico tutelado, carecen de relevancia jurídico-penal.

Fuera de los llamados "casos límite" o de "dudosa objetividad impúdica" (besos, caricias o tocamientos insignificantes) de tolerancia social más acentuada en los actos inequívocos libidinosos –aprehensibles normativamente-, el ánimo, concretado en la especial intención del sujeto de excitar o apagar la sexualidad, surgirá derivado de la propia conducta impúdica(175).

La exigencia de la concurrencia de un ánimo especial del tipo subjetivo del injusto, en este caso el ánimo lúbrico es contrario a una dogmática coherente al integrar este elemento no contemplado taxativamente en el tipo legal. La exigencia de este elemento especial debe de ser abandonada, siendo suficiente con el dolo que abarque la conciencia y voluntad de realizar un acto impúdico sin el consentimiento de la víctima. El hecho de que el juzgador no pueda probar la existencia de este *animus* especial en la mente del autor conllevaría a determinar la atipicidad de determinadas conductas que deberían ingresar al ámbito de lo punible, creándose de este modo, enormes vacíos de impunidad.

La subjetividad del agente descansa en el propósito impúdico que puede estar constituido tanto por el deseo de satisfacer o excitar pasiones propias, como por el simple conocimiento del significado impúdico y ofensivo que el hecho tiene para la víctima.

El hecho de que la modificación producida por la Ley Nº 28251, haya incluido en la descripción típica "actos libidinosos", no cambia en nada lo antes dicho, pues dicha previsión no hace referencia al tipo subjetivo del injusto, sino a la concreta modalidad de la conducta, los cuales deben revelar una connotación sexual.

---

(174) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 498.

(175) T. III; p. 300; Así, ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 42.

5. CONSUMACIÓN

El proceso ejecutivo del delito de actos contra el pudor se consuma en el momento y lugar que se realizan los actos impúdicos. No se requiere para los efectos de la consumación, la satisfacción del apetito sexual e inclusive puede faltar esta finalidad.

La tentativa es admisible, si el agente que dirige su conducta a realizar los actos impúdicos, no logra su cometido por actos ajenos a su voluntad u sólo quedan éstas a instancia de la violencia o la amenaza ejercida sobre la persona del sujeto pasivo; la efectiva realización de la violencia física y/o de la amenaza grave constituyen ya formas de imperfecta ejecución.

¿Cómo delimitar un acto consumativo de actos contra el pudor con una tentativa de acceso carnal sexual (violación? No queda más remedio que remitirnos a la esfera subjetiva del agente, de la intención que revela el autor con la materialización de la conducta típica; v. gr.; si éste es descubierto in fraganti, ejecutando actos impúdicos sobre el cuerpo de su víctima, ya con el broche abierto de su pantalón, no podrá admitirse el delito in examine, pues importa en realidad una tentativa frustrada de acceso carnal sexual; más aún del propio tenor literal del artículo 176° se extrae dicha conclusión, al exigirse normativamente que el sujeto activo no haya tenido el propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170°. Si el sujeto activo era impotente, no necesariamente será una tentativa inidónea de acceso carnal sexual, pues podía tener la intención de introducir objetos u otras partes del cuerpo en las cavidades anal y/o vaginal.

6. CONCURSO DE DELITOS

Al exigir el tipo objetivo la concurrencia de violencia o intimidación, cabe la posibilidad de concurso de delitos. Para tal calificación dependerá de la intensidad de la violencia o la amenaza ejercida sobre la víctima. Si la violencia es mínima, constituiría una falta y, por ende, se consume en el delito que in examine. Pero, si la violencia ejercida configura la producción de un resultado más grave, sea: lesiones graves u homicidio, etc., estaríamos ante un eventual concurso de delitos.

Ahora bien, la figura concursal adquiere concreción importante, a efectos de dilucidar su concurrencia con la figura del acceso carnal sexual previsto en el artículo 170° del C.P. Para tales casos, es preciso señalar lo siguiente: los actos de impudicia que ejecuta el autor sobre la esfera somática de la víctima, constituyen ya el inicio de los actos ejecutivos del delito de violación sexual, por tanto se encuentran ya subsumidos y/o consumidos en la descripción típica del tipo penal en cuestión; por lo que no podrían concurrir de forma ideal; constituyendo en realidad un conflicto aparente de normas, por ende, no puede imputarse un concurso ideal entre ambos, so pena de vul-

nerar el principio del *Bis In Idem*. La solución correcta estriba en aplicación del principio de consunción. Aparece el principio de consunción, (...) cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos grave, es el primero que se aplica y no el último, pues se parte del presupuesto de que el legislador ya ha considerado esos eventos al redactar la descripción típica más severa[176]. Dicho así: una de las tipificaciones penales supone un adelantamiento de la barrera de protección del Derecho penal, sea por implicar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado (formas de imperfecta ejecución) o por consistir la lesión a un interés jurídico preponderante. Para que pueda darse un concurso entre ambos, debe tratarse de dos hechos independientes entre sí, en el tiempo y en el espacio, quiere decir, que en un primer momento se evidencie una conducta sólo destinada a ejecutar actos de tocamiento sobre las partes íntimas del cuerpo de la víctima, y tiempo después la concreción del acceso carnal sexual en una de las cavidades descritas en el tipo base.

De otro lado, Núñez afirma que es posible que en el caso del abuso logrado violentamente la víctima consienta de inmediato la cópula, supuesto en el que ésta no excluye el castigo de aquél, porque lo que absorbe la delictuosidad del abuso precedente, concomitante o anterior, es el tipo de violación, no el simple hecho del acceso carnal sin las circunstancias que lo vuelven violador[177].

7. PENA

Pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años de pena privativa de libertad, luego de la modificación producida por la Ley N° 28251.

Ahora, con la modificación producida por la Ley N° 30838, el tipo base del delito de tocamientos indebidos, recibe una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de nueve años; cuando el agente del delito, ejecuta alguna de las modalidades típicas, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años.

En el último párrafo, se indica que en cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafos, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de

(176) Velásquez Velásquez, F.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 658.

(177) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 314.

catorce y menor de dieciocho años. Esto es va por encima del máximo legal conminado en este injusto penal, creando un nuevo marco penal, en evidente infracción a los principios de culpabilidad por el acto y de proporcionalidad.

8. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La pena será no menor de cinco ni mayor de siete años[178], si es que concurren los siguientes supuestos:

1. Si es que el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170°, incisos 2, 3 y 4, el sujeto activo comete el delito, en eminente prevalimiento de una posición o cargo, que le confiere particular autoridad sobre la víctima (ámbito de esfera de dominio) o, por una relación de parentesco que le permite perpetrar el injusto con mayor facilidad. Vale lo dicho anteriormente, en el sentido, que no basta con que se acredite dichos cargos, oficios o posiciones institucionales, sino que es preciso verificar también, que el injusto ha sido cometido precisamente como consecuencia del abuso de dichas circunstancias; pues de no ser así, al conducta ser reconduce al tipo base.

2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171° y 172°, es decir, se encuentra en un estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, pues si bien no media el ejercicio de violencia física y/o amenaza grave a fin de reducir los mecanismo de defensa de la víctima, ésta se encuentra en un estado psíquico o fisiológico que no le permite comprender el alcance del acto sexual o no esta en posibilidad de repeler el ataque antijurídico; de lo que resulta una víctima en estado de "vulnerabilidad". Por consiguiente, el sujeto pasivo se encuentra incapacitado de otorgar un consentimiento válido y de oponer resistencia, al acometimiento de su agresor.

3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiere autoridad sobre la víctima; circunstancia agravante que fuera incorporada por la Ley N° 28704 de abril del año 2006, emprendimiento político penal del legislador diseccionado fundamentalmente al acogimiento de ciertas demandas de la población, pues ni bien se producen hechos punibles que revelan ciertas características, en este caso la relación de docente-estudiante de la pareja criminal, se reclama airadamente su penalización, como si la norma penal no la contempla ya como una conducta típica. La necesidad de desplegar efectos

(178) Conforme a lo previsto en la Ley N° 28704. Penalidad, que también fuera modificada por efectos de la Ley N° 28251. Sin duda, la orientación político criminal ha seguido una constante: la exasperación progresiva de los marcos penales, incidiendo en los factores preventivo-generales de la pena.

simbólico-comunicativos hacia la población, provoca una disfunción normativa, que en este caso pone en aprietos el principio de legalidad, en su fase de *lex stricta*. En el sentido de que queda claro, que esta circunstancia agravante, perfectamente puede encuadrarse bajo los alcances normativos del inc. 1) ¿Acaso dicha vinculación académica no importa el prevalimiento de un cargo y/ oficio? Por supuesto que sí, el juicio de tipicidad encaja sin ningún problema en dicho aparatado. Vale todo lo dicho en el análisis del inc. 5) del artículo 170°. Con todo, los ámbitos de delimitación normativa se vuelven más oscuros y confusos.

ACTO CONTRA EL PUDOR DE MENORES

El artículo 176°-A del Código Penal, luego de la modificatoria producida por la Ley N° 30838, describe esta figura delictiva en los términos siguientes:

Art. 176-A.- El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a este a efectuar sobre sí mismo, sobre el agente o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas, actos de connotación sexual en cualquier parte de su cuerpo o actos libidinosos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de quince años.

1. APUNTES PRELIMINARES

El articulado en análisis sufrió, la modificación producida por el artículo 2° de la Ley N° 27459 del 26-06-2001. El legislador, de este modo, incorpora con esta modificatoria tres nuevos incisos en base a un criterio meramente cronológico, incrementando la penalidad conforme va aminorándose la edad del sujeto pasivo –siguiendo la técnica legislativa adoptada en el artículo 173° (Violación de Menores). Asimismo, incluye una circunstancia agravante determinante de mayor pena, basada en una posición de garantía derivada de diversas relaciones de carácter institucional; así, como en las características mismas del desvalor de la acción –que contenga un carácter degradante para la víctima-; finalmente, que se produzca una grave daño en la salud física o mental de la víctima, siempre y cuando el agente delictivo haya podido prever el resultado más grave producido, apela por tanto a la figura del delito preterintencional, de común idea con una orientación político criminal seguida de forma paulatina en el tiempo. El legislador continúa haciendo gala de la figura preterintencional en materia de los delitos sexuales, contrario a lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, a efectos de justificar penalidades excesivas (pena de cadena perpetua), pues si siguiera la fórmula del concurso ideal de delitos, las penas serían significativamente menores.

Otro punto importante que merece especial consideración, es lo referente a los inimputables o a los incapaces, es decir, aquellas personas que por sufrir de ciertas deficiencias psico-motrices no están en capacidad de comprender el alcance, contenido y efectos del acto sexual. El legislador omite su inclusión en esta figura penal, sin considerar que estos sujetos que padecen de algún tipo de trastorno mental, se encuentran en una posición de indefensión al igual que los menores de edad; como se sostuvo anteriormente en un estado de especial "vulnerabilidad". De tal forma que se sigue una suerte de asistemática regulación punitiva, pues por un lado, el legislador en atentados más graves a la libertad sexual (acceso carnal sexual), tal como se desprende del artículo 172° no les reconoce capacidad legal de consentimiento a efectos penales y, por otro lado, en ofensas sexuales, "abusos sexuales", que revelan un contenido menor del injusto típico, les niega protección penal, por lo tanto, asume la Ley en esta ocasión que los inimputables sí ostentan capacidad de autodeterminación sexual, pues su consentimiento en el marco de los actos contra el pudor sí surte efectos jurídicos, a fin de desvirtuar el carácter penalmente antijurídico de la conducta. Es de recibo, que el legislador ni siquiera reparo en este aspecto, pues la forma superficial y apresurada, de cómo procede en los procesos formativos de la ley penal, lo sustrae de una visión integral y sistemática del ordenamiento penal, sin poner ni siquiera en discusión las repercusiones normativas que pueden provocar reformas por no decirlo "parciales" y "aisladas", en tanto se legisla en materia penal de acuerdo a coyunturas político –sociales específicas.

Con todo, el legislador debe reconducir la formulación político criminal de forma sistemática, tomando como base la plenitud del ordenamiento jurídico, a fin de evitar antinomias de esta naturaleza, que afectan el principio de igualdad constitucional y, por otro contribuyen a una desprotección de los bienes jurídicos penalmente tutelados.

El artículo 176°-A, al igual que el resto de figuras penales comprendidas en esta capitulación, ha sido también presa de esta actividad legislativa "reformadora", sumamente dinámica del legislador, pues ha sido modificado por las Leyes Nos. 28251 y por la 28704. ¿Cuál ha sido el común denominador en ambas reformas? La exasperación de los marcos penales, la introducción de nuevas y la incorporación de circunstancias agravantes atentatorias al principio de legalidad. Sin embargo, dichos matices vienen acompañados por la irrupción de una ceguera infatigable del legislador, pues en esta figura delictiva ha mantenido el límite de catorce años a efectos de incidir en la conducta penalmente prohibida, a diferencia de lo acontecido en el artículo 173° (*in fine*).

2. BIEN JURÍDICO

La edad de la víctima se ha constituido en un referente de obligada remisión por parte del legislador, a fin de emprender la política criminal en el

ámbito de los delitos sexuales, sobre todo, por un aspecto cognitivo, en el sentido de que la realización de actos sexuales que involucran a niños como víctimas, provocan una exaltación pública, que es canalizada por los grupos mediáticos de presión a fin de incidir en una concreta actividad legislativa. Tomando en consideración que la mayor vulnerabilidad de la víctima, importa una mayor desvaloración jurídica del comportamiento prohibido, así como un mayor grado de afectación al bien jurídico tutelado, por lo que la descarga punitiva se vuelve más intensa. Nos cabe siempre un rechazo más enérgico, cuando el autor abusa de una posición de dominio (relación de parentesco), a fin cometer los hechos sexuales más execrables, por eso, nos resulta a veces muy complicado mantener un discurso ius-humanista en el campo de la pena, cuanto se producen estos horrendos hechos. Empero debemos ser consecuentes con nuestro discurso, lo que no es óbice para que justifiquemos la imposición de penas muy severas y la restricción o anulación de beneficios penitenciarios a estos violadores, sin llegar al campo de las penas corporales, que por su naturaleza infamante y degradante, rebajan al Estado a un estado de barbarie.

De igual forma que en las demás figuras delictivas que hemos venido analizando, en este supuesto delictivo se protege la indemnidad o intangibilidad sexual del menor, expresada ésta en la imposibilidad de autodeterminarse sexualmente [179]; quiere decir esto, que el menor, al no haber desarrollado su esfera de autorrealización personal de forma plena, se entiende que aún no está en capacidad de comprender la naturaleza y consecuencias de un acto sexual, en este caso de tocamientos impúdicos y/o actos libidinosos sobre las partes íntimas del cuerpo. Se entiende que las invasiones sexuales a su cuerpo, así como tocamientos indebidos[180] repercuten de forma negativa en la formación de la esfera sexual del menor, lo cual no es objetable, siempre y cuando estemos en presencia de una persona con las características que se desprenden del fundamento material del injusto así como de la interpretación hermenéutica del bien jurídico tutelado.

---

(179) Quintero Olivares es de la opinión que en estos casos el bien jurídico tutelado sigue siendo la libertad sexual con las debidas matizaciones; esto es, respecto de los menores de 12 años se trata de preservar la libertad sexual *in fieri* o en potencia, de la que el sujeto podrá hacer uso en etapas más avanzadas de su vida, lo que reclama como *prius* que en etapas previas de formación el sujeto quede a salvo de actos traumatizadores; ob.cit.; p. 248.

(180) Sobre esto nos preguntamos si un consentimiento jurídico-penalmente válido, convierte un "tocamiento indebido" en un "tocamiento debido", no creemos así, puesto que el legislador determina el fundamento del injusto en el artículo 176° en los medios que se vale el agente, esto es, violencia física y/o grave amenaza, entonces, los tocamientos consentidos en el cuerpo entre dos adultos, no pueden ser reputados como "indebidos", si ya se está penalizando el acto en sí, por la violencia desplegada, ya no hay necesidad de incluir dicho calificativo, que linda más con lo moral que con lo jurídico.

Como se señaló en el artículo 173°, se parte de una presunción *jure et de jure*, al no reconocer consentimiento válido en los menores de catorce años[181], es una presunción que no admite prueba en contrario en un proceso penal, pero en la realidad fáctica, esto no es precisamente así[182]; en el sentido, de que las revolución de las estructuras sociales propician un ambiente en que el menor despierta su sexualidad, cada vez a una edad más temprana. No reconocer ello, es ser ciego a una realidad inobjetable, donde las relaciones inter-sociales, se realizan en un mayor ámbito de libertad y, es que en un Estado de Derecho no puede ser de otra forma. La sexualidad importa también una dimensión positiva, en cuanto coadyuva la integración del individuo en los procesos de socialización y de culturalización, siempre y cuando se desarrolle con responsabilidad y madurez; entonces, la orientación va en un rumbo contrario, de rebajar la edad límite, a efectos de condicionar la punibilidad de la conducta.

En este orden de ideas, al haberse considerado "invalido", el consentimiento del menor, la realización típica no requiere la ejecución de violencia física y/o amenaza grave sobre la persona de la víctima; pues al reputarse el no derecho a la autodeterminación sexual, no disponibilidad de la esfera sexual, el contacto corporal que realice el autor es ya de por sí penalmente antijurídico. Lo que no es óbice, a que la realización delictiva de la figura in examine puede revelar dicha violencia u intimidación, lo cual será un dato a tomar en cuenta para el juzgador en el marco de la individualización judicial de la pena; mas, si este mismo hecho produce lesiones graves o la muerte de la víctima, la tipificación penal se reconduce a la circunstancia agravante del articulado en cuestión o al artículo 177° (*in fine*), respectivamente.

El pudor debe ser entendido como aquella esfera sexual íntima que su titular, que quiere mantener en reserva o recato individual, es decir, libre de intromisiones ajenas, sea quien fuese el ejecutor.

Existen inconvenientes al haber considerado al pudor como un bien fundamental merecedor de tutela penal. Dejamos anotado que –de *lege ferenda*- que tratándose de cualquier valoración extrajurídica (el pudor, por ejemplo), existe la posibilidad de que los sentimientos de pudor sexual puedan o no existir en los menores de corta edad. De otro lado, la libertad sexual no es una arbitraria facultad de disponibilidad para la realización del acto sexual, sino también de cualquier acto libidinoso ajeno a la cópula misma. Esto supone –tratándose de menores- que el régimen de intangibilidad total que la ley impone abarque además del acceso carnal normal o

(181) Así, DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 500; NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 254.

(182) Así, ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 43; Al respecto ver HERNÁNDEZ GALLEGO, P.; *Abusos sexuales*, cit., p. 43.

contra natura, toda aquella manifestación secundaria libidinosa que pueda significarle un daño en su formación de la personalidad y en su integridad psíquica[183].

En síntesis, consideramos que en esta figura delictiva se protege un periodo trascendental, que es el desarrollo y la formación de la sexualidad del menor, que se puede ver alterada y perturbada por la intromisión violenta de terceras personas. Sin importar finalmente que haya existido o no consentimiento en la persona del menor, pues como se ha aseverado repetidamente, para la ley los menores de catorce años no tienen el derecho de auto-determinarse sexualmente, pero en el caso del artículo 173°, la tozudez del legislador ha determinado el despojo de dicho derecho, en vista de su eminente criminalización.

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede serlo tanto el hombre como la mujer, sin interesar la opción sexual de aquélla, la libertad sexual es comprendida en un marco conceptual amplio de la sexualidad de una persona. Si el agente es menor de 18 años, constituye un infractor de la ley penal, cuya prosecución se remite a la jurisdicción de familia y, si éste es además un proxeneta, entra en concurso con la figura prevista en el artículo 179°.

3.2. Sujeto pasivo

Sólo pueden serlo, el hombre y la mujer menores de catorce años[184], sin interesar su oficio, puede tratar de una persona dedicada al meretricio.

3.3. Acción

La acción consiste en ejercer un acto contra el pudor de un menor de catorce años excluyendo la realización del acceso carnal sexual, la introducción aunque sea parcial del miembro viril en las cavidades anal, vaginal o bucal de la víctima, o de otras partes del cuerpo u objetos sustitutos en las dos primeras vías, prevista en el artículo 173° del Código Penal. El tipo objetivo

---

(183) Véase: Fontán Balestra, *Delitos sexuales*; p. 168. Bascuñan Valdés: *El delito de abusosdeshonestos*; p. 57. Bayardo Bengoa: *Sobre delitos sexuales*; p. 45. Ampliamente Carmona Salgado: *Los delitos de abusos deshonestos*.

(184) En el Código Penal Español de 1995, en su artículo 181°.2 apartado 1, establece una edad cronológica límite de doce años para ser considerado sujeto pasivo de este delito (Abusos sexuales).

para su configuración no exige la concurrencia de violencia o intimidación, ni tampoco el aplacamiento del ánimo libidinoso, la satisfacción del apetito sexual, etc.

De conformidad con lo señalado en el artículo 176°, la acción típica puede consistir en lo siguiente: en la realización de tocamientos por parte del agente en la esfera somática de la víctima, la ejecución de actos libidinosos del sujeto pasivo sobre el cuerpo del autor o de un tercero. Si lo que se provoca es sólo la desnudez, la conducta se reconduce al artículo 183.2 del C.P.

El requisito objetivo en este delito está determinado por la realización de un acto impúdico en la persona del menor. Será considerado acto impúdico, todo acto expresado en un contacto corporal con el cuerpo físico de la víctima con fines lúbricos o libidinosos. El consentimiento que la víctima pueda otorgar carece de validez jurídica y por ende son nulos [185] . En este sentido, el tipo legal denota una presunción *Jure et de jure* porque se considera siempre a los actos contra el pudor de menores como no consentidos, pues el orden jurídico no los reviste de capacidad de autodeterminación sexual.

Los actos impúdicos pueden presentarse en variadas formas, pero, es imprescindible el contacto corpóreo entre las partes. Estos actos pueden realizarse tanto en el cuerpo de la víctima, como también, el caso de que el agente obligue a la víctima a realizar tocamientos lujuriosos sobre sus órganos genitales, vaginales, etc. Es completamente irrelevante el hecho que el menor posea o no conciencia de la significación de los hechos libidinosos, como frotar el miembro viril sobre el cuerpo de un menor que se encuentra dormitando.

La punibilidad del beso está condicionada al ambiente social y circunstancias[186]. SEBASTIAN SOLER está en lo justo al sostener que tomar de la cara a una criatura de diez años y aún darle un beso normal no es una acción física que por sí misma autorice a averiguar con qué intención ha sido ejecutada[187]. El comportamiento del autor debe revelar objetivamente impudicia a fin de que el beso se repute como el hecho delictivo. Esta es la opinión de los más ilustres penalistas.

---

(185) De la misma opinión VILLA STEIN, J.; op.cit.; p. 203.

(186) Los tribunales consideraron atípico darle un beso en la mejilla a una menor pese a su resistencia (*SCS* de 5-6-1969, en *RPJ* 1969, p. 483.), pero sí el frotamiento de los genitales externos de una menor (*SCS* de 21-11-1953, en *RPJ* 1954, p. 512.). En CARO CORIA; p. 116.

(187) T. III; p. 386.

4. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN EFECTUADA POR LA LEY Nº 28704

El tipo penal de actos contra el pudor de menores, contiene la modalidad típica comprendida en el artículo 176º, cuya única diferencia estriba en la calidad del sujeto pasivo de la acción material. En efecto, una edad más precoz de la víctima configura una persona más vulnerable, donde los efectos lesivos del delito redundan en un mayor grado de afectación. Por consiguiente, el mayor contenido del injusto viene determinado por la especial condición de la víctima. Siguiendo la sistemática del bien jurídico tutelado, la modalidad típica no exige la concurrencia de la violencia física o grave amenaza como medios comisivos quebrantadores de la voluntad de la víctima, pues, los menores de 14 años no poseen la denominada "libertad sexual". Situación paradigmática en este caso, es que el legislador no siguió el equívoco camino emprendido en el artículo 173º, en la medida, que los mayores de 14 y menores de 18 años sí tendrían en esta hipótesis capacidad de consentimiento o de auto-determinación sexual. Por lo tanto, que para el delito de actos contra el pudor, el legislador –de forma olvidadiza suponemos- sí ha mantenido la sistemática del bien jurídico asumida en la orientación político-criminal acogida por el C.P. de 1991.

En este caso, el legislador ha graduado la magnitud de la sanción punitiva, en relación a la edad de la víctima, de forma análoga al artículo 173º. Conforme la víctima sea menor, la sanción será más grave, tomando en consideración el grado de perturbación que puede producir la acción antijurídica sobre la esfera sexual del ofendido. La víctima en todos los casos puede ser tanto el hombre como la mujer.

La modificación en este caso sigue un patrón denominador: exasperación de los marcos penales: inciso 2) – de una pena PL no menor de cinco ni mayor de ocho años, a una pena PL no menor de seis ni mayor de nueve años. Mientras que en el inciso 3) de una pena PL no menor de cuatro ni mayor de seis años, a una pena PL no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Sobre la modificación, que toma lugar a resultas de la dación de la Ley N° 30838, remítase a todo lo dicho en el desarrollo argumentativo esbozado en el artículo 176°.

5. TIPO SUBJETIVO

Al igual que la figura delictiva del artículo 176° del Código somos de la consideración que no es necesaria la concurrencia de un elemento especial del tipo subjetivo del injusto, ajeno al dolo. La presencia de un ánimo lúbrico en la psique del agente, es irrelevante a efectos penales. Es suficiente que el dolo del autor abarque el aspecto cognitivo y volitivo

de realizar un acto contra el pudor en la persona de un menor de catorce años, sin el propósito ulterior de practicar el acceso carnal sexual que es desprende del artículo 173° (*in fine*); pues si la intención era de realizar la conjunción carnal.

El dolo del autor debe de abarcar el conocimiento de estar realizando un acto lesivo al pudor con un menor de catorce años, *contrario sensu,* se configuraría un error de tipo vencible, que sería penado conforme al artículo 176° del Código Penal u, invencible, si es que el autor no contaba con medios suficientes a su alcance para poder vencer la defectuosa esfera cognitiva. Si se trata de personas que tienen una particular vinculación con el menor, como el tío, el vecino o el compadre, de ninguna forma podrán apelar al error de tipo, pues conocían de antemano la edad de su víctima.

6. CONSUMACIÓN

El delito se consuma con la realización del acto impúdico sobre el cuerpo del menor. No se necesita para los efectos de la consumación, el desahogo sexual e, inclusive puede faltar esta finalidad. Si la finalidad era en realidad el acceso carnal sexual, y por motivos ajenos a la voluntad de autor, no puede consumarlo será una tentativa del artículo 173°; tal como se ha sostenido, no es jurídicamente admisible que acontezca un concurso ideal entre ambas figuras típicas, pues la realización de los tocamientos indebidos, sobre las partes íntimas de la víctima, constituyen ya el inicio de los actos ejecutivos del injusto penal de violación de menores, pues dicha conducta se consume en la otra, al importar el adelantamiento de la conducta típica, una lesión anterior u anticipado al bien jurídico tutelado.

En general, la tentativa no es admitida para este delito, pues el comienzo del "*iter criminis*" es ya un atentado contra el pudor, pues se admite como un tipo penal de mera actividad, a diferencia del artículo 176° que es un delito de instantáneo. Antes de esto no es posible ubicar las formas imperfectas de ejecución, pues los actos anteriores resultan de por sí no punibles. Sin embargo, en principio no es posible excluir categóricamente la tentativa aunque reconociendo su dificultad probatoria. Sería el caso cuando la conducta sexual se exteriorice, sin que se ejecute el acto material del acto corporal[188]. (ejemplo: sería cuando el agente conduce al menor a un lugar privado con el propósito de practicar actos lujuriosos donde lo ubica, pero por actos contrarios a su voluntad desiste de consumar el acto impúdico), en tales caso, cabría más bien admitir un delito de coacciones.

(188) Antonio Gonzáles Cuellar-García; op.cit.; T. II; P. 2223.

7. CONCURSO DE DELITOS

Los diversos actos lúbricos con la misma víctima pero en diferentes momentos constituyen varios delitos independientes entre sí, configuran un concurso real homogéneo. Si son realizados sobre distintas personas habrá tantos delitos como sujetos pasivos.

Si el agente inmediatamente después de cumplido el acto impúdico, accede carnalmente a la misma persona por la forma prevista en el tipo base, responderá por el delito tipificado en el artículo 173° del Código Penal, siempre y cuando respondan a una misma acción, pues si ambos actos son ejecutados en tiempos diversos, sí podrá apreciarse un concurso real de delitos.

Esta figura delictiva concurre generalmente con las figuras delictivas que atentan el patrimonio, como un robo agravado, extorsión, etc.; mas si se produce una afectación real a la integridad corporal se admite un concurso ideal con la tipificación penal de lesiones, siempre y cuando, dicho resultado sea imputable al menos a título de dolo eventual, pues si fue causada de forma imprudente, el comportamiento será calificado como una circunstancia agravante.

8. PENALIDAD

La penalidad prevista para este delito que fuera modificado por el artículo 2° de la Ley N° 27459, luego modificada por las Leyes Nos. 28251 y 28704, se encuentra graduada, dependiendo de la edad del menor, de esta forma, se dispone lo siguiente:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, con pena no menor de siete ni mayor de diez años.

2. Si la víctima tiene de siete a menos de diez años, con pena no menor de seis ni mayor de nueve años.

3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Conforme, la Ley N° 30838, la penalidad se estandariza, dejando de lado la edad del sujeto pasivo, tomando ahora un solo marco legal: "*No menor de nueve ni menor de quince años de pena privativa de la libertad*".

9. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

En el caso que la víctima se encuentre en algunas de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173° o el acto tiene un carácter par-

ticularmente degradante o produce un grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever la pena no será menor de ocho ni mayor de doce años.

La primera de las hipótesis se fundamenta en el deber de responsabilidad y de confianza que existe entre el agente y la víctima. Estos deberes se fundan en relaciones de carácter institucional de garantía, como lo son la relación paterna-filial, tutor, curador, profesor, etc. Son estos deberes de garantía que recaen en determinadas personas, siendo así que el Estado les exige una mayor responsabilidad al momento de ejercer sus funciones, teniendo en cuenta la posición de indefensión que muestran los menores sujetos a su cuidado y/o tutela. Esa mayor confianza o poder que se ejerce sobre la víctima es utilizada para la realización de estos actos venales; ello conduce a afirmar que el agente es facilitado en la consecución de su designio criminal por la especial posición de dominio que ostenta sobre el sujeto pasivo. Tal como lo señala SERRANO GÓMEZ "No es suficiente con la relación entre las personas que se indican, sino que es necesario que el sujeto activo se aproveche la situación especial que tiene respecto a la víctima[189].

Por consiguiente, al existir un mayor desvalor en la acción así como en el grado de culpabilidad del imputable al agente delictivo, deviene en necesaria una sanción más drástica por parte del Estado, que se expresa en una reacción penal más intensa.

La segunda hipótesis, hace alusión a que el acto mismo detente un carácter particularmente degradante. Es decir, la acción debe de contener un matiz humillante que degrade la condición de persona humana a la víctima. Será la modalidad empleada o el medio comisivo utilizado para la perfección delictiva que finalmente le de una connotación degradante. La última hipótesis se refiere a la producción de un resultado ulterior, no querido pero que pudo prever como posible el agente delictivo (figura preterintencional); en este caso será la producción de un grave daño en la salud física o mental de la víctima. Para poder constatar tal resultado, se necesitará que a lo largo de la secuela del Proceso Penal se demuestre contundentemente que tal daño se ha producido a consecuencia del acto impúdico y por otras causas ajenas a la conducta del agente a través de pericias médicas y psiquiátricas. Por ende, debe de existir un nexo de causalidad, mejor una relación de riesgo (normativa) entre la conducta descrita por el agente y el resultado ulteriormente producido.

La agravante in examine, luego de la modificación producida por la Ley N° 28704, supone lo siguiente: La circunstancia agravante prevista en el último párrafo del tipo penal, sigue la misma sistemática de la Ley N° 28251, haciendo alusión equívocamente a las condiciones de las "víctima" previstas

(189) SERRANO GÓMEZ ALFONSO; op.cit., p. 219.

en el último párrafo del artículo 173º, cuando éstas refieren expresamente a una especial posición u condición del "agente". La agravante sigue la suerte de una responsabilidad penal cualificada por el resultado, bajo la imputación del resultado a título de culpa, de acuerdo al criterio de la "previsibilidad". En el ámbito de las modificaciones, se suprime el término "particularmente" degradante, a fin de no caer en imprecisas especificaciones normativas. Al fin y al cabo no es posible particularizar un acto *per se* degradante, por su contenido infamante y vulnerante de la dignidad humana. Siguiendo la técnica legislativa adoptada en el artículo 173º-A, el legislador comprende en la agravante hasta tres modalidades que inciden en el contenido material del injusto y en el grado de reproche de imputación individual del autor. Bajo la salvedad que en este caso, el marco penal sí permite graduar la pena al juzgador, de conformidad con los principios de culpabilidad y de proporcionalidad, y en uso de los criterios individualizadores comprendidos en los artículos 45° y 46° del C.P.

ARTÍCULO 176-B.- ACOSO SEXUAL

"El que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36.

Igual pena se aplica a quien realiza la misma conducta valiéndose del uso de cualquier tecnología de la información o de la comunicación.

COMENTARIOS PRELIMINARES

No es de baladí sostener, que la violencia cotidiana que cunde en nuestra sociedad, enrostra una involución de la humanidad, se supone que los estatutos jurídicos en rigor, inspirados bajo una filosofía que encumbra los derechos humanos a un primer nivel, sería el patrón que guía las relaciones entre los ciudadanos, de fiel respeto y apego a los intereses jurídicos ajenos, sin embargo, la descripción actual de nuestra estructura social muestra un salvajismo que resiente el tejido humano, al ver como una persona maltrata a otra, la humilla, le prende fuego, le dispara a mansalva y con perfidia, y todo porque aquella, -casi siempre una mujer-, lo quiso dejar a este sujeto o cegado por los celos procede a eliminarla en frente de otros o, lo más grave en presencia de sus menores hijos. Se pone de manifiesto una personalidad de latente baja auto-estima, pues una vez que eliminó a su pareja, procede a suicidarse.

Vimos con total estupor e indignación, como el año pasado, Eyvi Agreda, una mujer de 22 años, fue prendida en fuego, por su agresor - Hualpa Vacas, resultó con el 60% del cuerpo con quemaduras de tercer grado; su

rostro, cabeza y abdomen fueron los más dañados, producto de la quemadura. Finalmente, falleció como consecuencia de una infección generalizada. Se tiene, por declaración del propio asesino, que fue presa del rencor y la ira, ante el rechazo de la joven; de manera que hubieron contactos previos, la víctima fue acechada por este sujeto, asediada de forma continua y permanente, generando ya, una desestabilización en su vida cotidiana, provocando una inseguridad, que lastimosamente no pudo ser frenada a tiempo y así evitar el desenlace fatal. Así, como esta víctima, son muchas mujeres objeto de acoso sexual en todas sus manifestaciones, que tiene su pico más alto, cuando la ofendida es ultraja sexualmente o, en su defecto asesinada. Según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en los cuatro primeros meses de 2018, han sido ultrajadas sexualmente 1,801 personas. De ellas, 1,255 eran menores de 17 años. Este es un problema de salud pública, -de hecho-, estos asesinos tienen problemas psicológicos fuertes, son psicópatas, no por ello inimputables, que de seguro, provienen de hogares disfuncionales. Si no se trabaja desde la infancia, muy difícilmente podrá ser combatido eficazmente este flagelo social, esta violencia contra la mujer, que cada vez cobra más víctimas, sin que ello signifique no hacer uso del Derecho penal, pues su finalidad tuitiva y finalmente represiva, se sustenta desde un plano de plena legitimidad.

CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

En el norte de un Derecho penal que pretende afianzar su función preventiva, el modelo de política criminal elegido, es aquel que viabiliza una anticipación de sus barreras de intervención, penalizando actos típicamente preparatorios, donde la naturaleza del bien jurídico tutelado, -en el presente caso la inviolabilidad sexual-, justifica que se penalice el llamado «acoso sexual». Sí así, fue en el caso del sicariato, el TID, la minería legal o en el caso de los delitos contra la Paz Pública ("reglaje"), así debe darse también en los delitos sexuales, donde la abrumadora cifra de la criminalidad, determina nuevos vientos político criminales. Así, en los primeros párrafos del Decreto Legislativo N° 1410 de septiembre de 2018: "(...) *el literal b) del numeral 4 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar para fortalecer el marco jurídico para la prevención y protección de violencia contra la mujer y grupo familiar, así como de víctimas de casos de acoso, acoso en espacios públicos, tentativa de feminicidio, feminicidio, violación sexual y violación sexual de menores de edad y para la sanción efectiva ante la comisión de dichos delitos*; (...) *resulta necesario realizar modificaciones al Código Penal para incorporar tipos penales que sancionen los actos de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual; a fin de garantizar una lucha eficaz contra las diversas modalidades de violencia, que afectan principalmente a las mujeres a lo largo de todo su ciclo de vida.*"

ANÁLISIS DOGMÁTICO

El tipo penal de «acoso sexual» que se regula en el artículo 176°-B del CP, no es pues, el que se vino postulando tiempo atrás, para penalizar el acoso laboral, de aquel que aprovecha de su superioridad jerárquica con su subordinada, para insinuarle la realización de actos de contenido sexual, sin duda es mucho más amplio, tal como se desprende de la redacción normativa del articulado -en comento-. Una descripción típica que requiere de ciertos elementos objetivos de especificidad, que la revista de una mínima dosis de sustancialidad.

Para GONZÁLEZ, el acoso sexual es "la imposición de mensajes sexuales. Si la forma o contenido de la manifestación es intensa, una sola exteriorización es suficiente para constituirlo" (190). En la República argentina, en cuanto a su legislación positiva, TENCA, relata que en un proyecto de Ley de los senadores GÓMEZ DIEZ y SALVATORI, "se considera acoso sexual a toda persecución física o psíquica, con fines sexuales, realizada en cualquier ámbito y circunstancia y no consentida por la persona contra la cual es ejercida. Se entiende por persecución la realización de una conducta reiterada, que por su persistencia moleste o afecte, física o psíquicamente, o cause cualquier otro tipo de inconveniente, a la persona que le sufre"(191).

El bien jurídico tutelado sería, -respetando el rigor sistemático de la capitulación-, la «libertad sexual», que se pone en riesgo cuando el agente, ejecuta actos de asedio u hostigamiento sobre el desenvolvimiento cotidiano y normal de la víctima; de forma particular, sería la integridad sexual y el libre desenvolvimiento de la personalidad del sujeto pasivo, que se ven alteradas con la conducta que emprende el autor del injusto penal.

Sujeto activo del delito, -entendiendo que es un tipo penal común-, puede ser cualquier persona, un ámbito de libre organización personal, no se requiere pues, alguna cualidad especial para ser autor; si bien pueden manifestarse personalidades psicópatas o socio-patas, no estamos ante un nivel de anulación de voluntad decisoria, para poder declararlos como «inimputables», por tanto, deben responder ante la justicia penal ordinaria, si son menores de 18 años ante la justicia de familia, siguiendo en rigor los preceptos legales aplicables del Código de Responsabilidad Penal del adolescente - Decreto Legislativo N° 1348.

Sujeto pasivo puede serlo también cualquier persona, pero por lo general será una dama, dado el contexto de violencia contra la mujer que sacude nuestro país. Si bien es cierto que en la actualidad la víctima puede serlo también el hombre, no lo es menos que las distintas normativas que

(190) Citado, Marcelo Tenca, A.; *Delitos sexuales...*, cit., p. 87.

(191) Citado, Marcelo Tenca, A.; *Delitos sexuales...*, cit., p. 87.

se han creado a lo largo de los años han tenido por finalidad, casi exclusiva, proteger a las mujeres en distintos ámbitos[192]. Si es que la víctima, tiene o ha tenido una relación de pareja, convivientes o cónyuges, se configura la circunstancia agravante prevista en el inc. 2), si esta se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente o, la conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima, toman lugar las agravantes descritas en los incisos 4) y 5) del articulado.

La modalidad típica, encuentra materialidad, cuando el agente: «vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona...». Estamos hablando, de un patrón sistemático de conducta del autor, no cualquier actitud, de cierta persona -que por una serie de motivos-, busca acercarse a otra persona (comercial, servicios, amical del nuevo vecino, etc.). Si bien puede generar incomodidad a un ciudadano, no cuenta con ese plus de «ofensividad», para estar provisto de relevancia jurídico-penal. De no ser así, se estaría criminalizando comportamientos, que formen parte de una dinámica propia de la inter-actuación social de los individuos, lo que no es objeto de la presente acriminación. Debe tratarse de personas, con las cuales la víctima, no tiene interés alguno de hacer contacto, por eso mismo, provoca una perturbación que va más allá de un mero fastidio, que provoca aquel vendedor de instrumentos bancarios o que quiere suscribir la filiación de un programa de vacaciones; máxime cuando vienen premunidos con actos de connotación sexual, donde este acercamiento lo que busca es el acercamiento corporal, es como si se estuviese ante crudas historias de atracción fatal, de la persecución hacia una mujer -por ejemplo-, se sabe que no desea tener contacto alguno con aquel, sea que está casada y/o comprometida, o ante el primer acercamiento, la víctima dio un manifiesto rechazo a establecer algún tipo de relación. Si es solo para conversar el asedio o para tomarse una foto (selfie), no hay acoso sexual, sin defecto de poder aplicarse el tipo legal de acoso personal, siempre que se perturbe la vida cotidiana normal de la víctima.

Entonces, la materialidad típica de esta figura del injusto penal, -toma lugar-, sea emprendiendo de forma continua y reiterada, actos de vigilar, perseguir u hostigar al ofendido o busca establecer contacto sexual. Sin duda, a diferencia el acoso personal, que sí requiere la afectación de la vida cotidiana de la víctima -como desvalor del resultado-, acá la modalidad típica se agota con el mero hecho de vigilar, perseguir, hostigar, asediar o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, esta es la objetividad típica en cuestión, de un seguimiento que posibilité la proximidad física entre ambos. Claro está, que el propósito, la finalidad que impulsa la agente dicha realización típica, es para llevar a cabo con la víctima, actos

(192) Marcelo Tenca, A.; *Delitos sexuales...*, cit., p. 86.

de «connotación sexual»; v. gr., si ya de plano la toca indebidamente en sus partes íntimas, con violencia, intimidación o sin su consentimiento, será constitutivo del delito de tocamientos indebidos, artículo 176° del CP, luego de la modificación de la Ley N° 30838. El artículo 6° de la **Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, dispone como actos que adquieren dicha connotación, los siguientes: "***Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.* Y, si lo que hace es reducirla en sus mecanismos de defensa, mediando violencia o grave amenaza, así penetrarla vaginalmente, pero es atrapado en fraganti delito, será tentativa del delito de acceso carnal sexual, según los contornos normativos del artículo 170°, siempre que el sujeto pasivo sea mayor de 14 años, pues si está por debajo de dicha cronología, se adecúa a los alcances normativos del artículo 173°, siendo el bien jurídico tutelado la indemnidad sexual.

No perdamos de vista, que lo que se penaliza, lo que se castiga con pena, en el artículo 176°-B, son en *puridad* actos preparatorios de los delitos sexuales, de violación o de tocamientos indebidos. Son modulaciones a considerar en las formas de imperfecta ejecución.

En la redacción típica se hace alusión a que el asedio, acoso u contacto con el sujeto pasivo, debe realizarse sin el «consentimiento» de esta última. ¿Era en realidad necesario añadir ese componente, condicionante de la tipicidad penal? Se supone que una conducta -así concebida-, para poder afectar la integridad sexual y personal de la víctima, debe ejecutarse sin consentimiento de la víctima, por lo que consideramos, que dicho factor es en realidad de implícito entendimiento, conforme la naturaleza jurídica del bien jurídico tutelado por la ley penal. En todo caso, si es que el sujeto pasivo está prestando su consentimiento a tener esa proximidad física con el agente, y también para realizar un acto sexual, esta es una conducta atípica, carente de lesividad, a menos que el consentimiento de la ofendida es solo para conversar y en este caso aprovecha para tocarla en sus partes íntimas -sin su consentimiento-, pero esto es ya cobertura de otro delito.

La perfección delictiva de esta figura delictiva, -se alcanza por el autor-, cuando vigila, acecha, persigue, hostiga o asedia a la víctima, bajo un patrón conductivo, sin necesidad de que se logre acreditar cercanía física con la víctima. Al estarse frente actos de mera actividad, no resulta factible la admisión un delito tentado.

En cuanto al tipo subjetivo del injusto, solo cabe el dolo del autor, conciencia y voluntad de realización típica. Según nuestra perspectiva, resulta

admisible el dolo eventual. Para diferenciar esta figura delictiva, con la contemplada en el artículo 151°-A, es de advertirse la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente -ajeno al dolo-: «para llevar a cabo actos de connotación sexual».

CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN:

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36, si concurre alguna de las circunstancias agravantes:

1. *La víctima es persona adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o es persona con discapacidad.* ¿Qué revelan todas estas personas en común? En definitiva, encontrarse en un estado de vulnerabilidad, de ser presa fácil de estos delitos, pues al agente cometerá con mayor facilidad y menor viso defensivo, el ultraje sexual en contra de su víctima, donde la violencia y/o la amenaza sobre aquélla no requiere de una normal intensidad.

   Las personas con «discapacidad», son también individuos que presentan un evidente estado de vulnerabilidad, como los ciegos, los inválidos, aquellos que prácticamente han perdido todo tipo de movimiento muscular; puede ser por ende, una discapacidad parcial y/o total. Una persona que cojea, o alguien que ha perdido la vista en un solo ojo, o que cuenta con alto grado de miopía, que esta enyesado en un brazo, no se comprende en esta denominación, al ser portador de ciertas capacidades mentales y fisiológicas, que no presenta como un ser de tal *vulnerabilidad*. Si en cambio, el que esta discapacitado «mentalmente», aquel que se encuentra privado de discernimiento; el enajenado mental, la persona desprovista de guiar sus actos, conforme a un estado normal de las capacidades psico-motrices, existiendo una total desconexión de la ordenación mental (inteligencia) con los movimientos musculares. Personas así concebidas, al ser también vulnerables, pueden ser catalogadas como «discapacitados»; empero, una afectación mental, de no tanta magnitud, -donde aún se revelan estados de lucidez-, no pueden adquirir dicha calificación jurídica. Cuestión importante, para que se pueda aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, es que el agente debe ser consciente, de que está acosando sexualmente a una persona discapacitada, pues de no ser así, habrá de aplicarse el tipo base, a menos que concurra otra circunstancia de agravación.

   Mujeres en estado de «gravidez», serán todas aquellas damas que se encuentran en estado de gestación, una vez que el óvulo fecundado se ha implantando en la pared uterina de la mujer. El estado de gestación

importa todo un proceso que culmina antes de los nueve meses, con la expulsión del nasciturus del cuerpo de su madre, sea de forma inducida y/o natural; siendo que recién a partir del tercer mes, cuando ya está ante un feto, que adquiere visibilidad en el vientre de la gestante, antes de ello es muy difícil de advertir tal situación fisiológica. Cuestión que incide en la aplicación de esta circunstancia de agravación; en el sentido, de que el agente debe saber que la mujer, -a la cual está acosando sexualmente-, se encuentra en estado de gravidez, según el componente cognitivo del dolo.

Adulto «mayor», según la Resolución 50/141 de 1996 de la Organización de las Naciones Unidas – ONU, es la población mayor de 60 años; lo que llevo a su congruencia normativa en el Perú, con la dación de la Ley Nª 28803 de noviembre del 2006. Dicho concepto se relaciona con el «envejecimiento», como aquella etapa del ser humano, donde se van perdiendo, de forma gradual, una serie de funciones psico-motrices; es una suerte de degradación de las funciones cerebrales y fisiológicas de la persona humana, que lo lleva finalmente a su extinción natural de la vida humana. Sin duda, una persona que alcanza tal edad, se vuelve más vulnerable, en tanto su capacidad de reacción, ante ciertas situaciones se torna más lenta y ineficaz.

2. *La víctima y el agente tienen o han tenido una relación de pareja, son o han sido convivientes o cónyuges, tienen vínculo parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; son precisamente los vínculos sentimentales, parentales, de afinidad u otros similares, en los cuales toma lugar la violencia sexual.* Si damos lectura a las estadísticas criminológicas, advertimos que la gran cantidad de víctimas de ultrajes sexuales (acosos), son esposas, concubinas o convivientes del agresor sexual o, en otros casos, inclusive la relación culminó, esto es, ya se extinguió la relación conyugal, lo que igual denota un plus de reproche personal de culpabilidad. En la monografía, hemos sido enfáticos al sostener, que el vínculo conyugal que une a un hombre con una mujer, no le da el derecho al primer a acceder carnalmente a su esposa por la fuerza; el cohabito, como los demás derechos que se derivan del matrimonio, no pueden rebajar a la mujer a una suerte de objeto de aplacamiento del libido de su consorte, por tanto, tampoco de acosarla. Consideramos que esta agravación, no solo debe requerir que subyazca esta relación conyugal y/o de concubinato entre la víctima o el agresor (o ex-pareja), sino que el autor se aproveche de dicho contexto, para perpetrar el acoso sexual en su contra.

3. *La víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes de una misma propiedad.* Bueno, habrá, por lo gene-

ral, una relación de parentesco entre personas que habitan una misma morada, por lo que se daría la agravación contemplada en el inciso anterior. Sin embargo, el inquilinato, la casa habitación, compartir áreas comunes en departamentos es algo recurrente hoy en día, donde la necesidad por abaratar los costos del arrendamiento de una casa, genera esta suerte de compartimento habitacional, como se está dando en esta fuerte inmigración de una gran cantidad de ciudadanos venezolanos al Perú. Se ha visto pues casos, donde mujeres que alquilan cuartos, son acosados por sujetos que habitan en cuartos contiguos o en el mismo piso.

4. *La víctima se encuentra en condición de dependencia o subordinación con respecto al agente.* Se acoge en esta fórmula del injusto agravado de acoso sexual, las diversas alternativas que se dan en el ámbito laboral, contractual, económico, empresarial, etc. No perdamos de vista, que estos hostigamientos sistemáticos y habituales, ocurren de forma general en las relaciones laborales, en el ambiente donde se desenvuelve esta cotidianeidad del trabajo, donde el jefe, el superior jerárquico, hace uso de esta relación de ventaja frente a su subordinada, para acosarla sexualmente, primero empezará con gestos, insinuaciones, aproximaciones físicas, dando lugar esta modalidad gravada, pero si ya procede a tocarla en sus partes íntimas -sin su consentimiento-, será ya constitutivo del tipo penal de «tocamientos indebidos». Como expresa TENCA, la situación de subordinación jurídica obliga a obedecer órdenes y acatar instrucciones y la situación de subordinación económica contribuye a crear un clima de pasividad ante las directivas dadas, en la medida que su incumplimiento puede elevar al despido directo, y colocar en una situación de indigencia a quien necesita enajenar su capacidad de trabajo para subsistir[193].

5. *La conducta se lleva a cabo en el marco de una relación laboral, educativa o formativa de la víctima.* Dejamos estos supuestos de la hipótesis de agravación, cuando el acoso sexual se ejecuta en centros educativos, colegios, universidades, academias, instituciones tecnológicas, etc. Estos asedios, motivados por propósitos de contenido sexual, pueden ser protagonizados por los docentes, profesores, auxiliares, etc., inclusive entre los propios alumnos. No olvidemos, que el primer paso para un probable ultraje sexual, es el acoso, por lo que ya esta conducta es un acto preparatorio, de algo más grave que puede suceder ulteriormente.

6. *La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años.* Si bien a los mayores de catorce años se les reconoce «libertad sexual», por lo

(193) Marcelo Tenca, A.; *Delitos sexuales...*, cit., ps. 86-87.

tanto si el acto sexual toma lugar exento de violencia física o psicológica, grave amenaza y/o aprovechamiento de entornos de coacción, será atípico, pero si está presente alguno de estos medios comisivos, sumado al aprovechamiento del entorno de coacción, será portadora de relevancia *jurídico-penal, y estando a víctimas, que recién ingresan a la adolescencia, dicho estado genésico es evaluado para incidir en una lesividad más intensa, así reprimir con una pena de contornos más severos.*

ARTÍCULO 176-C.- CHANTAJE SEXUAL

El que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de tecnologías de la información o comunicación, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual, *será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36.*

La pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 5, 9, 10 y 11 del artículo 36, si para la ejecución del delito el agente amenaza a la víctima con la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual en los que esta aparece o participa.

PREAMBULO

En algunas circunstancias, algunos individuos, que conocen aspectos de la vida íntima, familiar, laboral, empresarial o de cualquier índole, -con respecto a otra persona-, cuyo titular quiere mantener en reserva, aprovechan dicha información para chantajear a sus víctimas y, así hacerse de un beneficio patrimonial ilícito. En el chantaje la voluntad del sujeto pasivo se encuentra condicionada, por la amenaza de que si no cumple con comprar el silencio del agente, éste publicará, denunciará o revelará el hecho o el acto que la víctima pretende mantener en reserva[194].

El autor pone en jaque a la víctima, anunciándole la posibilidad de divulgar ante terceros, hechos o conductas, que el ofendido quiere que no se conozcan, de no ser así, no existiría el medio coactivo; no sólo referidos a su persona, sino también imputaciones sobre personas vinculadas al mismo.

(194) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* II-A, cit., ps. 479-480.

Ahora bien, el artículo 176°-C del CP, lo que describe bajo su rotulación denominativa, es el llamado «chantaje sexual», una suerte de mixtura de un acto típico de «coacciones» con un propósito de contenido sexual.

Se sostuvo en primeras líneas del examen dogmático, que la libertad sexual importa un bien jurídico inmanente a la condición de persona humana, inherente a su personalidad, por tanto, totalmente disponible por parte de su titular, de asentir un acto sexual con quien desee y la forma que estime conveniente. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 008-2012/AI, desarrolla la siguiente fundamentación: "(...) en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N.° 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), de la Constitución, "*garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad* (...) *es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres*". La libertad es el pilar fundamental de todo sistema democrático de derecho, el bastión que erige y flamea el complexo de los derechos fundamentales -después de la vida humana-, que permite el libre desenvolvimiento de los ciudadanos, el libre desarrollo de su personalidad y su interactuación con el resto de sus congéneres. Ello implica el respeto estatal a la autonomía de la libertad, que no puede penetrar, so pena de incurrir en graves ilicitudes por parte de las autoridades públicas. Luego se dice que: "*Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales*". Tomando un postulado kantiano, no podemos olvidar que un Estado de libertades, una sociedad regida por el Derecho, implica la coexistencia de dichas libertades en un ambiente de pleno respeto por los intereses de terceros, y estas son sustanciales para el ser humano, por ello se le consideran «derechos fundamentales».

De manera, que como lo afirma el TC: "*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra*". Esto significa, que cuando dichos actos son el pleno manifiesto de la libertad humana, y, por supuesto no resultan lesivos para bienes jurídicos de terceros, no pueden ser objeto de intromisión

estatal, menos sancionados por los derroteros del Derecho criminal. Evidentemente, -señala el TC-, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional "las relaciones amorosas y sexuales (...) *se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad* (...) *se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada* (...) *de una persona, propia de su autonomía y dignidad* [Exp. N.° 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N.° 01575-2007-PHC/TC FJ 13]. Son relaciones consustancialmente dimanadas de la propia personalidad humana, que se basan en la propia sociabilidad de la persona, y que son indispensable para su propia autorrealización. De ahí, que entienda el mismo tribunal, que: "(...) *la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse* en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual". Esta es la forma de entender el contenido, extensión y sustancia de la «libertad sexual» en un orden democrático de derecho.

ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD OBJETIVA

Para que se pueda ver quebrantada dicha libertad sexual, en las personas mayores de catorce años y que no padezcan de un grave enfermedad mental, se requiere el agente haga uso de violencia física o psicológica, grave amenaza o se aproveche de entornos de coacción sobre su víctima. Siendo que el artículo 176°-C, describe como verbos típicos: la «amenaza» o la «intimidación», son medios destinados, encaminados a anular la voluntariedad de la víctima, el anuncio de un mal, serio, idóneo y/o apto para generar el asentimiento del sujeto pasivo para realizar un acto sexual con el agente. Aspecto que requiere la aclaración, de que debe tratarse de un peligro real, latente, de provocación inmediata, sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima o de persona íntimamente vinculada a ella; empero, ¿Cuál sería la distinción con el tipo penal previsto en el artículo 170° del CP, donde la amenaza es uno de las modalidades nucleares de dicha figura del injusto, pero la pena, en comparación con la del presente articulado es mucho mayor? El hecho de que sea una amenaza, que no haya logrado con efectividad, su ulterior propósito, de tener el acceso carnal sexual con la ofendida, -en tanto su materialidad típica no exige ello-, no justificaría tampoco esta diametral diferencia punitiva.

Entonces, se tiene que la amenaza o la intimidación, a las cuales hace alusión la descripción del tipo penal en particular, han de ser concebidos desde otras aristas, en cuanto a información personal, íntima, propia de su privacidad, que el agente cuenta con su poder; v. gr., el autor fue pareja de la mujer amenazada (sujeto pasivo), por lo que grabo en aquella época, escenas de intimidad sexual. Estado a ello, la amenaza por teléfono, por correo electrónico, por el whatsap, u otro medio tecnológico, de colgar, difundir dichas imágenes en las redes sociales si es que no acceder a tener algún tipo de acto sexual con él. Si lo que hace el agente delictual es amenazar al sujeto pasivo es con matarla o con secuestrar a su hijo, si es que no consiente tener acceso carnal sexual con su persona, la subsunción típica se desplaza al artículo 170° del CP.

En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1410, sobre la inclusión de este delito, se dice lo siguiente: "*el chantaje sexual mediante el cual se amenaza a la víctima con causarle un grave daño a cambio de obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual también se presenta como un problema que falta ser atendido por nuestra legislación penal*": *al igual que la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual que inicialmente pueden haber sido obtenidos con la anuencia de la persona que allí aparece pero que son difundidos o comercializados sin su autorización*. En este último caso, las principales afectadas también son las mujeres, quienes ven afectado su derecho a la intimidad, al hacerse públicas imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual en los que esta aparece o participa, que las exponen a una sociedad que ha normalizado la instrumentalización de sus cuerpos, independientemente de sus derechos. Un caso sonado, fue la difusión de un video de contenido sexual, protagonizado por la modelo Milet Figueroa. Video en el cual figuraba también su ex-pareja, grabado sin su consentimiento; no se sabe a ciencia cierta, si antes de ser propalado el audio, la víctima fue amenazada o chantajeada por dinero o por algún tipo de propósito de índole sexual y así poder darle esta configuración típica, solo de manera práctica, en la medida que la prohibición de retroactividad normativa *maligna lo impide, conforme los dictados del principio de legalidad*.

Se supone, pues, que dichas imágenes quedarán en la reserva de ambos protagonistas, sin embargo uno de ellos o un tercero que accedió a dichas imágenes -por diversos medios-, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, procede a difundirlas, revelarlos, publicarlos o comercializarlos, sin autorización de las personas que los protagonizan. Esto implica, que la autorización para su divulgación, debe emanar de todos los actores involucrados en dichas imágenes, pues puede que sea uno de ellos, quien decide comercializarlos o difundirlos en las redes sociales, afectando gravemente la privacidad sexual del otro protagonista.

Se tiene como bien jurídico -protegido penalmente-, la intimidad, la privacidad del ofendido, de ponerse al descubierto, uno de los ámbitos más sensibles del ser humano, su sexualidad, el recato y pudor que ello comprende. Resultan gravemente afectados, cuando se difunde un acto de connotación sexual ante el público, ante la vista de una gran cantidad de personas. Vaya que la ofensa es de alta repercusión, lógicamente sin anuencia del protagonista de la imagen, pues si esto no es así, si los actores del audio dieron su consentimiento para su difusión, no podrá verse mermados dichos bienes jurídicos, al ser plenamente disponibles por su titular.

Ya en el plano del análisis dogmatico, se tiene que el sujeto activo puede ser cualquier persona, al constituir un delito común. No se exige, pues, una cualidad especial y/o específica para ser autor. En el caso del sujeto pasivo, se podría decir -en principio-, que puede ser cualquier persona, generalmente es una mujer, la cual se ve amenazada y/o intimidada, por un hombre que fue su pareja o un tercero, que valiéndose de ciertos medios, obtuvo una información muy sensible de la víctima, delicada, que puede generarle un grave perjuicio. Piénsese aquella alta funcionaria del Estado, que fue grabada justo cuando recibía una coima por un periodista, quien la amenaza con develar dicho acto ilícito, si que no accede a tener un acto sexual con él. Quien sabe de la comisión de un delito de otro, lo que debe hacer es denunciarlo ante las autoridades estatales competentes, no aprovecharse de ello para obtener un ilícito beneficio. Ojo, si es que se está un menor de edad, donde tal vez, por su ingenuidad no requiere de una amenaza, estaríamos ante varios supuestos delictivos, si es que se propala imágenes de contenido sexual, podría ser constitutivo de pornografía infantil o de turismo sexual infantil, si solo logro tomar contacto con la niña, sugiriendo contacto sexual, es el child grooming sexual y si tiene acceso carnal, se da el tipo penal previsto en el artículo 173° del CP.

Cuestión importante a decir, es que la amenaza o la intimidación, deben ser medidas desde una visión ex-ante, en el sentido que el anuncio del mal hacia la persona del sujeto pasivo debe tener idoneidad y/o aptitud para provocar un temor fundado en la víctima; v. gr., el agente amenace a la joven universitaria con colgar sus notas desaprobadas en las redes sociales o de que va a develar el feo apodo que tenía la chica en la época escolar, no son comportamientos susceptibles de ingresar al ámbito de protección de la norma, por ende, irrelevantes *jurídico-penalmente* hablando.

FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN, CONCURSO DELICTIVO Y TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Vista la redacción típica, se tiene que estamos ante un comportamiento que se agota con su misma realización material por parte del agente, es de mera actividad, donde su sustancia se ve estrictamente *desde el desvalor*

de la acción, no se exige la verificación de resultado alguno, sin defecto de constatar la idoneidad de la amenaza o la intimidación, para poder provocar este temor fundado en la víctima y así acceda a la solicitud de tener con el autor, contacto de índole sexual.

Si es que las imágenes de contenido sexual son colgadas en las redes sociales, en el INTERNET o algún medio de comunicación, estaríamos ante un concurso real de delitos, con el tipo penal comprendido en el artículo 154°-B del CP - difusión de imágenes materiales audiovisuales o audios con contenido sexual. Vaya que justamente, la circunstancia de agravación contemplada en el segundo párrafo del articulado, tiene que ver con esta conducta, en el sentido de amenazar el autor a su víctima, *con la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual en los que esta aparece o participa*. El hecho de que el sujeto pasivo (hombre o mujer), haya consentido en su momento la grabación del acto sexual con su pareja, no enerva la antijuridicidad penal del comportamiento, pues habrá asentido su filmación mas no su difusión; de manera, que la tipicidad penal se mantiene inquebrantable, sea que haya prestado o no la víctima su consentimiento a la grabación del acto sexual.

En lo concerniente a la tipicidad subjetiva, requiere el dolo en la esfera anímica del agente, conciencia y voluntad de realización típica; basta a nuestro entender el dolo eventual. El autor debe ser plenamente consciente de estar amenazando a su víctima, con revelar un aspecto de su intimidad, -que de seguro la va a perjudicar-, bajo la motivación de obtener de ella, una conducta o acto de connotación sexual. Este propósito ulterior, viene a constituir un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente., ajeno al dolo. Si es que no concurre este propósito ulterior, no se configura la materialidad del delito en cuestión, pudiendo encajar la conducta en el artículo 154°-B del CP.

AGRAVANTES DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Estas circunstancias agravantes se encuentran glosadas en el artículo 177° del Código Penal, que luego de la modificación producida por efectos de la Ley N° 30838, su redacción normativa es la siguiente:

Art. 177.- "En los casos comprendidos en este capítulo, el juez penal debe resolver, de oficio o a petición de parte, sobre la obligación alimentaria a la prole que resulte, aplicando las normas respectivas.

La obligación alimentaria a que se hace referencia en el primer párrafo comprende lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica, y

recreación del niño o del adolescente y, del mismo modo, los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

La decisión del juez respecto de la obligación alimentaria comprende la asignación anticipada de alimentos durante la investigación fiscal, así como la fijación de la obligación de prestar alimentos inclusive antes de la sentencia atendiendo al material probatorio disponible".

1. LÍNEAS PREVIAS

Con la modificatoria efectuada por la Ley N° 26293, quedó excluido al artículo 173° de la circunstancia agravante in examine. Esta exclusión se debe a que mediante la misma citada ley se incorporó el artículo 173°-A, que comprende normativamente la figura preterintencional del artículo 173° (violación de menores).

En lo referente a la penalidad imponible, ésta se incrementa a una pena no mayor de veinte y cinco años en el caso que se produzca la muerte de la víctima o le produzcan lesión grave y, en el caso que el agente actúe con una crueldad manifiesta se ha incrementado sustancialmente la penalidad a una pena no mayor de veinte años. El legislador hace gala de una política criminal disfuncional al equiparar la producción de la muerte a la de lesión grave, criminalizando ambas conductas con la misma penalidad; como si el desvalor del resultado, en cuanto al grado de antijuridicidad material fuese el mismo, de común idea con el principio de lesividad u ofensividad. Ambos resultados antijurídicos revelan definitivamente una valoración jurídico-penal significativamente diferenciada, tanto en el desvalor del acto como en el desvalor del resultado. Además, sería arbitrario condenar al autor de este delito a una pena de veinte y cinco años, cuando el artículo 121° (lesiones graves) prevé una pena no mayor de ocho años, si es que aplicáramos como es correcto un concurso ideal de delitos.

Empero, debe subrayarse lo siguiente: las orientación política criminal del legislador en los últimos años, ha incidido de forma particular en el marco de los delitos sexuales, patrimoniales y otros, que tienen un correlato sociológico, pues hechos criminales acontecidos en el país, fueron generando coyunturas de conmoción pública, que a su vez fueron determinado una manifiesta corriente neo-criminalizadora, a partir de la exasperación de los marcos penales y la incorporación de nuevas circunstancias agravantes, concretadas en los injustos de robo agravado, secuestro, extorsión y violación a la libertad e intangibilidad sexual; dejando de lado a los delitos que la vida humana, esto es, los delitos de homicidio y sus derivados. Corriente punitivista, que se inició de forma marcada con la dación de los denominados "delitos agravados" Lo que supone en otras palabras, dejar de lado el criterio de jerarquización del bien jurídico tutelado, pues nuestro ordenamiento jurídico-constitucional conforme con los Sistemas Jurídicos del Derecho

Comparado, la vida es el principal y primer valor en el compendio de derechos fundamentales, tal como se desprende del artículo 1° de nuestra Ley Fundamental. Por consiguiente, resulta ahora, que la libertad e intangibilidad sexual reciben una protección penal más intensa en comparación con la vida humana, lo que desencadena una vulneración a los principios de proporcionalita, lesividad y culpabilidad. Por lo expuesto, acudir en este caso a un concurso ideal de delitos, puede significar político criminalmente insatisfactorio, en cuanto al recibimiento de una pena no adecuada a la magnitud del evento antijurídico.

Ahora bien, debe hacersè otra precisión, las figuras preterintencionales suponen un dolo del autor dirigido a la producción de un determinado resultado, donde se produce otro no abarcado por la esfera cognitiva, pero previsible según los factores concomitantes del caso concreto; quiere decir esto, que las lesiones como resultado típico, son imputables a título de culpa; entonces, si el factor final del autor comprendía dolo directo en cuanto a la violación sexual (acceso carnal) y también dolo eventual con respecto a las lesiones graves, no podrá imputarse delictivamente este injusto preterintencional, por la ausencia de culpa con respecto a dicho resultado. Pues por ejemplo, si la muerte de la víctima, se ejecutó a fin de ocultar y/o facilitar el delito sexual (acceso carnal), será constitutiva la conducta del tipo penal del artículo 108°; en mi opinión no implica un concurso aparente de normas, pues el acceso carnal con violencia no se encuentra ni subsumido ni consumido en el tipo penal antes mencionado, por lo que configura un concurso ideal de delitos, que al ser penado con el delito más grave, al margen de la modificatoria producida por la Ley N° 28726, puede significar la imposición de una pena menos grave que la determinada por el artículo 177°. Con todo, este y otros ejemplos, pueden dar lugar a respuestas punitivas sustancialmente diferenciadas, con respecto a las figuras del concurso ideal de delitos y la figura preterintencional in examine, todo ello obedece a una política penal del legislador, levada a más por el oportunismo político y el utilitarismo, de espaldas a las principios a los legitimadores del *ius puniendi* estatal.

Finalmente, con la dación de la Ley N° 30838, se pretende dar una mayor especificidad legal, a las atribuciones y facultades que debe ejercer el juez penal en el marco de un proceso penal sexual, entendiéndose la tutela legal y jurídica que se quiere dar a la prole, en cuanto a todo lo que debe comprender la «obligación alimenticia» y en específico la asignación anticipada de alimentos («responsabilidad especial»). Los Alimentos constituyen un presupuesto vital para la existencia humana, *conditio sine quanon* para la autorrealización del individuo. ¿Qué hemos de entender por alimentos? El artículo 472° del C.C. dispone que se entienda por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capaci-

tación para el trabajo[195]. Asimismo, se define en la nueva redacción normativa, que también se incluye en dicho concepto, los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

El CP en el Capítulo IV del Título III, tipifica determinados delitos a efectos de tutelar debidamente la familia, y concretamente, la asistencia familiar que se derivan del derecho alimenticio de hijos a padres y viceversa. De tal modo, que los alimentos al constituir un derecho de primer orden en el compendio de valores del orden jurídico, ha merecido su reconocimiento como bien jurídico de tutela penal. Son los artículos 149° y 150°, los tipos penales que describen conductas que ponen en peligro concreto el bien jurídico objeto de protección. El tipo penal de omisión de asistencia familiar, se manifiesta, cuando el agente omite prestar (omisión propia) las providencias necesarias –de naturaleza material-, a sus menores hijos, para que se puedan cubrir sus necesidades básicas de manutención. Esta infracción normativa no exige para su consumación efectiva, causación de un daño, pues, se trata de un delito de peligro concreto, en tales casos, se tutela al subsistencia básica de los miembros de la familia, por lo que estos tipos suponen en realidad una infracción del deber o de ámbitos de organización que se deducen a partir de ciertas instituciones jurídicas. Mientras, que el tipo previsto en el artículo 150 implica la creación de un estado de necesidad, producto del abandono a que se ve afectada la mujer en estado de gestación, por quien la ha embarazado. Estado situacional crítico que provoca no sólo un peligro para la vida del nasciturus, sino también, para la propia vida y salud de la gestante.

Es de verse, que el NCPP, ha previsto en el ámbito de las medidas reales preventivas, la pensión de alimentos anticipada, cuando los efectos perjudiciales del delito han generado un estado de necesidad, en cuanto a la incapacidad de los ofendidos por el delito, para solventar sus gastos alimenticios[196]. De todas formas, debe subyacer una relación normativa, entre la conducta delictiva cometida por el autor y el estado de necesidad (alimenticio) como resultado concreto de la realización de este comportamiento –objeto de persecución penal-.

2. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las infracciones descritas en los artículos 170°, 171°, 172°, 174°, 175°, 176° y 176°-A, del Código Penal se consideran circunstancias agravadas

(195) Según lo previsto en el artículo 473° del C.C. el mayor de dieciocho años, sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

(196) Así, el artículo 675° del Código Procesal Civil – asignación anticipada de alimentos (Medidas temporales sobre el fondo).

tanto cuando se produce la muerte de la víctima o se produce lesión grave, o cuando el autor procedió con crueldad al momento de dar concreción a la realización típica

En base a lo sustentado, pasaremos a analizar los siguientes supuestos de agravación:

2.1. Muerte o lesión grave

Se trata de circunstancias objetivas cualificadas por el resultado. La muerte y la lesión grave no deben estar contenidos en la esfera volitiva del autor, es decir, no deben ser queridos ni asentidos por el agente, aunque deben ser previsibles. De no ser así se configuraría otra figura delictiva. Claro está, sin olvidarse, naturalmente, de la concurrencia material (lesiones y homicidio) con la violencia. Basta –como señala SOLER- pues, que entre la acción del agente y el evento ulterior exista relación de producción meramente culposa(197).

Aclarando más este punto, diremos con Ernesto Uré: que el elemento diferencial entre el homicidio para consumar la violación y la violación seguida de muerte radica objetivamente en que aquél se viola matando y, en esta otra figura se viola y luego la víctima muere; y subjetivamente, en que en aquél se tiene conciencia y voluntad de violar, mientras que en éste, sólo se requiere la violación y la muerte acaece como un resultado que califica el delito, resultado no querido por el agente(198).

Por lesión grave debe entenderse las lesiones no presupuestas en el delito de violación. En consecuencia, las equimosis, desgarradura de la vagina, contusiones internas, etc., forman parte del acto propio de la violación(199). La desfloración naturalmente, como acto necesario no delinea una circunstancia grave. Más aún considerando que puede haber coito sin ruptura himenal y ruptura sin que haya habido acceso carnal. Es evidente –escribe MANZINI- que la desfloración no debe considerarse lesión personal respecto del delito en examen, porque es un hecho necesario para consumar la completa conjunción carnal con una mujer virgen. La laceración del himen, es pues, un elemento constitutivo eventual del delito, de modo que, con razón no es posible juzgarlo como delito concurrente o circunstancia agravante(200).

(197) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, III; p. 289.

(198) Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 731.

(199) NERIO ROJAS; op.cit; p. 171.

(200) MANZINI, V.; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. III, cit., p. 285.

En principio, la hemorragia desencadenante de la desfloración, se reputa como un elemento constitutivo de la violación, pero hay casos en que por incontenible, puede causar un daño e, inclusive, la muerte de la víctima.

Frente al contagio de una enfermedad venérea o el ser portador del virus VIH (SIDA), que podría traer como consecuencia un resultado fatal, caben entonces plantearse dos hipótesis: si el agente desconoce la enfermedad que padece, solamente se configura violación; en cambio, si conocía la existencia de la enfermedad estaríamos ante un concurso real. Sin embargo, hay que ser cuidado en dicha hipótesis, pues el legislador en virtud de la sanción de la Ley N° 28251, incorporó como circunstancia agravante del artículo 170° (violación sexual), en el inc. 4), cuando el autor es portador de una enfermedad de transmisión sexual grave; en tal medida, en aplicación del principio de especialidad, cuando las lesiones graves son producto de dicha enfermedad, no podrán aplicarse ambos supuestos típicos, a fin de cautelar el principio del *non bis in idem*, Empero, para la aplicación del inc. 4) del artículo 170°, el autor debe actuar con siquiera dolo eventual con respecto a la transmisión de la enfermedad sexual grave, en cambio en la agravante in examine, el resultado de las lesiones graves es imputable a título de imprudencia. Máxime, si la cobertura del inc. 4), antes anotado no requiere de una real afectación a la integridad corporal y/o fisiológica de la víctima, basta con su puesta en peligro; lo que no acontece en la figura preterintencional, pues se exige la efectiva causación del resultado lesivo (lesiones graves). Y si se produce la muerte de la víctima a causa de la enfermad sexual transmitida a la víctima, concurriría entonces, un concurso ideal de delitos, con el delito de homicidio. En este orden de ideas, la figura preterintencional no puede ir en concurso con la agravante del acceso carnal con violencia y/o grave amenaza, pues se excluyen entre sí, en base al factor final del autor.

La realidad muestra casos de profundos y duraderos traumas psíquicos con ocasión de una violación e, igualmente, hay emociones capaces de provocar inhibiciones cardiovasculares y susceptibilidad de producir la muerte en personas predispuestas; situaciones, evidentemente, de indudable irrelevancia en el ámbito jurídico-penal.

2.2. Actos de crueldad

Existen ciertos individuos que sólo satisfacen su apetito sexual a través de actos vejatorios que producen intensos padecimientos en la persona de la víctima. Es una manifestación sádica que acusa una patología activa de graves consecuencias para la salud de la ofendida; la ley penal reprime estos actos, mezcla de placer y crueldad, porque son capaces de provocar perturbaciones físicas y psicológicas a la víctima de efectos realmente considerables. El elemento subjetivo del injusto debe de cubrir todo el ámbito de la descripción típica, debe saber que esta realizando una ejecución delictiva

inhumana, de crear dolores innecesarios a la víctima; mientras que el resultado no querido, en el marco del delito preterintencional, lesiones graves y/o la muerte de la víctima, no están cubiertos por la esfera subjetiva del injusto, pues dicho resultado importa la punición a título de imprudencia, en cuanto a la previsibilidad del resultado.

Los actos de gran crueldad aumentan deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta sufrimientos innecesarios en la ejecución material del delito[201], quiere decir esto, que la realización de dichos actos no eran imprescindibles para eliminar los obstáculos, para vencer la resistencia de la víctima. Ello quiere decir, que el agente delictivo no necesita realizar tales actos aberrantes para llegar a la perfección del tipo, sino, lo ejecuta con un ánimo de sadismo que colma o satisface aún más sus propósitos delictivos.

En cuanto a la culpabilidad del agente hay que ser sumamente cuidadosos al establecer la imputabilidad del agente. Por lo general los actos que expresan gran crueldad y sádicos son cometidos por individuos inimputables. Es decir, sujetos que padecen de alteraciones en la conciencia y perturbaciones psíquicas. Dichos estados psicológicos afectan gravemente el concepto de la realidad y, por ende, no comprenden el carácter delictuoso de su acto. El análisis de la imputabilidad es de suma importancia para determinar si al agente se le debe imponer una pena o medida de seguridad, para lo cual será determinante una pericia psicológica y/o psiquiátrica.

3. EFECTOS DE LA MODIFICACIÓN GENERADA POR LA LEY N° 28704

En el ámbito estrictamente normativo, se advierte sólo que el artículo 172° -por la especial condición de la víctima- merece un apartado aparte y una dosimetría penal diversificada. Por otro lado, se incorpora el artículo 176°-A (actos contra el pudor en menores). No hacemos mayor objeción sobre esta forma agravante, pero debemos formularnos una reflexión, con respecto al artículo 175° que tipifica el delito de Seducción. Como sabemos este tipo penal reprime aquella conducta que se manifiesta en el acceso carnal que el agente realiza sobre una víctima mayor de 14 y menor de 18 años, mediando "engaño", es decir, no media ni violencia física ni amenaza psicológica. Por consiguiente, no entendemos de qué forma puede sobrevenir la muerte o la producción de lesiones graves, a menos que se trate de una relación sexual sado-masoquista. O es que el incumplimiento de la promesa de matrimonio puede llevar a la locura a la agraviada y/o agraviado. Sin duda, la intención por cerrar ámbitos de impunidad, lleva al legislador a estas incoherencias. La pretensión punitivista del legislador, en vez de desencadenar la finalidad de-

(201) Cándido Conde Pumpido Ferreira; op.cit; p. 1774.

seada, lo único que va a provocar es la producción de resoluciones judiciales abiertamente arbitrarias e irresolublemente irracionales.

Por el lado del artículo 176°-A, al no mediar tampoco violencia física o amenaza psicológica, pensamos que en el ámbito fáctico, sólo es posible la causación de lesiones graves entendida desde una dimensión psíquica, pues, unos tocamientos indebidos no poseen la virtualidad como para poder desencadenar la muerte de una persona, pues, si se utilizan objetos y éstos se introducen en una de las vías descritas en el tipo base, se configura el tipo del artículo 173°. Claro está, que si la realización de los tocamientos indebidos sobre el menor se producen mediando violencia, no podría descartarse el resultado "muerte".

De presentarse las circunstancias agravantes mencionadas, con respecto al artículo 172° - violación de persona en incapacidad de resistencia, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de 30 años, ni menor de 25 ni mayor de 30 años para el supuesto contemplado en el primer párrafo (suponemos del artículo 172°); y de cadena perpetua y no menor de 30 años, para el supuesto contemplado en el segundo párrafo – cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio.

4. MODIFICACIÓN VÍA LA LEY N° 29194

Las modificaciones que pueden ser objeto los delitos comprendidos en la Parte Especial del C.P. no sólo pueden proceder de forma directa, cuando el legislador emprende una determinada reforma penal, sino también como consecuencia de la sanción de normativas que en principio toman lugar en otros ámbitos del Derecho penal, cuya puesta en escena repercute muchas veces en las normas inherentes al derecho punitivo.

El Derecho de familia, constituye una parcela de especial relevancia en el marco del Derecho civil, al involucrar intereses jurídicos que trascienden una esfera estrictamente privada; en el sentido de que las relaciones que acontecen en el seno familiar, requieren de una protección particular por parte del Estado, sobre todo cuando se trata de aquellos individuos más indefensos, sometidos a un estado de «vulnerabilidad», en vista de que aún no han alcanzado un desarrollo genésico que les permita auto-gestionar sus necesidades más elementales. El impúber, con mayor énfasis es objeto de una mayor por parte de la política social y jurídica, que se ha traducido en la plasmación de un Código de los Niños y los Adolescentes – Ley N° 27337; habiéndose dispuesto de forma taxativa en el artículo II del Título Preliminar de dicha codificación, que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Mientras que en el artículo IX (*in fine*), se ha previsto que toda medida concerniente al niños y al adolescente, que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial,

del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Quiere decir esto, que toda acción estatal, que se promueve a partir de las instancias públicas, con ello de efectos normativos, ha de ser concatenado con dicho interés superior, lo que de cierta manera ha de advertirse en el caso de la Ley N° 29194, pero vayamos a ver si las modificatorias en cuestión se ajustan a las instituciones jurídico-penales.

En el ámbito del Derecho privado, tanto en lo que respecta al Código Civil como el CNA, se regula una institución propia del Derecho de Familia, la «Patria Potestad», mediante la cual los progenitores (padres) del impúber, adquieren una serie de derechos y deberes, que han de ser cumplidos a cabalidad, de conformidad con el artículo 418° del C.C. No olvidemos, que los niños, al ser seres indefensos, necesitan de la vigilia, del cuidado y de la protección de sus padres, quienes se constituyen en «Garantes» de sus bienes jurídicos fundamentales-; deberes jurídico-públicos, cuya infracción por parte de quien la Ley le reconoce la Patria Potestad del menor, puede dar lugar a una serie de consecuencias jurídicas. Así, el artículo 75° que regula una serie de causales que suponen la suspensión de la Patria Potestad[202], conductas que *per se* ponen en tela de juicio la capacidad de progenitor para salvaguardar los intereses jurídicos más elementales del impúber, concordante con el artículo 463° del C.C.

Ahora bien, quienes ejercen la Patria Potestad, pueden estar incursos en la comisión de una serie de ilícitos penales, teniendo como víctima al menor. Delitos muy graves, tratándose de los injustos de contenido sexual, que se recogen en el Capítulo IX del Título IV del C.P. Si ya de por sí resulta sumamente reprobable jurídico y socialmente que una persona atente contra

(202) La Ley N° 29194, modifico también dicho articulado, mediando la inclusión del inc. h), que señala lo siguiente: "Por habérsele aperturado proceso penal al padre o la madre por delitos previstos en los artículos 173°, 173°-A, 176°-A, 179°, 181° y 181°-A del Código Penal. "La pregunta estaría, si la suspensión en el ejercicio de la patria potestad no estaría quebrantado el principio de presunción de inocencia; medida cautelar si se quiere decir, que operaría en el marco de un proceso que se inicie ante la Jurisdicción de Familia. Cabe anotar, que el nuevo CPP, regula la denominada "Suspensión Preventiva de Derechos", que puede imponer el Juez de la Investigación Preparatoria, previa solicitud del fiscal y, entre éstas, se encuentra prevista de forma específica en el inc. a) del artículo 298.1, la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso; Ver más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Exégesis al Nuevo Código Procesal Penal.* ..... A nuestro parecer, entonces, no resulta contravenido el principio de presunción de inocencia, tomando en cuenta la legitimidad de las medidas de coerción y de las medidas limitativas de derecho, que toman lugar en el Proceso penal, bajo la justificación axiológica del «interés social» en la persecución del delito, que en el caso de los procedimientos ventilados en la Justicia de Familia, sería el «interés superior del niño».

la Indemnidad Sexual del menor, mayor reproche ha de revelarse cuando el autor del delito sexual es un individuo que tiene una relación de parentesco con el sujeto pasivo. Descripción criminológica que se condice plenamente con la realidad nacional, donde los datos que nos proporciona la estadística criminal da cuenta, de un gran número de delitos de esta especie, que tiene por involucrados a personas que ejercen la Patria Potestad del impúber. Situación que ha incidido de forma concreta en una penalización más intensa de estos autores, tal como se desprende de los artículos 170° y 173° del C.P. al ser incriminados con una pena en puridad severa (cadena perpetua). Este es el marco estrictamente punitivo, sin embargo a parte de las penas, existen otras sanciones que también se perfilan en un cometido preventivo-general, de privar a estas personas de los cargos, funciones, oficios y/o deberes jurídico-institucionales que desempeñaban al momento de cometer el delito, que precisamente fueron utilizados para facilitar la perpetración del injusto típico. El artículo 36° del C.P. regula la pena limitativa de derecho conocida como la inhabilitación, que puede significar la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, como señala su inc. 5). Sanción que será impuesta conjuntamente con la pena principal (pena), al momento de emitirse la sentencia de condena según lo establecido en los artículos 37° y 39°[203] (*in fine*), es decir, en la culminación del Proceso Penal y no antes.

La Ley N° 29194, incorpora al artículo 177° del C.P. un segundo párrafo que a la letra señala lo siguiente: "*En los casos de los delitos previstos en los artículos 173, 173-A y 176-A, cuando el agente sea el padre o la madre, tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 36.*"

Del párrafo incluido al articulado in examine, ha de inferirse lo siguiente: primero, que a parte de la pena privativa de libertad que se imponga en la sentencia de condena, el juzgador tendrá la obligación de fijar conjuntamente con aquélla: la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela y, segundo, que dicha pena accesoria, tendría lugar en el marco de los delitos de Violación Sexual de Menores, Violación Sexual de Menores Seguido de Muerte o Lesiones Graves (procedió con crueldad) y Actos contra el pudor de menores.

Consideramos en principio acertado, que se aplique la incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, como pena accesoria, a todos aquellos que habiéndose aprovechado de dicha institución, hayan cometido aquellos

(203) La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regula por la ley. Se extiende por igual tiempo que la principal.

injustos a que se refiere la norma. Bajo la concepción de que dichos comportamientos adquieren un mayor disvalor, el tratarse de un bien jurídico de especial significancia para el impúber (indemnidad sexual) y en mérito a la relevancia de los deberes jurídico-institucionales que son quebrantados por el agente, lo cual resulta también plausible para reforzar los fines preventivo-generales de la reacción punitiva; pero vayamos a ver que en algunos casos, esta sanción tendrá un carácter en realidad simbólico, puesto que la pena privativa de libertad puede alcanzar un tiempo indefinido por la perpetuidad de su magnitud[204].

5. TIPO SUBJETIVO

La figura preterintencional posee una mixtura de dolo con culpa. Es decir, un delito inicial doloso y un resultado más grave imputable a título de culpa (negligencia, impericia, etc.), previsto por el agente, pero, no querido por él[205], no abarcado, entonces, por las dimensiones cognitivas y volitivas del dolo. Debe de haber un nexo de causalidad entre el resultado más grave sobrevenido y la conducta realizada por el agente. El resultado debe ser consecuencia de dicha conducta, mas no a efectos de la incidencia de factores externos, no previsibles y cognoscibles por el autor, en otras palabras, de cursos causales hipotéticos que no resultan imputables al autor por consideraciones normativas que se desprenden de los elementos que se compaginan de la moderna teoría de la imputación objetiva.

La previsión que hace alusión el tipo la interpretamos como culpa consciente (*con representación*). El agente se representa como posible la causación del resultado: muerte o lesión grave, pero confía en poder evitarlo; distinto lo que ocurre cuando el autor decididamente acepta la posibilidad de la causación del resultado y es lo que se denomina dolo eventual[206], es decir, en la culpa con representación al autor se le presenta un error en la efectiva virtualidad del peligro no permitido generado por su conducta o confía ciegamente en poder evitar su concreción lesiva, a diferencia del dolo eventual,

(204) Bajo la salvedad de que el condenado pueda interponer la acción de Revisión, a que hace alusión el artículo 59°-A del CEP, que procede a los treinta y cinco años de purgación de condena; previsión legal cuya materialidad es casi utópica.

(205) Las figuras preterintencionales son vestigios del Derecho Canónico, del famoso "*versari in re illicita*" (responsabilidad objetiva por el resultado). Nosotros a lo largo de este trabajo hemos rechazado rotundamente la construcción de esta figura por considerarla contraria a los fines de una dogmática jurídico-penal moderna y al Principio de Culpabilidad, que prevé que sólo son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. (artículo 11° del Código Penal). Nosotros somos de la idea de recurrir en estos casos al concurso de delito en base a una línea doctrinal más coherente y mayoritariamente compartida en la legislación comparada.

(206) Peña Cabrera, Raúl; *Derecho Penal. Parte General*; p. 523.

donde la esfera cognitiva del autor cubre a cabalidad el riesgo jurídicamente desaprobado.

En el supuesto de la comisión del delito procediendo con crueldad, su fundamento material de la misma es el incremento del contenido del injusto, que se expresa en un aumento del disvalor de la acción. GRACIA MARTÍN nos dice que: "...los males innecesarios en general, y el ensañamiento en particular, son hechos que suponen siempre una mayor gravedad de lo injusto(207).

En el injusto se reconozca la existencia de elementos subjetivos, lo que importa en realidad que estas actitudes de tendencia se ubiquen en la tipicidad. Así, MEZGER cuando estima que (...) la expresión "con alevosía, crueldad o con medios peligrosos para la comunidad" (....); también estos elementos delimitan la forma de ejecución del hecho injusto, especialmente reprochable o peligrosa(208). En efecto, somos de la opinión que esta especial actitud puede ser parte del injusto, siempre y cuando no releve una personalidad humana que pueda ser calificada como atávica, cuando se manifieste una personalidad como aprehensible a las normas jurídico-penales, en cuanto factibilidad de conducirse conforme a dicha comprensión normativa, esto quiere decir, que si el sujeto actuante revela una actitud psíquica intensa que afecta su predisposición a conducirse conforme a derecho, el juicio de valor se reconduce a la imputación individual, por lo que estaríamos frente a un inimputable (completo o relativo). Considerando a la Culpabilidad como capacidad de motivabilidad normativa disminuida, entonces tales elementos de la actitud interna (criticables o no) explica LUZÓN PEÑA, no tienen que ver con la culpabilidad, sino que cofundamentan, agravan o disminuyen el desvalor subjetivo (a veces subjetivo-objetivo) de la acción y determinan la clase y gravedad del tipo; son por lo tanto también elementos subjetivos del tipo o del injusto(209).

6. CONSUMACIÓN

En cuanto al momento de realización típica, al constituir la figura in examine: un delito preterintencional, no es admisible una forma imperfecta ejecución, en la medida que el resultado más grave producido es imputable a título de culpa, por tanto, la doctrina penal es unánime al considerar que la punibilidad del injusto imprudente está condicionado a un resultado determinado. Si no se produjo la muerte o se infringieron lesiones graves en la víc-

---

(207) Citado por QUINTERO OLIVARES; GRACIA MARTÍN; op.cit; p. 40.

(208) MEZGER, E.; *Orientaciones actuales de la Dogmática....*, cit., p. 38.

(209) LUZÓN PEÑA, D.M.; *Curso de Derecho Penal...*, cit., p. 395; En opinión de BUSTOS RAMÍREZ, tales elementos subjetivos parece difícil plantearlos en el injusto como un problema de tipicidad, de desvalor de acto, y aparecen mas bien como problemas propios al sujeto responsable (a la culpabilidad en sentido tradicional; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 187.

tima, simplemente la conducta es penalizada según los alcances normativos de los tipos penales que glosa el artículo 177°.

MANUTENCIÓN DE LA PROLE

El artículo 178° del Código Penal, reza de la siguiente manera luego de la Ley N° 30838:

Art. 178.- *En los casos comprendidos en este capítulo, el juez penal debe resolver, de oficio o a petición de parte, sobre la obligación alimentaria a la prole que resulte, aplicando las normas respectivas.*

La obligación alimentaria a que se hace referencia en el primer párrafo comprende lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica, y recreación del niño o del adolescente y, del mismo modo, los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto.

La decisión del juez respecto de la obligación alimentaria comprende la asignación anticipada de alimentos durante la investigación fiscal, así como la fijación de la obligación de prestar alimentos inclusive antes de la sentencia atendiendo al material probatorio disponible[210].

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Este artículo ha sido objeto de varias modificaciones normativas. La primera de ellas, fue la modificación efectuada por la Ley N° 26770 del 15 de abril de 1997, mediante la cual solo operaba la eximente de pena a la celebración de matrimonio con la ofendida exclusivamente, en lo que concierne al artículo 175° del Código Penal (Seducción).

Es de verse, que el tipo legal del artículo 178° -primigenio-, preservaba aún vestigios moralizantes que se desprendían de cuño, de la ideología positivista y conservadora que impregnaba el Código Penal de 1924; al considerar que el bien jurídico protegido en este capítulo era la «el honor sexual de la víctima».

Finalmente, con la dación de la Ley N° 30838, se pretende dar una mayor especificidad legal, a las atribuciones y facultades que debe ejercer el juez penal en el marco de un proceso penal sexual, entendiéndose la tutela legal y jurídica que se quiere dar a la prole, en cuanto a todo lo que debe comprender la «obligación alimenticia» y en específico la asignación anticipada de alimentos («responsabilidad especial»). Los Alimentos constituyen un presupuesto vital para la existencia humana, *conditio sine quanon* para la autorrealización del individuo. ¿Qué hemos de entender por alimentos?

(210) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 agosto 2018

El artículo 472° del C.C. dispone que se entienda por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo(211). Asimismo, se define en la nueva redacción normativa, que también se incluye en dicho concepto, los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto

El CP en el Capítulo IV del Título III, tipifica determinados delitos a efectos de tutelar debidamente la familia, y concretamente, la asistencia familiar que se derivan del derecho alimenticio de hijos a padres y viceversa. De tal modo, que los alimentos al constituir un derecho de primer orden en el compendio de valores del orden jurídico, ha merecido su reconocimiento como bien jurídico de tutela penal. Son los artículos 149° y 150°, los tipos penales que describen conductas que ponen en peligro concreto el bien jurídico objeto de protección. El tipo penal de omisión de asistencia familiar, se manifiesta, cuando el agente omite prestar (omisión propia) las providencias necesarias –de naturaleza material-, a sus menores hijos, para que se puedan cubrir sus necesidades básicas de manutención. Esta infracción normativa no exige para su consumación efectiva, causación de un daño, pues, se trata de un delito de peligro concreto, en tales casos, se tutela al subsistencia básica de los miembros de la familia, por lo que estos tipos suponen en realidad una infracción del deber o de ámbitos de organización que se deducen a partir de ciertas instituciones jurídicas. Mientras, que el tipo previsto en el artículo 150 implica la creación de un estado de necesidad, producto del abandono a que se ve afectada la mujer en estado de gestación, por quien la ha embarazado. Estado situacional crítico que provoca no sólo un peligro para la vida del nasciturus, sino también, para la propia vida y salud de la gestante.

Es de verse, que el NCPP, ha previsto en el ámbito de las medidas reales preventivas, la pensión de alimentos anticipada, cuando los efectos perjudiciales del delito han generado un estado de necesidad, en cuanto a la incapacidad de los ofendidos por el delito, para solventar sus gastos alimenticios(212). De todas formas, debe subyacer una relación normativa, entre la conducta delictiva cometida por el autor y el estado de necesidad (alimenticio) como resultado concreto de la realización de este comportamiento –objeto de persecución penal-.

---

(211) Según lo previsto en el artículo 473° del C.C. el mayor de dieciocho años, sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

(212) Así, el artículo 675° del Código Procesal Civil – asignación anticipada de alimentos (Medidas temporales sobre el fondo).

CONCEPTOS PROGRAMÁTICOS

Concretamente, la tutela penal se extiende a proteger la personalidad moral de todos los miembros de la comunidad"[213]; de hecho, la tutela de la moral sexual, suponía restringir el ámbito de protección de la norma de forma injusta e arbitraria; pues eran las jerarquías o posturas sociales, que definían en base a determinados parámetros, quien era portador de dicha consideración subjetiva. Entonces, quienes desarrollaban determinados comportamientos «socialmente negativos», quedaban fuera del radio protector de la norma, eran sustraídos de tutela penal, pues estas personas no portadores de la llamada «moral sexual». Así, las personas dedicadas a la prostitución, la mujer soltera que ya había alcanzado una determinada experiencia sexual, la esposa con respecto a los actos sexuales que cometa el marido sin su consentimiento, no eran sujetos pasivos de algunas figuras delictivas que se glosaban en dicha capitulación.

Dicho así, un Derecho penal anclado en concepciones éticas, morales y religiosas, termina por desnaturalizar el norte finalista de las normas penales, esto es, la protección preventiva de bienes jurídicos; así también termina arrastrando los principios jurídicos que construyen el cimiento del modelo ius-constitucional, como es la igualdad y la libertad humana.

La acentuación de conceptos moralistas repercuten en la construcción de figuras normativas que llevan el acento más en la persona, que el hecho que incide en la tipificación penal; los estigmas, las rotulaciones sociales, terminan por debilitar las bases liberales del Derecho penal, transformándolo en el receptáculo de valoraciones meta-jurídicas pertenecientes a grupos y sectores de la sociedad, que pretenden hacer del control punitivo, el resguardo normativo, la seguridad cognitiva de dichos conceptos.

Un texto punitivo como el de 1991, inspirado en una política criminal liberal y de en una dogmática de fiel respeto a los principios que caracterizan a un Estado Social y Democrático de Derecho, habría de redefinir el ámbito de punición, partiendo de la libertad humana y el respeto a su intimidad, como el sillar edificativo de todo el constructo normativo.

La definición del honor era poco delimitable y traía problemas en su interpretación, en vista de su eminente relatividad y vaguedad interpretativa.

Exige este concepto, por lo tanto, la abstención de los placeres libidinosos calificados por ilícitos por la moral mínima de un pueblo dado y re-

(213) Peña Cabrera, Raúl, *Derecho Penal Peruano, Parte Especial*, Lima-Perú, 1964, p. 204, el Código Penal de 1924 comprendía en su artículo 204° lo siguiente: «En los mismos casos el delincuente quedará exento de pena, si se casara con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después, de restituida al poder de sus padres o guardador o a otro lugar seguro».

quiere, igualmente, una correcta actitud respecto del pudor público y privado, sentenciaba BARRERA DOMÍNGUEZ[214]. En el aspecto sistemático, la doctrina primitiva unificaba, dentro del concepto de delitos carnales, toda satisfacción ilegal del instinto sexual, relata MEZGER[215]. Su colocación como bien jurídico conllevaba la subjetivación y la estigmatización de ciertas representaciones de contenido ético-morales incoherentes con la tendencia de una política criminal moderna y liberal. Una salida se ofrece en cuanto que, por lo general, una reforma del Derecho penal no entra en tierras vírgenes, sino que puede enlazar con tradiciones[216]. El legislador tomo conciencia de este nuevo enfoque jurídico-penal y determinó que el bien jurídico protegido era la «libertad e indemnidad sexual». Luego, con dación la Ley N° 27115 del 117 de mayo de 1999, terminó por modificar sustantivamente el artículo -en análisis-, en base a dos puntos controvertidos y que son aún materia de discusión por la doctrina jurídico-penal: desde el punto de vista procedimental, todos los delitos comprendidos en este capítulo pasan a ser perseguidos de oficio (acción penal pública(217)) y; termina por eliminar totalmente toda posibilidad de utilizar la institución jurídica del matrimonio como causa eximente de responsabilidad penal.

Sin duda, vislumbramos hoy en día, que las sucesivas modificaciones que ha sufrido el articulado *in examine*, manifiestan el proceso normativo de un Derecho penal sexual moralista a un Derecho penal sexual liberal, en el sentido de despojar a estos delitos, de matices moralistas, que de una u otra forma se constituían en un obstáculo de una efectiva persecución y sanción del delito.

Ahora bien, no solo entendido ello, en el marco del «*ius puniendi*» estatal, de que el sistema jurídico se oriente exclusivamente bajo los derroteros exclusivos del Derecho penal; dicho esto así: si bien la realización de la justicia supone en principio que el infractor de la norma jurídico-penal sea sancionado con una pena a la medida de la gravedad del injusto penal y en relación al grado de reproche individual; no es menos cierto, que dicha justicia no puede colmar de forma suficiente los intereses sociales que constituyen el soporte axiológico de la persecución y sanción del delito. En tal medida, una justicia Penal en el marco de un orden social de Derecho, debe ocuparse también de la víctima.

No olvidemos que el Estado, en base al contrato social, despoja a la víctima del derecho vindicativo, a fin de revestir a la víctima de seguridad, a

---

(214) BARRERA DOMÍNGUEZ, Humberto, *Delitos Sexuales*, op. cit., p. 67.

(215) MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., p. 106.

(216) KLUG, Ulrich, *Problemas De filosofía del derecho y de política en el Derecho penal sexual*, op. cit., p. 31.

(217) Vide, al respecto, los aspectos procesales en los delitos sexuales.

la población de justicia y al orden jurídico de racionalidad; de tal forma, que esta «usurpación punitiva», solo será legítima en cuanto ofrezca al ofendido un abanico de respuestas favorables a sus legítimas expectativas. A tal efecto, consiguiente, hacer que todos estos injustos penales, sean perseguidos por acción penal pública, implica un reforzamiento de la tutela de la víctima y de la prevención general positiva, en cuanto a la conciencia de la ciudadanía sobre la efectiva vigencia de la norma.

Así también, la eliminación de la exención de pena por matrimonio subsiguiente, que tanto por motivos de política criminal como razones esencialmente dogmáticas constituye un total despropósito, pues está la derogada «exención de pena», no se ajusta a ninguno de los parámetros que se desprenden de la teoría de la imputación del delito; concretamente de las condiciones legales supresoras de punibilidad. Cuestión que será retomada más adelante.

Es de verse así, que el artículo 178°, según su redacción actual, respira vientos de modernidad, justicia y racionalidad.

2. COMENTARIO

2.1. Indemnización civil a la víctima

A nuestro entender esta previsión pudo haber sido omitida. El Título VII de la Parte General (de la reparación civil y sus consecuencias accesorias) es lo suficientemente completo para poder aplicarse a cualquier hipótesis delictiva, sin interesar la naturaleza jurídica del delito en cuestión. Esta previsión estaba tipificada en el artículo 204° del Código Penal de 1924; a diferencia del texto legal vigente, esta obligación de carácter civil sólo estaba contemplada para los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer.

El fundamento de esta previsión reside en la protección eficaz que el Estado debe de otorgar a las víctimas de la criminalidad sexual; pues, en verdad, la reparación del daño por el delincuente redunda en beneficio directo del ofendido, lo cual se ajusta a la idea de una tutela jurisdiccional efectiva, de común idea con el principio de protección de la víctima. Daño que si bien es cuantificado patrimonialmente, de acuerdo a los preceptos que se desprenden del texto punitivo, encierran en realidad una afectación que trasciende un ámbito estrictamente económico, pues vaya que los efectos perjudiciales de la víctima penetran en el ámbito de la dignidad y de la psique humana; pues el recuerdo de la violencia sexual a la que fue sometida, la atormentará por un lapso de tiempo que supera con creces el estrictamente penal; de tal manera, que la reparación del daño en el ámbito de estos injustos penales, no puede ser entendido desde una perspectiva netamente patrimonialista.

Mucho se ha discutido sobre la rehabilitación social del condenado –del sujeto infractor- la resocialización como mito o realidad, ha sido la constante en las ideologías penales de siglos atrás; sin entrar al análisis de la rehabilitación social de la víctima, pues luego de ser afectada, con tan grave delito, su personalidad así como su relación con los demás se verá perturbada con el imborrable recuerdo del suceso delictuoso. Por lo expuesto, cabe ahora una redefinición del Sistema Penal en cuanto a la víctima, a fin de que reciba una reparación civil debidamente proporcional a la magnitud del daño ocasionado por la conducta criminal, de impedir una segunda victimización y de someterla a todo un proceso de rehabilitación social.

Es necesario hacer hincapié en que la sentencia que emita el órgano jurisdiccional penal no va a pronunciarse acerca de la filiación paternal del agente; sino, sólo va a determinar la obligación alimenticia que recaerá sobre su persona. La paternidad deberá ser declarada en la jurisdicción civil, tal como lo prevé el artículo 402° inciso 4 del Código Civil (declaración judicial de filiación extramatrimonial). Otro asunto, es que el artículo 178° se refiere a la "prole" y no al "hijo", por ello la sentencia penal no puede establecer una relación filial, cuestión difícil de determinar, por ejemplo, en los casos de coautoría [218].

El tipo debe ser más escueto en el sentido de que debe interpretarse que se prestará alimento a la prole que resulte de su propio acto no de un tercero, lo cual supondría un exceso[219]. Es decir, la manutención sólo debe recaer en aquel niño que realmente se ha demostrado su filiación paternal con el autor. Por eso somos de la consideración que desde una perspectiva de *lege ferenda* se debería ampliar las facultades de la jurisdicción penal para pronunciarse también acerca de la filiación de paternidad tal como lo dispone el Código Penal español de 1995[220]. De esta forma, si la mujer decide continuar con el embarazo, el Tribunal tendrá que resolver en orden a la filiación del hijo, para luego poder fijar la pensión alimenticia[221].

---

(218) Citado por Caro Coria; Bramont-Arias Torres L.A./García Cantizano M.C., Manual, P.E., cit. En n. 131; p.262; op.cit.; p. 147.

(219) Villa Stein; ps. 207-208.

(220) El Código Penal Español de 1995 en su artículo 193°, dispone que "En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos"; al respecto Carmona Salgado, escribe que el nuevo precepto, por motivos lógicos de economía procesal, señala que estos tres aspectos deberán ventilarse en la misma sentencia condenatoria por delito contra la libertad sexual; *Delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 355.

(221) Serrano Gómez, A.; ob.cit.; ps. 254-255.

3. LA PENSIÓN ANTICIPADA DE ALIMENTOS COMO MEDIDA PREVENTIVA REGULADA EN EL NUEVO CPP

En los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar prevista en el artículo 150° del Código Penal[222], violación a la libertad sexual, o delitos que se relacionan con la violencia familiar, el Juez a solicitud de la parte legitimada impondrá una pensión de alimentos para que los directamente ofendidos que como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades, tal como se desprende del artículo 314. La necesidad de imponer una pensión alimenticia, como medida cautelar, se deriva de la comisión de ciertos delitos que importan la generación de un estado antijurídico, determinado por un estado de necesidad, en que se coloca la propia víctima del delito o una persona indirectamente perjudicada por aquél.

Con todo, el delito de homicidio, supone la eliminación de un individuo, que seguramente cuenta con una familia, en el cual él era el soporte económico, pues, en sus hombros cargaba todo el sostenimiento material de la unidad familiar; así también, en el caso de las lesiones graves, tal como describe la morfología en el tipo del artículo 121, las lesiones producidas pueden causar en la persona ofendida, incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica. Situaciones todas éstas, que colocan al directo agraviado o a su familia en un eminente estado de necesidad, v. gr., amputaron ambos brazos a un taxista, o un jugador de fútbol quedó inválido. En el caso de violación a la libertad sexual, pueden darse dos supuestos: -primero, que la víctima del delito, producto del impacto emocional o de los golpes recibidos haya quedado imposibilitada de seguir laborando en sus tareas ordinarias; y, segundo, cuando producto de la violación sexual, la víctima queda embarazada, en tal circunstancia, el imputado (autor y/o coautores), quedan obligados a asistir alimenticiamente al menor, o de costear los gastos del parto. Claro está, que la asunción de estos conceptos por parte del imputado, no le exime de responsabilidad penal[223] ni tampoco como un factor atenuante, sólo se comprende en el ámbito de una medida cautelar de forma anticipada.

---

(222) La exclusión del injusto comprendidos en el artículo 149 (omisión de asistencia familiar), se justifica en el sentido, de que la persecución penal de esta figura delictiva, está condicionada a una condición objetiva de perseguibilidad, concretamente, es indispensable que el agente haya desobedecido una resolución judicial firma de la vía civil, que le ordenaba asistir con una determina cantidad por concepto de pensión alimenticia. Por consiguiente, la persecución penal a la cual es sometida el sujeto obligado, no obstaculiza la efectividad del mandato jurisdiccional civil, que puede concretarse a partir de las medidas que el Código Procesal Civil dispone a este respecto (proceso de ejecución de resoluciones judiciales).

(223) Antes de la modificatoria producida por la Ley N° 27115 del 17/05/99 al artículo 178 del C.P. el agente podía salir exento de pena, cuando se casaba ulteriormente con la supuesta víctima. Modificación saludable, a efectos de fortalecer la protección de este

4. LA EXENCIÓN DE PENA POR MATRIMONIO SUBSIGUIENTE

El tipo legal del artículo 204° del Código Penal de 1924 y el actual artículo 178° del Código Penal de 1991, antes de las modificatorias efectuadas por las leyes N° 26670 y la 27115[224], revestía un bien jurídico protegido, enfocado desde un prisma netamente moralizador. En efecto, dominaba la idea de que el Derecho Penal debe de garantizar un mínimo ético y por tanto había que sancionar los atentados contra valores éticos - fundamentales para preservar la entidad moral de la sociedad. Es de recibo, que la acentuación de un contenido moral, desencadenó una serie de consecuencias jurídico-penales en esta capitulación, que en este caso supuso la introducción de una exención de pena, que como veremos más adelante no se encuentra comprendido legítimamente en el marco de categoría dogmática alguna, ora en la culpabilidad ora en los estados de inexigibilidad.

Desde esta óptica, la mujer desempeñaba un rol estereotipado, en él cual su desarrollo personal se encontraba sometido bajo el imperio -en primer orden del padre y posteriormente del marido-. Se consideraba que la violación sobre la menor sólo producía una alarma social a nivel familiar, subsecuentemente la figura del matrimonio era una solución perfecta para estabilizar el orden alterado por el hecho delictuoso; sin duda, el conservadurismo de la época llevaba a la configuración de ciertas posiciones sociales que no se condicen con las bases liberales del Estado de Derecho, donde la pureza de la mujer era una especie de tesoro a salvaguardar, hasta antes del matrimonio, pues la iniciación sexual de aquella era sinónimo de "vergüenza familiar", cuya solución era definitivamente el matrimonio, esté o no en estado de gestación.

De estas concepciones tradicionales y conservadoras, surge la idea de que el matrimonio podía ser utilizado como un instrumento de exención de pena a todos aquellos agentes delictivos, que pese a haber realizado un acto típico antijurídico e imputable personalmente, puedan eludir la justicia penal acogiéndose a este beneficio (propio de un Derecho Penal Premial)[225] y consiguientemente se creaba una causal de impunidad. Se regla en reali-

---

bien jurídico, y a fin de evitar posibles chantajes entre la pareja criminal.

(224) En España, en el año de 1989, se suprimió definitivamente la institución del perdón del ofendido en los delitos sexuales. La posibilidad de que tenía la víctima de estos delitos, pueda perdonar después al autor, dejando sin efecto la imposición de una pena o suspendiendo el proceso, queda completamente abolida con la Reforma de 1989.

(225) De esta manera la víctima, ostentaba una potestad decisoria de la promoción de la acción penal o la exención de pena del autor (en un proceso ya iniciado), al conceder su permiso para contraer matrimonio con el ofensor. Consecuentemente, la institución del matrimonio era un instrumento idóneo para eludir la acción de la justicia, sobre todo en aquéllos que detentaban una situación económica prospera, que transaban su responsabilidad criminal a cambio de una suma dineraria.

dad una regulación penal exclusivamente para la mujer "soltera", que pueda ser víctima de la violencia sexual, es decir, se utiliza el Derecho penal para garantizar normativamente determinadas posturas sociales, que nada tienen que ver con el ámbito legitimador del derecho punitivo; bajo dicha consideración, la correspondencia sólo cabe ante un bien jurídico sin base material, puramente cargado de una dosis moralista, que infiere una normación discriminatoria, pues según este aparatado, la víctima debía ser sólo la mujer y no el hombre, cuya consecuencias más inmediatas eran la impunidad del autor y la realización de los más viles chantajes, pues esta cláusula legal podía ser utilizada con cortapisas para penalizar conductas carentes de relevancia jurídico-penal.

El tipo penal indicaba que *"el agente quedará exento de pena si contrae matrimonio con la ofendida, prestando ella su libre consentimiento, después de restituida al poder de sus padres o tutor, o a un lugar seguro..."*[226].

De lo cual se podían inferirse dos deducciones:

1. El consentimiento -dice el texto- debe ser dado por la ofendida después de haber sido restituida a los padres o guardadores o a otro lugar seguro. La redacción de tal dispositivo era deficiente, pues pareciera que el consentimiento del padre o tutor era suficiente para casar a una menor. Pero, en verdad la agraviada posee indiscutiblemente libertad de decisión. Esta redacción defectuosa se dejaba sentir aún mas en el supuesto de que la ofendida contraiga matrimonio libremente, esto es, otorgando su consentimiento y sin violencia, pero antes de ser restituida a un lugar seguro. Por consiguiente, para proceder la eximente debía producirse la restitución de la víctima a sus padres o guardadores, pensamos que aquello solo procedía en el caso de una menor de catorce y menor de dieciocho años, pues en este caso al matrimonio requiere del consentimiento de los padres, tal como se desprende de los dispositivos del derecho privado; en tal medida, si la víctima tenía ya 18 años de edad, no era procedente la restitución y si era menor de catorce años, en definitiva al haberse afectado la indemnidad sexual, simplemente no era admisible la exención in examine. Considerar lo contrario, significaba reducir injustificadamente el radio de acción de dicha disposición legal, pues ante hechos similares debe darse una solución también similar.

(226) Es importante destacar el Informe realizado por la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer, "la modificación no impide que la víctima, si lo desea pueda casarse, pero ese matrimonio, al igual que en los demás delitos, no puede ser causa de exención de pena". Informe de la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer. Informe N° 002-96-DP-DM.

De una interpretación como ésta parecería que la acción penal procediese. De la regla en examen no puede inferirse esta consecuencia. SEBASTIAN SOLER está en la auténtica interpretación, cuando escribe que el consentimiento a que la ley se refiere no es el que se da ante el Oficial del Registro Civil, sin el cual no debe haber matrimonio, sino que prevé el caso en que el matrimonio no ha tenido lugar válidamente, ya sea porque la víctima, no restituida, ha obrado bajo coacción, o porque sencillamente no ha habido matrimonio. Entonces, prescribe ciertas formas procesales previas a la celebración[227]; sin embargo, el Derecho no podía ponerse siempre en dicha presunción, pues que pasaba cuando las nupcias no había sido en realidad efectuada, lo dicho por el autor argentino quedaría sin sostén, entonces, creo que la ratio de la norma, era la obtención del consentimiento de los padres a contraer matrimonio, ante personas impedidas legalmente de hacerlo.

La excusabilidad emerge solamente de un matrimonio válido[228], de las nupcias contraídas con arreglo a Ley, concretamente según lo disponen los artículos 248° y ss., del Código Civil.

2. Por otro lado, como bien anota Beatriz Merino se presumía equivocadamente que la violación había ocurrido mediante la figura del rapto, la misma que quedaba configurada cuando señalaba que el matrimonio deberá producirse luego que la víctima hubiera sido restituida a sus padres o tutores, a un lugar seguro[229]. Esta previsión devenía en incoherente porque el rapto es una figura que ya no es catalogada como delito en el actual *Corpus* punitivo. La legislación extra - penal refuerza esta aseveración, el Código Civil de 1984 en su artículo 277° inciso 3, señala que "el matrimonio realizado del raptor con la raptada es anulable".

No podemos olvidar que uno de los fines de la pena es la prevención general; la cual se expresa en dos etapas: la conminación legal y la aplicación judicial (prevención general positiva y negativa). De esta forma, los fines atribuidos a la pena no se cumplían en este caso. Ese efecto disuasorio o intimidatorio no se producía en el colectivo; más aún se incentivaba a la comisión de tales actos delictuosos al verse amparados por tal eximente.

Luego, desde un prisma de una política criminal coherente y de acorde con un Derecho Penal Democrático y Garantista (lineamiento que aco-

---

(227) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 339-340.

(228) Cfr. ROY FREYE, L.; *Derecho Penal. Parte Especial*; SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 339.

(229) BEATRIZ MERINO, LUCERO; Matrimonio y Violación. *"El debate del artículo 178° del Código PenalPeruano"*; Atena Editores, noviembre de 1997, Lima-Perú, p. 98.

ge el texto punitivo de 1991), cuya finalidad no puede ser la tutela de concepciones éticas de algunos sectores de la sociedad; sino su finalidad debe de dirigirse a la protección de aquello intereses fundamentales que el individuo necesita para poder desarrollar su personalidad en un sistema social. En este caso sería la libertad sexual.

Concluyendo en este punto, consideramos que la modificación efectuada por la Ley N° 27115, es acertada porque de estas forma se ha eliminado no sólo la posibilidad de impunidad del agente delictivo; sino también, la posibilidad que tenían las dos partes: víctima - victimario, de utilizar el acto de "violación" como un instrumento de chantaje a cambio de una prestación dineraria -del cual sólo podían ser favorecidos muy pocos: sólo aquellos que contaban una posición económica ventajosa.

4.1. Exención de pena no se extendía a los coautores y/o participes

Cualquiera sea el concurrente en el delito, cuando se contraía matrimonio con la ofendida, los efectos extintivos benefician a todos los coautores.

Es importante destacar, que los delitos sexuales no son delitos de propia mano, esto es, una real afectación al bien jurídico no está condicionada a la realización corporal del tipo penal, en estos casos lo que se reprime no es la satisfacción de un ánimo lascivo y/o libidinoso del sujeto activo, sino más bien, la esfera de autodeterminación sexual de una persona, que puede verse vulnerada tanto cuando es accedida carnalmente contra su voluntad, así también cuanto una persona (hombre de atrás) lo ejecuta a través de otro (hombre de adelante); de tal modo, que en estos delitos también es admisible una autoría mediata así como una coautoría. Pudiendo ser autora mediata una mujer, así como coautora, tal como lo dejamos sentado en una monografía anterior[230], pues la libertad sexual de una persona puede ser quebrantada, cuando una persona ejerciendo un dominio fáctico sobre otra, determina a ésta a acceder sexualmente a la víctima; dicho a modo de ejemplo: la mujer que instrumentaliza a un inimputable (oligofrénico), para violar a su enemiga.

Máxime, la modificación efectuada a esta capitulación por la Ley N° 28251, que amplia de forma considerable las formas de comisión típica, demuestra con rayana certeza, que estos delitos pueden ser cometidos por cualquiera, y que no requieren necesariamente de una conjunción carnal, al poderse incurrir en la infracción penal con la introducción de otras partes del cuerpo y de objetos sustitutos al pene, en las cavidades anal yo vaginal.

(230) Ver al respecto infra, Autoría y participación en los delitos sexuales: Delitos contra la Libertad e ..., cit; ps. 105-108.

Ahora bien, quedando perfectamente establecido dogmáticamente que estos delitos no son de propia mano, sino determinados actos fácticamente establecidos en la descripción típica.

Para ser autor, entonces, se requiere de un dominio del hecho, dirigido al acceso carnal del sujeto pasivo o a la inversa, quebrantando su voluntad a partir de los medios comisivos que se desprenden de las diversas tipificaciones penales, sea accediendo carnalmente al sujeto pasivo, sea ejerciendo el despliegue de una violencia física necesaria y/o una amenaza grave, en este caso advirtiéndose una co-delincuencia, definida por la división de tareas (co-dominio funcional del hecho). Esto quiere decir, que para poder ser equiparado a nivel de autor es necesaria la realización típica del delito, en este caso la realización directa del acceso carnal, mediando los medios comisivos que describe la Ley, utilizando a otro, en aprovechamiento de un déficit de la esfera de organización del hombre de adelante y, en base a la distribución de tareas basadas en la concertación de voluntades criminales, que deben ser ejecutadas en sede de la ejecución típica. Por consiguiente, ¿Quiénes podrían beneficiarse con la exención de pena? si son varios autores, es evidente que la supuesta víctima sólo estaba en posibilidad de contraer nupcias con uno de ellos, por lo que la elección estaba sometida a su discrecionalidad, bajo parámetros esencialmente subjetivos; por tanto, mientras uno de los coautores se salvaba de ir a prisión, contrayendo matrimonio con aquella, el otro coautor era pasible de una sentencia condenatoria, de ser recluido en un establecimiento penitenciario y, de asumir todo la responsabilidad pecuniaria, esto es, sobre sus hombre cargaba todos los costes de una infracción normativa, cuya lesión al bien jurídico fue obra conjunta de dos personas, lo cual resulta a todas luces injusto y arbitrario, en franca, contravención al principio constitucional de igualdad jurídica. Por otro lado, ¿Qué pasaba con los otros intervinientes del suceso típico, que sin ostentar el dominio del hecho, realizan un aporte necesario y/o secundario para alcanzar la perfección delictiva, así como el sujeto, que determina psíquicamente a otro, para que éste último realice de propia mano la actividad típica?. Nos referimos a los cómplices y al instigador, según las reglas del principio de accesoriedad en la participación.

Siendo así, resulta que las personas que actúan en base a dichos roles, no eran pasibles de ser beneficiados con dicha exención de pena, pues según se establecía en la disposición legal en análisis; de tal forma, que el sujeto que tenía todo el dominio del hecho era sustraído de la pretensión punitiva estatal en base al matrimonio subsiguiente y, otro, que apenas aportó una contribución de mera relevancia, tenía que afrontar la descarga del aparato punitivo. Con ello, se quiebran principios penales fundamentales, como de proporcionalidad, culpabilidad y lesividad (ofensividad), así como el principio de Igualdad ante la ley, él cual constituye una garantía jurídica de la persona a ser tratado igualitariamente, sin discriminación alguna, a estar sometido a las mismas leyes y a ser objeto de idéntica protec-

ción penal. El Código Penal en su artículo 10° dispone que la ley penal se aplica con igualdad. No sólo contravenía este principio; sino también, era dogmáticamente erróneo -dado que tanto el instigador como el cooperador (primario o secundario) denotan un menor contenido del injusto y, por ende, merecen un tratamiento punitivo de forma atenuada, no pudiendo ser valorada su aportación delictiva con el mismo barómetro.

Era una disposición legal de exoneración de pena, dirigida esencialmente a la mujeres solteras, pues si la ofendida era una mujer ya casada, tendría que divorciarse con su marido, para luego contraer nupcias con el agresor sexual, lo cual es un absurdo; todo lo cual demuestra que dicha disposición mostraba un relativismo y un escaso margen de efectividad en los casos concretos, pues parece que más estaba dirigido a desplegar una función ético-social.

Esta previsión contradecía flagrantemente el artículo 26° del Código Penal acerca de la incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes. Esta exención -como opina SOLER- es una especie de perdón que apareja necesariamente el efecto concomitante de la comunicabilidad, consecuencia que sería difícil aceptar si la estimásemos como excusa absolutoria, una de cuyas notas es precisamente la intransferibilidad, la no comunicabilidad de aquellas circunstancias que importan una valoración estricta de imputación individual.

El dispositivo 178°, en su tercera parte, no podía albergar una exención de índole personal incomunicable; basta pensar que la ley -apunta Uré- no tiene en cuenta aquí a la persona del culpable, ni hace valer como arrepentimiento su decisión matrimonial. Consulta los intereses de la víctima y de la familia, con el criterio que inspira a las acciones dependientes de instancia privada, presumiendo ahora que al prosecución del juicio es más dañosa para aquéllos que la misma represión, no sólo por el "*strepitus fori*", sino también porque mediante ella se atentaría contra la familia, sea por la prisión del marido, sea por el debate en torno a las relaciones de la esposa con los copartícipes de aquél[231].

El matrimonio entre la ofendida y el autor consagraba un interés familiar que se anteponía al del Estado, un interés familiar que en realidad no puede sustentar válidamente una excusa absolutoria en un orden democrático de derecho, quiere decir esto, que la legitimidad de esta institución punitiva reposa en una finalidad teleológica, de garantizar la plenitud del orden jurídico, la coherencia sistemática que debe preservarse entre los fines del Derecho penal y el resto de parcelas del ordenamiento jurídico, que no exista una contradicción insalvable que atente contra su plenitud. Según COBO VIVES por una parte puede sostenerse que no excluyendo ni el injusto penal ni tam-

(231) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III; p. 340.

poco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden la presencia de un delito, sino, sólo excepcionalmente el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona[232], circunstancias que deben existir al momento de la realización típica. Son causales de exclusión de pena que hace referencia a una determinada relación que debe subyacer entre el sujeto activo con el sujeto pasivo del delito, relación que *per se* fundamenta político-criminalmente el decaimiento de merecimiento de pena. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también que parezca necesaria y oportuna su conminación penal[233]. En definitiva, las excusas legales absolutorias son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena a un delito[234].

Sin embargo, BARRERA DOMÍNGUEZ, señalaba, entonces lo siguiente: "La legislación penal colombiana[235] no la extiende expresamente a todos los que concurren en el delito; la eximente de la sanción penal (no del delito) tiene carácter subjetivo, porque se fundamenta en el arrepentimiento de quien se casa y en la reparación del daño privado que lleva a efecto mediante el matrimonio que contrae; no existe razón alguna para que quienes han revelado peligrosidad social con la participación en el delito no sean reprimidos penalmente; no todos los codelincuentes han reparado el daño, ni exhibido ese arrepentimiento eficaz que explican la exención de pena; no es necesario sacar de la cárcel a todos los copartícipes del delito, para evitar que estén separados quienes han contraído matrimonio, ni ello se hace necesario para mantener la paz de la familia; en fin, solamente es uno que contrae matrimonio y sólo respecto a él se justifica la excusa absolutoria[236]. Con ello, solo daba respuesta el autor colombiano a la naturaleza jurídica de una excusa absolutoria, que no está condicionada al arrepentimiento del autor, sino a

(232) COBO/ VIVES. *Derecho penal. Parte General.....*, cit., ps. 957 y ss.; Cfr.; CUELLO CONTRERAS señala que se trata de causas de exclusión de la punibilidad que presuponen la constatación del injusto y la culpabilidad que, sólo posteriormente, producen sus efectos excluyentes de la responsabilidad penal por las más diversas razones de política criminal, que van desde el comportamiento posterior a los hechos del autor de los mismos, caso del desistimiento de la tentativa, hasta circunstancias de carácter personal basadas en las relaciones entre autor del delito y la víctima, caso del encubrimiento y los delitos patrimoniales no violentos entre parientes...; *El Derecho Penal Español. ParteGeneral.* cit., p. 1172.

(233) MIR PUIG, S.; *Derecho Penal, Parte General*, cit., p. 117.

(234) BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 252.

(235) Cuyo tenor literal señala, señalaba en el artículo 307° lo siguiente: "extinción de la acción penal por matrimonio. Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajera matrimonio con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos".

(236) BARRERA DOMÍNGUEZ, H.; *Delitos Sexuales*, cit., p. 194

que concurra en él la condición prevista objetivamente en el tipo legal; mas no justifica porque el matrimonio subsiguiente puede exonerar válidamente de pena al autor de tan execrable el hecho; lógicamente el hecho de aceptar el matrimonio, no puede importar un arrepentimiento real, sino la forma más fácil de sustraerse de la pretensión punitiva del Estado, es en realidad un acto de conveniencia y no de expiación personal.

De tal forma, que a fin de evitar que los costes gravosos de la pena, afecten instituciones tutelares básicas de la sociedad, se dispensa de pena a quien comete un injusto penal culpable; de ahí surge la figura de la Excusa absolutoria en el artículo 208°, cuando los delitos de hurtos, daños y/o defraudaciones se cometen entre personas que guardan una estrecha vinculación de parentesco. Empero, dicha justificación axiológica no era sustentable en este caso, pues la aparente honorabilidad mancillada de la víctima[237], no puede ser resuelto con el matrimonio, de ninguna manera, más bien su libertad mellada solo podía ser reivindicada con los mecanismos que se comprenden en la estructura del Derecho penal. En efecto, en cuanto a una debida tutela de la víctima y, a fin de resguardar los fines preventivos de la pena, tanto en su dimensión de prevención general negativa como positiva, pues los efectos disuasorios de la pena se anulan, al saber los autores potenciales que un obrar antijurídico de esta naturaleza era susceptible de no ser penalizado con un matrimonio subsiguiente y, de prevención general positiva, en cuanto a la debilidad de la vigencia fáctica de la norma, en cuanto su nula aplicación en los casos concretos. De forma resumida, una causal así concebida no se condice con los fundamentos de las causas supresoras legales de punibilidad, al no identificarse un bien digno de tutela que pueda superponerse a los estrictamente punitivos, y esto es así, en la medida, que su basamento es construido por una valoración estrictamente ética y no jurídica.

La Corte Suprema en una Ejecutoria del 30 de mayo de 1951, se adhería a esta interpretación al sustentar que "el matrimonio de la agraviada pone fin totalmente a la instrucción aunque en ella esté comprendido por el mismo hecho otro acusado[238]. La fuerza excusante del matrimonio extingue no sólo la acción penal sino también la ejecución y efectos de la sanción.

En síntesis, era incongruente según las reglas de autoría y participación que regula la parte general, que el matrimonio del agente con la ofendida eximan de pena a los coautores. No sólo por devenir en una causal de

(237) Así, MANZINI, al señalar que es justo y equitativo no tener separadas, con respecto al procedimiento penal a dos personas entre las cuales se interponía antes el delito, y después se unen con uno de los vínculos más sagrados; y es, además, prudente ayudar, con la concesión de la impunidad, la más grande reparación que el hombre puede dar a la mujer que deshonre; *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 58.

(238) Cit., p. 124; Citada por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. I.

impunidad sino también porque los delitos sexuales afectan un bien jurídico de carácter personalísimo, sea éste la libertad o intangibilidad sexual, por lo tanto cada ataque a este bien debe ser considerado como tantos delitos como ataques sexuales. Sin duda, era una exención por no menos decirlo "insólita" que no tiene cabida en un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos pilares principales son la defensa de los bienes jurídicos fundamentales y la realización de la justicia, como única forma de restablecer la paz y seguridad jurídica alterada por el delito; una exención así concebida lo único que generaba era impunidad, chantajes, y una vulneración flagrante al principio constitucional de igualdad jurídica.

De lo expuesto consideramos que la modificación realizada por la Ley N° 27115 constituye la reivindicación de un Derecho Penal Democrático y garantista de los derechos fundamentales del ser humano y, de ubicar a la mujer bajo un plano de igualdad. Por otro lado, se garantizan los efectos preventivos de la pena, en cuanto los fines que se desprenden de las normas jurídico-penales; concretamente la protección preventiva de bienes jurídicos.

TRATAMIENTO TERAPÉUTICO

El artículo 178°-A del C.P. describe esta disposición común, en los siguientes términos:

Art. 178-A.- El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico y psicológico que determine su aplicación, será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social[239].

1. CONCEPTOS GENERALES

No cabe duda que hablar sobre los delitos sexuales, es tomar una temática muy sensible para la población, en cuanto a los efectos que desencadenan la perpetración de estos ilícitos penales, pues se ataca de forma violenta una esfera de especial relevancia para el ser humano: la "sexualidad". A tal punto, que su registro en la estadística criminal es recogido de forma exuberante por la prensa, tanto en su variante escrita como televisiva. Los hechos más horrendos de la violencia sexual adornan los titulares de los diarios, en razón de su efecto comunicativo hacia el colectivo; es que se exploran los ámbitos más sórdidos del ser humano, y por otro, se produce el mayor de los repudios, ante su innegable dramatismo. Máxime, estos efectos son magnificados cuando la víctima del delito sexual es un niño, cuando la prensa muestra hacia el público como un sujeto pudo yacer carnalmente a

(239) Texto modificado por la Ley N° 30838 de 2019.

una bebé de seis o nueve meses de nacida; de ahí surge precisamente la demanda por una mayor criminalización; primero, por un deseo de vindicta pública, de ejercer una retribución severa, de ejemplo en cuanto al resto de la colectividad y, neutralizadora con respecto al autor; segundo, la sensación, es decir, la percepción temerosa de ser la próxima víctima, determina que la demanda se vea a partir de una acepción caracterológica del autor, en cuanto a su eminente "peligrosidad social", como un ser depravado al cual hay que apartar de la sociedad.

Todo lo dicho propicia un legislador atento a dichas demandas, las cuales son plasmadas en reformas penales, a fin de generar un estado se seguridad cognitiva en la población, sin interesar en su capacidad de rendimiento, esto es, en su efectiva virtualidad para reducir la criminalidad sexual; en este caso, recoge conceptos propios del positivismo criminológico, adentrando en la personalidad del autor, en los factores tendenciales, mejor dicho en un Derecho Penal de Autor.

Cuando tomamos conocimiento que un individuo (mayor de edad), ha ultrajado sexualmente a un bebe o a un niño de dos años, inmediatamente nos viene a la mente, la pregunta de si estas personas pueden ser mentalmente sanos, o es que acaso se trata de personas que adolecen de algún tipo de anomalía psíquica. Es que resulta muy difícil explicar dichos hechos, tanto por su magnitud lesiva como por la calidad del sujeto pasivo, de cómo una persona puede provocar tanto daño a un ser indefenso; máxime, cuando estos individuos son personas casadas, con hijos, con profesión, cuentan con un grado de intelectualidad.

Dicho lo anterior, las manifestaciones más depravadas de la personalidad humana, no necesariamente deben conducir a un ser inimputable, en tanto no se advierte una obnubilación suficiente de la conciencia, ni tampoco intervalos de trastorno mental; es que los deseos más perversos, más sórdidos del ser humano, pueden en un momento florecer y apoderarse de la mente de una persona, y convertirlo en los más crueles de los delincuentes. No podemos confundir a un psicópata con un psicótico; no son necesarios los estigmas somáticos ni los cuadros patológicos, ni una manifestación concreta del psiquismo. Momentos en los cuales el instinto animal triunfa sobre el raciocinio y sobre la intelectualidad humana. Habiéndose acreditado que en muchos de estos eventos, dichos sujetos actuaron de forma premeditada y planificada, seleccionando sus víctimas, ganándose la confianza de sus padres, etc.; lo cual demuestra que se trata de personas mentalmente sanas.

Todo ser humano es delincuente por sentimiento de culpabilidad, pero lo que separa a uno y otro, es la facultad de control, de frenar los impulsos delictivos, en cuanto prevalencia de la conciencia de lo ilícito. Por consiguiente, no estamos hablando de una agente que padece de una enfermedad mental crónica o pasajera, ni tampoco de un imputable relativo; pues

el mismo precepto se encarga de decirlo, al establecer que el tratamiento terapéutico procede contra un condenado sometido a una pena privativa de libertad. Como sabemos en el caso del imputable relativo, primero procede la medida de seguridad y, luego la pena, tal como se desprende del artículo 77° del C.P; entonces, parece que se encubre una doble finalidad: primero, de no reconocer a estas personas como inimputables, pues de ser así, se diría que en todo caso, ante agentes sexuales, procede la medida de seguridad, a fin de preservar la pena de acuerdo a su naturaleza retributiva; y, segundo, de sujetar las posibilidades de enmienda, de recuperación social, en cuanto al egreso carcelario, a los resultados del tratamiento terapéutico, de normas mayores requisitos, de poner obstáculos a la admisión de sustitutivos penales y/o beneficios penitenciarios.

Nos preguntamos al respecto, si siguiendo dicho patrón, no sería acaso necesario que todo agente condenado a pena privativa de libertad, debería ser sometido a un tratamiento terapéutico como parte de su tratamiento penitenciario, por qué entonces hacer distinciones?. Pues es de recibo, que la regulación en comento, parte de una finalidad simbólica, de ejercer efectos psico-pedagógicos, en cuanto la alarma de estos delitos en la población.

Ahora bien, partimos por tanto, de un derecho penal medicinal, donde se mezclan las penas con las medidas de seguridad, donde los factores se superponen: "culpabilidad" y "peligrosidad", han sido siempre dos elementos de conflicto en la doctrina, al evocar una concepción distinta del Derecho Penal. La culpabilidad es la base fundamental de un Derecho penal del acto, en cuanto a la legitimación del aparato punitivo de imponer penas, cuando el autor ha manifestado con su conducta una lesión a un bien jurídico penalmente tutelado, definido por el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, dos elementos que otorgan base material al injusto personal; en cambio, la peligrosidad ha sido un factor más imbricado a la personalidad del autor, dejando de lado el hecho punible, valorando negativamente las actitudes del autor cuando despliega una conducta antijurídica, llegando al extremo de justificar la imposición de penas sin delito. A esta concepción del Derecho penal, cabe atribuir una orientación más represiva, pues so pretexto de mayor peligrosidad del autor, la sanción será mayor, sea como pena sea como medida de seguridad; como dice STRATENWERTH, en nombre del orden social sólo puede estar prohibido o mandada una conducta determinada, mientras que la imagen de la personalidad se sustrae a toda reglamentación(240).

Dicho lo anterior, que duda hay, de que la ratio de la norma, es de apartar de forma definitiva de la sociedad a aquellos delincuentes "socialmente peligrosos", imponiendo barreras a una pretendida excarcelación vía un beneficio penitenciario, sometiéndolo a penas indeterminadas (pena de cadena perpetua), es en realidad un "enemigo". Así Jakobs, cuando se refie-

(240) STRATENWERTH, G.; *Derecho penal. Parte general,* I, cit., p. 76.

re a los terroristas, "lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, (...), en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización –la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano- y finaliza en el terrorista, dominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden[241]; por tanto, al no prestar una seguridad cognitiva suficiente, ya no puede ser tratado como persona, él cual debe privársele de las garantías del Estado de Derecho. Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias en sus regulaciones, apunta Jakobs. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad[242].

Por lo expuesto, se entremezclan conceptos y elementos propios del positivismo con el funcionalismo normativo-sistémico, ambas posiciones con sus propios matices y particularidades; sin embargo, siendo los medios y las justificaciones distintos, ambos apuntan a lo mismo: la mayor seguridad de la sociedad, a menor libertad del sujeto infractor. De tal modo, que a fin de ejercer una mayor seguridad cognitiva, no se pueden introducir mecanismos que no asientan en los valores justificadores de la intervención punitiva, el penado no puede ser utilizado como un ensayo de pruebas, no se le puede someter a un tratamiento en contra de su voluntad, pues ello niega el autonomía intersubjetiva de la persona y el respeto a su dignidad[243]. No se pueden esconder bajo falsos disfraces, la real intención, de someter al penado a condiciones, que trascienden el marco de la pena. Empero, los sujetos que cometen estos crímenes tan atroces, deben ser alcanzados por una reacción punitiva grave, de acuerdo al grado de afectación del bien jurídico y el reproche de imputación individual, pero sin hacer rajatabla con el resto de principios que sostienen el ámbito legitimador del Derecho penal.

2. ANÁLISIS DEL ARTICULADO EN CUESTIÓN

El artículo 178°-A es incorporado al texto punitivo mediante la Ley N° 26293 del 14/02/94, que dispone, que los condenados a pena privativa de libertad por los delitos comprendidos en el Capítulo IX serán sometidos a un tratamiento terapéutico que facilite su readaptación social, el Estado muestra

(241) Jakobs, G.; *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., p. 36.

(242) Jakobs, G.; *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*, cit., ps. 37-38.

(243) Artículos I y V del CEP; artículo 1° de la CPE.

en apariencia, su interés porque estos agentes puedan reinsertarse en la comunidad, a partir de los valores regentes de una sociedad democrática.

El texto del artículo en análisis no es feliz en su redacción, por lo que expondremos los siguientes considerandos:

El Sistema de punición peruano, que regula el Código Penal de 1991, es el Vicarial (dualista) que comprende tanto las penas como las medidas de seguridad como reacciones jurídico penales. Las penas son impuestas a sujetos imputables según la medida de su culpabilidad, la cual tiene una función preventiva, protectora y resocializadora. En cambio, las medidas de seguridad son impuestas a sujetos declarados "inimputables" en base a un juicio de peligrosidad, la cual es de naturaleza educadora, terapéutica y rehabilitadora. Este es el entendimiento del Sistema Dualista. La pena se dirige a colmar los fines preventivo-generales y preventivo-especiales que se desprenden de su faz finalista. Cuando se advierte un defecto considerable en la esfera psico-somática del sujeto, la reacción punitiva ya no puede responder en factores de prevención general, no hay pues necesidad de intimidar al colectivo, ni es posible generar interiorización alguna de constricción a la persona del autor, en tanto es una persona inculpable.

La reacción punitiva, por tanto, debe responder a otros criterios, también preventivos, de adecuar la respuesta al mismo orden de valores que conduce la pena, esto es, la necesidad de evitar que el penado vuelva a cometer delitos en el futuro, incidiendo en su comportamiento positivamente, rehabilitándolo socialmente. Sin duda, no puede negarse que sea cual fuera la reacción punitiva, muy por dentro, se esconde una faz retributiva, de generar un sufrimiento en la persona del autor, por haber actuado de forma negativa, al haber vulnerado las bases del contrato social, por lo que merece ser apartado de la sociedad. Con todo, mientras que la pena presupone culpabilidad, la medida de seguridad presupone peligrosidad.

El artículo en comentario establece un tratamiento terapéutico a sujetos eminentemente imputables capaces de auto-determinarse conductivamente. Este dispositivo contradice lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que señala que son las medidas de seguridad las que persiguen fines terapéuticos. De esta forma, se regresa a una especie de Monismo preconizado por el Positivismo Clásico Italiano, que no hallaba más penas que las medidas de seguridad fundados en el determinismo y en la responsabilidad social, apoyados ambos en concepciones criminológicas consideradas actualmente en desfase. Por ende, el dispositivo está imponiendo un Sistema Penal Dualista Acumulativo Anti-Garantista; porque somete a un sujeto, supuestamente imputable, simultáneamente a una pena y a una medida de seguridad.

Si bien es cierto que esta clase de delitos son cometidos, generalmente, por individuos que presentan anomalías psíquicas o perturbaciones

mentales (sean éstas permanentes o transitorias) son manifiestamente inimputables y, por en ende, se les debe imponer una medida de seguridad proporcional a la gravedad del hecho cometido y a la peligrosidad criminal del sujeto. Se supone que el examen médico - psiquiátrico debe de realizarse antes de la condena para determinar la imputabilidad del procesado, no como erróneamente lo regula, el articulado que lo aplica después de la condena.

Luego, el sometimiento al tratamiento terapéutico dependerá de un examen médico psicológico que determinará si es viable o no su aplicación. Es lógico que el condenado siempre estará predispuesto a ser sometido al tratamiento terapéutico, por lo que dicho presupuesto es *conditio sine quanon* para que se puedan obtener ciertos beneficios penitenciarios, tal como la semi-libertad, liberación condicional, redención de la pena por el trabajo y la educación, el derecho de gracia, del indulto y la conmutación de la pena. Inclusive, tal como lo prevé el segundo párrafo del artículo 178°-A, será necesario también el examen médico y psicológico para los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio. El tratamiento terapéutico será considerado, por ende, como una regla de conducta[244]. Es obvio que tal tratamiento resocializante no será viable en penas tan drásticas (cadena perpetua), como las que se establecen en los artículos: 173°, 173°-A y en los casos de las circunstancias agravantes por el resultado (muerte, lesión grave o cuando el agente procedió con crueldad.

En las legislaciones penales europeas, como la española, no existen medidas específicas de tratamiento más allá de las propias del tratamiento penitenciario; en concreto, no existen medidas de tratamiento obligatorio para la fase de la libertad condicional ni tampoco para el momento posterior al licenciamiento definitivo del penado[245]. Tanto en Europa como en los Estados Unidos de Norteamérica se manifiesta un retorno de la inocuización, como reacción jurídico-penal frente a los delincuentes sexuales violentos. Dichas legislaciones establecen medidas aseguративas o inocuizadoras con penas de duración indeterminada -para conseguir una radical reducción del número de estos hechos delictivos y con ello beneficios al menor coste social-. En esta medida, se asume una política criminal defensora de la sociedad, colocando sus intereses por encima de las del penado, pues la seguridad del colectivo se superpone a la libertad individual del penado, mientras más dure la privación de libertad, mayor fortaleza obtendrá la seguridad ciudadana.

(244) Las reglas de conducta tienen que ver esencialmente con aquellas disposiciones que coadyuvan a la rehabilitación social del penado, para procurar que el autor no cometa delitos en el futuro, este debe ser el objetivo esencial. Pero, ser sometido a un tratamiento terapéutico en contra de su voluntad, puede atentar contra la dignidad del procesado, de acuerdo lo previsto en los artículos 58° y 64° del C.P.

(245) Jesús María Silva Sánchez; *Estudios de Derecho Penal*; Biblioteca de autores extranjeros 5; Editorial Grijley, Lima-Perú, setiembre del 2000, p. 241.

La realidad se ha encargado de demostrar lo contrario, pues la orientación punitivista no ha podido poner freno a una criminalidad en realidad incesante.

Este sistema asegurativo, que impone el artículo in examine, conduce a restringir las posibilidades de aplicación de reacciones jurídico penales más flexibles, que se basan en criterios resocializantes, como lo es la libertad condicional o la semilibertad, mecanismos punitivos que propenden a fortalecer los fines preventivo-especiales de la pena. De esta manera, se quiere que la sociedad esté asegurada, ante la comisión de nuevos delitos sexuales que puedan ser cometidos por el penado si es que se reincorpora a la sociedad sin un debido tratamiento. Se quiere eliminar cualquier riesgo de reincidencia; recayendo todo el riesgo en la persona del condenado, que es sometido a medidas asegurativas de duración indeterminada.

Promover egresos anticipados de la prisión implica, en definitiva, priorizar la prevención especial positiva, superando su acepción contrafáctica, es decir, la verdadera resocialización (rehabilitación social) sólo puede obtenerse en un ambiente de plena libertad. Pretender resocializar a un individuo encerrándolo en una institución total –como lo es la cárcel- es un sinsentido, un despropósito, una utópica pretensión inconciliable con la realidad penitenciaria[246]. Cuestión distinta, es que las prisiones no cuentas con las condiciones necesarias, para que la rehabilitación social del penado sea una realidad concreta, pues las condiciones infrahumanas en las cuales se desarrolla la vida en prisión, hace imposible el logro de dicho cometido.

Como es sabido, el CEP, condiciona la procedencia de los beneficios penitenciarios a una serie de requisitos formales y materiales. La concesión de ambos beneficios (semilibertad y liberación condicional) están condicionados al cumplimiento de factores cuantitativos y a factores cualitativos a la vez. En efecto, en el caso de la semilibertad el penado debe haber cumplido con un tercio de su condena y en el caso de la liberación condicional debe haber cumplido con la mitad de la condena impuesta[247]. Estos plazos ven-

(246) De otro lado, como se puede hablar de "resocialización", cuando es la misma sociedad la que produce la delincuencia. Las posturas sociológicas de la criminalidad, definida por Durkheim, hacían hincapié sobre la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, por lo tanto, de que sirve que el reo se resocialice, cuando va a reincorporarse a esa sociedad cuyos gérmenes importan la generación de conflictos sociales que desencadenan en comportamientos socialmente negativos; Así, Baratta, al sostener que "(...) la verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado"; *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, cit., p. 197.

(247) Este margen temporal es más estricto en los casos del artículo 46° (Redención de la pena: artículos 129°, 173°, 173°-A, 200° –segunda parte-, 325-332 y 346), la semilibertad se concede cuando se ha cumplido con las dos terceras partes de la pena. Así, también en el caso de delitos graves contra la "Administración Pública" (Ley N° 27770 del 21/06/02), a más referencia sobre este dispositivo legal, que produjo toda una discusión

drían a constituirse en el factor cuantitativo, mientras que los factores cualitativos están referidos al tratamiento penitenciario, esto es, a la conducta que el penado ha observado en el penal de conformidad con dos aspectos puntuales: el psicológico y el sociológico. En tal sentido, se debe ser claro al sostener, que el hecho de que el penado haya cumplido con el tiempo de pena exigido por el beneficio, no implica *per se* que se le deba conceder el beneficio penitenciario.

Tal como se dispone en la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal, refiriéndose a la liberación condicional, su concesión depende fundamentalmente de la evolución favorable del proceso de readaptación o resocialización del interno. Ambos beneficios, por ende, no operan automáticamente por el solo hecho de haberse cumplido el tiempo de pena que señala la ley. Luego, cuando el penado, no cuenta con un pronóstico técnico favorable, deberá denegarse su solicitud, pues este no estará en condiciones favorables para reincorporarse a la sociedad. No olvidemos que la privación de la libertad también obedece a un fin tutelar de la sociedad, como víctimas potenciales del delito. Por consiguiente nos preguntamos, cómo un penado que no cumple a cabalidad con las exigencias antes anotadas, puede verse acreedor de un beneficio penitenciario, egresando de la prisión de forma anticipada; pues la corrupción institucionalizada y otros factores son los que desencadenan dicha problemática, factores que estarán latentes en la aplicación del articulado in examine.

Por otro lado, se legisla de forma también asistemática, pues el tema de los beneficios penitenciarios, puntualmente es regulado en el Código de Ejecución Penal (capítulo cuarto), no siendo el texto punitivo el adecuado para normas la restricción de estas instituciones penitenciarias, a fin de resguardar la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

Nosotros consideramos, que no se puede considerar una política criminal tendiente a sacrificar al individuo por el bienestar de la sociedad lesionando sus derechos fundamentales. Con acierto afirma SCHALL/SCHREIBAUER que "una sociedad que quiere mantenerse en un Derecho Penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, también del delincuente, una sociedad que, por tanto, quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe también estar dispuesta necesariamente a soportar un riesgo para la seguridad de la colectividad"(248). Por consiguiente, actualmente nos encontramos inmersos en una Sociedad del Riesgo, donde contactos sociales mínimos pueden connotar por sí mismos

acerca de su pretendida aplicación retroactiva, ver mi artículo "La aplicación retroactiva de las leyes de ejecución penal (un análisis crítico a las resoluciones judiciales y del Tribunal Constitucional, una defensa al principio de legalidad)". En: Revista Jurídica del Perú. Año LIV N° 58, setiembre-octubre 2004. Normas Legales, cit., ps. 229-246.

(248) Citado por SILVA SÁNCHEZ; op.cit.; p. 246.

un peligro. Ante esta realidad los ciudadanos como integrantes de un determinado sistema social asumimos determinados roles y entre uno de ellos es la asumir nuestra co-responsabilidad del delito.

La Ley N° 30838 de agosto de 2018, ha significado suprimir los dos últimos párrafos, primero de que en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo condenatorio, el juez dispondrá la realización de un examen médico y psicológico al condenado, para los efectos a que se refiere el párrafo anterior. Suponemos que dicha eliminación obedece al hecho, de que los delitos sexuales son castigados con penas muy severas, que difícilmente podrán ser de naturaleza suspendida, máxime conforme las modificaciones generadas en el artículo 57° de la PG del CP, como de los efectos mediáticos que la perpetración de estos hechos punibles provocan en la población. Sin embargo, no podemos cerrar esta opción, considerando para ello la vigencia irrestricta de los principios garantistas de un Derecho penal democrático, que los jueces pueden legítimamente invocar, así dosificar la pena a estándares de razonabilidad y proporcionalidad.

Lo otro, lo referente a los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena, son borrados del escenario regulativo, primero por ser su prohibición una tendencia de larga data tiempo atrás, en delitos violentos, de carne, como son los injustos penales sexuales y, segundo, su regulación nada tiene que hacer en el Código Penal, su correcto recogimiento normativo es el Código de Ejecución Penal.

CAPÍTULO X
LOS DELITOS DE PROXENETISMO

1. ESBOZO PRELIMINAR

Debe entenderse por prostitución la habitualidad de prestaciones carnales a un número indeterminado de personas –la libertad de acceso promiscuo– y con fines de lucro[249]. En efecto, la prostitución importa la realización de una prestación carnal de una persona a otra, a cambio de un precio u cualquier otra ventaja, por lo que el fin de lucro no siempre estará presente, basta que se dé una contraprestación. Otros motivos egoístas pueden perseguir un "pago" de otra naturaleza en el que el elemento económico pase a un segundo plano o se encubra[250]. Puede que en el acto de prostitución medie otra ventaja, como la obtención de una droga, alcohol y/u otro tipo de sustancias, así como alimentos; pero si se advierte un cierto grado de inimputabilidad de la persona prostituida, se dará en realidad la figura prevista en el artículo 172° (*in fine*), siempre y cuando el agente conozca y se aproveche de dicha circunstancia. Eso sí características muy importantes son la permanencia, la habitualidad y el ofrecimiento de dichos servicios al público consumidor.

NÚÑEZ nos enseña que no hay prostitución diferenciable de la corrupción sin entrega habitual indeterminada y venal. Un acto carnal por lucro o eventuales entregas por lucro, no implican un estado de prostitución aunque signifiquen desarreglos sexuales[251].

---

(249) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 179; Así, MERGEN, Armand; *La prostitución.* En: Sexualidad y Crimen, cit., p. 169; Así, SOLER, S.; *Derecho penal argentino,* T. III, cit., p. 360; CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra la libertad sexual,* cit., p. 347; MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 131; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 148..

(250) MERGEN, A.; *La prostitución,* cit., p. 169.

(251) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 341; Así, DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., ps. 624-626.

Los Códigos antiguos, reprimían la figura de la "corrupción", tratándose de los menores, quienes por su condición de vulnerabilidad eran susceptibles de caer –por efecto de motivación de un adulto con ánimo de lucro– en el juego, la bebida, las drogas, el sexo, etc. La corrupción es la depravación de los modos de la conducta sexual en sí misma[252]. Así, se desprendía del artículo 206° del C.P. derogado; en la actualidad, las conductas favorecedoras y/o promotoras del proxenetismo a los menores de 18 y de catorce para arriba, caen bajo los alcances normativos de los tipos penales de los artículos 179° y 181°; normas penales así concebidas eran fiel reflejo de contenidos moralistas, que cobijaban en el marco del bien jurídico "honestidad sexual", incompatibles con la naturaleza actual del bien jurídico tutelado. Luego, el hecho de ejercer determinadas conductas antisociales no puede llevar a tipificación penal alguna, la corrupción entendida en el panorama actual es llevada a los actos cometidos por los funcionarios públicos que contravienen los principios jurídico-constitucionales de toda la actividad prestacional de la Administración Pública, pero en el ámbito sexual sólo pueden ser asimilados a formas determinativas de estados degradantes del menor, como el favorecimiento a la prostitución, concatenados con ciertos elementos. Ahora bien, la amante que se acuesta con el individuo casado de forma permanente, bajo precio, no importa actos de prostitución, sino sacar de ventaja de una determinada situación. Si el amante le ofrece una cantidad de dinero significativa a su amante eventual, para que le realice un *fellatio in ore*, tampoco será constitutivo de un acto de prostitución.

WELZEL, citado por MEZGER, señala que (...) en el aspecto ético y jurídico difícilmente existen ámbitos en los cuales sean tan distintos, como lo son en éste (sexual) los criterios relativos a lo ilícito y lo prohibido, a lo que es impune y a lo punible, incluso entre los pueblos y en las épocas del ciclo natural occidental... Así se explica la discrepancia siempre fluctuante de pareceres acerca del grado y de los límites de las intervenciones penales en materia sexual[253]. Frontera de muy difícil delimitación.

La prostitución[254] es una actividad social que se remonta a la época antigua de la civilización humana[255], que de cuño, siempre ha propiciado controversiales y encendidos debates, entre sus defensores y detractores.

---

(252) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 342; El lenocinio, era considerado en lo textos antiguos, como una complicidad en actos impúdicos ajenos; Ver al respecto MEZGER; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 128 y ss.

(253) MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 105.

(254) En cuanto a su definición, SERRANO GÓMEZ, la define como una actividad sexual retribuida, ejercida de forma más o menos permanente, que suele llegar a convertirse en un modo de vida, por lo que han de excluirse los actos aislados; *Derecho Penal. Parte Especial.* "Delitos contra las personas". Edit. Dykinson, Madrid, 1996, cit., p. 242.

(255) Así, MERGEN, A.; *La prostitución,* cit., p. 169.

Empero, la sociedad moderna ha dado muestras –a pesar de la resistencia sectorial de grupos conservadores y moralistas– de su aceptación social y tolerancia, ya no percibida como una conducta anti-social, sino como una configuración social propia de la voluntad y libertad humana; pues en definitiva, su extirpación en el seno de la sociedad no es socialmente posible, en tanto son las propias estructuras de aquélla que propician la aparición de comportamientos "socialmente negativos", como el meretricio[256]; de todos modos debemos precisar que no toda conducta que merece un reproche ético-social, debe merecer una pena, en tanto no se cumple con el principio de lesividad, principio informador del *ius puniendi* estatal. Las personas libres y responsables, que de *motu proprio* ingresan a esta actividad, están haciendo uso de la libertad que el Estado les reconoce, como derecho subjetivo inherente a la calidad de persona humana.

En un Estado de Derecho, le está vedado intervenir al Derecho penal, cuando se identifican conductas que pertenecen a la esfera de libertad de los individuos. Sin embargo, si bien no resulta legítimo penalizar la conducta misma de quien se prostituye, otra cosa importa la intervención de terceros, que lucran indebidamente con dicha actividad, utilizando medios vedados para que ciertas personas ingresen al mercado carnal. Es ahí, donde el Estado debe intervenir, penalizando todos aquellos comportamientos que supongan una afectación de la libertad humana, a la autodeterminación en cuanto al desarrollo de la sexualidad.

El hecho de que la prostitución sea socialmente admitida, no puede dejarse al puro arbitrio de quienes la ejercen libremente, y, ello no significa intromisión alguna en la esfera de libertad ciudadana, pues el Estado tiene la obligación de velar por la salud de la población. Es de recibo que dicha actividad puede provocar el contagio de graves enfermedades sexuales como el Sida[257], por cuanto la promiscuidad sexual sin protección constituye un foco de latente peligro para los bienes jurídicos fundamentales; en tal medida, esta actividad –por más que sea legal– debe ser controlada por las instancias públicas correspondientes, a fin de salvaguardar la vida y la salud, tanto de quienes se prostituyen como de quienes hacen uso de dicho servicio, me refiero a los usuarios.

Por otro lado, la proliferación de los negocios referidos a la prostitución, se encuentran ligados a mafias criminales, cuyo ilícito accionar se ramifica a todo el territorio, más aún algunas tienen extensiones con el exterior, en conexión con otros injustos penales, como la trata de personas. A tales efectos, debe distinguirse una actividad reglada de la prostitución, que se condice con los parámetros legales y, otra que se identifica con asociaciones criminales,

(256) Así, Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 181.

(257) Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 148-149.

que utilizan a terceros a prostituirse en contra de su voluntad, haciendo de la violencia y la coacción los medios que se valen para lograr sus cometidos antijurídicos. Por lo que no resulta fácil distinguir, cuando nos encontramos ante una actividad ilícita y cuando en una lícita. Cuando el Estado asume una actitud totalmente permisiva o fatalmente prohibicionista de la prostitución, es cuando se pone más en peligro a quienes se prostituyen, pues son presas fáciles de agentes inescrupulosos.

Tengámoslo claro, el meretricio no es únicamente identificable en países pobre y sub-desarrollados como el Perú, pues, en países industrializados del primer mundo así como en los países que integraban antiguamente el bloque soviético, se manifiestan altas tasas de prostitución y en los últimos, la conformación de mafias internacionales dedicadas a la trata de blancas; entonces, la prostitución no puede identificarse como producto de sociedades incultas, pobres y de altos déficit educacionales, sino como una actividad social normal, donde el Estado no está en condiciones de ofrecer por igual a todos, distribuciones de riqueza y capital, donde el hombre se dedique a actividades reputadas básicamente como convencionales o socialmente aceptadas, en este panorama, la prostitución es un oficio más donde algunos se refugian a fin de satisfacer sus necesidades más elementales. Hablamos, en este sentido, de la persona que ejerce la prostitución *per se*, no de aquellos que han hecho de esta actividad una industria lucrativa merced a la explotación y sometimiento de personas indefensas. En el Perú el ejercicio de la prostitución no constituye delito, pero se considera actividad ilícita y concomitante el Estado reglamenta este añejo quehacer humano[258].

Más la problemática que nos ocupa en esta oportunidad, es como el Estado, a partir de la regulaciones del derecho positivo nacional, trata de enfrentar el tema de la prostitución y del proxenetismo. En efecto, son dos posiciones equidistantes que toma el Estado: 1.- Un Estado que pretende cubrirse con una enmascarada moralista y conservadora, afronta esta problemática mediante una aguda represión, que si bien no penaliza la conducta de la persona misma que se prostituye, al penalizar una mayor gama de conductas periféricas, importa la reducción de espacios de libertad, que recaen de forma perjudicial sobre el individuo que ejerce el meretricio; y, 2.- Un Estado racional y coherente con la realidad social, trata de afrontar la problemática, mediante la sanción de normativas conducentes a su regulación, de hacer ingresar estas actividades al campo de la legalidad. Y, esto se está dando, en legislaciones avanzadas sobre el tema, en las cuales se está ingresando a una etapa de inclusión social, expresada en el reconocimiento de derechos sociales y laborales para los individuos que se dedican a este oficio. De conformidad, con estas políticas sociales, se intenta propiciar mayores márgenes de seguridad e higiene, no sólo a los locadores, sino

(258) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 741.

también a los usuarios que también son parte del sistema; punto este último muy importante, de acuerdo a una realidad sexual altamente peligrosa y contaminante, producto de la proliferación de enfermedades sexuales mortales, como el Sida[259], que tantas víctimas está arrastrando en todo el mundo, producto tal vez de la desidia de un Estado, incapaz de ofrecer políticas sexuales preventivas dirigidas a afrontar con mayor crudeza esta flagelo que azota actualmente la humanidad.

De la primera posición más llevada a la política criminal que al campo de la política social, al proponerse una tenaz persecución, se producen las siguientes consecuencias: 1.- Que, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, al Estado le está vedado ingresar e inmiscuirse en la esfera de libertades individuales y en la intimidad de la persona humana, en tal sentido, sujetos libres y responsables pueden auto-determinarse sexualmente de la forma que les plazca, por lo que en razón de las libertades individuales, éstos pueden disponer de su libertad sexual, ingresando al campo de la actividad sexual mercantil, es decir, mediante precio. 2.- Cada vez se adelantan más las barreras de intervención del Derecho Penal, se incluyen más actividades periféricas de la prostitución en la red represiva del Estado. Ciertamente, se pretende afrontar este problema mediante una mayor criminalización, que en realidad de las cosas, se termina por afectar más a las personas que se dedican a esta actividad, puesto, que al no contar con una debida tutela legal por parte del Estado, éstas quedan a merced de personas inescrupulosas que se dedican a explotar y sojuzgar a muchas personas, que por una serie de factores, son llevadas e impulsadas a ingresar a este negocio; entonces,

(259) Así Gimbernat Ordeig. E.; *La Mujer y el Código Penal Español*, cit., ps. 58-59; Según precisiones del Informe del Comité de las Naciones Unidas (Insuficiencia del Programa de Educación Sexual), que refiere lo siguiente: En los últimos años el promedio de edad de la mayoría de personas afectadas con sida se encuentra entre los 15 y 25 años, considerándose entonces que contrajeron el mal en la infancia o adolescencia; del 100% de los infectados por el virus del sida, 45% de los enfermos se contagiaron antes de alcanzar los 18 años de edad, es decir, en la etapa de la adolescencia. Teniendo en cuenta que existen 14.000 infectados oficialmente registrados por el Ministerio de Salud, 6,300 de ellos se contagiaron en edad escolar, aunque se señala también que existirían una cantidad entre 70 y cien mil enfermos de sida que no se encuentran registrados en cifras oficiales". De esta dramática y alarmante realidad, se deduce lo siguiente: la deficiente política sexual y reproductiva del Estado, no ha podido enfrentar una nueva realidad social, donde el despertar sexual es cada vez más prematuro, la injerencia de la iglesia así como de partidos políticos seudo-conservadores, interfieren en una labor que debe basarse estrictamente en el respeto por los derechos fundamentales y las libertades individuales. En el actual marco del Estado Constitucional de Derecho, no se puede permitir intromisiones del Estado, en esferas únicamente comprensibles a sus titulares, la decisión de tener un hijo y la de adoptar un método anticonceptivo cualesquiera, son decisiones que incumben a ámbitos de competencia individuales, en los cuales el Estado debe de basar su actuación en disponer de toda una política sexual informativa dirigida a la formación de una verdadera cultura sexual y reproductiva, sin presiones e imposiciones de cualquier género.

es claro, que el Derecho penal, únicamente debe de intervenir cuando se identifiquen focos de convivencia social insoportables.

Por lo expuesto, cabe entonces identificar, cuáles deben ser las conductas insertas en el campo de la prostitución (proxenetismo), en la cuales el Derecho Penal debe de reprimir, en sujeción claro está, a sus principios rectores que legitiman su intervención en un Estado Social y Democrático de Derecho. Y esta delimitación debemos sistematizarla con el bien jurídico objeto de tutela en estos delitos sexuales. Un primer fenómeno con el que nos encontramos es que en este campo no existe unanimidad sobre los hechos que deben ser declarados delitos y los que deben quedar impunes(260).

Ciertamente, identificar el bien jurídico en delitos fuertemente impregnados con matices moralistas, no es tarea fácil. De conformidad con una interpretación sistemática, sería la libertad sexual, en el sentido de la facultad del individuo de autodeterminarse sexualmente, pero resulta, que el consentimiento de la víctima no es considera positivamente por el legislador, cuando se incrimina el favorecimiento a la prostitución de una persona adulta. Por lo tanto, caemos fatalmente en el ámbito de la moralidad, pues, la tutela sería la moral sexual, sobre la cual debe conducirse las conductas intersociales. Y, en el caso del menor de edad e incapaz, el bien jurídico es una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad, y en el caso del incapaz que no sea convertido en objeto o mercancía para satisfacer el instinto sexual de terceros(261). De esta forma, ingresamos nuevamente al campo de la edad cronológica, puesto, que apuntamos en líneas precedentes, que al mayor de catorce años el derecho positivo le reconoce su consentimiento, mas la reforma propuesta por la Ley Nº 28251, desconoce este hecho, al agravar la pena cuando la víctima es menor de dieciocho años.

La situación descrita es bastante compleja. Consideramos que en el campo del favorecimiento a la prostitución, de *lege ferenda* debería circunscribirse a los medios por los cuales el agente se vale para favorecer la prostitución, el chantaje, la coacción, la violencia y la intimidación, como medios comisivos que vician de nulidad el consentimiento de la víctima. De igual forma, en el caso del delito de Proxenetismo (art. 181), que con su modificatoria, no hace más gala de su casuismo y de su exasperación punitiva, tipo penal que no conduce a identificar una desvaloración suficiente para ser alcanzado por el Derecho penal. En tal sentido, una reforma que se someta a una depurada técnica legislativa, debe de identificar en sus elementos constitutivos, medios que impliquen reprobación por la violencia o intimidación empleada, y, que en el caso de la relación de prevalimiento entre la víctima y

(260) Gimbernat Ordeig, E.; *La Mujer y el Código Penal Español*, cit., p. 54.

(261) Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 207.

el agresor[262], sea reconducido todos estos tipos penales, bajo una cláusula general agravante prevista en la Parte General. Crear en ese sentido, mayores circunstancias agravantes, genera ámbitos de confusión interpretativa y a veces espacios de impunidad. No olvidemos, que de la garantía del principio de legalidad, se deriva la *lex certa*, precisa, clara y exacta, presupuesto básico que debe respetar un Derecho penal democrático.

En el ámbito de los delitos de proxenetismo, el Derecho penal debe de ingresar a reprimir las siguientes conductas: –Cuando la víctima es un menor de edad (niño), menor de catorce años y en el caso de los enajenados, puesto que ellos no están en posibilidad de ofrecer un consentimiento válido. En el caso de que el mayor de catorce años sea reclutado en este oficio con engaño, intimidación, violencia, con cualquier medio susceptible de invalidar el consentimiento de la víctima. Cuando se configura la trata de personas, actividad que amerita una sustantiva reprobación, en la constitución de toda una red organizativa dedicada al tráfico ilegal de personas, de un país a otro, promoviendo la explotación carnal del ser humano, delito, que afecta no sólo la libertad sexual, sino también la dignidad humana[263]. Esta última, es una actividad *ab initio* ilícita caracterizable por una "Criminalidad de la Globalización", que justifica una integración suprapositiva de la comunidad internacional, para un eficaz combate político criminal contra esta grave criminalidad. Y, finalmente, en el caso de los usos de las redes informáticas y otros soportes materiales, para promover el "Turismo Sexual Infantil" y la instrumentalización de medios de comunicación masiva, para la cobertura masificada de la prostitución sexual a menores. Estas últimas conductas han sido recogidas correctamente por el legislador por la Ley 28251, mediante la incorporación en el Código Penal, de los artículos 181°-A y 182°-A, respectivamente.

En el ámbito de la impunidad, deben de recaer todas aquellas conductas que son sostenidas criminalmente bajo ideologías morales y religiosas, situación insostenible en un Derecho penal que pretende ser democrático. Como dice Gimbernat Ordeig, una acción inmoral desde el punto de vista de uno de los posibles sistemas de normas no puede ser castigada por el mero y único hecho de ser inmoral, si es que de la tolerancia y el respeto a las ideas y actos ajenos que a nadie perjudican han de constituir –como deben constituir en una democracia– una de la pautas fundamentales de la actuación del Estado[264].

---

(262) Así también, el caso de la organización delictiva o banda (que es recogida en los incisos 7 y 4 de los artículos 179° y 181° del C.P), pues, el artículo 317° recoge la figura de la Asociación Ilícita para Delinquir, lo que pueda generar confusión, al momento de identificar si nos encontramos ante un concurso de delitos o ante un concurso aparente de normas.

(263) Cit; Ha sido reconducido al artículo 153° del C.P.

(264) Gimbernat Ordeig, E.; *La Mujer y el Código Penal Español*, cit., p. 56.

La tolerancia y el respeto por la diversidad, es una máxima fundamental en una democracia social participativa que promueve el respeto por la esfera de libertad individual y los derechos fundamentales. En tal sentido, deben de ser excluidos del ámbito punitivo, aquellos status criminológicos, como el rufián que vive a costas de la ganancia de la mujer pública, en tanto, un hombre o mujer adulto es libre de decidir si vive inmersa en la moralidad o al margen de ella. El rufianismo es más que uno de los múltiples modos de vida que ocurren en la sociedad; la inmoralidad de tal *modus vivendi* no lesiona derecho de terceros; por tal razón, si dos personas adultas, hombre y mujer, deciden llevar tal forma de vida, ello en absoluto debe interesar al Derecho penal.

Asimismo, deben quedar fuera de la represión penal, quien facilita de algún modo el ejercicio de la prostitución, es decir, el proxeneta, un sujeto que únicamente funge de mediador, entre personas que libremente están pactando una relación sexual mediante precio; a menos, que el facilitador, esté utilizando medios coaccionadores para determinar a la persona prostituida tener el trato sexual con el cliente. El ciudadano adulto y responsable debe ser respetado, como tal, en las decisiones que tome; y si la decisión que toma es la de realizar una conducta supuesta o realmente inmoral, ello es algo que sólo a él (y no al Estado) incumbe[265].

Concluyentemente, cuando se produce el desgaste del Derecho penal y éste se convierte en mero acto de definición de corte decisionista, urge entonces la necesidad de reorientar el discurso penal en armonía a la realidad social; mediante la articulación verdaderos programas preventivos (político-sociales), capaces de proponer fórmulas pacíficas a la resolución del conflicto social, al margen de consideraciones moralistas y ético-sociales. Fórmulas que en realidad aniden en la pacificación del conflicto social.

En cuanto a los sistemas que regulan la prostitución Estrella escribe, que la prostitución ha sido encarada por tres sistemas o regímenes distintos; reglamentarista, abolicionista y prohibicionista[266]. En el reglamentarismo, describe el autor, el Estado tolera la prostitución, por ser considerado un mal necesario, la reconoce y admite, autorizando el funcionamiento de casas de tolerancia y consecuentemente admitiendo la existencia de un sostenedor, regente o administrador con quien aquél se atiende a los efectos de registros municipales, y para el pago de los abultados impuestos con los que generalmente se grava esta actividad[267]. A partir de esta perspectiva, el Estado regula la actividad del proxenetismo, al admitir su naturaleza lícita, pero impone ciertas reglas, requisitos, exigencias para su normal funcionamiento,

(265) Gimbernat Ordeig, E.; *La Mujer y el Código Penal Español*, cit., p. 56.

(266) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 181.

(267) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 181.

a fin de ajustar dicha actividad a derecho, y para tutelar los otros intereses sociales que se ponen en juego con ella: de la comunidad y de los usuarios; entonces, se manifiesta un equilibrio de los derechos de quienes libremente ejercen la prostitución, con los intereses generales que deben ser cautelados por el Estado. Mediante el sistema abolicionista, se parte de que la actividad de la prostitución es legal, que no puede ser criminalizada, en vista de la ausencia de suficiente lesividad social; agrega que bajo la sanción penal solamente debe caer la actividad del lenón, proxeneta o intermediario, es decir, quien lucra con el ejercicio de la prostitución ajena, propugnando también en consecuencia, la abolición de la implementación de casas de tolerancia, entendiendo por tal los locales donde se ejerce prostitución por varias personas y administradas, dirigidas o regentadas por terceros(268).

Es posición unánime que en los sistemas democráticos, la prostitución *per se* no puede ser punible, por lo tanto es una actividad aceptada por la sociedad y por el Estado, al margen de los reparos de naturaleza ética y/o moral. De tal forma, que es una actividad que en principio pueda ser intervenida por el Estado mediante el Derecho Penal, sólo cuando se identifica conductas periféricas que tienen la idoneidad para vulnerar el bien jurídico "libertad sexual", cuando la prostitución se ejerce de forma coaccionada, violentada, amenazada, etc., cuando existe una variante de "explotación sexual", cuando la meretriz entrega todo el dinero recaudado al proxeneta. Empero, cuestión distinta es que el Estado a través de sus entidades municipales y/o regionales, deban controlar y fiscalizar dicha actividad, pues como se dijo líneas atrás, existen otros intereses comprometidos en su realización fáctica, también dignos de tutela por las ordenanzas, leyes y cualquier tipo de disposiciones legales.

El contagio sexual, el arrastre de los menores a dicha actividad, su vinculación con otras fenomenologías sí criminales, hacen necesario que estas actividades no puedan estar sustraídas de cualquier tipo de control legal. Por supuestos que deben reducirse las conductas penalizables, y enfocar el objetivo en los comportamientos más graves, a fin de evitar que las personas prostituidas, sean esclavizadas sexualmente; pero, dejando desguarnecido dicha actividad, no podrá lograrse dicho objetivo(269). Los defectos que puedan ser advertidos en el control estatal de dicha actividad por parte de los operadores públicos, corrupción, burocracia, lentitud, ineficacia, no pueden ser fundamento para plantear la desregulación estatal; todo lo contrario pueden permitir la identificación de las conductas realmente conducibles al proxenetismo y a la explotación sexual.

---

(268) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 182; Ver al respecto, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 629 y ss.

(269) En contra Estrella, para quien, estas condiciones se obtienen bajo el sistema abolicionista; *De los delitos sexuales*, cit., p. 182.

Somos partidarios de una solución ecléctica, partiendo de un sistema reglamentarista, orientado la política criminal a una reducción considerable de las figuras penales, a fin de compatibilizar los derechos de quienes se prostituyen con los estrictamente generales.

FAVORECIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN

Esta figura delictiva, luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28251, ha quedado redactada de la siguiente manera (art. 179°):

Art. 179.- *"Favorecimiento a la prostitución*

El que promueve o favorece la prostitución de otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La pena será no menor de cinco ni mayor de doce años cuando:

1. *La víctima es menor de dieciocho años.*
2. *El autor emplea violencia, engaño, abuso de autoridad, o cualquier medio de intimidación.*
3. *La víctima se encuentra privada de discernimiento por cualquier causa.*
4. *El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubino, adoptante, tutor o curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo.*
5. *La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o está en situación de abandono o de extrema necesidad económica.*
6. *El autor haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida.*
7. *El agente actúa como integrante de una organización criminal.*[270]"

1. IDEAS PREVIAS

En la capitación IX del C.P. advertimos dos grandes rubros del injusto penal; primero, aquellos que de manera directa atentan contra la libertad e indemnidad sexual, a partir de una serie de conductas, dirigidas a reducir las capacidades de defensa de la víctima, sometiéndola a un estado de indefensión, aprovechándose de un particular estado de deficiencia psico-orgánico y prevaliéndose de un ámbito organizativo específico que le confiere al autor una posición de dominio frente a su víctima; por otro lado, cuando la víctima, es menor de catorce años de edad o sufre de una minusvalía mental, ya no se considera la libertad sexual como bien jurídico protegido, sino la intangibilidad

(270) Numeral modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entrará en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

sexual, aquella esfera íntima de la persona, que por su especial condición de inmadurez e inexperiencia, no puede ser objeto de intromisiones por terceros, a fin de resguardar el normal desarrollo de la autorrealización personal y su vida sexual de cara a futuro. Sin embargo, aparecen otros injustos, que sin consistir directamente a un acceso carnal en las cavidades sexuales de la víctima, puede también afectar la libertad sexual, al degradar la vida sexual del sujeto pasivo a la realización de actividades sexuales, que ponen en riesgo su normal desarrollo. Hablamos de los delitos de favorecimiento a la prostitución.

Ciertamente la venalidad sexual constituye en el plano individual una manifestación de la degradación de la persona humana, escribe BENEYTEZ MERINO. La reducción de la persona hasta considerarla como entidad exclusivamente corporal, la reducción del cuerpo a su consideración como objeto de disfrute y, finalmente, la oferta del cuerpo, como mercancía, que puede comprarse, evidencian la degradación de la persona, que supone la prostitución(271).

La prostitución, señalamos, es la actividad de prestaciones sexuales que realiza una determinada persona (hombre o mujer), a un número indeterminado de personas, a cambio de un precio u cualquier tipo de ventaja, sea o no de índole económica. Debe tratarse de una conducta que se ha constituido en permanencia, una habitualidad al ejercicio del meretricio. Quien a cambio de una determinada suma de dinero, de forma eventual, realiza el acto sexual, no será constitutivo de este delito; al igual, que el amante que recibe de la mujer casada, una dádiva por haberla satisfecho a su plenitud. Dicho de esta manera: para que pueda configurarse una actividad típica de prostitución, el precio y/o la ventaja deben constituir los medios, que determinan de forma habitual a la meretriz a la realización de prestaciones sexuales con cualquier usuario. El marido que obliga a su mujer, a prostituirse a fin de que se cubran las necesidades básicas del hogar, no estará incurso en este delito, sino en el comprendido en el artículo 180° (*in fine*).

La libertad sexual es quebrantada cuando se emplean determinados medios que vician el consentimiento de la víctima, tratándose de personas de catorce años a más; entonces, cualquier tipo de práctica sexual, que medie consentimiento por parte de la víctima, no es constitutivo de delito alguno, pues no se ha contravenido la autodeterminación sexual de la persona. Entonces, tal como se glosa en los diversos supuestos típicos que se tipifican en esta articulación, se penaliza la conducta del promotor a la prostitución, cuando se trata de un adulto, mayor de 18 años; por tanto, en orden a garantizar el contenido material del injusto, dichas conductas sólo podrán ser penalizadas en cuanto se adviertan ciertos medios comisivos que vicien la voluntad de la víctima, en cuanto su participación en dicha actividad; vicios

(271) BENÉYTEZ MERINO, L.; *Lecciones de Derecho Penal*, cit., p. 157.

de la voluntad, como la coacción, violencia, intimidación y otros, que incidan de forma intensa en el consentimiento del sujeto pasivo. Así se advierte en la siguiente ejecutoria, Exp. N° 1633-2000-ICA: "*(...) como autor del delito contra la Libertad Sexual, en su modalidad de Seducción y Proxenetismo, y a su co-encausado (...) quien admite haber mantenido relaciones sexuales con la agraviada; de todo ello se establece que (...) se aprovechó del momento de desolación emocional y material que sufría la agraviada, quien había huido de su casa, la convenció para mantener relaciones sexuales, y la obligó empleando en algunas ocasiones, la violencia, a Prostituirse en el local llamado "Papilolo" de propiedad de su co-encausado (...) quien disponía de una habitación en dicho lugar para que la agraviada se prostituya*"[272].

Como pone de relieve CONDE-PUMPIDO TOURÓN, refiriéndose a la legislación penal española, (...) las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente respecto a los mayores de edad, son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1.°) o bien se favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual[273], empleando los indicado métodos (art. 188.2.°)[274]. En el caso de los menores de catorce años, al no reconocerle el orden jurídico validez a su consentimiento que puedan prestar en la realización del acto sexual, su participación activa en estas conductas, no amerita ser mediada por medio que incida en una voluntad viciada, pues trata de personas que no tienen capacidad de autodeterminación sexual.

2. BIEN JURÍDICO

Cuando la supuesta víctima es un mayor de edad se tutela la moral sexual acuñada por ciertos sectores de la sociedad contrario a un Derecho Penal mínimo y ajeno a matices moralistas, pues en definitiva, si el sujeto pasivo ha ingresado a la actividad del meretricio de forma libre y responsable, no mediando ningún tipo de medio que vicie su voluntad, no puede haberse quebrantado su libertad sexual; (...) en el fondo escribe Bustos, tiende a sancionar la prostitución como tal (ciertamente en aquellos casos se mantiene la

(272) En: Jurisprudencia Penal. Director: J.L. CASTILLO ALVA, cit., p. 449.

(273) En el caso del C.P. peruano dichas conductas deben ser comprendidas bajo los alcances del artículo 182° (trata de personas); ahora en el Art. 153°, luego dacios de la Ley N° 28950.

(274) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO; *Delitos de prostitución. Especial referencia a la prostitución con menores*. En: "Delitos contra la Libertad Sexual", cit., p. 294.

idea de una moral social, lo cual es contrario a un derecho penal moderno, que en esta materia ha de fijarse en la libertad sexual y, por tanto, legislar desde una perspectiva microsocial y no macrosocial)[275]. Como sostiene SOLER, la prostitución es un hecho inmoral pero no delictivo[276].

Únicamente, el Derecho Penal debe de intervenir en la prostitución de personas adultas, cuando se quebrante su voluntad a partir de la utilización de una serie de medios que vician un consentimiento válido. Se trata entonces, (...), de analizar conductas que van en contra de esa decisión autónoma, especialmente en el caso de los menores, u obligando a mayores a ejercer la prostitución, o, en última instancia, aprovechándose de personas que ejercen individualmente tal actividad[277].

En definitiva, resultará como interés protegido ciertos patrones morales acuñados por determinados sectores de la sociedad, donde la reprobación ético-social es el sostén de la tipificación penal, lo cual contraviene el principio de lesividad, principio rector del *ius puniendi* estatal en un orden democrático de Derecho. Si bien el texto punitivo de 1991, se desarraigo de ciertos conceptos metajurídicos[278], como la moral, parece que dicho desarraigo no fue de forma definitiva, al mantenerse la vigencia de elementos propios de la moralidad. El Derecho penal sólo puede intervenir en la esfera de libertad ciudadana, reprimiendo aquellas conductas que atentan contra los intereses vitales de la sociedad, declarados "insoportables" por la sociedad, por perturbar el normal desarrollo de la convivencia social; el derecho punitivo únicamente puede estar dirigido a restablecer la paz y el orden social en la comunidad, no para servir de resorte para el fortalecimiento de ciertos valores morales acuñados por círculos cerrados de la sociedad. En consecuencia, señala ROXIN, se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco

(275) BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 149.

(276) SOLER, S.; *Derecho penal argentino,* T. III, cit., p. 315.

(277) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 604.

(278) Así, se expresa en la Exposición de Motivos del C.P. al apuntarse que *La Parte Especial es la expresión de las aspiraciones de justicia de la comunidad políticamente organizada, sus valores, al cristalizarse legislativamente, adquieren la categoría de bienes jurídico-penales. Efectivamente, sólo se selecciona, de las conductas socialmente dañosas, aquellas que se presentan como intolerables e igualmente los intereses sociales que aparezcan vitales para la colectividad. Aquí reside el carácter necesariamente fragmentario del Derecho Penal.* Sin duda, en un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena –como especie pública más grave– debe estar reservada para aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos que por su relevancia constitucional, merecen protección penal; aquellas conductas que son insoportables por toda la comunidad social, por revelar una peligrosidad social, que ponga en juego los valores primordiales de un Estado de Derecho.

de un sistema social global, estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema[279].

Como se ha dicho, toda conducta jurídico-penal encierra una desvaloración ético-social, pero no toda aquella conducta que merezca una reprobación ético-social merece ser elevada a la categoría de delito.

En el supuesto que la víctima sea un menor de edad o incapacitado, se protege la indemnidad o intangibilidad sexual[280], expresada ésta como el libre desarrollo de su sexualidad equilibrio psicosocial[281]. En el sentido de que los menores de catorce años o persona discapacitada en sus facultades psico-motrices, al encontrarse en un estado de vulnerabilidad, al no haberse genésicamente desarrollado de forma plena o al no estar en capacidad de comprender los alcances del acto, se tutela dicha esfera sexual, a efectos de que no sea perturbada, y pueda así provocar repercusiones negativas en su vida sexual de cara a futuro. Estas personas no tienen capacidad de consentimiento, por lo que la voluntad que puedan expresar para la realización de la actividad del meretricio es nula *ea ipso*. Estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento[282].

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede ser cualquiera, hombre o mujer, sin interesar su opción sexual. Es reconocido como proxeneta y/o promotor de la prostitución. No se requiere determinada calidad del agente. La habitualidad califica el hecho como circunstancia agravante (inc. 6). No enerva la calidad del sujeto activo, el hecho de que aparte de promover el ejercicio de prostitución de terceros, se dedique también a prostituirse. Si el autor, fue el que la comprometió o sustrajo al sujeto pasivo, para entregarla a otro para tener acceso carnal,

---

(279) Roxin, C.; *Derecho Penal. Parte General,* T. I, cit., p. 56.

(280) Estadísticas recientes, revelan que 175 denuncias de explotación sexual de menores de edad se han reportado en los últimos dos años. 20 denuncias por este mismo delito han sido recibidas en dicho año. 3 mafias fueron desarticuladas por la PNP, en lo que va del año. 18 distritos son focos donde se promueve la prostitución infantil (Fuente: Acción por los Niños/ Policía Nacional), año 2005.

(281) Peña Cabrera, Raúl; *Derecho Penal Peruano. Parte Especial*; p. 245; MuñozCondedefine al bien jurídico a proteger, en el caso del menor de edad, es una adecuada educación en el ejercicio de la sexualidad; y en el caso del incapaz que no sea convertido en objeto o mercancía para satisfacer el instinto sexual de terceros; ob.cit.; p. 207.

(282) STS 7 de abril de 1999; Conde-Pumpido Tourón, C.; *Delitos de prostitución....*, cit., p. 296.

configura la figura delictiva prevista en el artículo 181° y, si éste facilitó la salida del país o el traslado dentro del territorio de la República de una persona, para que ejerza la prostitución, será reconducida la conducta al artículo 153° (trata de personas).

El usuario que ejecuta prestaciones sexuales con la persona prostituida, cuando ella tiene menos de catorce años, será constitutiva dicha conducta de la tipificación penal contemplada en el artículo 173°; y si ésta, tiene entre catorce años y menos de dieciocho años, el comportamiento se adecuará a los alcances normativos del tipo penal del artículo 179°, al margen de las incongruencias penalizantes que nos trajo la dación de la Ley N° 28704.

3.2. Sujeto pasivo

Puede serlo tanto el hombre como la mujer, sea a partir de prestaciones sexuales heterosexuales u homosexuales. Si el sujeto pasivo es menor de dieciocho años de edad se configuraría la agravante prevista en el inciso 1 (*in fine*).

3.3. Acción típica

La materialización de la infracción criminal, es de promover o favorecer la prostitución de otra persona, como verbos nucleares.

Promover.- Es equivalente a hacer que alguien se inicie en determinada acción, encierra la idea de incitación[283], de ejercer una influencia psíquica intensa hacia una persona, incidiendo en el proceso decisorio, determinándolo a fijar una conducta y;

Favorecer.- Es sinónimo de coadyuvar o servir a alguien a realizar determinada acción, de allanar el camino para que se pueda materializar una determinada acción; (...), incluyen cualquier modalidad de ayuda, cooperación, o colaboración (...), siendo irrelevante que la persona sobre la que la acción recae se encontrase ya prostituida o corrompida y sin que su consentimiento obste a la existencia del delito (...)[284].

La conducta típica consiste en promover o facilitar la prostitución como un estado, más o menos permanente, y no un acto sexual aislado, aún por precio[285]. Promueve la prostitución el que opera como actor y parte en el acto

(283) Luzón Cuesta, J.M.; *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 81; Así, Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales,* cit., p. 217.

(284) Luzón Cuesta, J.M.; *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 81-82.

(285) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 187.

sexual, tendiente a degradar los motivos de tal acto, a mantener a la víctima en la prostitución o a volver más torpe su comercio sexual[286].

La ley no requiere que la persona cuya prostitución se favorece, sea de conducta moralmente reprochable. Nada impide que se incluya al hombre en estas actividades, tal como la realidad lo demuestra. Basta facilitar la acción de una persona ya prostituida para que se concrete el delito. Ahora bien, se señaló en un apartado anterior, que el Estado reglamenta la prostitución "legal", cuando se cumplen con ciertos requisitos para su funcionamiento en ciertas circunscripciones territoriales, por lo que en este caso, la conducta del regente y/o el administrador del local no puede subsumirse en los alcances normativos del tipo penal *in examine*, a menos que se advierta un medio coaccionador, que vicie la voluntad de la persona que se prostituye. De todos modos, vale señalar, que no existe una descripción legal clara al respecto, pues el tipo base no exige que la presencia de los elementos antes anotados, lo que implica una incoherencia sistemática entre la normatividad administrativa y la prohibición penal, pues mientras que la primera de ellas califica como legal una conducta, la segunda la criminaliza, lo cual importa una afectación al principio de unidad del ordenamiento jurídico. La influencia decisivamente moralista, que atañe estas conductas, ha desencadenado la incompatibilidad denunciada.

El concepto de prostitución es tomado penalmente como estado y no como un mero accidente de un acto sexual, aunque hubiere un estipendio de por medio. Antonio GONZÁLES-CUELLAR sostiene que para que se constituya la prostitución es imprescindible la concurrencia de los siguientes requisitos: a.- Existencia de relaciones sexuales. b.- Asiduad o frecuencia de las mismas y c.- Contraprestación de precio u otra recompensa por los servicios[287]. En efecto, la insinuación de tratar casualmente con un hombre determinado no convierte al sugeridor en un proxeneta, no porque no haya habitualidad en el sujeto activo, sino porque éste no ha entendido promover una situación habitual en el sujeto pasivo[288]. Deben concurrir, entonces, los siguientes elementos: Una persona dedica a la prestación de servicios sexuales, que desarrolla dicha actividad de forma permanente y/o habitual, a cambio de un precio y/o cualquier tipo de ventaja. En el caso del proxeneta, no es necesario la acreditación del ánimo de lucro. Es la oferta de la prestación carnal por precio de manera abierta, es decir, a cualquiera y de modo habitual[289]; prostitución que se manifiesta en forma callejera, informal, night-clubs, bares, etc.;

---

(286) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 626.

(287) En CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRA; *Comentarios al Código Penal español de 1995*; Doctrina y jurisprudencia; Tomo II; p. 2259.

(288) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III; p. 312.

(289) BENÉYTEZ MERINO, L.; *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 159; Así, CONDE-PIMPUDO TOURÓN, C.; *Delitos de prostitución...*, cit., p. 304.

lo importante a todo esto que se cumplan con los elementos contenidos en la descripción típica.

Es importante señalar que el hecho de que una persona ya se encuentre en el pleno ejercicio de la prostitución, no la obliga a prestar sus favores sexuales siempre que medie un precio de por medio –el hecho de negarse y luego ser forzada a ello– estaríamos frente al delito contemplado en el artículo 170° violación (acceso carnal sexual) y no el de prostitución; el hecho de que el sujeto pasivo se encuentre incurso en el negocio de la prestación carnal bajo precio, no la convierte en una *res nullius*, ni en un objeto, por lo que es portadora del bien jurídico "libertad sexual".

El tipo exige que la conducta del favorecedor o promotor esté dirigida a satisfacer deseos sexuales ajenos, sin que estos deban de aplacarse, para dar por perfeccionado el tipo penal. El artículo, al no mencionar los deseos propios ha ganado en técnica legislativa y en precisión. En tal virtud, no es punible, con esta regla quien para aplacar sus deseos sexuales aliente a prostituirse a una persona.

La ley no especifica los medios, es suficiente su idoneidad. El hecho de utilizar la violencia o la amenaza para satisfacer deseos sexuales propios configuraría el delito de acceso carnal sexual y no la infracción penal *in examine*. El engaño es un medio muy utilizado por los proxenetas en nuestro ámbito social, ejemplo: A una señorita se le da el empleo de secretaria y, luego presionada por las circunstancias, se le determina a ejercer la prostitución, es un común denominador, el ofertar ciertos empleos bajo ciertas fachadas, luego de los cuales se advierte una actividad dirigida a la prostitución, pero si se ejerce directamente la violencia y/o la amenaza será constitutiva de la circunstancia agravante prevista en el inc. 2).

Los actos de favorecimiento y/o promoción a la prostitución, debe tratarse de actos inequívocos, a crear un estado de permanencia, sin necesidad de acreditar un ánimo de lucro en la persona del autor; pues entonces, la eventualidad en que pueda surgir un precio, como consecuencia de una inducción, no será constitutiva del tipo penal en comento. Como apunta atinadamente SOLER, tampoco le alcanza la punibilidad al cliente que tiene relaciones con la prostituta, pues éste no promueve o facilita nada, sólo tiene acceso o contacto sexual con la prostituta[290]; según las regulaciones de la legislación penal vigente, dicha conducta ha merecido una tipificación penal especial, concretamente en el artículo 179°-A, que es analizada más adelante.

Es discutida por la doctrina la posibilidad de configurarse este delito por medio de "comisión por omisión"; que sería al hipótesis que un padre o tutor, a sabiendas que su menor hijo o pupilo está siendo utilizado en el

(290) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 313.

mercado de la prostitución, no realiza actos positivos a impedir tal situación e incluso no denuncia el hecho ante las autoridades competentes[291]. El fundamento de esta afirmación radica en el deber de garante que se origina de la relación de carácter filial entre padres e hijos, a ellos el Estado y la sociedad les exige un deber de guarda y tutela que en este caso no se estaría cumpliendo, mejor dicho desacatando. En la hipótesis que el padre o tutor, reciba dividendos económicos provenientes de la prostitución del menor se configuraría el tipo legal previsto en el artículo 180° del C.P.

4. TIPO SUBJETIVO

Se necesita del dolo directo y/o eventual, conciencia y voluntad de realización típica, consistente en el estado cognitivo, de saber que la realización de dichos actos comprometen el ejercicio de la prostitución de una persona, de que su comportamiento está encaminado a la determinación de dicha condición, a fin de que el sujeto pasivo consiente bajo precio la realización de prestaciones sexuales, con personas indeterminadas. Cuando de las agravantes se trata, el dolo del agente debe cubrir todos los elementos que se describen en los incisos puestos a relieve por el legislador, el error en que pueda incurrir sobre alguno de ellos, hace de su conducta una también típica, pero reprimida según los alcances normativos del tipo base. Así, en el caso del primer supuesto, el autor debe saber que se trata de una persona menor de dieciocho años, el hecho de que ya esté introducida en dicho negocio carnal, no es un factor a tener en cuenta, pues la modalidad típica puede significar la inducción al ingreso a la actividad, o a permitir su permanencia en el tiempo; pues puede que la persona esté dedicada a dicho negocio tiempo atrás.

El fin de lucro no es indispensable, pues puede que quien se enriquezca sea únicamente la persona prostituida o un tercero. Basta la intención deliberada de promover y/o favorecer la prostitución de una persona, a fin de que terceros tengan acceso carnal sexual con el sujeto pasivo, sin necesidad de que dicho factor final incluya un especial elemento del injusto típico. Asimismo, no es exigible la concurrencia de un ánimo específico del tipo subjetivo del injusto, definido por la satisfacción de deseos propios o ajenos[292], pues según la hermenéutica seguida en el bien jurídico tutelado, la libertad sexual puede vulnerarse con o sin aplacamiento de la sed libidinosa del autor.

Podría admitirse un error de tipo, cuando el autor yerra, sobre los elementos constitutivos del tipo penal, él cual podrá ser vencible o invencible;

---

(291) A favor Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 350.

(292) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., ps. 188-189; En contra Barrera Domínguez, H.; *Delitos Sexuales*, cit., p. 213.

v. gr.; cuando el agente desconoce al aptitud favorecedora de sus actos, es decir, no estaba creído que los medios empleados puedan llevar a una persona a ejercer actos de prostitución. En el caso del error de prohibición, podría darse el caso del extranjero, que promueve esta clase de conductas, con personas adultas, sin mediar violencia o cualquier tipo de intimidación, desconociendo la eminente antijuridicidad de su conducta, pues en su país natal dicha conducta no es constitutiva de un ilícito penal.

5. CONSUMACIÓN

El delito se consuma con el mero hecho de promover o favorecer la prostitución de una persona, sin que sea necesario que los efectos se cumplan, esto quiere decir, que no es necesario que se ejecuten las prestaciones sexuales con personas indeterminadas y en un tiempo prologando, sino que basta que se haya empleado medios idóneos para favorecer y/o promover la prostitución de una persona[293]; (...) el delito puede consumarse mediante un solo acto en forma instantánea[294], que se haya provocado en la víctima el estado del meretricio, en cuanto a la posibilidad ya de un acceso carnal bajo precio, sin que se produzca.

Siendo así, no queda más que declarar que el delito *in examine*, es uno de mera actividad[295], en el cual la realización del tipo coincide con el último acto, y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella[296]; en tal virtud, no es factible admitir formas de aparición imperfecta del delito[297], el hecho de que la persona a prostituirse haya sido detectada a tiempo por las autoridades, no enerva en nada la punibilidad de la conducta. El delito se consuma cuando se han perpetrados los actos expresados, aunque no hayan fructificado en la entrega sexual que se pretendía[298]. Esto se explica porque es una figura en donde el sujeto activo muestra un desdoblamiento psíquico, bastando que se verifique la parte correspondiente al dominio del lenón o mediador, siempre y cuando el medio sea eficaz para lograrse el fin propuesto[299].

---

(293) Así, Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 189.

(294) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 367.

(295) Así, Benéytez Merino, L.; *Lecciones de Derecho Penal,* cit., p. 160.

(296) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 628.

(297) En contra Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 367-368.

(298) S. 3-7-1990, Díaz Palos; Citado por Luzón Cuesta, J.M.; *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 82.

(299) De distinta opinión es Villa Stein, quien indica que el tipo se realiza cuando la prostitución es llevada cabo como consecuencia del favorecimiento; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 216; posición que llevaría a entender que se trata de un delito de resultado, lo que no es compatible con la *ratio* de la norma, pues es evidente, que el

6. PARTICIPACIÓN

Es punible la acción del instigador, siempre y cuando haya mediado un influjo psíquico suficiente para provocar en el autor directo, la deliberación (factor final), de los actos descritos en la norma en cuestión. La co-autoría es perfectamente admisible, cuando la realización típica ha sido en distribución de tareas, división del trabajo que se plasma en la contribución de una aportación de relevancia en la etapa ejecutiva del delito, concurriendo en todos los co-autores los elementos subjetivos del injusto, exigibles en el tipo legal.

En el caso del cómplice, éste debe haber prestado intencionalmente asistencia al autor directo del delito, será reprimido sin importar la ausencia de móviles lucrativos, si su aportación fue imprescindible para la realización típica, será pasible de complicidad primaria, mas si su contribución fue un aporte de menor trascendencia, se admitirá una complicidad secundaria.

7. CONCURSO DE DELITOS

Puede concurrir con cualquiera de los tipos comprendidos en este capítulo. Cuando el sujeto activo al momento de realizar el acceso carnal sexual, bajo cualquiera de las figuras comprendidas en los artículos 170° y ss., lo haga con la finalidad ulterior de promover o favorecer la prostitución de la misma. Se configuraría un concurso ideal de delitos. Así, también con las tipificaciones penales de secuestro y lesiones, cuando el agente priva a la persona prostituida ilegítimamente de su libertad y, en tales circunstancias la induce al incursionar en dicha actividad y, cuando el autor, propina golpes que sirven como medio para la determinación al sujeto pasivo a prostituirse, que afectan la integridad corporal de la víctima. En el caso de las coacciones, concurre en realidad un conflicto aparente de normas, pues como se desglosa de algunas de las agravantes, éste es un medio que el autor utiliza para perfeccionar la actividad delictiva.

8. PENA

Para este delito la pena aplicable es privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años de pena privativa de libertad, luego de la modificatoria producida por la Ley N° 28251.

---

legislador adelanta las barreras de protección penal, a un estadio previo, sin necesidad de producirse la lesión efectiva del interés penalmente tutelado.

9. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1. La víctima es menor de dieciocho años de edad; se pretende, además de proteger la libertad sexual, defender a la adolescencia de las prácticas sexuales anormales, pues cualquier experiencia torpe y prematura puede torcer la conducta sexual del joven con grave perjuicio para su equilibrio psico – social; en cuanto a menor edad de la víctima, mayor es el estado de vulnerabilidad, y mayor por tanto, el contenido del injusto típico. Ahora bien, el legislador ha subido la edad de la víctima, pues antes de la modificatoria provocada por la Ley N° 28251, el tipo era de catorce años, lo cual resulta a nuestra consideración plausible, en cuanto se trata de una persona que se encuentra en estado de formación de la sexualidad, donde el ingreso al meretricio puede repercutir gravemente en su autorrealización personal y en su vida sexual de cara a futuro. Claro está, que se cuenta con una margen de cronológico muy amplio, en el sentido de que no será lo mismo una persona de dieciséis años que una de diez años. Factor que deberá tomar en cuenta el legislador al momento de la determinación judicial de la pena, de conformidad con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad.

   Cuando la víctima es de menor de catorce años, no será imprescindible que se distingue algún medio comisivo que importe vicios del consentimiento; en la medida, que para el derecho positivo éstas personas no cuentan con capacidad de autodeterminación sexual. Sin embargo, de acuerdo a los efectos de la Ley N° 28704, dichos efectos han sido injustamente e ilegítimamente extendidos a personas de catorce y menores de dieciocho años, lo que a todas luces quebranta las bases rectoras del derecho punitivo en un Estado de Derecho.

   El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coaccione ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalga de su superioridad[300].

   El consentimiento en los menores de edad, entonces, sería considerado irrelevante para la existencia del delito, ya que el legislador los protege en su esfera sexual, sin reconocer la validez de su consentimiento. La "Prostitución Infantil" es un hecho que ha irrumpido violentamente nuestra sociedad; sujetos inescrupulosos que determinan a los menores a convertirse en mercaderes sexuales, que son instigados u animados generalmente por un ánimo de lucro y explotación servil; se define a la prostitución infantil como la acción de contratar u ofrecer los servicios de un niño para realizar actos sexuales a cambio de dinero u otra contraprestación de esa misma persona o con otra, cabe

(300) Conde-Pumpido Tourón, C.; *Delitos de prostitución...*, cit., p. 308.

mencionar que la prostitución infantil no la comete el propio niño, sino la persona que contrata u ofrece sus servicios(301).

2. Cuando el autor emplea violencia –tanto física como psíquica (*vis absoluta o vis compulsiva*)– provoque un error en el sujeto pasivo (engaño), abuse de la autoridad que eventualmente pueda tener o utilice cualquier medio de intimidación. En el caso de que el sujeto activo ostente tal autoridad para que se configure la agravante el agente debe de prevalerse de tal circunstancia para realizar la conducta típica. Sin duda, estos deberían ser los medios que deberían de servir para construir el contenido material del injusto, tratándose de víctimas mayores de catorce años; sin embargo, el legislador sólo los ha considerado como elementos constitutivos de la agravante en cuestión. Violencia es todo medio de ejercicio físico que se ejecuta sobre el cuerpo de la víctima o de un tercero vinculado a ésta, a fin de doblegar su mecanismo de resistencia y así, poder realizar la actividad típica; mientras que amenaza grave, es el anuncio de ejecutar un mal inminente y real sobre la víctima, si es que no acceder a sus deseos delictivos, con aptitud para vencer la oponibilidad de la víctima. En el caso del engaño, trata de un medio fraudulento, ardid, maquinación u otros, capaz de incidir en el proceso formativo de la voluntad, diseñando circunstancias (aparentes) que no se condicen con la realidad circundante; es un vicio de la voluntad finalmente; (...) frecuente en esta materia consistente, en que la recluta para el ejercicio de la prostitución se realiza mediante oferta de empleo, con la apariencia externa de un contrato de trabajo de carácter lícito(302). El abuso de autoridad importa el aprovechamiento de una especial posición de dominio sobre la víctima, la cual precisamente le sirve al autor para facilitar su actividad típica; puede ser el maestro sobre el alumno, el empleador sobre el dependiente, el carcelero sobre el penado, el médico sobre su tratante, etc.

3. La víctima se encuentre privada de discernimiento por cualquier causa; dicho estado no debe haber sido desencadenado por acción propia del autor; su voluntad está quebrantada por causas diversas, por ejemplo: anomalía psíquica o alteración de la conciencia (transitoria o permanente). Situación defectuosa de su esfera psico-motriz que convierten al sujeto en una persona especialmente vulnerable; vulnerabilidad que es aprovechada por el autor para la comisión del injusto, teniendo en cuenta que aquellos no están en capacidad de comprender la naturaleza del acto, en el cual se están viendo involucrados. Lo

(301) Jiménez Galán, R.F./ Esquivel Osorio, M.L.; *Escenario Sociológico de la Prostitución y Pornografía Infantil.* En: Iustitia et Seguritas. Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, cit., p. 138.

(302) Benéytez Merino, L.; *Lecciones de Derecho Penal,* cit., p. 162.

cual amerita una mayor reprobación del juicio de imputación individual que recae sobre el autor.

4. El autor es pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (hijos, nietos, bisnietos y tataranietos) o segundo de afinidad (cuñados) o es el cónyuge, concubino, adoptante, tutor, curador o tiene al agraviado a su cuidado por cualquier motivo. Esta agravante se constituye en base a deberes especiales de responsabilidad institucional; se trata en realidad de ámbitos organizativos específicos que confieren al autor una posición de dominio (ventaja), sobre la víctima, tal como se sostuvo en el inc. 2), la cual es aprovechada, prevalida por el autor para promover y/o favorecer actos de prostitución de un tercero. La relación de parentesco o de guarda con la víctima denota un deber especial del autor de abstenerse de esta clase de ilícitos, lo que trae a colación es un prevalimiento por parte del autor y, por ende, expresa un mayor contenido del injusto de este delito así como del reproche de culpabilidad.

   Es discutible la posición de un sector de la doctrina, que asume la posibilidad que esta agravante se configure en "comisión por omisión" –en base a deberes de garantía– a todos aquellos a los que tuvieran bajo su potestad, tutela, curatela o guarda al sujeto pasivo, que a sabiendas de la prostitución manifiesta del mismo, no hagan hasta lo imposible para impedir la continuación de tal estado[303], pues en este caso, pueden advertirse otras personas, que hayan cometido precisamente la conducta típica, como favorecedores o promotores; reconducción típica que puede resultar lesiva al principio de legalidad; a lo más podría constituir un delito de exposición u abandono de personas en peligro. Tal como lo estipula el Código Penal español en su artículo 189°.2, de forma expresa.

5. La víctima ha sido desarraigada de su domicilio habitual con la finalidad de prostituirla o ésta en situación de abandono o de extrema necesidad económica. La modificación producida por la Ley N° 28251, ha ampliado a nuevos supuestos la agravante en análisis. Se trata de una víctima en estado de necesidad, se encuentra en un estado apremiante, lo cual la convierte en una persona en estado de indefensión, más accesible por dicha situación, a incursionar en el negocio del meretricio. Importa en su primera concepción que el sujeto pasivo ha sido desarraigado de su domicilio habitual, para introducirlo en la actividad de la prostitución, que de seguro debe haberse cometido mediante engaños, aprovechando tal vez una situación conflictiva con los padres, estado de drogadicción –no al nivel que se requiere en el inc. 3)–, carencia de elementos básicos, etc. Está en situación de abandono, quien ha sido abandonado por los

(303) Es de esta opinión Cándido Conde Pumpido F.; t. II; p. 2259, siguiendo el análisis del artículo 189.2 del CPE.

padres o por el marido y, no tiene la posibilidad de auto-sostenerse, sea para sí misma sea para la manutención de sus menores hijos, o habiendo sido desalojada de su hogar, por orden judicial. Extrema necesidad económica, implica en realidad una situación apremiante, cuando la víctima no están en capacidad de solventar sus necesidades más elementales: vivienda, vestido, comida, etc.; atraviesa por un estado de necesidad que es utilizado por el autor, para favorecer su ingreso al mercado sexual. No se trataría en este caso, de la dama rica, que perdió gran parte de su fortuna en los juegos de azar, y es inducida a participar en esta actividad, a fin de satisfacer su inclinación ludópata; o el empresario que está en bancarrota, y necesita dinero para reflotar su empresa.

6. El autor ha hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida; es decir, el autor ha hecho de esta actividad un *modus vivendi* en base al beneficio económico que percibe, al promover y/o favorecer la prostitución de terceras personas. Se supone que debe reportarle un dividendo económico dicha conducta, para que se dedique de modo permanente a ella. Trata más de una forma de vida, de una tendencia conductiva, de un tipo de autor, que se desprende del hecho como valor esencial de desvaloración jurídico-penal, de común idea con la figura que se desprende del artículo 180° (*in fine*); pues si es que se advierten varias promociones y/o favorecimientos a la prostitución de un tercero, lo aplicable en este caso es un concurso real de delitos y/o un delito continuado. Las caracterizaciones propias del positivismo criminológico, aún penden en el texto punitivo, tal como ha acreditado luego del análisis de varias de las figuras comprendidas en esta capitulación.

7. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda. El hecho de que el sujeto cometa la actividad típica desde el seno de una organización criminal, revela una mayor peligrosidad, por lo que el legislador consideró necesario incluir normativamente esta agravante, vía la Ley N° 28251. Definir puntualmente la organización delictiva no es empresa fácil, pero de todos modos nos aventuramos a definirla: será toda aquella estructura criminal, que desde un plano criminológico cuenta con la asociación de varias personas, que se unen en base a un cometido y/o propósito delictivo, de forma permanente, para cometer una serie de delitos, contando para ello con cuadros jerárquicamente organizados, bandos medios, inferiores y una voluntad suprema que guía la operatividad de la organización criminal. Se debe ser muy meticuloso, a la hora de identificar esta agravante, pues se advierten zonas de confusión normativa no muy fáciles de delimitar con la figura delictiva de Asociación Ilícita para Delinquir, prevista en el artículo 317°.

   Ahora bien, cuando estamos ante una banda; será la composición de dos o más personas, que de forma eventual y/o permanente, se unen

para cometer determinados delitos, que se perpetran a través de la división de roles. Como vemos la organización delictiva exige elementos muy especiales y específicos para su configuración criminológica, a diferencia de la banda, que revela elementos más comunes.

- La pena para el delito, en que concurra una de estas agravantes, es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

10. LA MEMBRECÍA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL - LEY N° 30077[304], COMO CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN[305]

10.1 Definición de «crimen organizado»

Antes de pasar al esbozo conceptual del término mencionado, hemos de reparar en un punto importante, que lo que se pueda decir desde un plano *criminológico,* es a todas luces distinto, a lo que se deba plantear desde un plano estrictamente *penal sustantivo*. No olvidemos –algo de relevancia–, que la codificación penal así como los desarrollos doctrinarios hacen alusión al *delito* y no al *crimen*; con ello no queremos sostener que se trate de fenómenos distintos, ambos evocan una misma idea, en el sentido de referirse a una conducta[306] que vulnera y/o pone en peligro bienes jurídicos –*penalmente tutelados*–[307], sino que con el primero se incide en una idea más extensiva de la lesión que reporta el comportamiento prohibido. No en vano, se acude al término «crimen», para indicar una ofensa de más gravedad, en virtud a ello, en los Tratados y Convenios Internaciones se emplea este título para tipificar las ofensas más graves contra la Humanidad.

En todo caso, con la terminología «crimen» se hace alusión a un concepto más enérgico de la Ley y la sociedad frente a aquellas conductas más perturbadoras del orden social y jurídico y, de hecho, expresa un lenguaje de fuerte significado comunicativo frente al colectivo social. Apelar a los efectos

(304) Ley que entrará en vigencia el 01 de julio del 2014.

(305) Aplicable a los artículos: 179, 181, 189, 225, 257-A, 272, 297, 310-C y 318-A.

(306) Así, cuando en la doctrina española, Berdugo Gómez de la Torre y otros, precisan que la primera condición requerida para que un hecho sea calificado como delito es que se trate de la manifestación de un comportamiento humano; *Curso de Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 179.

(307) Con ello, toda acción u omisión susceptible de encajar -tanto en su faz objetiva como subjetiva-, en los contornos normativos de un determinados tipo legal, que luego ha de ser confrontado con todas las permisiones y justificaciones que se extraen de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto; así, hacemos hincapié, que el aspecto personal del agente, en cuanto a su imputabilidad y otros factores subyacentes, que se refunden en la idea de la Culpabilidad, están al margen de ambos conceptos, pues su comprobación lo que hace es determinar la naturaleza de la sanción a aplicar y, en algunos casos, el procedimiento a seguir así como la jurisdicción competente.

socio-cognitivos de los términos del lenguaje, es algo usual en un legislador muy afanado en que la sociedad reciba mensajes determinados en tiempos socialmente convulsionados.

Valga de todas maneras la advertencia, que cuando las definiciones normativas recogen caracterizaciones, particularidades y propiedades del *ser delincuente*, nos acercamos más a la ciencia criminológica[308], que a la ciencia penal (jurídica). A tal efecto, cabe indicar que las estructurales criminales, que se da patente de corsé normativo, no sólo tienen que ver con una acusada actuación operativa que se traduce en la potencial lesión de una serie de bienes jurídicos, sino que la solidez de su estructura organizacional, su jerarquización (vertical y horizontal) así como el nivel operativo que se comunica entre sus miembros, vaya que desborda una concepción en propiedad punitiva[309]. Cuando se ancla en posiciones funcionales dentro del aparato criminal, de asunción de poderes directivos (jefes, líderes, cabecillas, etc.), ingresamos al campo «criminológico», así, TERRADILLOS BASOCO, al mencionar a la concurrencia de sujetos, el alto grado de dañosidad, sus objetivos inmediatos e instrumentales - criminalidad económica[310]; esta delincuencia económica genera influencias poderosas en el ámbito político, de ahí que no muestre perplejidad alguna, de que la sanción de algunas leyes vayan direccionadas para favorecer particulares intereses económicos de los «poderosos[311]».

Pongamos bien el acento, en algo de relevancia, no toda estructura delictiva compuesta por una pluralidad de personas, encaminadas a obtener fines lucrativos, a través de la perpetración de una pluralidad de delitos puede ser concebida como «Crimen Organizado», sino que éste debe responder a una serie de criterios a saber. De ahí, que adelantándonos, somos de la firme convicción, que un grupo delincuencial, para que pueda ser refundido bajo la definición indicada, debe contar con todo un andamiaje estructural, que le permita –precisamente–, perpetrar una pluralidad de delitos, esto implica la existencia de una plataforma organizacional basada en una estructura piramidal, sostenida sobre relaciones jerárquicas, –tanto de plano horizontal como vertical–, no concebimos a una Criminalidad Organizada, donde todos sus miembros estén al mismo nivel de dirección[312], tiene que

---

(308) Como apunta Blanco Lozano, la Criminología es la ciencia que estudia globalmente el fenómeno delictivo, el delincuente y la víctima, abarcando a su vez diversas disciplinas científicas que pueden incidir en tal sentido; Tratado de Política Criminal, T. I, cit., p. 68.

(309) Cfr., CUESTA ARZAMENDI, J.L.; *El Derecho Penal ante la Criminalidad Organizada:...*, cit., p. 87.

(310) TERRADILLOS BASOCO, J.; *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, cit., p. 45.

(311) Vide, al respecto, DELGADO MARTÍN, J.; *La Criminalidad Organizada*, cit., p. 27.

(312) Un plano así diseñado puede ejecutar una pluralidad de hechos punibles, como una

identificarse una cúpula, un mando superior desde donde se planifican todas las acciones, mandos medios –transmisores de la orden–, y mandos operativos, quienes materializan los planes criminales; por ende, ha de subyacer un mando que ejerza el poder y otros que los ejecuten. Sólo así se podrá estar ante agrupaciones de personas, que en su accionar conjunto, puedan generar el estado de alarma social que se supone debe identificarse en estas organizaciones criminales. Como bien anota DELGADO MARTÍN la idea clave para entender a la delincuencia organizada es la sofisticación, es decir, se trata de grupos que cuentan con una organización frecuentemente compleja que suelen importar de la economía legal(313); bajo tal postulación se aprecia la circulación de sumas importantes de activos, que tienden a distorsionar los variables económicas de un Economía Social de Mercado, que de recibo, van aumentándose en mercados abiertos como el nuestro.

Ahora bien, puede sin duda, proyectarse variadas definiciones sobre el tópico en cuestión, empero si bien existe un esfuerzo normativo internacional por estandarizar el conceptos, de todos modos se pueden identificar ciertas distinciones, que en realidad parten de la realidad nacional de cada país, así como de la técnica legislativa a adoptar(314).

Punto de arranque, constituye la *«Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional»*, que sus primeros articulados, dispone a la letra que: Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más persona que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delito graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material(315)"; mientras que para la INTERPOL, es: "Cualquier grupo que tiene una estructura corporativa cuyo objetivo primario es obtener dinero a través de las actividades ilegales, y sobrevive a menudo en el miedo y la corrupción". Por su parte, al Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de 24 de octubre de 2008, en cuanto a la lucha contra la delincuencia organizada, la define como aquella que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa".

---

organización dedicada a estafar a clientes crediticios, pero no está en posibilidad de extender su red de actuación criminal a nivel internacional.

(313) DELGADO MARTÍN, J.; *La Criminalidad Organizada*, cit., ps. 24-25.

(314) Vide, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Criminalidad organizada...*, cit., p. 1.

(315) Convención de Palermo, ratificado por el Perú, mediante DS N° 88-2001-RE, del 20 de noviembre del 2001, de entrada en vigor desde el 29 de septiembre del 2003.

La Unión Europea, entiende por «organización delictiva», aquella asociación estructurada de más o dos personas, establecida durante un periodo de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de la libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio para obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.

En la jurisprudencia española, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 25/09/85 que declara que *no ha de identificarse con la mera coparticipación o codelincuencia al ser varias las personas que participen, y colaboren, en la ejecución del delito, sino que requiere, además, que esté suficientemente acreditada la intervención de un conjunto de personas que dispongan de medios idóneos y desarrollen un plan previamente concertado y con una cierta permanencia, y jerarquización, con distribución, más o menos definida entre ellos, de funciones (en el mismo sentido numerosas resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, como las de 10 de marzo, 5 y 22 de mayo y 28 de junio de 2000)*[316].

En un sector doctrinal, se indica que en contraposición con la delincuencia tradicional, habitual u ocasional, el crimen organizado es una "empresa" jerarquizada que genera múltiples beneficios, luego su móvil delictivo como queda dicho, es puramente económico y no sólo para el que ejerce el mayor cargo en la organización, cada escalón tiene en común respecto al anterior, el mismo móvil criminal, en sus distintas proporciones dinerarias, cada concepto aquí reflejado describe los condicionantes que identifican su razón de ser, esto es, gravedad, asociación, estructura y personalización[317].

En cuanto a los medios empleados por estos aparatos criminales, no podemos circunscribirlo a instrumentos de alto potencial lesivo, en cuanto al uso sistemático de armas fuego o de guerra, asimilables en la delincuencia tradicional y/o convencional como el Homicidio, Secuestro o de Lesa Humanidad, sino que la misma descripción criminológica nos devela una delincuencia que utiliza otros métodos más sutiles y a la vez imperceptibles, como es la delincuencia económica, ligada a los grandes fraudes comerciales, a los sabotajes comerciales, al Lavado de activos, así la delincuencia ambiental (minería ilegal[318]), algunas de éstas han ido emergiendo como consecuencia

(316) J. Fernández; *Crimen Organizado. En: Artículos doctrinales.* Derecho Penal, (Noticias jurídicas, octubre 2008) cit., p. 5.

(317) J. Fernández; *Crimen Organizado. En: Artículos doctrinales. Derecho Penal,* cit., p. 3.

(318) Se estima en 3000 millones de dólares anuales, el monto de las exportaciones de ro ilegal, según el cálculo realizado por la empresa MACROCOSULT, por encargo de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía); Correo.

de la *globalización económica*. Así también, la Corrupción organizada como estructura y estratagema de un grupo cohesionado de personas; como bien anota López Barja De Quiroga, el crimen organizado vive y se desarrolla, en gran medida, gracias a la corrupción[319].

Detengámonos en el móvil, en el propósito que persiguen obtener estas organizaciones criminales, que si bien por lo general será el lucro, mírense los portentosos tentáculos de la corrupción política organizada o de las mafias dedicadas a la Trata de personas, TID, Lavado de Activos y otras afines, sin embargo, puede que en ciertas estructuras terroristas, éste no sea el fin principal[320], sino más de orden político, aunque en la actualidad, existe un entrecruzamiento de propósitos, merced a las alianzas que se gestan entre estas estructuras criminales y otras, –de diversa naturaleza–. No confundamos los objetivos con los medios, pues estructurar organizaciones subversivas, importa agenciarse de fuertes sumas de dinero. Así, en la doctrina (Cuesta Arzamendi) cuando se estima que es preferible separar la criminalidad organizada lucrativa de la terrorista políticamente impulsada, aunque como recuerda Pradel, muchas veces las soluciones ensayadas frente al terrorismo acaban integrándose en la política criminal contra las organizaciones criminales de tipo lucrativo[321][322]. Para J. Fernández, el terrorismo aún teniendo los condicionantes del crimen organizado en cuanto a su estructura y jerarquía, se distancia principalmente en los fines que persigue, y en los daños victimológicos que produce, si unos (grupos terroristas) se financian para la subsistencia de sus grupos y para la proyección de sus acciones bajo justificaciones políticas y ocasionan perjuicios irreparables como es la pérdida de vidas humanas, los otros (redes del crimen organizado) buscan el beneficio económico como único fin, viven por y para el crimen como medio de subsistencia, causando en la víctima daños materiales, económicos y personales, éstos últimos de menor proporción, si tenemos en cuenta que las víctimas fallecidas como consecuencia de actos derivados del crimen organizado son menos cuantiosas[323].

---

(319) López Barja de Quiroga, J.; *Posición de la Unión Europea...*, cit., p. 117.

(320) Vide, al respecto, Terradillos Basoco, J.; *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico...*, cit., p. 47.

(321) Cuesta Arzamendi, J.C.; *El Derecho Penal ante la Criminalidad Organizada:...*, cit., p. 88.

(322) En opinión de Prado Saldarriaga, la omisión del terrorismo internacional del listado y cuadros, se suele justificar precisando que aquel conversa rasgos de autonomía en función a notables diferencias estructurales y finales que lo distinguen frente al conjunto de las manifestaciones de delincuencia organizada incluidas, principalmente por carecer el terrorismo de una motivación lucrativa; *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, IDEMSA, Lima, 2013, cit., p. 37.

(323) J. Fernández; *Crimen Organizado*. En: Artículos doctrinales. Derecho Penal, cit., p. 1.

Si es que se quiere combatir eficazmente el terrorismo, no parece la mejor opción desligar a esta delincuencia del «Crimen Organizado», no tanto por un cabal entendimiento científico, sino más bien por las incidencias legales que importa su inclusión[324][325][326]. Con ello, también debe darse la precisión, que el hecho de cobijar ciertos comportamientos delictuales en tal conceptualización, no debe significar la articulación de una respuesta diametralmente diferenciada del Derecho penal, pueden flexibilizarse los criterios de imputación jurídico-penal, más no el desmantelamiento de las garantías penales sustantivas y procesales asentadas en la cúspide de valores constitucionales.

La Ley N° 30077, considera organización criminal *a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.* Se aprecia de la Ley, que no se ha hecho mención al móvil, a los fines que persigue la organización, pudiendo ser aquella que sólo quiere alcanzar objetivos político-ideológicos, es decir, no necesariamente o puramente «económicos[327]», por lo que se ha apartado de los textos internacionales sobre la materia, que los circunscriben a dicho factor, lo que a nuestro parecer se muestra político criminalmente correcto.

11. DELITOS INVOLUCRADOS

A la par, la ley nacional –in comento–, ha seguido la tónica de reglar un listado delictivo, de aquellos injustos penales susceptibles de encuadrar el concepto tantas veces aludido, lo cual no es si cerrado –como habría de pensarse–, pues en un último párrafo se dispone que: "*Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a*

(324) Con estos nos referimos al abanico de medidas que pueden adoptar las agencias de persecución penal en el decurso de la investigación, como se desprende de la Ley N° 30077.

(325) Vide, al respecto López Barja de Quiroga, J.; *Posición de la Unión Europea sobre el Crimen Organizado*, cit. p. 116.

(326) Así, Terradillos Basoco, al indicar que basta con observar bajo la superficie para advertir que, en multitud de los casos, la financiación del terrorismo exige complejas estructuras económicas que entran de lleno en el concepto de criminalidad organizada. El terrorismo se estructura como empresa, aunque no publicite los nombres de sus directivos. Y, como tal, utiliza los canales legales de financiación, con independencia del origen de los fondos; *Cuestiones actuales del Derecho Penal Económico...*, cit., p 47.

(327) Vide, González Rus, J.J.; *La Criminalidad Organizada...*, cit., p. 19.

cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo". Entonces, si un delito no comprendido en el presente listado, pero que incluye la pertenencia a una organización criminal como circunstancia agravante, podrá ser encuadrado en esta definición, así como aquellas otras figuras delictivas que entran en concurso, como Lesiones, Falsedad Ideológica, Homicidio, Interceptación telefónica, Violación de domicilio, Violación de la Intimidad, etc. No se especifica qué clase de «Concurso delictivo», sea éste Real o Ideal, por lo en principio –podría ser cualquiera–, más acá debe hacerse una aclaración, que será el aspecto procesal el que arrastre la otra figura delictiva, de manera que no es aplicable acá las consecuencias jurídico-penales que se contraen de la codificación punitiva y, lo más importante, que este hecho punible debe ser el medio, el instrumento que ha de servirse el agente para poder materializar el delito «fin», una especie de «Concurso Medial», v. gr., la interceptación telefónica o a la intimidad, para poder recabar la información y así secuestrar a la víctima o insertar datos falsos en documentos de identidad para poder presentar una falsa identidad y así tramitar visas y otros documentos que sirven para salir del país (Trata de personas, tráfico ilícito de inmigrantes, Pornografía infantil).

En la legislación internacional, se ha seguido en cambio, el quantum de pena, basado en el principio de proporcionalidad, que redunda en una técnica de economía legislativa[328] y, que a la postre no genera problemas con el principio de legalidad, en la medida que si tiempo después, un cierto delito adquiere necesidad de ser sancionado con una pena más grave, puede ser subsumido en expresión de Crimen Organizado, en cambio el método enunciativo, requiere imperiosamente de una reforma de *lege ferenda*.

A nuestro entender –punto central–, es que la organización criminal predique su «internacionalización», es decir, no sólo que su operatividad delictiva se extienda a varios países, sino también la coordinación con otras agrupaciones criminales[329]; los cárteles de la droga, por ejemplo, han de agenciarse con corporaciones delictivas foráneas, que en ciertas latitudes

(328) López Barja de Quiroga, anota que en el campo internacional se tiende (...) al seguimiento de un criterio mixto, en la línea de los tratados de extradición, consistente en la combinación del "método de eliminación" (mediante la exigencia de concurrencia de ciertas características específicas integradas en una "definición general") con el "método de enumeración" de delitos, que han de alcanzar además una determina gravedad (proporcionalidad) manifestada en el hecho de que merezcan una pena al menos cuatro años de privación de libertad; *El Derecho Penal ante la Criminalidad Organizada:...*, cit., p. 90.

(329) Así, Cordero Blanco, al indicar que las grandes organizaciones criminales, si bien originadas en un Estado, operan normalmente más allá de las fronteras nacionales, en diversos Estados, aprovechando las oportunidades de enriquecimiento rápido que ofrece el mercado mediante el recurso a actividades delictivas. Dato básico de estas organizaciones es su carácter fundamentalmente transnacional, por lo que la doctrina las denomina «organizaciones criminales transnacionales»; *El delito de...*, cit., p. 54.

con banca of shore (paraísos fiscales), se encargan del Lavado de activos; (...) conviene destacar que múltiples organizaciones criminales buscan conscientemente la internacionalización de su actividad para utilizar la frontera como protección contra la acción estatal[330].

Para Cuesta Arzamendi, por organización debe entenderse un aparato organizado de poder, estructurado y de cierta importancia, que actúa de alguna manera con una programación delictiva y con división del trabajo, con fines de obtención del poder y/o lucrativos[331].

12. LISTADO DELICTIVO

- Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
- Secuestro, tipificada en el artículo 152 del Código Penal.
- Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
- Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
- Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
- Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
- Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
- Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
- Delitos informáticos previstos en la ley penal."
- Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
- Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
- Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
- Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.

---

(330) Delgado Martín, J.; *La Criminalidad Organizada*, cit., p. 29.

(331) Cuesta Arzamendi, J.L.; *El Derecho Penal ante la Crminalidad...*, cit., p. 111.

- Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
- Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
- Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
- Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
- Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
- Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
- Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
- Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

13. PRESUPUESTOS DE CONFIGURACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO SEGÚN LA LEY N° 30077

Primero, que se trate de *cualquier agrupación de tres o más personas*; es decir, puede tratarse de cualquier estructura organizacional (*delictiva*), conformada o no por una entidad piramidal de mando, ello importa que se puede estar ante una organización criminal de complejo engranaje, llevado al campo de la «transnacionalidad», como agrupaciones de alcance operativa y logístico local, regional o nacional. Y, esto lo refrendamos cuando la misma ley, indica que *cualquiera puede ser su estructura y ámbito de acción*, definiendo agrupaciones criminales de todo calibre, así que no se vaya a pensar que se necesita acreditar todos los presupuestos, que por ejemplo se predican en la hipótesis de la Autoría Mediata en estructuras organizativas de poder, puede o no haber ejecutores fungibles en la ejecución delictiva[332].

La pluralidad de agentes, es la de que cierta forma nos va a indicar el alcance operativo de la organización criminal, si ésta compuesta por solo tres

(332) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., ps. 581-585.

o cinco personas, su operatividad se limita a una circunscripción territorial no muy extendida, que muy lejanamente puede ser concebida como parte del Crimen Organizado[333] y así lo refrenda la propia experiencia criminal. Debe existir una cadena de mando, que al ser de pocos miembros, será solo de corte horizontal.

Segundo, que se reparten diversas tareas o funciones, este factor es importante en orden a definir la presencia de una verdadera agrupación criminal, que por si sola lo asemeja al régimen de la co-autoría, pero vaya precisar que en estas corporaciones delictivas, puede que los miembros de la cúpula de la organización intervengan a un nivel preparatorio del plan criminal, como sucede en la «Criminalidad Empresarial[334][335]», es decir, acá lo que ha de comprobarse es el control y/o dominio de los actos ejecutivos, ha ser emprendidos por los mandos más bajos de la estructura criminal, que no se hubieran cometido, si es que los miembros más de la cúspide más alta, no hubiesen colocado los instrumentos y herramientas indispensables para ello. Siendo así, no nos cabe duda, que todos los integrantes que intervengan en la comisión del hecho punible han de responder como co-autores, únicamente podrán ser consideraros partícipes, aquellos que colaboran mediando una prestación importante y/o accesorio, pero que en definitiva, no forman parte de la estructura criminal.

Tercero, la organización criminal compuesta por la pluralidad de agentes, deben operar *con carácter estable o por tiempo indefinido*; la vocación de «permanencia» constituye un ingrediente importante en pos de distinguir la organización delictiva de las bandas criminales u otras agrupaciones similares[336], quienes se reúnen de forma esporádica o dígase *ocasional* para cometer hechos punibles, no pueden ser vistos como parte del Crimen Organizado, de modo, que la «estabilidad», que ha de verse en la forma sistemática y prolongada de la perpetración delictual, es lo que define la asimilación conceptual. Esto a su vez comporta señalar, que la operatividad delictual puede ser «indefinida» o «transitoria», pero nunca «ocasional» y/o «esporádica». En algunas corporaciones delictivas, sobre todo las económicas y patrimoniales, ello podrá verificarse con la vigencia del soporte legal (*societario*), que la sostiene. Véase, que el artículo 3° de la Ley especial, a la letra dispone que: *"La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los*

(333) Así, J. Fernández; *Crimen Organizado*, cit., p. 5.

(334) Así, en los delitos económicos, ambientales y Lavado de Activos.

(335) Cfr, al respecto Cuesta Arzamendi, J.L.; *El Derecho Penal ante la...*, cit., p. 94.

(336) A decir de Prado Saldarriaga, se trata de la característica que mejor reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada; Criminalidad Organizada..., cit., p. 61.

objetivos de la organización criminal", por ende, se hace referencia a otras personas, que sin formar parte de la estructura piramidal de la organización criminal, colaboran con ésta, mediando ciertas aportaciones, que sean relevantes en orden a la consecución de los objetivos delictivos de la misma, la cual puede darse de forma permanente u ocasional, lo cual en todo caso no significa la posibilidad de que estos agentes puedan calar en el radio operativo de la ley, en tanto éstos habrán de responder como partícipes de las acciones delictivas que cometan la organización criminal. Si son individuos que actúan por encargo, pero sin ostentar membrecía de la organización, podrán ser considerados autores de los delitos que cometan, sin embargo no será admisible su punición como *integrantes de la organización criminal*, pero si podrá sostener un aumento de la pena, tal como se advierte del artículo 22° («agravante especial»), pudiendo el Juez aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, sin que en ningún caso pueda exceder los treinta y cinco años.

Cuarto, *existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada*[337]; no puede hablarse de un real «organización criminal», cuando ésta actúa de forma improvisada y desordenada, precisamente la coordinación y concertación de los diversos mandos estructurales, es que le permite el éxito en la ejecución de los planes criminales, planificados con antelación por parte de los integrantes de la cúpula de la organización; la predicada coordinación y armónico engranaje en la actuación de los mismos, no sólo asegura la optimización en la perpetración delictual, sino también la cobertura de impunidad que caracterizan a estas agrupaciones criminales; no en vano, como se está revelando en el Perú, la posibilidad de que estas organizaciones actúen con toda impunidad, son los lazos y alianza que tienden con las altas esferas de la policía nacional; no hay que ser mago o gurú, para darse cuenta de que si sabe perfectamente cómo y donde operan estas organizaciones criminales y éstas siguen golpeando a la población de forma permanente, es porque mandos policiales lo asientan. No olvidemos que la delincuencia no sólo aparece por *comisión,* sino también por *omisión,* cuando personas que asumen ciertos deberes de protección y conservación de la Seguridad Ciudadana, no hacen nada para evitar la causación de eventos lesivos a los bienes jurídicos más importantes de la ciudadanía. Será en el *funcionamiento operativo* de la perpetración delictual, lo que nos avizore o no si esta agrupación criminal actúa o no de forma concertada y coordinada, es decir, en el éxito de sus planes criminales, que han de tomar lugar de forma sistemática y prolongada en el tiempo, a esto implica reconocer un plano no sólo logístico, sino también de «inteligencia», de cómo operan estas organizaciones delictivas. Por eso, -siempre hemos sostenido-, que para golpear certeramente a la delincuencia, se requiere actuar con técnicas de inteligen-

(337) Vide, al respecto, Boumpadre, J.E.; *Manual de Derecho penal. Parte especial,* cit., p. 596.

cia, de saber cómo éstas actúan, como operan y donde lo hacen, de ahí que penetrar en sus estructuras a través de la figura del «agente encubierto», resulta una herramienta importante[338].

Quinto, *la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley*; el propósito inequívoco de la organización criminal es la de cometer hechos punibles, por lo que se descartan las *faltas*. ¿Qué delitos? Aquellos comprendidos en el listado enumerado en el artículo 3° de la Ley especial, que para el legislador son considerados «graves». Para tal rotulación y que puedan ser incluidos en la conceptualización de «Crimen Organizado», no basta a nuestro entender, que estén penalizados con penas mayores a los seis años de pena privativa de libertad, sino que a su vez permitan identificar una realidad criminológica, de que su perpetración venga a veces respaldada por una verdadera estructura organizacional piramidal. Puede, que en algunos casos, el aparato criminal se avoque a cometer un solo hecho punible, mas en la generalidad de los casos ha de encaminarse a la perpetración de varios delitos, que pueden ir promovidos por las figuras concursales aplicables.

EL DELITO DE USUARIO-CLIENTE

El legislador mediante la Ley N° 28251, incorpora el artículo 179-A, que describe la conducta típica de la forma siguiente:

Art. 179-A.- *El que, mediante una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con una persona de catorce años y menor de dieciocho años, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.*

1. BIEN JURÍDICO

Apuntamos al comienzo de esta titulación, que el bien jurídico objeto de tutela se ramifica en dos vertientes: en la Libertad Sexual y en la Intangibilidad Sexual, en el cual el primero de ellos se vulnera cuando media violencia, amenaza u otras circunstancia que hace suponer un consentimiento "viciado" o inválido; en cuanto, al segundo, basta que se configure el acto sexual o el ingreso a esta esfera sin necesidad de que medie violencia o intimidación, para dar por consumado el tipo penal, puesto, que a los menores

(338) Vide, al respecto PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*, T. II, RODHAS, Lima, cit., ps. 317-325.

de 14 años el derecho positivo no le confiere validez a su consentimiento, que puede haberse manifestado antes del acto sexual.

La prostitución como hemos dicho, es una actividad social normal caracterizable en cualquier sociedad, a mayor marginalidad y pobreza, esta actividad va a seguir aumentando. Más aún, las calles de Lima, se encuentran actualmente colmadas por la "Prostitución Ambulatoria", es decir, hombres y mujeres, desfilan por toda la urbe limeña ofreciendo sus encantos carnales al mejor postor que esté dispuesto a pagar el precio ofertado. Y, muchas de estas damiselas son menores de edad; pero, en este punto es preciso hacer una delimitación, entre aquellas menores de 14 años (niños), y aquellos mayores de 14 años, que están ingresando a la edad de la adolescencia y de la pubertad. En tal medida, las mayores de 14 años, estarían haciendo uso de su libertad sexual para ingresar al mercado del sexo, puesto, que sus relaciones sexuales no están prohibidas cuando media consentimiento, sólo el delito de Seducción, que ya ha sido catalogado como torpe y moralista.

Sin embargo, la criminalización de esta conducta, parece negar ese consentimiento que en otras circunstancias le reconoce, pues, la víctima en este delito es la persona que se prostituye, sin entrar en consideración la forma de cómo ha ingresado a este negocio; de esta forma el legislador quiebra la sistemática adoptada inicialmente por el legislador del 91. Siendo así las cosas, parece que el bien jurídico sería la "Moral Sexual"[339] y la dignidad del adolescente[340], la necesidad de reprimir aquellas conductas que reniegan contra los patrones morales identificables en ciertos sectores de la sociedad, que encuentran en la prostitución una conducta vedada para sus intereses ideológicos profundamente arraigados.

Nuestra crítica no puede ser considerara como una apología a la prostitución de los adolescentes, que a nuestro modo de ver, es lesiva para el normal desarrollo del adolescente, quien debería estar abocado a sus labores de aprendizaje, sino ésta se dirige, al hecho de no identificar las verdaderas causas de este fenómeno social, que es más estructural de lo que parece. En efecto, estas menores son por lo general secuestradas o sustraídas de su ámbito familiar por individuos inescrupulosos, únicamente motivados por fines de lucro; es conocido, la operatividad en Lima y otras provincias de grandes redes y mafias de prostitución. Ante aquello, no queda más que re-

(339) Diez Ripollés analizando el artículo 189.3 (corrupción de menores) del Código Penal español vigente, señala que este precepto protege la moral sexual colectiva; *El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual*, cit., p. 245. Nos remitimos a este artículo del derecho penal español en la medida que el comportamiento típico en análisis podría cobijarse en el tipo penal del art. 189.3 el C.P. español.

(340) La dignidad como la esfera más íntima del ser humano, donde se reconoce su personalidad y su sustrato ontológico autónomo, la "inviolabilidad de la persona humana".

probar con toda severidad la conducta de estos individuos que son finalmente los que introducen al menor a esta actividad, tal vez, de forma coactiva.

De tal manera, que la punición debe descargar toda su intensidad en estos individuos, mas no en la persona del Usuario, a menos que su conducta se constituya en la manutención del estado antijurídico; es decir, que si bien la persona del menor esta ya prostituida, la conducta del usuario debe ser entendida como favorecedora al acto de prostitución misma.

En otras palabras: la criminalización del usuario (cliente) viene a constituir una especie de instigación o inducción a la prostitución del menor, cuando esta conducta es determinante para favorecer la permanencia de esta actividad socialmente reprobable; por lo tanto, su tipificación autónoma no se condice con el mandato de estricta legalidad y con el principio de lesividad social, de tal forma que estas conductas únicamente adquieren relevancia jurídico-penal cuando inciden de forma favorable al ejercicio mismo de la prostitución de menores.

García Albero comentando el artículo 189.3 (corrupción de menores) del Código penal español de 1995, analizando un criterio jurisprudencial español, señala lo siguiente: "El criterio asumido por la Sala Segunda, pese a considerar a la prostitución como estado o actividad que exige habitualidad, llega no obstante, a permitir, bajo determinadas condiciones, la punición de la conducta del cliente, previa ponderación en concreto de determinadas circunstancias: atendiendo a la reiteración de los mismos y a la edad más o menos temprana del menor. Todo ello en el entendimiento de que no cualquier acto aislado de prostitución con menores, conociendo dicha condición, resulta por sí mismo punible, dado que el legislador no sanciona, sin más, cualquier relación sexual mediante precio con persona menor de edad, sino exclusivamente aquellos actos que puedan ser calificados como de inducción, favorecimiento o facilitación"(341).

La política criminal en el ámbito de los delitos sexuales debe conducirse por una coherencia sistemática de conformidad al objeto de tutela, de llenar vacíos de punición conforme a un criterio teleológico y hermenéutico del bien jurídico, mas no en valoraciones meta-legales que a lo único que conducen es a un desgaste innecesario del Derecho penal. En consecuencia, se tomará en consideración la edad y la incidencia en el tiempo de la conducta, por lo que no será igual una menor de 17 años dedicada hace 3 años a esta actividad, con una menor de 15 años que recién ingresa al mercado carnal. Dicho de otro modo: las conductas del cliente que signifiquen en realidad un favorecimiento a la prostitución de menores serán típicas en

(341) García Albero, Ramón; *El nuevo delito de Corrupción de menores (artículo 189.3)*. En: "Delitos contra la libertad sexual". Director: José Luis Díez Ripólles. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, cit., p. 175.

la medida que estimulen la realización de estas actividades[342], pero, tal como objetivamente se realizan, éstas no merecen ser constitutivas de un tipo penal autónomo, sino deben ser interpretadas según los alcances normativos de los tipos periféricos referidos a la prostitución, es decir, los artículos 179° y 181° del Código Penal vigente; de ahí que una próxima reforma en este ámbito delictivo deba proceder de *lege ferenda* a despenalizar esta conducta.

Siendo que este tipo penal recién ha sido incorporado a nuestra legislación punitiva no se puede advertir jurisprudencia al respecto[343], confiando en que nuestros Tribunales de Justicia puedan ponderar de forma valorativa todos los ingredientes de este tipo penal a efectos de evitar resoluciones a todas luces contrarias a una Justicia Penal democrática.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, mayor de 18 años, pues, si este es menor, estaría cometiendo una infracción antisocial, que recae sobre la competencia de los tribunales de Familia. Cuando decimos, cualquier persona, se refiere a que puede serlo, tanto el hombre como la mujer, en el caso de relaciones homosexuales o lésbicas no hay problema de subsunción típica. En el caso de ser el proxeneta o el facilitador el sujeto activo, y sin mediar el precio u otra ventaja, el hecho no es punible, a menos que concurra violencia o amenaza, en cuyo caso se configura el delito de violación sexual (art. 170 CP); sin embargo, con la sanción de la Ley N° 28704[344], podría incurrir desgraciadamente en el artículo 173° inc. 3) (*in fine*).

---

(342) Así García Albero, R.; *El nuevo delito de Corrupción de menores (artículo 189.3)*, cit., p. 177.

(343) Aunque a la fecha de publicación de la presente monografía han transcurrido ya tres años.

(344) Un sector respetable de la doctrina nacional como Castillo Alva y Salinas Siccha son de la opinión que la figura delictiva *in examine* fue derogado, como efecto jurídico inmediato de la Ley N° 28704, en cuanto despojo de libertad sexual a las personas de 14 años y menores de dieciocho años; lo cual en definitiva, resulta de una inferencia lógica y jurídicas a la vez, pues es obvio la incoherencia entre ambos tipos penales. Por un lado, se estaría penalizando gravemente, con penas sumamente graves las relaciones sexuales con personas que oscilan de dicho marco cronológico, mediando consentimiento entre ambas partes y, por otro, cuando media precio y/u otro tipo de ventaja la pena sería menor. Máxime, si estas personas ya no tienen capacidad de autodeterminarse sexualmente, la conducta tendría que ser reconducida al artículo 173; empero, la conducta del proxeneta, si es que no ha mantenido acceso carnal con el menor, seguirá incurso en el artículo 179° o 181°. Lo cierto es que la intención del legislador no fue ello, es decir, la *ratiolegis*, no estaba dirigida a derogar el tipo penal de usuario-cliente, pues éste cuenta con un revestimiento comunicativo-cognitivo, de efectos simbólicos hacia

2.2. Sujeto pasivo

Debe serlo tanto una mujer o un hombre, menor de dieciocho años y mayor de catorce años, cuando éste es menor de catorces años, se configura el delito de violación previsto en el artículo 173°.

2.3. Acción típica

El tipo penal hace mención a una "prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza". En el primero de ellos habrá que identificar el precio, que vendría a constituirse en una suma determinada de dinero que ambos contrayentes acuerdan como parte del trato, por lo general, el pacto negociatorio puede darse ante de la relación sexual como a posteriori, siempre y cuando haya quedado claro e indubitable, que la relación se encuentra condicionado al pago de un precio, pues, el hombre que engañado que sus dotes de galán, ha sido el medio facilitador de la relación sexual, y, luego del acto sexual es sorprendido por la obligación de un pago, siendo esto así, aunque por reclamos de la prestadora del servicio se pague el precio, no se configura el delito en mención, puesto, que el agente debe primero saber a ciencia cierta que está contratando mediante un precio una relación sexual con una meretriz.

Tampoco será constitutivo de delito, la propina que la rica dama le entrega al muchacho posteriormente al acto sexual, por haberla colmado satisfactoriamente en su esfera sexual. El precio, entonces, tengámoslo claro, debe ser el medio que determina la plasmación de una relación carnal, sin el precio acordado y pagado, no se hubiera realizado la misma; y en el caso de que la meretriz le devuelva al cliente el dinero por haberla satisfecho a plenitud no cambia la valoración jurídico-penal puesto que el fundamento de punición radica en acceder carnalmente con una persona menor de 14 años a sabiendas de tratarse de un oficio que deber ser vedado para una persona de esa edad, en tanto éste contribuye con la realización de este tipo de actividades, y la intención del legislador con esta norma es clara: de pretender erradicar la prostitución adolescente reprimiendo al "Usuario".

En lo referente a la "ventaja de cualquier naturaleza", ésta sería de cualquier índole: la obtención de un trabajo, de instituirlo como heredero, de una buena calificación en un examen para obviar un trámite administrativo, etc.; es decir, cualquier tipo de ventaja que deberá ser valorado según las circunstancias del caso concreto y en razón de las particularidades del sujeto pasivo. Una invitación a comer, o un obsequio no la podemos reputar como

---

la población. Constituyendo conductas que si bien atacan la libertad sexual, lo hacen desde otra perspectiva, no resulta coherente que quien eventualmente tiene acceso carnal sexual con un menor de 18 años y mayor de 14, resulte con una pena mayor, que quien promovió la prostitución de dicha persona.

una ventaja, sino, como actos socialmente adecuados en el ámbito de las relaciones filiales; por lo tanto, son conductas que se encuentran fuera del ámbito de protección de la norma. En el caso, de tratarse de un engaño, como la promesa de matrimonio, no se configura el delito *in examine*, sino el delito de seducción, previsto en el artículo 175º.

Ahora bien, la conducta favorecedora a la prostitución de menores, puede darse tanto, en una víctima que ya se encuentra inserta (habituada) en el negocio del meretricio, como aquella que recién ingresa en dicho comercio; pues la conducta típica puede significar tanto la inducción, como la facilitación al mantenimiento de dicha situación. En consecuencia debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancia de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los "clientes" inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución(345).

3. CONSUMACIÓN

Para la realización típica de este delito no basta la entrega del precio u la ventaja o el acuerdo comercial, se necesita del ingreso carnal del sujeto activo a cuales quiera de las vías previstas en el tipo penal. Los actos anteriores que no impliquen acceso carnal serán reputados como tentativa, siempre y cuando ya denoten *per se* la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, en tales casos el acuerdo comercial sexual sería ya constitutivo de tentativa, tomando como base la intención de tutela del bien jurídico, que es la "Moralidad Sexual".

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Es en este nivel dogmático donde van a acontecer los casos más paradigmáticos, pues, el dolo como elemento subjetivo del injusto debe de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, y cuando esta esfera cognitiva no identifica plenamente todos estos elementos se produce el error de tipo (art. 14 del CP). En tales caso, sucederá algo muy normal, comúnmente las mujeres a partir de los 14 años empiezan a desarrollar biológicamente de forma muy avanzada, son jóvenes adolescentes ya convertidas biológicamente en una "mujer". Entonces, cuando aquellas se visten de forma muy atrevida y se maquillan como mujeres adultas, se transforman en damas que fácilmente van a poder ser confundidas como "adultas". En tal virtud, el agente ante una primera visualización no va identificar la minoridad de edad del sujeto pasivo, lo cual va a producir un error de tipo; más aún, en el caso de Night Clubs, caracterizados por la

(345) Conde-Pumpido Tourón, C.; *Delitos de prostitución...*, cit., p. 298

oscuridad y las luces sicodélicas, hace la identificación cronológica más dificultosa. Y, en este último caso, no sólo podrá concurrir un error de tipo, sino también, el hecho de ser un lugar abierto al público, hace presumir su legalidad, lo cual conduce inevitablemente al principio de confianza, el cual se constituye en un elemento restrictivo del tipo penal por consideraciones objetivas.

Habrá que anotar también, lo peculiar que puede resultar esta incriminación a resultas de acreditar el tipo subjetivo del injusto (dolo), pues, el comensal más diligente podría en su caso solicitar la identificación documental de la prestadora sexual, la cual podrá mostrarle una identidad falsificada, documentación ilegal muy fácil de obtener en las calles céntricas de Lima. Consecuentemente, la concurrencia de la tipicidad subjetiva podrá poner en aprietos al Juzgador al momento de determinar la adecuación delictiva.

5. PENALIDAD Y CONSECUENCIAS PRISIONIZANTES

El tipo penal prevé como sanción, pena privativa de menor de cuatro ni menor de seis años. El artículo 135° del Código Procesal Penal establece como presupuesto indispensable para imponer detención preventiva que la sanción a imponerse sea mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad (prognosis de pena), y sabemos, por cuestiones de "praxis judicial", que la imposición de una pena efectiva de privación de libertad[346], presupone siempre que el delito por el cual se condena, contenga una pena mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad. Entonces, parece que el legislador no sólo quería intimidar fuertemente a la colectividad con la amenaza legal en abstracto, sino que también, pretende recluir en una prisión a un "Usuario Sexual", es decir, a quien por diversas razones acude a una prestación sexual, sin utilizar violencia o amenaza, y con el consentimiento pleno de la supuesta víctima. Dicho de otro modo: Se pretende recluir a quien no necesita ser resocializado, y a quien la sociedad no lo considera como un ser peligroso que debe ser aparatado del núcleo social por cometer actos en sí reprobables.

De esta forma, lo que estamos construyendo es una mayor represión, donde la pena va a recaer sobre personas que no reúnen las características básicas para ser recluido en una prisión, pues, valgan verdades, en nuestras prisiones degradantes, sólo deben ingresar los delincuentes más avezados y peligrosos. Recluir a estas personas socializadas, vamos a promover el contagio criminal, a producir el desarraigo social y vamos a neutralizar el factor preventivo de la pena. Una mayor prisionización va a hacer colapsar aún más el sistema penitenciario, donde la criminalidad en vez de ser prevenida y controlada va a resultar expandiéndose irremediablemente, vulnerándose en

(346) Cit; Al margen de la modificación producida por la Ley N° 28726.

este contexto, los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio* del Derecho penal.

6. FORMA DE PERSECUCIÓN

Todos lo delitos sexuales y este tipo no es la excepción, son perseguidos por ejercicio público de la acción penal, es decir, ni bien conocida la notitia criminis (de oficio a instancia del ofendido) por el representante del Ministerio Público, éste deberá iniciar una investigación preliminar, y, de ser el caso, ante evidentes indicios de la comisión de delito, denunciar el hecho formalmente ante la jurisdicción penal. Por lo tanto, estos hechos punibles serán puestos a conocimiento de la Fiscalía por dos conductos: por la víctima (meretriz) o por la policía, esta última a veces en coordinación con el Serenazgo, son quienes toman el primer contacto con este tipo de actividades, sobre todo la prostitución ambulatoria, cuando realizan actos de intervención, redadas y operativos policiales. Valgan verdades, va a ser muy difícil que sea la víctima (meretriz), quien acuda a las instituciones persecutoras a fin de denunciar el hecho. Realmente, estará en manos de las agencias policiales, la efectiva persecución de estos actos antisociales, por lo cual, tal vez por ignorancia, no se ha reflexionado que se ha colocado en manos de estos agentes un arma potencial que puede desencadenar en toda una red de corrupción, en tanto, estos agentes tendrán suficiente argumento para chantajear al usuario, a fin de que éste puede sustraerse de una reclusión segura. De conformidad con aquello, se colige un engrosamiento de la "cifra negra de la criminalidad", es decir, delitos que al no ser conocidos por las agencias predispuestas, no llegan a ser perseguidos y finalmente sancionados penalmente.

Consecuentemente, la tipificación de este delito, va a generar irremediablemente una serie de consecuencias gravosas para los participantes del evento sexual, sin haber entrado en consideración en la problemática estructural que promueve la prostitución de la adolescencia, en las instituciones tutelares que son las que realmente están fallando.

Son la escuela, la familia y el Estado, las instituciones que deben supuestamente velar por el desarrollo normal del adolescente, que deben propiciar márgenes favorables para la participación del adolescente en la vida cultural, educacional, deportiva y laboral de una Nación. La familia como célula básica de la sociedad es la que más se encuentra en disfunción, con familias desarraigadas, sumergidas en la tugurización, en el alcohol, drogas, violencia familiar y otros problemas, hacen propicio el contexto, para que estos menores sean reclutados por estos individuos aprovechadores, sobre los cuales debe recaer la mayor represión penal.

La escuela está en crisis, presupuestos estatales irrisorio, crisis del magisterio, profesores mal pagados, escuelas que se caen en pedazos, ni-

veles educacionales deficitarios, es decir, estos jóvenes en vez de estar en la escuela ocupándose por obtener una buena educación están secuestrados en las calles de las ciudades, propensos a caer en los vicios más mundanos de la sociedad y, entre estos, la prostitución. Por lo tanto, acudir al Derecho penal, es una forma ciega e inútil de afrontar el problema, se necesita de mejores políticas-sociales y de promover la unión de la familia, para combatir racionalmente esta grave problemática. En tanto, si se pretende mantener la simbolización del Derecho penal habrá que de *lege ferenda* reducir sus márgenes de represión y la edad de la víctima a fin de ser más conscientes con la realidad social, que el sujeto pasivo sea mayor de catorce y menor de dieciséis años, y que la pena, sea de prestación de servicios a la comunidad o días-multa. Pudiéndose a estos efectos, mantener una pena de privación de libertad no mayor de cuatro años, cuando el agente se aprovecha de su posición de dominio (policía o agente de Serenazgo), para tener un acceso carnal con una persona dedicada a la prostitución, como medio coaccionador para no efectivizar su persecución.

RUFIANISMO

El artículo 180° del Código Penal, luego de la modificación producida por la Ley Nº 28251, recoge esta infracción delictiva, de la manera siguiente:

Art. 180.- *"El que explota la ganancia obtenida por una persona que ejerce la prostitución será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.*

Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años.

Si la víctima tiene menos de catorce años, o es cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente, o si está a su cuidado, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años".

1. FUNDAMENTO DE LA TUTELA

La norma no sólo está dirigida a amparar la libertad o indemnidad sexual, sino también a proteger a la persona prostituida que, hundida en la degradación moral, puede ser víctima de explotaciones por parte de personas inescrupulosas. Por eso es correcto cuando se afirma que indirectamente pareciese tutelarse el patrimonio derivado de la prostitución[347]. Mas no es tanto así, pues como lo señalamos más adelante, la incriminación de este tipo de comportamiento "socialmente negativo" no se condice de ninguna forma con los principios legitimantes del Derecho penal en un orden demo-

(347) VILLA STEIN; op.cit.; p. 217.

crático de derecho, pues en este caso no puede ser la libertad sexual, no se quebranta su intangibilidad, al no mediar violencia ni intimidación para inducir y/o mantener al sujeto pasivo en el negocio del meretricio; se parte de que aquella, ha ingresado en dicha actividad de *motu proprio*, o por obra de terceros; que podrán estar incursos en los delitos comprendidos en los artículos 179° y 181°. Mas, cuestión distinta es penalizar la conducta de una persona, que se favorece con la ganancia y/o dividendos que le produce la actividad del comercio sexual a la prostituida, será un sinvergüenza, un descarado, un aprovechado, o un rufián[348] como lo dice textualmente la norma, lo que genera qué duda cabe una reprobación ético-social; pero esta reprobación meta jurídica no puede servir sin más, para hacerla susceptible de caer en el aparato punitivo del Estado; de tal manera que no puede decirse de ningún modo, que el bien jurídico protegido sea la libertad sexual de la persona prostituida. MEZGER, analizando la figura de la rufianería en su país, introducido en el Código Penal Alemán por la llamada 'Lex Heinze' de 25 de junio de 1900, señalaba que según la fundamentación de la ley, la pena que se conmina al rufián responde a la necesidad castigarlo en su carácter de parásito de mujeres, dado que la rufianería constituye un foco que es propicio para la comisión de delitos de toda especie[349]. Entonces, la justificación axiológica era combatir conductas parasitarias de ciertos hombres, a fin de tutelar a las mujeres explotadas; por lo que se trataba de una Ley de género, dirigida a reprimir actos de discriminación, rebajando la ley penal a funciones que no les corresponden en un Estado Social y Democrático de Derecho.

El rufián como escribe Estrella, no promueve ni obliga de ninguna manera a la víctima a ejercer la prostitución. Esa es actividad del proxeneta[350]. El rufián sólo se aprovecha de las ganancias que el sujeto pasivo obtiene del ejercicio de la prostitución, apunta el autor argentino, en la que aquél para nada interviene, actividad que la víctima puede haber elegido libre y voluntariamente, por la que entendemos que el rufianismo en nada afecta la libre determinación de la vida sexual de la persona prostituida[351]. El C.P. Argentino, penaliza este conducta en el artículo 127, cuyo tenor literal señala lo siguiente *"sanciona con pena de prisión de tres a seis años al que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, mediando engaño, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción"*. Aunque sea el texto argentino, incluye ciertos medios comi-

(348) Como dice MUÑOZ CONDE, se trata de un planteamiento caracterológico elevado a hecho punible; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 152.

(349) MEZGER, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 133.

(350) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 200.

(351) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 200.

sivos, que de cierta forma le proporcionan una relativa materialidad al injusto típico, a diferencia de la legislación penal nacional.

El bien jurídico es la hermenéutica y la visión política criminal, que conduce la potestad criminalizadora del legislador, como fuente material que se desprende de los derechos y libertades glosados en la Ley Fundamental; como simbolización de una aspiración general, en cuanto determinadas conductas que perturban de forma significativa el libre desarrollo y optimización de los intereses jurídicos de mayor relevancia en el entramado normativo. La teoría del bien jurídico debe conducir a una legitimación material, en cuanto contenido esencial a la autorrealización humana y la facilitación de éste en concretas actividades socio-político-culturales, en cuanto dimensión constitucional y sociológica. Dicha legitimación se obtendría cuando el ejercicio crítico demuestra el fundamento real de la punibilidad; esto es, la auténtica necesidad de intervenir en la tutela de un bien jurídico a través de la conminación penal, sobre la base de la importancia de aquél y de la idoneidad de la protección penal, en ausencia de otras vías alternativas de tutela(352). En efecto, la clasificación del interés a tutelar, pasa por una serie de filtros de valoración a saber, en orden a preservar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, y a fin de determinar la necesidad de tutela, de conformidad con un prisma totalizador del orden jurídico en su conjunto. No tienen cabida en este contexto ius fundamental, bienes jurídicos que carecen de un contenido material, por consistir en conceptos demasiado abstractos, indeterminados y relativos, al no poseer un carácter posicional fijo en el constructo sistémico-social; en tal medida no cumplen con las exigencias de lesividad y/o ofensividad.

La penalización de conductas como el Rufianismo, sólo podía contemplarse o si se quiere decir "justificarse", en textos punitivos fuertemente arraigados por la moral y abiertamente caracterizados por tipos penales de autor, tal como se desprendía del artículo 207° del C.P. de 1924; mas en un cuerpo punitivo como el de 1991, que parte de una dogmática coherente con el pensamiento sistemático ajustado a los postulados del Estado de Derecho y con una política criminal moderna, de fiel respeto a los derechos y libertades fundamentales, es en realidad insostenible; únicamente manifiesta la irracionalidad del legislador, de mantener ciertas figuras delictivas, a fin de complacer a los gestores atípicos de la moralidad, de desplegar funciones ético-sociales, de simbolizar los valores de algunos pocos. Factores todos ellos que no se condicen con el pluralismo y la tolerancia, como baluartes de un orden democrático de derecho. Cuando el Derecho penal interviene en estos ámbitos sociales, pierde legitimidad ante el colectivo y carece de efectividad para construir una sociedad regida por la paz y seguridad jurídica.

---

(352) D. Fernández, G.; *Bien Jurídico y Sistema del Delito*, cit., p. 8.

En la redacción primigenia de este tipo penal, la irradiación de matices morales era evidente cuando se señalaba que la explotación refería a una ganancia deshonesta de la mujer dedicada a la explotación. Deshonesto es sacar adelante un hogar en base al sacrificio del propio cuerpo y de la propia dignidad humana? Por supuesto que no. Debiéndose relevar que sujeto pasivo puede serlo tanto el hombre como la mujer, pero es de recibo que la orientación teleológica de la norma era de proteger a la mujer del rufián. El hecho de que se haya suprimido dicho vocablo, como consecuencia jurídica de la Ley Nº 28251, no cambia las cosas, pues la penalización queda aún latente sin identificar un desvalor de la conducta que ponga en aptitud de lesión al bien jurídico "libertad sexual".

La penalización de la figura del Rufián, obedece tal vez a una sociedad que define como "delincuente" a este sujeto que evidencia peligrosidad social, es entonces producto de un etiquetamiento o de rotulación social que proviene la necesidad de penalizar este modo de vida; una definición definitivamente social, son pues, los miembros de la sociedad quienes rotulan a estos individuos como antisociales. En tal sentido, el castigo severo que se impone a este desdichado, imagen de la corrupción, según las difusas representaciones sociales, sea bastante severo, y, cuando no, de dudosa constitucionalidad[353]. El rufianismo no es más que uno de los múltiples modos de vida que ocurren en la sociedad; la inmoralidad de tal modus vivendi no lesiona el derecho de terceros; por tal razón, si dos personas adultas, hombre y mujer, deciden llevar tal forma de vida, ello en absoluto debe de interesar al Derecho Penal.

2. DERECHO PENAL DE AUTOR

El Derecho penal de autor parte de una personalidad atávica, que respondía a la prevención especial en sus primigenias construcciones, fruto del Positivismo Criminológico (*Ferri, Von Liszt*), donde el Derecho penal habría de conducirse represivamente a fin de ejercer la defensa de la sociedad ante los sujetos "socialmente" peligrosos. Por eso se dice que es un Derecho Penal Medicinal de Medidas, pues la reacción jurídico-penal no se basa en la culpabilidad sino en estados peligrosos basados en pronósticos meramente subjetivos. La pena debía servir para: a) corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección b) intimidación del delincuente que no requiere corrección; c) inocuización del delincuente que carece de capacidad de corrección[354], en esta última clasificación comprendió Von Liszt a los delincuentes habituales, es decir, a todos aquellos que han hecho del delito un

(353) Gimbernat Ordeig, E.; cit., p. 58.

(354) Bacigalupo, E.; *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Tercera reimpresión, Editorial Temis SA, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1996, cit., ps. 14-15.

modus vivendi cuya prosecución delictiva se enfatiza a partir de la repetibilidad de hechos delictuosos similares o análogos, un Derecho penal de autor basado fundamentalmente en la personalidad antisocial del autor reflejada en la carrera criminal emprendida por aquél. En razón de que aquel factor de la personalidad, que según Von Liszt, debía tener importancia decisiva para la naturaleza y medida de pena desde puntos de vista preventivo-especiales, era la "intensidad de ánimo delictivo"(355), es decir, antisocial del autor.

El énfasis en la prevención especial como freno a la criminalidad supuso una acentuación caracterológica y descriptiva del autor con la consiguiente pérdida del factor nuclear que legitima la reacción punitiva. La pena parafraseando a CEREZO MIR, no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial, pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato no creían en la eficacia intimidante de la pena(356). Tomando en cuenta las opiniones de Garófalo, César Lombroso y Enrico Ferri, si la pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quién delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y síquicos del delincuente y la finalidad del mismo estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas(357).

El hecho sólo tiene una función sintomática, y los tipos penales requieren ser complementados por un tipo judicial de autor. El objeto de estudio se traslada del delito al delincuente, concibiéndolo como un ser depravado, desviado, necesitado de terapia, al cual la sociedad quiere aislarlo y donde la valoración se centra en la actitud del autor. Los tipos penales no deben ser descripciones empíricas (biológicas o psicológicas). Su innegable cercanía con el Social-nacionalismo en Alemania o con corrientes autoritarias afines demuestran que instrumentalizaron el Derecho Penal con el único fin de someter y sojuzgar a aquellos sectores que no eran partidarios del régimen político imperante, en base a una relación de dominio y de plena subordinación; a los juristas de la Escuela de Kiel, en el marco de un modelo eticista y subjetivista del Derecho Penal de la Voluntad, imprimieron conceptos como "desvalor de la actitud interna" o de "ofensas al sano sentimiento del pueblo alemán"

Con todo, un Derecho Penal de Autor arrastra doctrinas maximalistas, intervencionistas y anti-liberales, que mellan las estructuras ideológicas y filosóficas, sobre los cuales se asienta un orden democrático de derecho; donde

---

(355) STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 75; Así, POLAINO NAVARRETE, Miguel; *Derecho Penal. Modernas bases Dogmáticas*, cit., p. 373.

(356) CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español*, cit., p. 96.

(357) LEÓN ORTIZ, ANDRÉS; *Teoría del Delincuente*. En: Universidad Abierta. http: universidadabierta.edu.mx/Biblio/L/TeorDelinc-Leon.htm, cit., p. 1.

el derecho punitivo sólo ha de intervenir lo mínimo necesario, para controlar los focos desestabilizadores, que pongan en riesgo el normal desarrollo de los intereses jurídicos vitales, tanto por la comunidad como por el individuo.

La conquista más importante del siglo 20, fue de acuñar un Derecho Penal del Acto en correspondencia con una Culpabilidad del acto; pues el individuo, sólo puedes ser reprimido por lo que ha hecho, en cuanto grado de relevancia jurídico-penal y, no por lo que es (Derecho Penal del Enemigo).

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede ser cualquiera, hombre o mujer, aunque ésta última es en realidad poco frecuente. No se exige determinada condición especial en el agente. La calidad de ascendiente, descendiente, esposo o hermano de la víctima, actúa como circunstancia agravante, sin embargo, el juzgador podrá tener en cuenta estas vinculaciones para los efectos de la dosimetría penal, en el momento de la determinación judicial de la pena.

3.2. Sujeto pasivo

Es exclusivamente la persona mayor o menor de edad, dedicada al ejercicio de la prostitución, al meretricio; aquella que de forma habitual y/o permanente realiza prestaciones sexuales con personas indeterminadas, a cambio de un precio o cualquier tipo de ventaja. También resulta indiferente el sexo del sujeto pasivo, estado civil o edad[358]. El asentimiento de la persona prostituida no despliega relevancia alguna, a efectos de la penalización de la conducta. Ahora bien, si el marido por ejemplo, obliga mediante coacción, violencia, intimidación u otro medio capaz de anular la voluntad de la víctima, para que ésta se dedique a dicho oficio, la conducta será constitutiva del injusto comprendido en el artículo 181° (proxenetismo), no podrá producirse un concurso real de delitos, sino un conflicto aparente de normas. Empero, si la violencia y/o la amenaza, se ejecutan a fin de que la persona prostituida le entregue sus ganancias, en este caso, se podrá admitirse un concurso real con los delitos de lesiones o de coacciones.

3.3. Acción típica

La acción consiste en explotar la ganancia de una persona dedicada al meretricio o hacerse sostener por ella en todo o en parte; no es necesario

(358) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 203.

pues, que se realice una manutención al 100% por parte de la víctima. La rufianería por mantenimiento, anota NÚÑEZ existe cuando, para satisfacer todas o parte de sus necesidades, el autor recibe, directa o indirectamente, todas o parte de las ganancias provenientes del ejercicio de la prostitución por el sujeto pasivo[359].

Explotar la ganancia de una persona, dedicada al oficio de la prostitución, significa en todo caso aprovecharse de forma permanente y habitual, de los dividendos que la reportan a la persona ejercer actos concretos de prostitución, esto es, beneficiarse de las recaudaciones diarias por dicho concepto. La *lege lata* no exige que la explotación se consiga por medio de la amenaza o violencia, si esto es así, concurriría un concurso real de delitos, con lesiones y/ coacciones. Basta que la víctima haga la prestación espontáneamente e, inclusive, sin que medie solicitud expresa o tácita del rufián; pues en efecto, ni siquiera la norma penal exige que el sujeto activo induzca o solicite al sujeto pasivo que lo mantengan económicamente, puede inclusive partir de la presunta víctima, en tanto, su marido se encuentra desempleado, y no hay más opción que satisfacer las necesidades básicas con los ingresos lícitos de la mujer que ejerce la prostitución. En tal virtud, se podría hablar de un estado de necesidad, en cuanto (ya no explotación), la manutención del hogar bajo dicho concepto, es la única opción para sostener dignamente al hogar; por tanto, los hijos también estarían usufructuando de dichas ganancias. Lo cual al margen de su inimputabilidad, si es que son menores de edad, también tendrían que ser penalizados, lo que a todas luces es abiertamente irracional. Así, el hijo de la meretriz, que hace uso de los dividendos económicos de la madre, a fin de costear sus estudios tampoco puede advertirse acá una conducta de relevancia jurídico-penal. Nos preguntamos si una situación social a la inversa desencadenaría también la represión penal; es decir, cuando el marido a fin de solventar las necesidades básicas del hogar se prostituye, y la mujer y los hijos se sirven de dichos dividendos.

Consideramos, en todo caso, que la delimitación de aquellas conductas que ingresen al ámbito de protección de la norma, deben de ir aparejadas por un desvalor lo suficientemente intenso en cuanto la explotación de las ganancias obtenidas por la persona prostituida, deben partir de un sujeto activo que está en posibilidad de trabajar, y que dicha explotación, –(...) que quiere decir obtener utilidad, lucrar con algo[360]–, debe significar un estado que atente contra la dignidad de la persona del sujeto pasivo, en el sentido de que ella o él, se dedique todo el tiempo al ejercicio de la prostitución, mientras el autor lleva una vida superficial, hedonista y dedicada al vicio; pues, si éste último es una persona minusválida que no puede auto-sostenerse, en definitiva, no se dará la tipificación penal. Claro que la explotación

(359) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 373.

(360) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 653.

podrá ser más visible cuando la víctima es menor de edad en tanto se encuentra en un estado de vulnerabilidad; v.gr., el padre que se hace mantener por su menor hija dedicada al meretricio. Por todo ello, no resulta en realidad positivo, mantener la penalización de una conducta de esta naturaleza, pues la delimitación del comportamiento prohibido no es en realidad empresa fácil; en todo caso, sería conveniente reducir el campo de lo prohibido cuando la víctima es menor de dieciocho años, por la especial condición genésica de aquélla.

La acción delictiva del autor en este delito no es la misma que la del proxeneta o lenón del articulado anterior. El rufián es, en efecto, escribe PAUL LOGOZ, peor que un proxeneta, pues lo que lo caracteriza no es que favorezca o promueva la prostitución de otro; sino que la aprovecha. FRANCOIS CLERC agrega otras diferencias, como el proxeneta favorece a la prostitución por todos los medios, desplegando una cierta actividad, mientras el "*souteneur*" es un ser pasivo preocupado más de extraer cómodamente ventajas del "trabajo" de una protegida(361); no es por tanto, quien interviene directamente en la realización de la conducta, es decir, en el acto mismo de la prostitución, sino que éste interviene después, beneficiándose de los dividendos que dicha actividad reporta, no es por tanto el proxeneta.

Para que se configure el delito de examen los beneficios pecuniarios deben proceder del ejercicio de la prostitución y no indirectamente a través de otras personas, caso de aquél que se hace mantener de una conductora o regente de un prostíbulo.

No es punible, de acuerdo con esta figura, el que se casa con la mujer que dejado la prostitución como medio de sustento de vida, aunque vivan con el dinero que ha acumulado ésta por concepto de sus entregas carnales. Esto en razón de que la ley requiere la actualidad del ejercicio de la prostitución. Para que se configure el delito, los beneficios económicos derivados de la persona prostituida constituyen el modo conocido y principal de la vida, en el caso de una pareja.

La noción de explotación alcanza al agente que participa de las utilidades, ya no deshonestas, de la persona prostituida como retribución a la protección acordada. El hecho es punible en cuanto concurren todos los elementos constitutivos del tipo penal *in examine*: a.- Una persona que ejerce de forma habitual y/o permanente la prostitución, como víctima. b.- Un autor, que se aprovecha de tal situación, para explotarla económicamente, estando en capacidad de laborar, se abstiene de hacerlo, y satisface sus necesidades con la ganancia económica del sujeto pasivo; no puede darse, entonces, un estado de necesidad por parte del sujeto activo y, c.- No existe necesidad de que medie violencia, coacción u intimidación para que pueda darse la

(361) T. II; p. 58; Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal*, Vol. I.

explotación económica, por lo que el consentimiento de la presunta víctima se encuentra desprovista de cualquier vicio que la anule.

Es necesario no confundir a las personas, cuya conducta no puede ser catalogada como "inmoral", con la parasitaria figura del rufián (hombre o mujer)[362], quien explota las ganancias de la personas que ejerce la prostitución; ciertamente, no es punible la conducta de aquél que recibe prestaciones alimentarias de una persona prostituida para quien la ley señala obligación, porque de una parte constituye el cumplimiento de un deber y de otra el ejercicio de un derecho[363].

De otro lado, la extensión de la conducta típica, implica no sólo la procura del rufián de hacerse mantener por la víctima, sino también la mera aceptación de ser mantenido; el interés tutelado por la pena sufre igual avasallamiento tanto cuando un individuo coercitivamente exige bienes económicos para satisfacer sus distintas necesidades, cuando simplemente se limita pasivamente a recibirlos cuando la entrega proviene de la libre voluntad de la persona prostituida[364].

No basta la simple convivencia habitual, pero si resulta que la persona prostituida concurre a los gastos del menaje, esté o no esté el agente privado de recursos, el delito se verifica[365]. Igualmente, la infracción se realiza aunque las prestaciones se disimulen bajo forma de obsequios e, inclusive, que el dinero sólo cubra parcialmente necesidades superfluas como lujo, bebidas, vicios, etc.

Finalmente somos de la consideración que esta figura debería de despenalizarse por ser contraria a la sistemática empleada en estos delitos, tal como lo hace el Código Penal Español de 1995.

4. TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo está integrado por la conciencia y voluntad de explotar, en todo o en parte, con las ganancias de una persona que ejerce la prostitución, a sabiendas que ésta desempeña dicho oficio y que el dinero procede de esa actividad, conciencia y voluntad de realización típica de dirigir una conducta deliberadamente haciéndose de las ganancias que la víctima obtiene como fruto de su trabajo "honesto", en cuanto a la realización de

(362) A ciencia cierta, como esta tipificación penal evoca un tipo penal de autor, no sabemos cómo llamaríamos a la mujer que se encuentre incursa en esta conducta, acaso ¿rufiana?

(363) Manzini, V.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*; Vol. VII; p. 480.

(364) Aquino Pedro: Delito de rufianería; p. 33. En este sentido Roy Freyre; p. 150.

(365) Maggiore; T. IV; p. 127.

prestaciones sexuales bajo precio. No se exige ningún elemento subjetivo del injusto aparte del dolo como el ánimo de lucro, pues dicha intención puede estar ya subsumida en el contenido de aquél.

Incurriría en error de tipo aquel sujeto que vive de las ganancias de la prostitución de su mujer, creyendo que dicho dinero proviene de otra actividad, también lícita; así también, en cuanto a la edad de la víctima en el caso de las circunstancias agravantes, pues si yerra sobre este dato objetivo del tipo, su conducta sólo podrá ser penalizada por el tipo base. Es suficiente la concurrencia del dolo eventual, él cual de abarcar todos los elementos constitutivos de la tipificación penal.

5. CONSUMACIÓN

El delito de rufianismo se consuma en el momento que ha empezado el agente a hacerse sostener, explotando las ganancias deshonestas de la persona prostituida; (...) con el primer acto de explotación y percepción de las ganancias obtenidas de la prostitución del sujeto pasivo[366]. Dado su carácter de delito permanente, el estado de consumación se prolonga hasta que no cese el estado antijurídico, es decir, la explotación económica.

Son admisibles, las formas de imperfecta ejecución; v. gr., cuando la persona dedicada a la prostitución no obtiene los dividendos suficientes, como para sostener al autor del injusto, a pesar de estar dadas las condiciones para ello. No podrá darse una efectiva explotación económica, si la persona prostituida entrega una parte diminuta de sus ingresos al agente, que apenas cubre sus necesidades primarias; mientras que aquella mantiene un alto nivel de vida. Explotación debe significar en todo caso, enriquecimiento del rufián y, empobrecimiento de la víctima.

6. CONCURSO DE DELITOS

Si el sujeto se hace sostener por varias personas dedicadas al oficio de la prostitución, habrán tantos delitos como personas explotadas; un concurso real heterogéneo. Puede concurrir con los delitos de estafa o robo, si el autor se vale del engaño o violencia. En el caso de que el autor, obligue bajo violencia y/o amenaza grave a la víctima a mantenerse en el negocio del meretricio, no se dará la figura en cuestión, sino la prevista en el artículo 181° (*in fine*). Si aparte de la explotación económica, también la maltrata física o psicológicamente, habrá un concurso ideal con el delito de lesiones.

(366) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 204.

7. PENA

Será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años; penalidad que resulta en realidad excesiva, de conformidad con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad.

8. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

8.1. Cuando el sujeto pasivo tiene entre catorce y menos de dieciocho años, la pena será no menor de seis ni mayor de diez años. Esta modalidad fue introducida por la Ley Nº 28251, sancionada en junio de 2004. Se toma en cuenta la edad de la víctima a fin de graduar la penalidad, en el sentido de que una persona menor al no haber desarrollado su personalidad de forma plena, se encuentra en un estado de vulnerabilidad, que precisamente es aprovechado por el autor, para facilitar su realización típica. Es de recibo que una persona de quince años es muchos mas manejable que una de treinta, por lo que al revelarse un mayor contenido del injusto, la reacción punitiva se descarga con mayor severidad.

8.2. Si la víctima tiene menos de catorce años, o es cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente, o si está a su cuidado, pena será no menor de ocho ni mayor de doce años. En este sentido, el legislador fundamenta esta agravante en base a un deber de garantía de carácter institucional que se expresa en una relación de parentesco o de custodia entre el agente y el sujeto pasivo; importa en realidad ámbitos de organización específicos que le confieren al autor una posición de dominio sobre el sujeto pasivo, que precisamente es aprovechado para la perpetración de la figura *in examine*. Existe entonces una mayor responsabilidad de dichas personas de realizar sus deberes institucionales dentro del marco legal, por consiguiente, cuando cometen este delito denotan un mayor contenido del injusto típico y, por ende, merecen una penalidad más drástica. Aunque a ciencia cierta no sabemos porque esta agravante debe merecer una mayor pena que la anterior, cuando el desvalor casi es el mismo.

En esta oportunidad, el legislador recoge las demandas de una mayor penalización conforme a las pretensiones de determinados sectores sociales, acudiendo al normativismo de acuerdo a sus innegables efectos cognitivos y de aseguramiento de un determinado "status quo". Si bien, algunas de estas modificaciones son plausibles y recogen una realidad social, que con la anterior legislación conducían a interpretaciones restrictivas, otras son manifestación del fenómeno del "Punitivismo", de apelar siempre a los efectos de la prevención general negativa, al efecto contra-motivador producto de la acción disuasoria de la amenaza legal, extendiéndose ámbitos de punibilidad a conductas socialmente adecuadas que deben quedar al margen del derecho penal.

No sólo con penas se combate el delito y las conductas desviadas, sino también con mejores políticas sociales, educacionales, culturales, etc.; propiciando mayores oportunidades a la población para participar en los procesos sociales y en el reparto de la riqueza. Son las propias disfunciones sociales las que provocan conductas irregulares del sujeto.

PROSTITUCIÓN DE PERSONAS

El artículo 181° del Código Penal, luego de la modificación producida por la Ley Nº 28251, describe esta figura delictiva, de la siguiente manera:

Artículo 181.- *"El que compromete, seduce, o sustrae a una persona para entregarla a otro con el objeto de tener acceso carnal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

La pena será no menor de seis ni mayor de doce años, cuando:

1. *La víctima tiene menos de dieciocho años.*
2. *El agente emplea violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción.*
3. *La víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado.*
4. *El agente actúa como integrante de una organización criminal.*(367)
5. *La víctima es entregada a un proxeneta."*

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Como se ha ido sosteniendo en el marco de los delitos de prostitución, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual, siempre y cuando el ejercicio de la prostitución, concretamente las prestaciones carnales bajo precio, no importen un consentimiento válido de la meretriz; es decir, el Derecho penal sólo puede intervenir cuando se utilizan medios comisivos que se dirigen a quebrantar la oposición de la víctima, como la violencia, el engaño, ardid y/u otro medio fraudulento, que permita al lenón, proxeneta, facilitador, promotor, que una determinada persona ingrese al negocio de la prostitución, o hacer que se mantenga en ella. Por consiguiente, esto provoca que únicamente los actos que consistan en el favorecimiento y/o promoción de la prostitución ingresen al ámbito de lo punible, pues el acto de prostitución misma no es penalmente relevante, por carecer de materialidad lesiva, de común idea con los principios que se desprenden de la idea de un Estado de Derecho. Entonces, pareciese que el legislador pretende cerrar el circuito delictivo, en

(367) Numeral modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entrará en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

el sentido, de penalizar conductas que suponen una intermediación, es decir, de adelantar las barreras de protección penal a estadios previos de lesión, a actos en sí preparatorios a los previstos en el artículo 179°. Pero, en realidad, no comprendemos con exactitud la necesidad incriminar este tipo de sucesos, pues por lo general, será el favorecedor y/o el promotor a la prostitución quien se encargue de ejecutar el comportamiento que se describe normativamente en el tipo penal *in examine*. Se entiende por proxeneta toda persona que solicita o sonsaca a otra generalmente una mujer para realice actos lascivos con otro sujeto; viene a ser el mediador de las relaciones sexuales irregulares o su encubridor[368]. De ahí, que en la legislación comparada no hayamos encontrado un precepto igual o semejante.

Entendemos, que bienes jurídicos como la libertad y la indemnidad sexuales merecen ser protegidos al máximo, mas el Derecho penal no puede asumir tareas que le incumben a otras parcelas del ordenamiento jurídico, de conformidad con los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Como se glosa del artículo *in examine*, el tipo base, en su construcción normativa no alude a ciertos "medios", por los cuales el agente (autor), se vale para poder comprometer, seducir o sustraer a una persona, para entregarla a otra con el objeto de tener acceso carnal sexual, condición esta última que fuera introducida por la Ley N° 28251. Primero, como no se hace una delimitación de la edad cronológica del sujeto pasivo, –únicamente la minoría de edad es constitutiva de la circunstancia agravante–, por lo que cualquier persona puede ser entonces "víctima". Por ende, nos preguntamos puede penalizarse aquella conducta, que por ejemplo sustrae o seduce a un adulto para entregarlos a otro con fines sexuales, si es que concurre un consentimiento válido, en realidad no lo comprendemos o, es que a veces es sumamente dificultoso escudriñar la *ratio legis*. Si no existe intimidación, amenaza o violencia, no podemos inferir de que pueda vulnerarse la libertad sexual de una persona; por lo expuesto, parece que la utilización de dichos verbos típicos, deberían referirse únicamente a menores de edad.

En el delitos contra la Patria Potestad, específicamente en el artículo 147° del C.P, se tipifica el injusto de "sustracción de menor", el que aprovechando de una relación de parentesco con el sujeto pasivo, lo sustrae del núcleo familiar; así también, el tipo penal descrito en el artículo 175° (*in fine*), hace referencia al engaño que sufre la víctima, a fin de lograr el acceso carnal consentido. En tal virtud, la tipificación penal de las conductas mencionadas –al margen de los reparos que formulamos en apartados anteriores– se justifica en principio, en el estadio de vulnerabilidad (indefensión), en que se encuentra el sujeto pasivo en relación al sujeto activo. Relación que no puede verificarse ante la presencia de una persona adulta.

---

(368) Grández Carrasco, M.; *La triste realidad de la prostitución infantil en el Perú*. En: Vox Veritas Libera Bit, Año 2, N° 2, julio 2005, PROPROF – UNHEVAL, cit., p. 39.

Por lo expuesto, la tipificación penal debería circunscribirse a proteger a los menores de edad.

Segundo, la descripción típica adolece también de una estructuración coherente con los comportamientos que se pretenden penalizar en esta capitulación, esto es, son delitos vinculados de forma directa o indirecta con el Proxenetismo. Siendo así, lo más correcto es que la consecución que emprende el agente, en cuanto a la realización de los verbos típicos, venga definida con el ejercicio mismo de la prostitución. Dicho así: *el agente se vale de una serie de medios (coartan la libertad), para que la víctima se encuentre en condiciones propicias para ingresar al mercado del meretricio; que no puede ser el autor del tipo penal del artículo 179°, pues éste debe ser quien favorezca o promueva dicho estado; de tal modo, que el autor del tipo in examine, no debe estar involucrado directamente en las acciones que se desprende del 179°, pues aquél en realidad se convierte en un puente, entre la persona seducida, comprometida o sustraída, con quien efectivamente determinará el estado de cosas, que se busca penalizar la norma, el ejercicio de la prostitución que no obedezca a una decisión libre y responsable del individuo, o de personas que aún no han logrado desarrollar una madurez suficiente para comprender la naturaleza del acto y sus evidentes repercusiones.*

Ahora bien, dice el precepto que la realización del evento típico, debe tener por objetivo entregar a otro, para que éste tenga acceso carnal, sin mencionar que debe tratarse de una relación sexual bajo precio u otro tipo de ventaja. Quien por ejemplo, sustrae a un menor, digamos sin violencia y lo entrega a un tercero sin más, para que éste lo acceda carnalmente; si tiene menos de 14 años la víctima, en tales casos, quien accede carnalmente será autor del injusto previsto en el artículo 173°, y quien lo sustrajo, a lo más será calificado como un cómplice primario del dicho delito. Si tiene más de catorce años, dejando de lado la modificación efectuada por la Ley N° 28704, quien tiene el acceso carnal no estaría cometiendo infracción penal alguna y, quien lo sustrajo, sólo si es menor de 18 años, incurrirá en la infracción prevista en el artículo 147° (*in fine*) y, si medió violencia y/o amenaza grave en el primer acto por secuestro o coacción, siempre que el acceso carnal haya sido consentido[369]. Consecuentemente, se advierten dos vacíos u equivocidades, primero, se debe condicionar la punibilidad de la conducta, a medios comisivos que supongan un consentimiento viciado; al mayor de edad, la violencia, amenaza u intimidación, y a los menores de catorce años, al engaño, abuso de superioridad, etc.; segundo, debe precisarse que la realización de los verbos contemplados en el articulado,

(369) Pongámonos en el siguiente ejemplo; quien ayuda a una pareja a consolidar su relación amorosa, haciendo posible que la mujer salga de su hogar y así poder fugarse con el enamorado, con quien luego mantiene relaciones sexuales, ¿podría decirse que incurre en el tipo penal en cuestión?

deben implicar que la entrega a un tercero, es para que la víctima ejerza la prostitución. Pues de no ser así, podría entenderse que la entrega del sujeto pasivo, sea sólo con fines sexuales, en tales casos, importarían en realidad actos de colaboración y/o participación para un típico caso de violación sexual.

Finalmente, se trata de un delito mutilado en dos actos delimitables entre sí; primero, debe sustraerse, comprometerse o seducirse al sujeto pasivo, esto es, allanar el camino, para que pueda materializarse el acceso carnal con otro, bajo precio y/o otra ventaja creemos nosotros; pues de no ser así, estaríamos ingresando al ámbito de participación de los delitos de violación sexual; segundo, para efectos de la consumación del tipo, no es necesario que el acceso carnal bajo precio sea concretado, basta la aptitud para que pueda plasmarse el segundo acto.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquiera, tanto el hombre como la mujer, sin interesar la opción sexual, eso sí no puede serlo aquel que está comprometido con los actos de favorecimiento y/o promoción de la prostitución de una persona, pues de ser así estaría incurso en el artículo 179°. Si el autor es quien tiene acceso carnal con la víctima, su conducta será atípica, siempre y cuando esta última sea mayor de catorce años[370], pues si es menor de dicha edad, incurrirá en el tipo penal del artículo 173°.

2.2. Sujeto pasivo

Cualquier persona, tanto el varón como la mujer. De ser menor de dieciocho años se configuraría la agravante prevista en el inciso 1.

2.3. Acción típica

El tipo legal comprende tres verbos rectores:

1. **Comprometer**.- Se refiere a la obligación contraída del agente delictivo con otra persona, para que ésta realice el acceso carnal sexual con la víctima; debe tratarse de un pacto anterior, el cual vincule al agente a dicho acto de disposición; no dice nada el tipo penal pero dicho compromiso debe haberse cerrado por un precio, sin que el ánimo de lucro debe exigirse para la admisión del tipo penal en cuestión.

(370) Dejando de lado la Ley N° 28704.

2. **Seducir.-** Constituyen todos los actos tendientes a engañar sutilmente a la víctima, mediante el cortejo, el halago u cualquier medio conducente a lograr el asentimiento de la víctima, con el objetivo de que se forme una idea equivocada y de esta manera acceda a contraer relaciones sexuales con terceros en el marco del meretricio; pues debe quedar claro que los actos de persuasión, deben estar dirigidos a que la víctima ingrese en el mercado de la prostitución.

3. **Sustraer.-** Significa extraer a la víctima de su ámbito de configuración, sacarla, extraerla del núcleo familiar en el cual ella se siente segura, con la finalidad de que se introduzca en el negocio del meretricio.

Como se sostuvo, la realización de los verbos típicos, no suponen ningún vicio de la voluntad, pues no es necesario el uso de algún medio de violencia, intimidación o amenaza.

Esta infracción contempla una forma de lenocinio. Evidentemente, esta figura adolece, salvo las agravantes, de elementos propios que le confieran una particularidad tal, que la revista de una materialidad de lesividad social suficiente, como para ser elevada legítimamente como "hecho punible". Este tipo legal adolece en describir los medios por los cuales el sujeto activo debe valerse para perpetrar las conductas típicas, lo cual hace difícil, la delimitación del ámbito de protección de la norma; en todo caso la conducta merecedora de relevancia jurídico-penal.

Con precisión, Ángel Gustavo Cornejo subraya que este delito participa del proxenetismo, cuando consiste en comprometer o seducir a una persona, y del rapto cuando se sustrajese a la misma para entregarla a otro con objeto de relaciones sexuales[371].

En cuanto al empleo del medio seductor, vale lo dicho con respecto a lo señalado en el artículo 175°, pero con la diferencia que la víctima debe ser destinada para la realización del acceso carnal, quiere decir, esto por las vías de penetración y/o acceso que el legislador ha comprendido taxativamente en el tipo base (Art. 170°).

3. TIPO SUBJETIVO

Según la construcción normativa del tipo subjetivo del injusto sólo es posible su comisión mediante dolo, conciencia y voluntad de realización típica, donde el elemento cognitivo debe de abarcar los elementos constitutivos del tipo penal, en el sentido de comprometer, seducir y sustraer a una persona; en este caso, al tratarse de un tipo mutilado en dos actos, el objetivo

(371) Cornejo, A.G.; ob.cit, p. 116.

del autor estaría comprendido en un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, cuya real concreción no condiciona la punibilidad de la conducta, se trataría de la consumación material del delito y/o agotamiento. Basta que el autor haya creado el marco propicio, para la entrega a otro, en cuanto la víctima sea introducida en el mercado del meretricio, para que se de la perfección delictiva. Cabe el error de tipo, en cuanto el autor yerre sobre un elemento constitutivo de la conducta, de ser vencible será punible a título de culpa, pero en realidad será atípica por ausencia de previsión legal y si es invencible, se elimina tanto el dolo como la culpa, por tanto, el comportamiento queda impune. En el caso de la agravante, si el autor yerra sobre la edad de la víctima, su conducta será punible bajo los alcances normativos del tipo base.

4. CONSUMACIÓN

Se configura como un tipo legal de dos actos, en el cual se necesita la concurrencia de dos acciones para su consumación:

a. Serían los actos tendientes y/o conducentes a comprometer, seducir o sustraer a la víctima sin que se de una entrega efectiva a la otra persona involucrada; y

b. La entrega física de la víctima a un tercero, con el propósito ulterior de que se realice el acceso carnal, bajo precio y/o cualquier tipo de ventaja, entendemos, pues debe tratarse de una conducta preparatoria al artículo 179°. No es necesario para afirmar su consumación la práctica efectiva del acceso carnal sexual, por lo que sí será posible admitir las formas de imperfecta ejecución (tentativa), cuando el autor no pudo propiciar de forma suficiente, el marco para poder entregar a otro a la víctima, cuando luego de persuadida, se produce una operación policial, la cual impide la entrega al tercero.

5. PENA

La pena aplicable al infractor de este delito es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, luego de la modificación producida por la Ley N° 28251.

6. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

a. Cuando la víctima tiene menos de dieciocho años de edad; siguiendo las pautas analizadas en el artículo 179° (*in fine*), la agravante en cuestión, se funda en una mayor vulnerabilidad de la víctima, en cuanto no haber alcanzado una madurez suficiente, como para decidir actos de

trascendencia en su vida. Estado de vulnerabilidad que precisamente es aprovechado por el autor, para la perpetración del injusto.

b. Atendiendo a los medios que emplea el agente para cometer el delito: violencia, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción, la concreción de una vis absoluta o vis compulsiva, lo suficientemente intensa como para reducir los medios de defensa de la víctima, allanar el camino para la obtención de un consentimiento ya de por sí viciado. El abuso de autoridad a que hace mención este tipo legal debe ser eficaz, ejerciendo en la víctima tal presión sobre su voluntad, que va a anular o menoscabar su libertad. Este abuso de autoridad puede ser de autoridad establecida por ley, v.gr., la marital[372], una de carácter institucional, del maestro a la alumna, del empleador a su subordinada, del carcelero al penado, etc.; tratan entonces, de ámbitos de organización específicos que le confieren una posición de dominio al autor sobre su víctima. Para que se configure esta agravante es necesario que el agente se prevalezca de tal circunstancia y no de otra concomitante y/o alternante, pues debe configurarse siempre a partir del mencionado "aprovechamiento".

c. El delito en análisis también se agrava cuando se acreditan las relaciones particulares de parentesco, v.gr., la víctima es cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está al cuidado del agente. Se revelan ciertas relaciones de parentesco, que otorgan al autor cierta autoridad sobre el sujeto pasivo, una posición de confianza que es aprovechada por el aquél, para sustraerla, seducirla o comprometerla para tener acceso carnal con tercero, para que ingrese al mercado del meretricio.

d. Si el agente actúa como integrante de una organización delictiva o banda, en este caso la mayor peligrosidad social se manifiesta en cuanto el autor es miembro de una asociación delictiva, pues se sirve de las ventajas que le proporciona dicha estructura criminológica para la perpetración del injusto. Como señalamos en el marco dogmático del inc. 7), la organización delictiva refleja mayores notas distintivas, tanto por su estructura interna como por su temporalidad. A todo lo no dicho, remítase al artículo 179º (*in fine*).

e) Del mismo modo se agrava esta infracción cuando la víctima es entregada a un proxeneta. En esta hipótesis, el tercero que hace alusión la estructuración típica, no es cualquier persona, sino un individuo que se dedica a la promoción y/o favorecimiento de la prostitución de terceras personas; pero para comprender bien la *ratio* del legislador, este tercero (proxeneta), no debe ser quien tenga acceso carnal sexual con

(372) Cuello Calón; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II, Vol. 2; p. 661.

la víctima, pues no se daría el tipo penal en cuestión, sino que éste debe fungir como intermediario entre la persona prostituida y el usuario. La justificación de una mayor pena, reside en la configuración de un marco más favorable, para que el sujeto pasivo ingrese al mundo de la prostitución, aunado a un factor criminológico, de reprochar una determinada conducción de vida del agente.

TURISMO SEXUAL INFANTIL[373]

El tipo penal de Turismo Sexual Infantil, tipificado en el artículo 181°-A, reza de la siguiente manera:

Art. 181-A.- *"El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años.*

Si la víctima es menor de catorce años, el agente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de ocho (8) años.

El agente también será sancionado con inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1, 2, 4 y 5.

Será no menor de ocho (8) ni mayor de diez (10) años de pena privativa de la libertad cuando ha sido cometido por autoridad pública, sus ascendientes, maestro o persona que ha tenido a su cuidado por cualquier título a la víctima".

1. ANTECEDENTES

Recientemente fueron detectados y capturados por las agencias estatales de persecución, toda una red de pedófilos, que se dedicaban a promover –vía páginas de Internet– pornografía infantil, es decir, se ofrecía una serie de imágenes de contenido sexual, teniendo como protagonistas a menores de edad y, entre ellos niños menores de 14 años; actos sumamente reprochables, que revelan un autor caracterizado por una personalidad sórdida y perversa. Poco tiempo atrás, el legislador, mediante la sanción de la Ley N° 27459 del 26/05/2001, había incorporado al Código Penal, el artículo 183-A, nominado como "Pornografía Infantil", a fin de cerrar espacios de impunidad

(373) Debiéndose llamar también "adolescente", pues, el espectro normativo cubre a víctimas mayores de catorce años, que no pueden ser reputadas como infantes, sino como adolescentes.

a hechos socialmente insoportables, pues, nadie duda, que la utilización de menores para eventos de esta naturaleza producen una grave afectación a bienes jurídicos sumamente delicados, como lo es la esfera sexual del menor. Sin duda, lo que se pretende es cerrar espacios de impunidad al circuito delictivo de la prostitución de menores, por lo que su relación con los tipos penales comprendidos en los artículos 179° y 181° es más que evidente.

Hechos como el turismo sexual infantil, parten de una red de criminalidad que se extiende por todo el mundo, pues precisamente los autores de esta execrable conducta, utilizan las redes comunicaciones del Internet y otros, para extender sus imágenes a varios países en simultáneo; lo que de cierta forma complica el tema de la persecución penal(374).

Actualmente con la aparición de nuevas tecnologías, ha dado lugar a la pornografía informática o auditiva de manera desmedida, no obstante cualquier persona con un ordenador y un módem con conexión a la red puede tener acceso a fotografías obscenas de niños; sin duda alguna es el medio que más se utiliza por individuos que persiguen el lucro sin escrúpulo alguno, poniendo al servicio de sus designios placer virtual, está inmensa red no es una empresa u organización acotada, sino un recurso tecnológico que comparten los proveedores con acceso a la red con la finalidad de producir excitación erótica sexual, actuar de una forma de liberación ante una sociedad represiva en la sexualidad y finalmente convirtiendo la práctica sexual en un hecho obsesivo y auto complaciente(375).

El Derecho penal en su proceso criminalizador, debe tender un puente de dinamicidad con la realidad social, en el sentido, de recoger conductas sociales que supongan una intensa dañosidad social, y esta labor, es una actividad político criminal legítima en el marco de un Estado Social de Derecho, que tiene por principal función, la tutela de los derechos fundamentales y el respeto por la dignidad humana. En efecto, el tipo penal de "Pornografía infantil", no podía cubrir todo el espectro social que incumbe la realización de una serie de actos derivados al campo del comercio sexual de menores, donde las vías o medios comisivos, se trasladan al campo de la informática; donde el Internet, se ha convertido en un medio de comunicación por excelencia, que actualmente se ha masificado y proliferado a ámbitos espaciales antes inimaginables. A través de las páginas de Internet, el cibernauta está en posibilidad de navegar en páginas de todo el mundo, y en este mundo del ciber-espacio, las páginas que ofrecen servicios sexuales son las más solicitadas por los usuarios. Por lo tanto, el comercio sexual a este nivel obtiene

(374) Ver al respecto, De la Cuesta Arzamendi, J.L.; *Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de organismos internacionales y europeos*, En: Delitos contra la Libertad Sexual, cit., ps. 325 y ss.

(375) Jiménez Galán, R.F./Esquivel Osorio, M.L.; *Escenario Sociológico de la Prostitución...*, cit., p. 139.

dividendos dinerarios significativos, donde la reprobación social y jurídica, se basa en la utilización de menores de edad, para fines de explotación sexual, rebajando la condición de la persona humana.

Parafraseando a De la Cuesta Arzamendi, se propugna que los Estados incluyan en su legislación un conjunto de normas penales apropiadas e intimidatorios contra la puesta en circulación de pornografía infantil en Internet y que se esfuercen en incrementar su colaboración policial y judicial en este campo, así como que desarrollen una intensa acción administrativa dirigida al fomento de sistemas de autorregulación (códigos de conducta y líneas directas) por parte de los suministradores de Internet(376).

El bien jurídico tutelado, sería la Sexualidad, como esfera privativa de la intimidad que no puede verse comprometida, ante invasiones que pueden perturbar su normal desarrollo, y, la dignidad humana concebida como base portadora de la existencia como persona humana y ser social. Con una mayor amplitud, Valencia Martínez, nos señala que la defensa de la integridad y formación sexuales contra las seducciones perversas y los actos susceptibles de aversión y repugnancia, que comprometen el sano desarrollo del orden natural de la vida sexual, constituye, pues, junto con la libertad sexual, los objetos de tutela penal en el delito de referencia(377). Este delito no sólo compromete la esfera sexual de la víctima, sino también su integridad y dignidad personal, en la medida los actos constitutivos de este tipo legal son de naturaleza tan degradante que llegan a comprometer las relaciones intersociales que en el futuro deberá participar el sujeto pasivo. Repercute de forma negativa en la autorrealización humana y en el proceso formativo de la personalidad.

Debiendo precisar, que sólo cuando la víctima tiene más de catorce años el bien objeto de tutela es la libertad sexual, más cuando la víctima es menor de dicha edad, se tutela la indemnidad y/o intangibilidad sexual.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, hombre o mujer; y, en el caso de tratarse de una autoridad pública o por alguien que ejerce una particular relación con la víctima (garante), se constituye la agravante prevista en el último párrafo,

---

(376) De la Cuesta Arzamendi, J.L.; *Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución...*, cit., p. 370.

(377) Valencia Martínez, Jorge E.; *Delitos de pornografía con menores y turismo sexual.* En:"Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba – el Penalista Liberal". Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y criminología. Hammurabi José Luis Depalma editor, julio de 2004, Buenos Aires, cit., p. 358.

esto es, se configura el tipo especial. En el caso de tratarse de una persona jurídica, en tanto nuestro derecho positivo vigente no le reconoce capacidad de acción y de culpabilidad (*societas delinquere non potest*), se deberá identificar a la persona psico-física actuante a efectos de atribuir la realización del injusto, usando, la fórmula prevista en el artículo 27° del C.P. (actuar en nombre de otro).

Cuando el autor es directamente quien favorece y/o promociona la prostitución de un tercero, se daría la tipificación penal del artículo 179°; pero cuando utiliza los medios contemplados en la descripción típica del ilícito penal en cuestión, podría darse un concurso ideal de delitos. De todos modos, valga precisar, que en realidad el autor de este delito es también un proxeneta, puesto que la misma estructuración típica da a pensar en ello, en tanto, el propósito que debe impulsar al agente a ofrecer este tipo de imágenes, es de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial, ¿pues acaso no es esta una forma de promocionar y/o favorecer la prostitución de una persona, al margen de la edad de la víctima, lo cual no se encuentra previsto normativamente en el caso del artículo 183°-A? (pornografía infantil).

2.2. Sujeto pasivo

La víctima debe tener catorce y menos de dieciocho años de edad, cuando éste tiene menos de catorce años, se configura la circunstancia agravante establecida en el segundo párrafo.

2.3. Modalidad delictiva

La delimitación del ámbito de acción típica del delito *in examine*, con el delito de Pornografía Infantil no es de fácil valoración, pues, los medios que hace alusión este tipo penal en relación con el artículo 183°-A, casi son los mismos, pues se hace mención, a la promoción o favorecimiento de soportes materiales con contenido sexual. Empero, este nuevo tipo penal, incorpora la configuración del "Turismo Sexual" como elemento de constitución típica. Conceptuar esta terminología no es tarea fácil; sería entonces: el ofrecimiento comercial de "relaciones sexuales" (visuales o auditivos) vía soportes informáticos, es decir, medios electrónicos que facilitan una interconexión comunicacional de grandes extensiones territoriales. En tesitura, un elemento definidor de dicha delimitación normativa, qué duda cabe, es el elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, que sólo se encuentra comprendido en el tipo penal *in examine*.

Por promover favorecer o facilitar debe entenderse aquella conducta idónea y susceptible de poder ofrecer al público esta clase de publicidad sexual, es decir, se deben utilizar un medio o soporte material capaz de poder transportar las imágenes de contenido sexual a un número indetermi-

nado de usuarios. En la dirección, el agente debe emplear cualquier clase de actividad, hechos o acciones, que dentro de las metas referidas en el precepto y propias de la travesía turística, comprometan sexualmente al menor, cumpliendo los efectos del tipo[378]. Debe provocarse la captación de imágenes, en las cuales tienen como protagonista al menor de edad, quien es utilizado para lograr al acogimiento de usuarios para con actos concretos de prostitución, es decir, las imágenes sirven para publicitar el meretricio de menores de edad; cuya vitrina por Internet propende a una mayor masificación de potenciales clientes.

Deben de referirse a "relaciones sexuales" de menores[379], que en la práctica van a suponer un contenido pornográfico; por pornográfico se extiende la exposición o representación gráfica de carácter obsceno, es decir, que dirigiéndose o tomando como meta la excitación del impulso sexual, supone una ofensa a los sentimientos de decencia de la comunidad[380]. En cuanto, a "relación sexual", habrá que entenderla como toda configuración sexual equiparable al acto sexual que se realiza mediante el acceso carnal, determinada en el artículo 170° y sus derivados, a efectos de sistematizar su contenido. Siendo así las cosas, actos que no puedan ser reputados como una "relación sexual", v. gr., actos de tocamiento, meramente corporales, que no implican "acceso carnal sexual"; ante aquellos, la reconducción normativa se cobija bajo los alcances del artículo 183°-A, esto es, siempre y cuando, se encuadren dentro de la esfera normativa del carácter "pornográfico" que hace alusión dicho tipo penal.

En cuanto a los medios, estos pueden ser a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, cualquier, medio capaz de transmitir dichas imágenes a un número indeterminado de personas. Siendo que este último, se ha constituido en un medio *per se* por excelencia para cometer este delito, en razón de su proliferación masiva identificada en las numerosas "Cabinas de Internet", que han inundado nuestra ciudades. Entonces, lo relevante es que el medio sea idóneo y susceptible de poder transmitir (visual o auditivamente), relaciones de contenido sexual, teniendo como protagonistas a menores de edad. Cuando la promoción del "turismo sexual", está destinado al ofrecimiento de prestaciones sexuales, es decir, se oferta a los menores vía estos soportes informáticos como prestadores sexuales, se configura entones un concurso ideal de delitos, con el delito de Proxenetismo (art. 179°, inc. 1).

---

(378) Valencia Martínez, J.E.; *Delitos de pornografía con menores y turismo sexual*, cit., p. 359.

(379) Por analogía deben consistir en las conductas previstas en el artículo 170°; no en cambio las reguladas en el artículo 176° (actos contra el pudor).

(380) Beneytez Merino, L.; *Derecho Penal. Parte Especial. Lecciones de Derecho Penal.* Granada, 1994, cit., p. 154.

3. CONSUMACIÓN

El momento consumativo viene determinado por la promoción o policitación efectiva del material sexual, dependiendo del soporte material, interesando para ello, que terceras personas hayan tenido acceso al material de contenido sexual por los conductos mencionados expresamente en el tipo penal. No es necesario para su realización típica, que el agente obtenga los fines que motivan su conducta criminal (que son de trascendencia interna trascendente), exigir esta concurrencia subjetiva, sería contraria a los fines de tutela de la libertad sexual del menor[381], pues, su objeto de protección trasciende la esfera meramente sexual, para ubicarse en la dignidad humana, como portadora de todos los demás derechos que aquélla comprende.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Si bien basta el dolo, como caracterización de la esfera cognitiva del agente, de conocer los alcances normativos exigidos en el tipo legal, éste exige la concurrencia de un ánimo de trascendencia interna trascendente como elemento subjetivo del injusto, definido por la finalidad de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial, se identifica un ánimo de lucro derivado de la explotación sexual del menor. Plus del tipo subjetivo del injusto que no necesita plasmarse efectivamente, para dar por realizado el tipo penal, bastará entonces, que se acredite su concurrencia en la psique del agente como finalidad delictiva. No se exige entonces un ánimo lascivo del agente, y si éste mantiene también relaciones sexuales con la víctima, será pasible de incurrir en un concurso real de delitos con violación sexual a menor de 14 años (Art. 173°).

En el caso, de concurrir un error sobre la edad cronológica del sujeto pasivo, éste podrá ser vencible o invencible, dependiendo de las características particulares del caso y de los medios con que contaba el autor para poder superar el error, se incurre entonces, en un tipo excluyente de dolo, incluso de la culpa, de ser el caso. En estos casos, será muy difícil que el agente pretenda ampararse en un error de tipo invencible para así lograr la impunidad, puesto que en actividades tal delicadas como el "comercio sexual", mayores serán las exigencias de asegurarse por conocer la edad del contratante; más aún cuando el agente tiene dudas sobre este dato trascendental, que hacen del dato fáctico uno de relevancia jurídico-penal.

(381) Así Boronat Tormo, Mercedes; *Los delitos relativos a la prostitución en el nuevo Código Penal*. En: Estudios sobre el Código Penal de 1995. Directores: Vives Antón, T./Manzanares Samaniego, J.L., cit., p. 66.

Si bien consideramos acertada la inclusión de este tipo legal, a efectos de otorgar una mayor tutela al bien jurídico objeto de protección (esfera sexual del menor y su dignidad humana), tal vez hubiese bastado con extender el ámbito de protección del delito de Pornografía Infantil mediante circunstancias agravantes, no siendo tan importante como consideración político criminal, sino más bien, como expresión de una técnica legislativa más depurada.

5. AGRAVANTES

Primero, el legislador siguiendo la técnica legislativa plasmada en las tipificaciones penales de esta capitulación, determina la agravante conforme la edad de la víctima, la cual conforme su inmadurez sexual y personal, se le identifica como una persona vulnerable ante la incitación y/o promoción de intervenir en esta clase de imágenes, por terceras personas, lo cual supone una mayor desvaloración del injusto.

Ahora bien, el legislador ha previsto una pena aún mayor, cuando el autor se aprovecha de ciertos ámbitos de organización específica que le confieren una posición de dominio frente al sujeto pasivo, la cual es utilizada para la realización típica de la figura en cuestión; dicha circunstancia facilita la comisión de la conducta, lo cual genera una agravación en el juicio de imputación individual. Finalmente, la sanción incluye también la inhabilitación, cuando concurren los supuestos comprendidos en los incisos 1, 2, 4 y 5.

LA INCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, COMO PENA ACCESORIA EN LOS DELITOS DE PROXENETISMO

Art. 181°-B.- *"En los casos de los delitos previstos en los artículos 179, 181 y 181-A, cuando el agente sea el padre o la madre, el tutor o curador, en la sentencia se impondrá, además de la pena privativa de libertad que corresponda, la pena accesoria de inhabilitación a que se refiere el numeral 5) del artículo 36".*

1. COMENTARIO

El legislador ha seguido el mismo patrón de política criminal, puesto en manifiesto en el marco del artículo 177°[382], como consecuencia de la dación de la Ley N° 29194 del 25 de enero de 2008.

(382) Ver más al respecto, Formas agravadas de los delitos sexuales.

La conducta humana, que contraviene la norma de mandato o de prohibición, legitima al Estado el desencadenamiento de una reacción; una respuesta que se expresa en términos punitivos, de imponer una pena a todo aquel que infringió una norma de forma culpable, en cuanto a la lesión y/o la puesta en peligro de bienes jurídicos merecedores de tutela pena. Pena, que si bien ostenta una naturaleza retributiva, se dice que debe orientarse sobre cometidos estrictamente preventivos, de evitar la comisión de delitos en el futuro, sea incidiendo en la colectividad a través de la intimidación (prevención general) o en el sujeto infractor, mediando un tratamiento penitenciario que tienda a impedir la reincidencia, mejor dicho, de que no vuelva a cometer delitos en el futuro.

Los fines, entonces, que se les asigna a la pena privativa de libertad, en algunas oportunidades son afianzados con las denominadas «Penas limitativas de derecho», que el legislador ha glosado en la Sección III del Título III de la Parte General del C.P. tanto desde aspectos de prevención general como de prevención especial. Más importantes los segundos, en la medida que permitan al juzgador prescindir de una pena privativa de libertad, por sanciones que en realidad puedan desplegar efectos rehabilitadores y, aquellos puramente disocializantes, que han de verse de la pena de cárcel. Postura reductora y racional de la violencia penal, que se corresponde plenamente con la función que debe realizar el Derecho penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por otro lado, si se pretende intimidar al colectivo y a su vez impedir que el agente se encuentre nuevamente incurso en un evento delictivo, lo que ha de ser entendido también en términos criminológicos, ha de procurarse privarlo, suspenderlo, incapacitarlo, etc., en el ejercicio de ciertos derechos amparados por el orden jurídico, siempre y cuando dicha cargo, función u oficio, hubiese sido aprovechado por el autor para la perpetración del injusto. Sanción que no sólo se orienta hacia el autor del hecho criminoso, sino también de intimidar al colectivo (prevención general).

Los delitos que se comprenden en el Capítulo X del Título IV, se refieren al «Proxenetismo», actividad a la cual se dedican no pocas personas en nuestro país, en vista de su creciente incidencia criminológica; no resulta extraño advertir, ver que los propios padres involucren a sus menores hijos en actos típicos de favorecimiento a la prostitución, proxenetismo y turismo sexual infantil. Se puede decir con propiedad, que hoy en día los delitos sexuales, son por lo general los sucesos que se recogen de forma cotidiana por la presa escrita y televisiva, teniendo por protagonistas a personas que se encuentran relacionadas por un vínculo de parentesco, lo cual genera una corriente social que demanda una respuesta penal más enérgica. Demanda que es canalizada de forma inmediata por el legislador y, que es catalizada mediante la formulación normativa de *lege lata*. La Ley N° 29194 no es la excepción, mas con ello no queremos decir que la previsión legal contenida

en el artículo 181°-B no se encuentre justificada y a la vez, legitimada por los principios rectores del *ius puniendi* estatal.

Dicho lo anterior, el juzgador cuando imponga una sentencia de condena, por los delitos de favorecimiento a la prostitución, proxenetismo y turismo sexual infantil, la pena privativa de libertad vendrá aparejada por la pena accesoria de «incapacidad para el ejercicio de la patria, potestad, tutela o curatela», que habrá de extenderse por el mismo tiempo que la pena privativa de libertad. La imposición de esta pena accesoria, en el ámbito del delito de Turismo Sexual Infantil, se instituye en una sanción repetida, tal como se desprende del tercer párrafo del artículo 181°-A, cuando se señala que el agente también será sancionado con inhabilitación conformela artículo 36° incs. 1, 2, 4 y 5. Lo que supone lógicamente que el juez sólo podrá aplicar una de ellas, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem*. Consecuentemente, fue innecesario que se haya incluido a este delito en la redacción normativa del artículo *in examine*.

El articulado en cuestión no señala expresamente si la pena accesoria sólo ha de recaer sobre el autor o, si es que también puede ser aplicada al partícipe (cómplice e instigador). Considero que cuando el legislador se refiere al «agente», ha de comprender únicamente al autor, si la aplicación de una extensión de punibilidad se pretende incluir al partícipe, ello debe estar expresamente previsto en la norma penal (principio de legalidad).

PUBLICACIÓN DE PROSTITUCIÓN INFANTIL

El artículo 182°-A, incorporado por la Ley N° 28251, describe a esta figura delictiva de la siguiente forma:

Art. 182-A.- *"Los gerentes o responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios de comunicación masivos que publiciten la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores de dieciocho años de edad serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.*

El agente también será sancionado con la inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36° y con trescientos sesenta días multa".

1. GENERALIDADES

Si la prostitución infantil en sí es una actividad declarada como "insoportable" por la sociedad, su publicación y difusión por los medios de comunicación, es también un acto reprobable que viene a comprometer en mayor medida el contenido del bien jurídico tutelado. Los medios de comunicación, en *strictu sensu*, la prensa (escrita y televisada) es considerada actualmente como un verdadero poder, pues, ejerce gran influencia en la sociedad, a partir de sus efectos conformadores de una opinión pública, dando lugar a

la configuración de un sociedad de la información, como una nueva forma de enlace comunicativo de la sociedad con los sucesos que acontecen en el quehacer diario de nuestro país y del mundo. Los medios de comunicación se apoyan pues, en los derechos constitucionales referidos a la libertad de expresión de información, fundamentales en la construcción de una verdadera democracia participativa. Sin embargo, estos derechos constitucionalmente consagrados, deben ser ejercidos bajo determinados parámetros configuradores, a efectos de preservar otros derechos que son susceptibles de ser afectados, cuando la libertad de expresión y de información se constituye en un "ejercicio abusivo del derecho"(383). El ejercicio de cualquier derecho debe de desplegarse en armonía con el interés público, como pilar fundamental del ordenamiento jurídico-constitucional.

El honor así como la intimidad de las personas pueden verse seriamente afectados, cuando la prensa publica hechos o noticias, que perjudican gravemente estos derechos fundamentales, que también son de gran relevancia en el marco del Estado Constitucional de Derecho. Siendo esto así, las publicaciones de la prensa sensacionalista o ya llevada al estricto campo de la pornografía, que divulgan imágenes o escritos de contenido sexual de menores, actúan como verdaderos agentes del morbo o como mordaces buscadores del famoso "rating", que generan efectos perjudiciales para estas víctimas indefensas. Escudarse en la libertad de expresión y de información, parece el camino perfecto para que estos agentes inescrupulosos burlen la acción de la justicia, mecanismo de defensa que no encuentra cabida y justificación en una sociedad que tiene como valor supremo la defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad.

El legislador, mediante esta nueva incriminación pretende formular una batalla más efectiva contra esta criminalidad, en fin de ejercer también una tutela más intensa, al bien jurídico protegido. De conformidad con este precepto, se intenta criminalizar la conducta de quienes ejercen un dominio social sobre estos medios de comunicación, específicamente, sobre la persona de los gerentes u otros responsables. El artículo 182-A, señala al respecto "*Los gerentes o responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios de comunicación masivos que publiciten la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores de dieciocho años de edad...*".

2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

Mediante esta fórmula normativa se pretende penalizar a quien teniendo el dominio de la situación fáctica, no hace nada para evitar que se produzca una inminente lesión al interés jurídico tutelado, es decir, a la esfera

(383) Así, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

sexual y dignidad del menor. Bajo esta situación, se reputa al gerente u otro responsable de la publicación, como un "garante", esto quiere decir, quien debe velar por la estricta legalidad de las noticias que se publican o divulgan en un determinado medio de comunicación, sea escrita, televisiva u otros.

Se entiende por lo tanto, que el gerente es quien da el visto bueno o mejor dicho autoriza la propalación de una cierta noticia o la publicación de un artículo. En tal medida, el gerente u otro responsable, son quienes detentan el dominio de la actividad periodística, por lo que están en posibilidad de controlar el íntegro de las noticias que sus medio difundan. Vendría a configurarse una especie de "comisión por omisión", pues, estos son autores, que a pesar de no ser los autores (intelectuales)[384] directos de la noticia o publicación, vienen a ser considerados como sujetos, que por su especial posición en la línea informativa, estaban en posibilidad de actuación de impedir que se propale esa información, y como sabían de ello y no hicieron nada para evitarlo, son también autores del delito, puesto, consintieron el hecho (dolo), a pesar de ser garantes, al no haber adoptado las medidas de precaución dirigidas a controlar un foco de riesgo. En tanto, que la responsabilidad penal del autor de la nota o noticia, se reconducirá a los tipos penales de "Pornografía Infantil" o de "Turismo Sexual Infantil".

Sin embargo, al igual que la fórmula del "actuar en nombre de otro" (art. 27 del C.P.), mediante la cual se imputa a la persona física a pesar de que los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo no concurren en él, pero si en la representada, estas condiciones se transmiten (transfieren) a quienes actúan como Órganos de Representación: órgano de representación autorizado de una persona jurídica o socio representante autorizado de una sociedad; debe tratar entonces de un Representante Legal, debidamente reconocido en los registros correspondientes, bajo las salvedades que se estipulan en la Ley Societaria. En efecto, si de una imputación criminal de derivan las consecuencias más gravosas para un individuo, la pena, esta imputación se sustenta en base a criterios rígidos y precisos, injusto personal, principio de culpabilidad, lesión concreta de bienes jurídicos, etc. De tal forma, que no bastará que el agente cuente con las cualidades previstas en el tipo legal (gerente u otro responsable), sino que deberá acreditarse que éste, sabía del contenido sexual de la publicación así como de la edad del sujeto pasivo, y que de tal manera, estuvo en posibilidad de evitar la publicación de la imagen o de la noticia; al menos con dolo eventual. De conformidad con lo acotado, deben de establecerse estos parámetros normativos, tanto de imputación objetiva como de imputación subjetiva, para determinar la responsabilidad penal del gerente u otro responsable; pues,

(384) En este caso quien firma como autor de la nota periodística.

mal cabría extender responsabilidad criminal a quien no sabía del contenido sexual (prostitución), en tanto, pudo haber sido engañado por sus subalternos o subordinados. En dichas situaciones, la imputación jurídico-penal supone una responsabilidad objetiva por el resultado. Una actuación a título de negligencia tampoco es punible, en virtud del artículo 11° del C.P.

Debiéndose subrayar, entonces, que en el caso del tipo legal comprendido en el artículo 182°-A, no es necesario acudir a la fórmula normativa del actuar en nombre de otro, a partir de la transmisión de los elementos que fundamentan la autoría penal, pues en este caso, el legislador ha dirigido la imputación directamente a la persona que ejerce un dominio social en la *societas*, concretamente el Gerente o quien a hace las veces de responsable de la publicación o edición a transmitirse, de igual manera con lo que acontece en los artículos 209° y 242° del C.P. Por consiguiente, los criterios de imputación jurídico-penal recaen directamente sobre las personas antes anotadas, estructurando un tipo penal especial propio, en tanto que para ser autor se exige normativamente las cualidades que se desprenden del mismo.

Puede darse una coautoría, en el caso de que la transmisiones de la publicidad, esté sujeta al ámbito de competencia de dos personas, que ejercen algún tipo de responsabilidad de incidencia directa en el manejo de la publicación; dos Gerentes por ejemplo, quienes toman la decisión conjunta de que se transmitan dichas imágenes o fotografías; pues ambos tienen el co-dominio social típico; siempre y cuando, concurran en ambos los elementos subjetivos del tipo penal en cuestión.

La transmisión de la publicidad debe referir a imágenes, fotografías, crípticos, dibujos y otros, cuyo contenido este vinculado a la prostitución infantil, el turismo sexual infantil y la trata de menores de edad; en tal virtud, si dichas captaciones gráficas, tienen como protagonistas a mayores de edad, la conducta será atípica, por lo que es perfectamente admisible un error de tipo cuando el autor yerra en la edad de la víctima. El fin teleológico es claro, de enfrentar esta grave criminalidad con severidad penal, cerrando espacios de impunidad a todo el circuito delictivo, empezando por los promotores, favorecedores, intermediarios, publicistas, gerentes hasta usuarios. Considerando que la prostitución infantil es un flagelo que debe ser combatido con todas las armas e instrumentos que se desprenden de la Constitución y las leyes[385]. Sin duda, ante este tipo de ofensas, que atacan intereses jurídicos de tanta relevancia, la reprobación jurídica es mayor, por lo que el compromiso del Estado es de luchar y erradicar cualquier manifestación de explotación sexual contra los menores.

(385) Así, el artículo 34° de la Convención sobre los derechos del niño.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL

En este caso, la persona jurídica que representa el medio de comunicación, será considerada en el transcurso del proceso penal, como tercera civil responsable, a efectos de garantizar la cobertura del pago por concepto de Reparación Civil; en este caso, media pues una vinculación societaria y legal, entre el autor del injusto y la empresa que le sirve de sostén para publicar y/o propalar dicha clase de publicidad.

4. PENALIDAD

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años; y, será sancionado también con inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 y con trescientos sesenta días-multa. Se incide en el ámbito de los fines preventivo-generales, en cuanto la mayor intimidación y neutralización del sujeto de cara a su vida futuro.

CAPÍTULO XI
OFENSAS AL PUDOR PÚBLICO

EXHIBICIONES Y PUBLICACIONES OBSCENAS

El artículo 183° del Código Penal, luego de la modificación producida por la Ley Nº 28251, describe esta infracción delictiva, de la forma siguiente:

Art. 183.- *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.*

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años:

1. *El que muestra, vende o entrega a un menor de dieciocho años, por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, que por su carácter obsceno, pueden afectar gravemente el pudor, excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual.*
2. *El que incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción.*
3. *El administrador, vigilante o persona autorizada para controlar un cine u otro espectáculo donde se exhiban representaciones obscenas, que permita ingresar a un menor de dieciocho años"*(386).

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La libertad sexual de una persona en el marco del Estado de Derecho, resulta un pilar fundamental que se relaciona con la propia personalidad del individuo, con su participación en concretas actividades con sus conciudadanos, por lo que su afectación importa una grave ofensa a los derechos fun-

(386) Texto antes modificado por el Artículo 2° de la Ley N° 27459, publicada el 26-05-2001.

damentales. Constituyendo una obligación del Estado formular una política criminal y una política social coherente, susceptibles de otorgar a las posibles víctimas un margen de protección y tutela, anticipándose a la comisión de estos delitos, previniendo su perpetración. Precisamente, son las políticas estatales de orden público las que permiten evitar la afloración de este tipo de conductas, reduciendo los ámbitos de exclusión social, promoviendo programas de concientización pública, orientando a las familias para afrontar focos de conflictividad social (violencia familia); esto es, todo un programa de prevención que incida de forma real en la reducción de estas manifestaciones criminógenas, sin necesidad de acudir a una pena. Pues valgan verdades, la pena que se impone al infractor luego de acreditado judicialmente el delito y su responsabilidad, sólo responde a un fin retributivo, de vindicta pública, mas no a una efectiva tutela de la víctima, menos a la recuperación social del condenado, en mérito a las condiciones inhumanas por las cuales se desarrolla la vida en prisión. Con todo, la criminalidad sexual es un ámbito más de la delincuencia, que por sus propios matices y particularidades necesita de una visión político criminal diferenciada, que no sólo ocupe su perspectiva desde el ángulo del *ius puniendi*, sino también desde el marco de la debida protección de la víctima, evitando su real victimización, e impidiendo una segunda victimización, cuando ha sido objeto de una concreta agresión.

La vulneración de la libertad sexual o de la indemnidad sexual, no sólo puede producirse a través del acceso carnal violento, bajo amenaza o aprovechando un estado de inconsciencia, así como el servirse lucrativamente, del meretricio de un tercero; pues pueden también manifestarse en sociedad otras conductas que sin suponer una agresión directa a la sexualidad de una persona, a su libre desarrollo, pueden resultar ofensivas a ciertos sentimientos del colectivo. En efecto, en una sociedad democrática de derecho, si bien rigen la libertad, la tolerancia y el pluralismo como principios ordenadores de un Estado respetuoso del ámbito personal del individuo; no es menos cierto, que el hecho de convivir sujetos a un sistema, impone ciertas reglas; a fin de que el ejercicio excesivo de dichas libertades no termine menoscabando la esfera de libertad de un tercero; pues donde termina la libertad de uno empieza a regir la libertad del otro. Nadie en su sano juicio, puede pretender recriminar penalmente, la conducta que una persona ejecute en el ámbito de su intimidad, aquella parcela que pertenece exclusivamente a su titular, que importa el libre desarrollo a su *"privacy"*.

Comportamientos que puedan reputarse como anti-éticos o anti-sociales, que se desarrollan en la privacidad de un individuo, no pueden sostener legítimamente una respuesta punitiva. Los actos de homosexualismo, lesbianismo así como sadomasoquismo u otros, que se den en una esfera de actuación privada, siempre y cuando tengan como protagonistas a mayores de edad y bajo el corsé de la consensualidad, no pueden ser alcanzados por una pena; pues de ser así, se estaría vulnerando el sostén axiológico del

Derecho penal, en cuanto a la necesaria lesividad social de una conducta. Un comportamiento humano sólo puede ser punible, cuando genera un foco de conflictividad social de tal magnitud, que ponga en peligro las bases fundamentales de una sociedad democrática, de ahí que el texto punitivo, se despojó en apariencia, de connotaciones éticas y moralistas.

Empero, el ámbito privado es una cosa y, el ámbito público es otra muy distinta, en cuanto a su naturaleza y repercusiones. No es lo mismo la masturbación que se realiza una mujer en la privacidad de su alcoba, como aquella masturbación que se ejecuta un individuo al frente de un colegio, en la acera de la calle. En el primer acto, la contemplación de la escena se circunscribe a su protagonista, en cambio, en el segundo acto, otras personas –que no han dado su consentimiento– son obligadas a soportar una conducta susceptible de afectar el decoro y la decencia del común de los mortales; ojo en este caso, la reprobación no recae sobre el acto de masturbarse, pues cada quien puede utilizar los mecanismos que juzgue adecuados para satisfacer su lascivia- sino el hecho de obligar a terceros a presenciar un acto que puede ser indecoroso, y lesivo, en el caso de menores de edad.

De recibo, penalizar conductas como las que se describen en el articulado *in examine*, nos remiten irremediablemente a conceptos, elementos y valoraciones meta-jurídicas, que desbordan el estricto plano del Derecho penal, lo cual genera la prescindencia de elementos normativos de valoración meta-legal. Con ello, surge el cuestionamiento, como en este caso, del empleo de conceptos tan abstractos y subjetivos, como la "obscenidad". No olvidemos, que principio rector de la construcción normativa en materia penal, es el principio de legalidad material, la lex praevia, *scripta, stricta, certa*; el mandato de determinación en todo caso impide que el legislador construya las conductas típicas mediante fórmulas normativas indeterminadas, demasiado abiertas, donde el ámbito interpretativo del juzgador es demasiado amplio. Dicha fórmula normativa permite un mayor marco de seguridad jurídica para con los ciudadanos. La columna vertebral de la determinación legal de un Estado de Derecho reside en la descripción típica mediante la mención de "circunstancias del hecho" y de "características del autor", escribe Welzel. Esta descripción típica tiene que ser tan clara y determinada que el juicio de antijuridicidad del legislador sea señalado inmediatamente a través de ella, ("indiciado")[387].

Sin embargo, parafraseando a STRATENWERTH el contenido de significado de un concepto –al menos en las zonas fronterizas– nunca puede ser determinado con completa certeza. Por ello, no hay ningún texto legal que excluya toda duda[388]. En todo caso, apunta el autor, la ley sólo puede ser

(387) WELZEL, H.; *Derecho Penal Alemán*, cit., ps. 40-41.

(388) STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 88.

exacta en mayor o menor medida, a su vez, no es mensurable[389]. En efecto, siempre existirá un margen de indeterminación de la norma, que deba ser aclarado vía un criterio interpretativo, ninguna norma puede sin mas ser aplicada de forma literal. Como señala CEREZO MIR, las figuras delictivas se forman, (...), en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales. No puede renunciar tampoco el legislador a utilizar elementos normativos (que implican un juicio de valor o son sólo susceptibles de comprensión espiritual) en la elaboración de las figuras delictivas (por ejemplo, el concepto de cosa mueble o de cosa ajena, en el hurto, art. 234°; la referencia al carácter obsceno de la exhibición y a la pornografía, en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185° y 186°, etc.)[390].

Con todo, delimitar el ámbito conceptual de acepciones como "carácter obsceno", no es empresa fácil, pero en un Estado de Derecho dicha labor es irrenunciable[391], a fin de establecer el ámbito de protección de la norma y, con ello, la relevancia jurídico-penal de la conducta. Si bien una definición de dicho concepto en términos generales puede ser peligrosa, en vista de las relatividad en que los juicios sociales pueden estimarse en tiempos distintos; no es menos cierto, que se debe elaborar un concepto aproximativo lo más cercano a los valores que se desprenden de una sociedad democrática, a fin de evitar el puro arbitrio del juzgador, lo cual puede ser aún más peligroso. Por lo que es una tarea de la dogmática proponer conceptos, que puedan ser tomados de forma referencial, de acorde a la función teleológica del Derecho Penal, sin que ello suponga el desborde de la legalidad, ni el llenado de contenido en base a posiciones excesivamente moralistas.

Finalmente, resulta plausible relevar, que la última modificación legislativa al tipo penal en cuestión, viene caracterizada por orientaciones eminentemente moralistas, que lejos de coadyuvar a que la norma sea lo más al principio de estricta legalidad, penetra en juicios meta-jurídicos que inciden en una mayor intervención del derecho punitivo. Habiéndose subido la edad cronológica en el caso de las circunstancias agravantes, a todos los menores de edad, es decir, incluyendo los mayores de catorce años, desconociendo con ello la realidad social, que muestra una juventud más familiarizada con la práctica de ciertas conductas, que si bien pueden merecer una reprobación ético-social, no pueden de ninguna forma ser penalizados cuando adultos fungen de instigadores y/o intermediarios para dichas prácticas, por no cumplir con el principio de lesividad. Máxime, cuando se sigue utilizando términos como "corrupción", cuya real connotación hoy en día nos conduce a otros senderos.

---

(389) STRATENWERTH, G.; *Derecho Penal. Parte General,* I, cit., p. 88.

(390) CEREZO MIR, J.; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General,* I, cit., p. 169.

(391) En contra, DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 691.

2. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico debe simbolizar una concreta función político criminal, llevada al campo de la autorrealización humana o referido ámbitos concretos de participación ciudadana en el sistema social. En el campo de los delitos sexuales, al esfera de tutela debe referirse al libre desarrollo de la sexualidad de una persona, su disposición a su sexualidad, el derecho que tiene de elegir con quien y de qué forma concreta una relación sexual y, de decidir también qué escenas de contenido sexual desea contemplar y/o observar; por eso somos de la opinión, que el legislador en vez de apelar a la "índole obscena" hubiera empleado el término "índole sexual", cuyo contenido es más factible de determinación valorativa. Si nos remitimos a un Derecho Penal enraizado de acepciones llenas de contenido moralista, diríamos que el objeto de tutela es la moral sexual social del colectivo o la "normal sensibilidad ética de los asociados de acuerdo a una equilibrada concepción de la vida humana y social[392]. Sin embargo, en el marco de un Estado de Derecho, no es admisible que el contenido del interés jurídico penalmente tutelado, sea llenado por conceptos puramente meta-jurídicos, morales, pues esto permite precisamente penalizar ciertos comportamientos que no cumplen con los patrones de lesividad material, de cuya concreción sólo puede derivarse una reprobación ética-social, mas no jurídico-penal.

Pero, como la nueva sistemática del actual Código Penal, es del criterio de separar la moral del derecho y al limitar la condición de sujeto pasivo al menor de catorce años, no es aceptable afirmar tal tesis. Consecuentemente, consideramos que lo que se protege es el libre desarrollo de la sexualidad de los menores o la indemnidad sexual de la víctima[393]. Lamentablemente, al haberse ampliado la edad cronológica del sujeto pasivo en el caso de las circunstancias agravantes y, entendiéndose que sujeto de tutela por el tipo base, puede ser cualquier persona, incluso un mayor de edad, por lo que la remisión a un contenido moralista es por no menos decirlo imprescindible.

En palabras de Donna, lo que se protege en este tipo delictivo no es otra cosa que el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado con el acto sexual de otro sin su voluntad, procurando así evitar la intromisión en la esfera de su libertad sexual[394]. Para Soler, Se tutela el pudor de manera que diríamos impersonal, como bien social consistente en el concepto de decencia y de buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales; es decir, no se trata de proteger ni un sentido muy depurado (el de

(392) Peña Cabrera, Raúl; De acuerdo a como se encontraba normado este delito en el Código Penal de 1924 en concordancia como indicaba el informe Ministerial del proyecto del Código italiano de 1930; *Derecho Penal Peruano*; ob.cit., ps. 260-261.

(393) Citado por Villa Stein; Carmona Salgado; ob.cit.; p. 225.

(394) Citado por Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 236.

una monja) no solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta)[395]. De ello se colige, que en el caso de la tipificación penal del artículo 183°, el bien jurídico no se refiere a un ámbito individual del sujeto a proteger, pues en el caso del exhibicionismo en público, trata de una generalización de personas que pueden verse afectadas en su recato y/o puedo cuando observan escenas de contenido sexual, en contra de su voluntad; por lo que debe construirse un punto medio de valoración que pueda recoger el sentimiento de reprobación de una colectividad de gentes. Como dice NÚÑEZ, el titular del bien lesionado por los ultrajes al pudor público es la sociedad, y ese bien es la decencia sexual pública. Ésta no se lesiona porque el hecho atente contra la idea de que la decencia sexual tenga el individuo que, en el caso particular, padece personalmente la materialidad del delito, por ejemplo, leyendo el libro obsceno o presenciando la exhibición de esa índole[396].

Los manuscritos, revistas, afiches que se cuelgan diariamente en los quioscos de venta al público, en las esquinas de las calles, no cumplen con la materialidad delictiva, a pesar de contener aquéllos imágenes de contenido pornográfico, pues dicha conducta se reconduce a los alcances normativos del artículo 183°-A, siempre y cuando el protagonista de las imágenes sea un menor de edad. Máxime, si el propio individuo, quien se acerca voluntariamente a deleitarse de dichas imágenes.

A decir de DÍEZ RIPÓLLES, lo que hace punible esas acciones es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación[397]. Por ende, como escribe DONNA, el consentimiento de la persona, salvo el caso de los menores, lleva a que no exista bien jurídico para proteger, ya que voluntariamente el sujeto ha renunciado a esa protección[398].

En lo que se refiere a la modalidad delictiva del Exhibicionismo, el objeto de tutela será la libertad sexual, entendida ésta como el derecho de estas personas a ser protegidas contra actos que vulneren su esfera u ámbito de la sexualidad.

---

(395) SOLER, S., *Derecho penal argentino*, T. III, cit., ps. 393-394.

(396) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 375; Así, SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 394; FONTAN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 266.

(397) Citado por DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 686.

(398) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 686; Ver al respecto, CANCIO MELIÁ, M.; *Comentarios al Código Penal*, Director: Gonzalo RODRÍGUEZ Mourullo, cit., p. 541.

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquiera, tanto el hombre como la mujer, se cual fuera su posición en el sistema social. Tratando el tema de autoría y participación, debe decirse primero, que en definitiva no es un delito de propia mano, pues al igual que las figuras típicas comprendidas en las dos capitulaciones estudiadas, el bien jurídico debe darse contenido desde una base material legitimada, al margen de lo difícil que resulta desarraigarse de concepciones metajurídicas. En tales casos, autor podrá serlo aquel que realiza materialmente los actos de exhibición obscena de forma directa, pero puede serlo también de forma mediata, cuando obliga a otro mediante coacción, violencia y/o amenaza grave, a que realice un acto de dicha naturaleza, o se aprovecha de una persona que padece de algún defecto psíquico-motriz, de su especial vulnerabilidad (menor de edad), por lo tanto, el hombre de atrás es quien ostenta el dominio del hecho, siendo el hombre de adelante un mero instrumento a los designios criminales del autor mediato.

Ahora bien, si los tocamientos de índole obsceno, involucran a dos personas, y una de ellas resulta que está ejerciendo coacción contra la otra, para que lo consienta, esto es, con una voluntad viciada; tocamientos impúdicos que pueden resultar en el propio cuerpo del coaccionado o en la esfera somática de quien ejerce la coacción, inclusive en el cuerpo de un tercero dando lugar a una conducta típica.

En la hipótesis descrita líneas atrás, el agente estará incurriendo en un concurso ideal de delitos, como autor inmediato del delito de exhibiciones obscenas y como autor mediato del delito de actos contra el pudor – art. 176°, si la víctima es menor de catorce años, se reconduce la figura del concurso con el art. 176°-A. Puede también haber una co-autoría, cuando se revela un co-dominio del hecho, quienes representan un acto sexual en una plaza.

3.2. Sujeto pasivo

Puede ser tanto el menor de catorce años como cualquier persona según sea el caso, en el caso del tipo base, pues en lo que a la circunstancia agravante se refiere sólo puedo ser víctima el menor de dieciocho años, lo que a todas luces es inconsistente, tanto por cuestiones de materialidad sustantiva como de realidad social. Para adquirir la calidad de sujeto pasivo es indiferente que la persona ejerza un tipo de oficio carnal, como la prostituta o la meretriz, entendido todo ello en el aspecto colectivo en que se dirige la tutela de este tipo penal. El tipo penal en análisis deja fuera del ámbito de protección a los incapaces a diferencia de otras legislaciones penales, de este modo, personas que padecen de algún tipo de anomalía física o psí-

quica y que consecuentemente merecen una tutela especial por parte del Estado son marginados por la ley penal.

3.3. Acción típica

El articulado en análisis presenta cuatro supuestos de conductas delictivas, comprendidas en el tipo base y en el marco de las circunstancias agravantes:

3.3.1. Publicaciones obscenas

(Objetos, libros, escritos, imágenes, visuales o auditivas)[399]; para tales efectos resulta indispensable que fijemos el concepto de obscenidad, noción erizada de dificultades; lo que evidentemente requiere cautela para su prudente manejo.

El diccionario de la lengua española enseña que la palabra "obsceno", quiere decir impúdico, torpe, ofensivo al pudor[400], otros conceptos le guardan relación con lo "lúbrico", que de acuerdo con el mismo Diccionario equivale a "propenso al vicio y particularmente a la lujuria, libidinoso o lascivo que es propenso a los deleites carnales".

Los actos de exhibición o mostración obscena para CARMONA SALGADO, (...) equivalente a "erótica", entendida como susceptible, según el criterio medio de un observador objetivo, de excitar o despertar el deseo sexual en su espectador o espectadores, sujeto pasivo del delito, en este caso, menores o incapaces, no siendo sin embargo necesario que dicha excitación se produzca efectivamente, y resultando igualmente indiferente que éstos la califiquen como carente de eficacia provocadora o desencadenante del deseo sexual (...)[401]. Lo obsceno no puede ser identificado con lo inmoral[402], sino con un patrón medio de decencia, en el cual se desenvuelve el común de las gentes, en cuanto a un criterio denominador de que como deben desenvolverse las relaciones sociales, evitando aquellas conductas que por su contenido sexual puedan perturbar dicho sentimiento colectivo. De todos mo-

---

(399) Todo soporte material que pueda llevar un contenido sexual, que pueda ser percibido por las facultades visuales y/o auditivas.

(400) Otros conceptos que guardan relación con lo obsceno vendrían definidos por lo "lúbrico", que, de acuerdo con el Diccionario, equivale a "propenso a un vicio y particularmente a la lujuria"; "libidinoso" o "lascivo", que vienen a referirse éstos últimos a quien tiene "propensión a los deleites carnales", la excitación de los impulsos eróticos de una persona; DIEZ RIPOLLÉS, J.L.; *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sociales provocadoras*; 1982; p. 506.

(401) CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra la libertad sexual*, cit., p. 339.

(402) FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 265.

dos, no podrá anclarse en una concepción estática de la obscenidad, pues la permanente variabilidad de las posiciones sociales, promueve la renovación constante de las valoraciones y/o juicios que puedan elevarse al respecto; siendo así, no será posible que el juzgador pueda alejarse de dichas valoraciones, a fin de llenar de contenido axiológico dicho elemento de definición, por lo que siempre existirá el riesgo de que se arriben a resoluciones jurisdiccionales abiertamente contradictorias, por tanto susceptibles de afectar el principio de igualdad y el sentido de justicia material. La estimación de obscenidad –apunta FONTÁN BALESTRA– no puede ser hecha a través de un punto de vista personal, más o menos amplio o estrecho, sino colocándose en el plano de las normas de cultura que se ha impuesto un grupo social(403).

El cuanto al pudor, en considerado como un concepto medio de moralidad y de buenas costumbres que posee la mayoría de los miembros de una sociedad frente a las cuestiones sexuales; es la compostura, la reserva, el recato y vergüenza de la generalidad de las personas ante la vida sexual (404). La significación jurídica es la misma. No obstante esta claridad, su aplicación no es pacífica. Rocco aclarando el concepto, indica que la obscenidad debe necesariamente, tener el carácter de inmoralidad, pero que no todo objeto inmoral alcanza el grado y reviste las formas de lo obsceno. Por eso rechaza, como excesiva, en sus consecuencias, la idea de equiparar a los actos obscenos los que no son simplemente inmorales(405). VENDITTI plantea que el concepto de obsceno debe resolverse desde una perspectiva histórico-realista en la que la obscenidad resulta determinada por el sentimiento común de la colectividad respecto de aquellos actos u objetos que ofenden el pudor. El sentimiento común resultaría de la comparación y unificación de los sentimientos de los individuos que integran la colectividad en determinado momento histórico(406).

La crítica en la construcción de estos delitos deviene en la imprecisión y la vaguedad en la utilización de determinados conceptos valorativos como el término "pudor". El juzgador al momento de interpretar el término "obsceno" deberá necesariamente remitirse a valoraciones sociales llenos de contenidos subjetivos que sólo pueden entenderse relacionándolos con determinas pautas morales que regulan la conducta sexual de los ciudadanos. De este modo se abren peligrosamente inmensos espacios de discrecionalidad al juzgador al momento de ejercer su potestad de connotación judicial

(403) FONTAN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 265.

(404) PEÑA CABRERA, RAÚL; Derecho Penal Peruano; op.cit.; p. 260.

(405) Citado por GÓMEZ; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. III; p. 229.

(406) Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* T. I; En este sentido el artículo 529.1 del Código italiano precisa el concepto de obsceno; Para los efectos de la ley penal se considera obscenos los actos y los objetos que según el sentimiento común ofenden el pudor.

al valorar estas conductas criminógenas, lesionándose en consecuencia la estricta legalidad que irradia un Sistema Penal Garantista y Democrático. Al respecto MUÑOZ CONDE señala que la crítica devenida en relación con estos delitos proviene de la lesión que se produce al Principio de Seguridad y Certeza jurídica, al describir términos tan vagos e imprecisos como el "pudor público", que son preceptos tan imprecisos en su contenido, dicho ello por la relatividad en su concepción debido a que tendrá que tenerse en cuenta la ética social de la mayoría de la colectividad, la que habrá que readaptarla a cada momento(407). La evolución constante y dinámica de la forma que se desarrolla nuestra sociedad a causa de los grandes avances científicos y tecnológicos inciden directamente en la mentalidad media de los ciudadanos; ello significa que lo que actualmente es considerado obsceno con el transcurrir del tiempo sea catalogado como normal o recatado.

El Código Penal –con el calificativo de obsceno– para los escritos, imágenes, libros y objetos cuya venta y/o difusión, publicación y exposición reprime-exige idoneidad para despertar los deseos lascivos de una persona; una aptitud suficiente como para perturbar el sentimiento de decencia de la colectividad.

Para juzgar un libro, imagen u objeto como obsceno, no basta captar las circunstancias objetivas, pues, la obra científica o artística no deja de ser tal, por crudas que sean sus descripciones(408). Así, también es indispensable evaluar el contexto y el espacio donde se difunde el libro y/o imagen, pues en el marco de una actividad científica, académica y/o cultural pueden resultar por no menos decirlo "lícito" la difusión de ciertas imágenes, más aún cuando, están dirigidos a un público especializado. Sin duda, la reprobación jurídico-penal recae esencialmente en las revistas que específicamente se dedican a mostrar estas imágenes.

En el marco de la tipicidad penal, llevados al inc. 1, debemos fijar primero el sujeto pasivo, en este caso, ahora con la modificación producida por la Ley Nº 28251, pueden serlo hasta una persona de 17 años, lo cual connota en realidad una posición estrictamente moralista; el despertar sexual, el inicio de la vida sexual de una persona se produce ciertamente, en algunos ca-

---

(407) MUÑOZ CONDE F.; *Derecho Penal. Parte Especial*; cit; BENEYTEZ MERINO señala al respecto de que la problemática de la subsistencia de estas figuras delictivas, radica si es que el pudor o la moral pública, como intereses diferenciados de la Libertad e Indemnidad Sexual contienen o no un fundamento legitimador suficiente como conductas elevadas a la categoría de delitos en el mundo moderno que vivimos. En: BENEYTEZ MERINO Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, Granada, 1994, p. 151; En este mismo sentido GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA A. que señala que "todos los delitos referidos al exhibicionismo y provocación sexual tienen como objeto de protección a la moral sexual, lo cual ofrece una inusual inseguridad jurídica, ya que su estructura era propia de los denominados tipos abiertos; op.cit.

(408) De allí que el problema básico del tipo se halla en el concepto material de pornografía, cuya delimitación ha de respetar los derechos constitucionales de la libertad de expresión y de la cátedra; ORTS BERENGUER; ob.cit.; p. 645.

sos, antes de los catorce años; a tal efecto, el primer contacto sexual resultan precisamente, las revistas de contenido sexual. Por otro lado, los colegios en la etapa de primaria imparten cursos de educación sexual, que implican la difusión de imágenes de contenido sexual. En tal virtud, no se puede ser ciego a dicha realidad, y tratar de penalizar conductas, que hoy en día son abiertamente a todo el público en general; el Internet, por ejemplo, se ha convertido en una vitrina abierta a la adolescencia. En estos casos, la labor de los padres es imprescindible, orientando a su menores hijos en el mundo de la sexualidad, advirtiéndoseles sus efectos y alcances, mostrándoles el mundo real y no imaginario, que se acostumbraba contar décadas pasadas, donde los progenitores pretendiendo proteger a sus hijos del despertar sexual, los sustraían del mundo real, siendo las repercusiones aún mayores. En la actualidad penalizar los comportamientos que se encuentran descritos en el inc. 1), es un despropósito, ante la proliferación masiva de dichos medios en la sociedad; por otro lado, sí resulta plausible que los locales y centros comerciales que vendan este tipo de publicaciones, restrinjan su publicación a mayores de catorce años, para lo cual se necesita de control y fiscalización por parte de los gobiernos locales.

Para algunos penalistas, como SERRANO GÓMEZ "pornográfico será la producción literaria o artística de contenido lúbrico u obsceno, que pretende reproducir vivencias reales en los sujetos que tiene acceso a la misma, que en este caso serán los menores de edad"(409).

Pero, de acuerdo con SOLER estimamos que la base para distinguir si una obra es pornográfica o no, la dará el elemento subjetivo. En realidad –subraya este penalista– la obra verdaderamente obscena no planteará grandes problemas de crítica literaria; porque cuando la finalidad es pornográfica, ésta se pone de manifiesto de modo patente y hace imposible, en realidad, que en la producción se concrete una verdadera voluntad artística. Esas obras, entre otros caracteres, muestran cierto apresuramiento inmoderado por llegar sin otras preocupaciones, a la descripción o exhibición de actos y cuestiones del sexo. Es un poco sorprendente que se haya hecho cuestión de la pornografía de un libro como el de ULYSES DE JOYCE, bastante más difícil de leer que el Código Civil(410).

No es exigible que la obra sea íntegramente obscena; sin embargo, la apreciación debe hacerse considerándola en su totalidad. Esto no impide que aún en el caso que, maliciosamente, se reproduzca un fragmento o pasaje de una obra considerada seria, deje de reprimirse.

(409) SERRANO GÓMEZ; p. 238.

(410) Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* T. I; T. III; ps. 325-326.

La ley debe extremar sus cuidados y –como ha expresado Rocco– mantenerse alejada de la concepción ascética y anacoreta de la vida en relación al arte, y debe repudiar aquel sórdido criterio ético que impulsó en otros tiempos, el sacrilegio artístico de cubrir figuras femeninas o desnudeces de niños, que el genio de la escultura o de la pintura había sabido retratar en obras maestras inmortales(411).

Los verbos típicos son mostrar, vender y entregar. Muestra, aquel que exhibe un folleto, libro, revista, imagen, escrito a una persona menor de edad; vende, aquel que comercializa esta clase de publicaciones, puede serlo un comerciante ambulatorio hasta una gran corporación comercial; y entregar, supone dar, trasladar de la esfera de custodia del sujeto activo a la esfera de custodia del sujeto pasivo. Para los efectos de relevancia jurídico-penal, no basta la materialidad objetiva de la conducta, sino que la intencionalidad o factor final, debe ir revestido, dirigido a una afectación grave del pudor, a excitar prematuramente o pervertir el instinto sexual de la víctima. Quedan fuera del ámbito de relevancia jurídico-penal, aquellas conductas que en principio típicas, fueron motivadas por una intención académica, científica y/o cultural.

3.3.2. Exhibiciones obscenas

Consiste en mostrar o poner a la vista de otra persona órganos genitales, y/o tocamientos, rozamientos que puedan realizarse entre dos personas, en contra de la voluntad del colectivo(412). El autor debe descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno(413). La acción de este delito consiste en la ejecución, por sí o por otro, de exhibiciones realizadas en sitios y/o lugares públicos.

En el delito de exhibiciones obscenas, la acción constitutiva consiste en ejecutar por sí o hacer ejecutar por un tercero, hechos o actos de exhibiciones obscenas(414).

En este supuesto delictivo, sujetos pasivos pueden ser cualquier persona, inclusive mayores de edad, debiéndose interpretar que las exhibiciones de índole obscena que contemplan, son sin consentimiento, pues de haberlo no habría bien jurídico que proteger(415).

---

(411) Cit. Por Gómez; T. III; p. 234; Citado por Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* Vol. I.

(412) Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 694.

(413) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 387; Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. III, cit., p. 402.

(414) Estrella, O.A; *De los delitos sexuales,* cit., p. 236.

(415) Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 686; Estrella, O.A; *De los delitos sexuales,* cit., p. 239.

Un sector de la doctrina hispana señala que por actos de exhibición obscena debe entenderse el concepto de exhibicionismo acuñado por la Psiquiatría y la Criminología, que evoca un tipo de autor generalmente con problemas de desequilibrio mental, que realiza actos de exhibición ante una tercera persona sin la finalidad ulterior de practicar relaciones sexuales con él[416]. Quiere decir, que normalmente estos actos exhibicionistas son cometidos por sujetos que sufren de determinadas anomalías mentales lo cual será importante al momento de determinar la culpabilidad y si el autor debe ser sometido a una a una pena o a una medida de seguridad post-delicto.

Los actos de exhibicionismo comprenden tanto la exposición del cuerpo humano al desnudo, en sus partes más íntimas, como la publica realización de actos íntimos de contenido sexual, ya sean autotocamientos o relaciones carnales entre personas, cualquiera que sean sus sexos[417]. La diferenciación de esta figura con el delito de actos contra el pudor (artículos 176° y 176°-A), radica en que los actos impúdicos en este caso no recaen sobre la víctima *per se*, sino sobre el mismo cuerpo del sujeto activo o sobre un tercero, lo que puede llevar a un concurso ideal de delitos, con los injustos penales antes mencionados.

Las expresiones, "realiza exhibiciones, gestos, tocamientos o cualquier conducta obscena", no se refiere exclusivamente a mostrar en público parte del cuerpo, sino simplemente a la presentación en público de un espectáculo obsceno, haya o no desnudez puesta de manifiesto, que ella, de por sí, no constituye necesariamente ultraje. El caso de dos actores vestidos, que, en forma torpe y grosera, simulan el coito, hay exhibición obscena, por la sencilla razón de que el espectáculo se llama también exhibición y realmente lo es[418]. Es un espectáculo obsceno y reprimible, así también la pareja que en pleno parque, realizan el acto sexual a vista y paciencia de los transeúntes; empero, el transeúnte que en plena calle, vereda o parque, se detiene a orinar, y es observado por un grupo de gentes, no se dará el tipo en cuestión, pues no se ha producido con la finalidad subjetiva mostrada en la construcción típica[419]. El exhibicionismo más frecuente consiste en que un varón muestre a otra persona, generalmente de distinto sexo, los órganos genitales, con la finalidad de provocarle sexualmente o para satisfacer su ánimo libidinoso. Consecuentemente, el término "exhibición", importa la exhibición de ciertas partes del cuerpo, sin necesidad de una masturbación por ejemplo, o de ciertos actos que puedan perturbar la excitación sexual

(416) Muñoz Conde; *Derecho Penal. Parte Especial*; p. 202.

(417) Antonio Gonzáles-Cuellar García; ob.cit.; T. II ; cit., p. 2251.

(418) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 402.

(419) Ver al respecto Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 237.

del colectivo. Por tanto sólo se tipifica el delito en mostrar desnudeces de partes sexuales o en actividades e inverecundia sexual[420].

Los gestos y las palabras, por groseros que fueran, sino se acompañan con actos, no son objetos de punibilidad por no ingresar al ámbito de protección de la norma. No hay exhibiciones obscenas sólo por palabras, sentencia DONNA[421]. Empero, en el caso de una gesticulación la situación es distinta, tal como se revela de la construcción típica, gestos que deben manifestar un carácter obsceno de significado conceptual para el colectivo. Es decir que tanto las actitudes como los gestos son posturas o movimientos del cuerpo que expresan algo, por lo que son actos o hechos humanos en el sentido requerido a la figura en análisis[422]. El levantamiento del dedo en señal de ofuscación, no ingresa de ningún modo en el radio de acción del tipo penal.

Tal como se desprende, de la descripción típica en cuestión, sólo ingresan al ámbito de lo punible, actos de índole obsceno, que se materialicen en exhibiciones, tocamientos, gestos u otra conducta; mas no en el caso de libros[423], pues éste sería el caso del inc. 1), y como puede advertirse, existe una semejanza de definición típica con el comportamiento típico previsto en el artículo 183°-A (pornografía infantil), cuya delimitación típica, habría que determinarla en dos puntos a saber: primero, que el caso de este último artículo, los libros, escritos y/o imágenes deben tener como protagonistas a menores de edad; y, segundo en el caso de la figura delictiva *in examine*, la venta o muestra de dichas imágenes de carácter obsceno deben ser motivadas bajo la intención de excitar prematuramente el instinto sexual del menor, mientras que en el primero no se hace alusión a un ánimo particular que guía la conducta del autor; entonces, tanto por razones de materialidad objetiva como por cuestiones de índole subjetiva.

Parafraseando a CARRARA, ni siquiera es necesaria, la intrínseca pecaminosidad del acto obsceno si dos cónyuges eligen un lugar público para entregarse mutuamente o para hacerse objeto de recíprocos actos impúdicos; existe un delito a pesar de que la prestación de la llamada obligación conyugal no puede considerarse culpable frente a ninguna ley. El marido que acaricia a su mujer, no comete un ultraje al pudor de la misma, agrega el maestro de Pisa; pero si coloca el tálamo nupcial en la vía pública, ultraja el pudor público y ninguna sociedad civilizada puede dejar impune semejante brutalidad[424].

---

(420) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 387.

(421) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 694.

(422) ESTRELLA, O.A., al referirse al artículo 129° del C.P. argentino; *De los delitos sexuales*, cit., p. 238; Así, SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 403.

(423) Así, NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 387.

(424) En: PEÑA CABRERA R. Derecho Penal. Parte Especial. Vol I, op.cit.

Por consiguiente, la ley exige que para los efectos de la adecuación típica, que los actos presuntamente obscenos se tornen visibles para las personas, que puedan ser contemplados por un número indeterminado de personas, basta que sea una sola, pues a efectos de punibilidad, lo que interesa es que la exhibición haya sido susceptible de ser vista por un colectivo, en la medida, que se trata de un delito de peligro concreto.

Como se ha ido sosteniendo, la materialidad de esta figura delictiva, supone someter a la vista del público un acto obsceno, sin el consentimiento del público; es necesario, pues, que la exhibición pueda caer bajo los sentidos de personas desprevenidas[425]; las cuales de forma involuntaria se hayan involucrado en una situación de las descritas en el tipo penal.

El delito se comete por acción y no por omisión. En efecto, una conducta pasiva, como el introducirse desprevenidamente a cuartos reservados para mujeres y aprovechar para mirar, no configura esta figura delictiva *in examine*. Así también, quien no ha tomado las medidas de precaución que dieran lugar, pues por ejemplo, cuando en una escenificación teatral con contenido obsceno no se han dado las providencias suficientes para que terceros las contemplen sin su consentimiento, por lo que la figura culposa es inadmisible.

El exhibicionista –generalmente de personalidad psicopática–, que muestra los genitales o las zonas eróticas del cuerpo en sitios públicos, se subsume en el precepto que analizamos, que al tratarse de un inimputable, no será pasible de una pena, sino de una medida de seguridad.

La exhibición de órganos genitales no tiene por qué ser desaprobada que la de otras partes de la anatomía humana, salvo que se realicen en un contexto social susceptible de afectar a un bien jurídico de carácter individual. Un contexto social no idóneo para provocar el instinto sexual sería una playa de nudistas, donde todos los participantes se ciñen voluntariamente a una determinada regla: que es la mantenerse desprovisto de ropaje mientras dure la estancia en el recinto. Un espectáculo teatral de tipo pornográfico al que asisten personas previamente advertidas, no entra al ámbito de lo punible; debiéndose recalcar que sujeto pasivo sólo podrá ser el menor de edad.

El texto requiere que la exhibición se materialice en un sitio y/o lugar público. Lugar público es el abierto y accesible a todos (caminos públicos, calles, plazas, paseos públicos), o a un grupo determinado de personas (teatros, iglesias, centros comerciales, cafés, locales de diversión, etc.); cualquier parcela o espacio geográfico cuyo acceso se encuentra abierto al público en general, ingreso que puede ser gratuito y/o oneroso, pues por ejemplo, si en un parque de diversiones, que se encuentra abarrotado de niños, un adulto muestra a todos ellos sus partes genitales, el delito se ha-

(425) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 270.

brá concretado en toda su extensión. El sitio es público cuando es un lugar cuyo acceso, en el momento del hecho, está abierto, llenando o no ciertas condiciones para el común del pueblo para una cantidad de él[426]. Deben, excluirse, por tanto, cualquier ámbito, recinto o lugar privado, si una persona se interna en un domicilio privado, y capta imágenes de contenido sexual, por ejemplo el paparazi que intenta captar imágenes de una persona famosa, y así lo hace, no se cumplirá con la materialidad objetiva del tipo penal, pues cada quien en su recinto privado es libre de hacer lo que quiera con su cuerpo, y el periodista, podría estar incurso en todo caso, en un delito de violación de domicilio o contra la intimidad.

Resultará discutible, y por no decirlo de dudosa definición típica, aquel que en los interiores de su departamento, muestra sus genitales a los vecinos de un departamento contiguo, con toda intención; en este caso, cabe precisar, que si bien los actos se producen en un ámbito privado, sus efectos sexuales trascienden dicho ámbito y penetran en la esfera de otras personas, el acto obsceno está expuesto por ende a ser visto de forma involuntaria por terceros; por lo que la tipicidad penal debe admitirse; así también, quien realiza dichos actos en los ambientes comunes (áreas colectivas) de un condominio. Ello se deduce de una interpretación de la ratio de la norma, en cuanto a la efectiva protección del bien jurídico.

Nuestra ley no castiga el caso de la exhibición obscena realizada en un lugar privado, aunque los actos sean presenciados involuntariamente por terceros. La ubicación accidental de las personas no hace público el lugar privado. En este aspecto, la norma no sigue la fuente legal argentina y española[427], tal como se señala en la doctrina nacional[428].

Nosotros somos de la opinión que desde una perspectiva de *lege ferenda* debería de eliminarse el elemento "lugar público" como parte del tipo objetivo, porque tal como lo demuestra la sentencias reiteradas del Tribunal Supremo Español, generalmente estos actos de exhibicionismo obsceno se realizan ante pocas personas en lugares reservados y ocultos en los casos que los ofendidos son en su mayoría menores de edad[429]. Nuestra realidad no es distante a la española, donde la aguda pobreza y la carencia de elementos básico de subsistencia hacen propenso la comisión de estos actos en el seno familiar donde son los niños los más afectados. De esta forma se

(426) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 388; Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. III, cit., p. 403.

(427) El Código Penal Español de 1995, en su artículo 185° señala que "El que ejecutare o hiciere ejecutar a otro actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses".

(428) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial,* Vol. I.

(429) SS 5 diciembre de 1980, 13 de mayo de 1986 y 29 de enero de 1988.

evitaría que muchos de estos actos, que expresan una alta nocividad social, ingresen a la esfera de la impunidad.

La acción u omisión debe ser penalmente antijurídica, no debe concurrir entonces, ninguna circunstancia que haga de dicha conducta típica, una penalmente permitida, al presentarse un precepto permisivo que da lugar a una causa de justificación, por ende, el comportamiento deja de ser punible. Resulta penalmente justificable la conducta, cuando con ocasión de un incendio, terremoto, temblor, huayco, inundación o cualquier tipo de calamidad pública, se escapa desnudo de forma despavorida, en base al temor generado, que impide actuar al sujeto de forma razonable, dada la circunstancia concomitante, pues ante el peligro de perder la vida (bien jurídico de alto valor), se puede sacrificar un bien de menor escala valorativa (la decencia pública), en el marco del estado de necesidad justificante en cuanto una, ponderación de bienes jurídicos en conflicto. Si el sujeto sale desnudo de su casa, producto del estado de ebriedad en que se encuentra, mostrando sus genitales, la conducta será en definitiva típica y penalmente antijurídica, podría ser exenta de responsabilidad, por concurrir un estado de inconsciencia pasajera, siempre y cuando no pueda aplicarse el *actio libera in causa*.

3.3.3. *Incitar a un menor a la práctica de un acto obsceno; la ley reprime a quien incita a un menor de dieciocho años a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a prostíbulos u otros lugares de corrupción*[430].

Este supuesto típico penaliza actos de reprobación acentuadamente moralistas, más aún, luego de la modificatoria por la Ley N° 28251, que eleva el tope a los menores de 18 años, para ser considerado "víctima" de este delito, lo cual nos resulta torpe y arbitrario.

Instigar significa determinar, explícita e inequívocamente, a una persona a la realización de un determinado comportamiento, en este caso sería a la práctica de actos obscenos; la instigación importa el despliegue de un influjo psíquico intenso a otras persona, incidiendo de forma determinante en el proceso formativo de la decisión humana para con una conducta, es crear el dolo al autor directo de la materialidad típica. La conducta del instigador no puede limitarse a reforzar el propósito a quien ya se encuentra determinado a realizar los actos descritos en

(430) Una figura parecida la ubicamos en el C.P. Argentino, en su art. 125°, que luego de la reforma producida por la Ley N° 25.087, ha separado la conducta de promoción o facilitación de la corrupción de menores de la promoción o facilitación de la prostitución de menores; en el, C.P. Español, esta figura se encuentra comprendida en el art. 189°.3, que reza de la siguiente manera: "El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad de éste, (...)", incorporado por la Ley Orgánica 11/1999, pues en la redacción inicial de este cuerpo de normas, dicha figura no estaba incluida en el catálogo de conductas típicas.

el tipo, no se refiere ello a quien es proclive a la realización de dichos comportamientos, sino a quien ya prácticamente estaba decidido a perpetrarlos. Tampoco podrá darse esta figura, cuando el sujeto pasivo ya se encuentra acostumbrado a la práctica de dichos actos, es decir, es ya un "corrupto", a menos que dicho comportamiento importe la manutención de dicho estado.

La promoción de la corrupción mediante actos materiales sólo es posible si los actos son significativos desde el punto de vista sexual, y eficaces para producir o mantener en la víctima la propensión depravadora[431]. En cuanto a la incitación a la práctica de un acto obsceno, el cual no puede referirse a la instigación a la bebida (alcohol), luego de la modificación, sino únicamente a la materialización de actos de contenido sexual, a masturbarse, a dibujar figuras de contenido sexual, a tocar las partes púberas de una persona, podría también a realizar el acceso carnal sexual, esto es, conceptos como obscenidad por su indeterminación, puede dar lugar a una serie de interpretaciones. Excluyendo en todo caso el beso, pues no tiene la idoneidad suficiente como para despertar la lujuria del menor. Podrán ser actos de desnudez, si estos actos importan ya la realización de tocamientos en el cuerpo del instigador, sería en realidad constitutivo de actos contra el pudor de menores, pero si el sujeto es mayor de catorce años y no hay violencia ni coacción y se realiza en un lugar público, entonces, la conducta se penaliza según este articulado. Por el hecho de que el sujeto es un menor de edad, la justicia competente a procesar el caso es la de familia.

En el caso de facilitar la entrada a un prostíbulo u otros lugares de corrupción, el primero de ellos será aquel lugar donde personas de distinto sexo ofrecen prestaciones sexuales a cambio de un precio o cualquier tipo de ventaja; sólo se podrá facilitar el acceso, a centros que cuentan con una entrada, es decir, lugares privados (sean centros de prostitución legales o clandestinos), pues en el caso de la prostitución callejera, simplemente esto no es materialmente posible, a menos que reconduzcamos esta conducta al inciso anterior, lo cual es en sí dudoso. Finalmente, en lo que refiere a otros lugares de corrupción, la tarea interpretativa no es empresa fácil, pues el mismo término "corrupción" deviene en un elemento de contenido indefinido por su relativismo y vaguedad conceptual. ¿Cuáles podrían ser entonces lugares de corrupción de menores de 18 años de edad?, bares, discotecas de adultos, salas de juego de azar, night clubs, etc. Consideramos a efectos de relevancia penal, que la conducta reseñada debe importar un estado de habitualidad, en el sentido de que no es suficiente una sola entrada, sino que el sujeto activo permita de forma permanente la entrada a un menor de edad a un salón de strip tease por ejemplo.

La terminología empleada "corrupción" sólo podía tener coherencia sistemática cuando el bien jurídico tutelado era la honestidad sexual; (...) co-

(431) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 346.

rromper tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que se dice corruptora la acción que deja una huella profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural y sano de la sexualidad[432]. Se ha sostenido que el mismo importa impulsar, excitar al menor a corromperse, venciendo sus resistencias y empujándolo al vicio[433]. Debiéndose relevar que las conductas corruptoras en un principio, estuvieron siempre relacionadas a los actos de intermediación sexual, a la promoción y/o facilitación de prostitución de menores[434], que en el C.P. peruano se reconducen a los tipos penales de los artículos 179° y 181°; por tanto, una figura así concebida, la verdad que su capacidad de rendimiento es mínimo.

3.3.4. Responsabilidad de controladores de espectáculos

El artículo 183°, inciso 3) reprime al administrador, vigilante o persona autorizada para el control de un cine u otro espectáculo donde se exhiban representaciones obscenas, que permita ingresar a un menor de dieciocho años (Ley N° 28251). Con la modificación efectuada por el artículo 2° de la Ley N° 27459, se cambio el término "índole obsceno" porque se exhiban "representaciones obscenas". Por representaciones obscenas, se refiere a toda actuación, imagen u objeto que exprese un contenido impúdico o contrario al pudor, que tenga la suficiente intensidad como para perturbar el normal y libre desarrollo de la sexualidad del menor.

Ahora bien, en la actualidad prácticamente se ha perdido la distinción entre películas mayores de 18 años y mayores de 14 años, se ha convertido casi en una universalidad, donde las escenas de sexo y de desnudos, están presentes en cualesquiera de ellas, con exclusión de aquellas películas de dibujos animados que están orientadas básicamente para los niños, aunque no faltan algunas de ellas que recogen imágenes de contenido sexual. En tales casos, si ya la película es dirigida a mayores de catorce años, y así ingresan personas de menos de dieciocho años, no habrá posibilidad de incriminar esta clase de conductas, a pesar de contener representaciones obscenas, pues precisamente la restricción de la película lo permite; con la proliferación de salas de cine en nuestro país, dicho control es casi nulo, donde las autoridades no hacen fiscalización alguna, sólo en casos extremos, cuando la película es netamente pornográfica. A efectos de especificar el ámbito de protección de la norma, otro espectáculo sería un teatro u otro lugar o espacio físico donde se escenifiquen representaciones de índole sexual; la impartición de clases de educación sexual que se realicen mediando documentales visuales, conteniendo desnudos, quedan al margen de la re-

(432) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 362.

(433) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 160.

(434) Ver al respecto, García Albero, R.; *El nuevo delito de corrupción de menores (artículo 189.3)*, cit., p. 140 y ss.

presión penal, por carecer relevancia jurídico-penal, así como por el factor final que gusta la conducta del autor.

4. TIPO SUBJETIVO

El dolo del agente debe de abarcar el contenido del acto realizado y los destinatarios del mismo, que deben de ser menores de dieciocho años y cualquier persona en el caso de la modalidad prevista en el primer parágrafo (tipo base); esto quiere decir, conciencia y voluntad de realización típica, de dirigir su conducta a la materialización de un acto obsceno, que sea contemplada por personas de forma involuntaria, y en el caso, de algunas de las agravantes, saber que el contenido de dichas imágenes puede perturbar gravemente el pudor o excitar prematuramente el instinto sexual de una menor de dieciocho años.

El autor debe querer mostrar la obscenidad, pero basta su dolo eventual respecto de la trascendencia del acto(435).

Parte de la doctrina exigen la concurrencia de un elemento especial del tipo subjetivo del injusto: un elemento de trascendencia interna intensificada -el ánimo lascivo(436). Para nosotros, únicamente es necesario que el dolo del agente comprenda la naturaleza obscena del acto y que este dirigido a una tercera persona, en el caso del primer parágrafo(437). En este orden de ideas, el dolo debe de abarcar el contenido del acto realizado y los destinatarios del mismo, en el caso de los tres incisos, debe ser un menor de dieciocho años.

Puede recaer en el agente delictivo en un Error de Tipo vencible o invencible, sobre la edad del sujeto pasivo, al no ser punible la modalidad por imprudencia no sería punible, de acuerdo al artículo 11° del C.P.

5. CONSUMACIÓN

El momento consumativo tiene lugar con la ejecución de los actos que integran la materialidad de este delito, en cuanto a la realización delictiva, no resulta necesaria la transformación del mundo exterior; basta que la ejecución de los actos típicos tengan la suficiente incidencia y/o aptitud, como

---

(435) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 390; Así, Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 240; Para Donna sólo es admisible el dolo directo; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 695.

(436) De esta opinión Villa Stein; op.cit., p. 226; Muñoz Conde; op.cit.; p. 203; Para Beneytez *Merino*la intención debe de abarcar la finalidad de provocar o perturbar la sexualidad, ese animus trascendente es imprescindible para la estructura de este tipo delictivo.

(437) Así, Cancio Meliá, M.; *Comentarios al Código Penal,* cit., p. 542.

para perturbar la decencia pública o perturbar el normal desarrollo sexual del menor de catorce años, en el caso del mayor de catorce años de mantenerlo alejado de ciertos elementos, que puedan perturbar su "moralidad sexual"; por lo dicho, es un delito de mera tentativa; con tal motivos, los actos preparatorios, por ejemplo desnudarse en un ámbito privado, antes de salir a la calle no es objeto de represión[438].

No se requiere el daño efectivo al pudor público; de ahí que la tentativa no sea admisible. Es considerado como un delito de peligro[439], pues se parte de una valoración, de una estimación de probable lesión al bien jurídico.

6. PENA

La penalidad de estas hipótesis delictivas han sido incrementadas sustancialmente mediante la modificación efectuada por el artículo 2° de la Ley N° 27459 del 26/05/2001; orientación político criminal que ha sido la pauta en el caso de la Ley Nº 28251 de junio del año 2004. Siguiendo una corriente criminalizante, el legislador tomando en consideración las protestas de algunos sectores de la sociedad peruana (*gestores atípicos de la moralidad*), incremento la dosimetría penal de los tres incisos con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, manteniendo la hipótesis delictiva del primer parágrafo a una pena privativa de libertad no menor de dos años, ahora aumentada a pena no mayor de cuatro años vía la Ley Nº 28251.

PORNOGRAFÍA INFANTIL

Art. 183-A.- *"El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa.*

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando:

1. *El menor tenga menos de catorce años de edad.*
2. *El material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.*

---

(438) En contra, Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 390.

(439) Así, Pumpido Ferreiroal considerarlo un delito de mera actividad; op.cit.; p. 2252; Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 241; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 695.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de quince años. De ser el caso, el agente será

inhabilitado conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36."(440)

1. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

El legislador tomando conciencia de determinadas conductas de alto contenido de lesividad social que se estaban produciendo en nuestra realidad social, y en vista de que dichos comportamientos quedaban fuera del ámbito de protección del tipo penal previsto en el artículo 183° –Publicaciones y Exhibiciones Obscenas–, eleva a la categoría de norma penal una nueva fenomenología criminal consiste en la utilización de menores de edad en todo tipo de material con contenido "pornográfico".

Que duda cabe que los injustos penales más graves de las capitulaciones puestas a discusión, son aquellos que tienen como destinatarios, accesitarios y/o participantes a menores de edad y a personas con deficiencia psico-motriz; pues dichos individuos revelan una mayor vulnerabilidad, dada su condiciones sociales y ontológicas. Se convierte en toda una repulsa social, cuando se pone de conocimiento en el colectivo la realización de actos sexuales contra menores, en el marco de los abusos y acceso carnal sexual, tal como se enfatizó en el análisis de los tipos penales comprendidos en los artículos 173°, 173°-A y 176°-A. Empero, el menor como sujeto pasivo, no sólo puede verse afectado en su indemnidad sexual, cuando es ultrajado sexualmente, exista o no consentimiento de su parte; pues como hemos visto a lo largo del Capítulo X, en los delitos de proxenetismo –ligados a la prostitución de una persona–, el menor también puede ser objeto de dichos comportamientos típicos. Habiéndose fijado una pena más grave, cuando la víctima es un menor de edad, así, los artículos: 179°, 180° y 181°. En todo caso se revela una manifiesta intención del legislador de cerrar espacios de impunidad, criminalizando todas aquellas conductas que se relacionan –directa o indirectamente– con el ámbito de la prostitución infantil y sus delitos conexos, tal como se puso en relieve en el estudio del Turismo sexual infantil (Art. 181°-A); (...) las cuales constituyen categorías interconectadas e interdependientes que conforman el entramado sistémico propiciante del funcionamiento de esta industria de la explotación sexual comercial de los niños(441); se pretende, entonces, extender el

(440) Artículo modificado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22 octubre 2013.

(441) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, IRENE VERÓNICA; *Pornografía infantil*. En Vista Fiscal, Año V, N° IV, Director: Gilberto Féliz Tasayco, Lima, 2007, cit., ps. 304-305.

aparato punitivo del Estado a todo el circuito delictivo, en base a una decidida política criminal, orientada a una efectiva protección del bien jurídico, incidiendo de forma significativa en el factor preventivo de la pena, tanto por criterios de prevención general como de prevención especial.

Una mayor tutela penal del niño y el adolescente parte de una postura internacional, plasmada en una serie de Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia, postulan de forma unánime, la necesidad de que los Estados comprometidos realicen el mayor de los esfuerzos para evitar que los menores (niños), caigan en las redes de las mafias internacionales, con respecto a la prostitución infantil, turismo sexual infantil y pornografía infantil. Interés tutelar que repercute también en el marco de una persecución penal de orden universal, como el Estatuto Penal de Roma de la Corte Penal Internacional(442). Debe entenderse, por tanto, que la debida protección por los derechos fundamentales parte por tutelar al menor, en todas sus esferas, pues como se verá más adelante, la realización típica del injusto *in examine*, no sólo vulnera la indemnidad sexual, sino también, la integridad persona, su participación social y sobre todo, su dignidad personal.

La política criminal de un Estado se pone en alzada, a partir de una serie de manifestaciones, cuyo principio rector es el bien jurídico tutelado, como criterio de hermenéutica jurídica, como base legitimadora de la reacción punitiva. El Estado va ampliando su red de protección penal, mientras se identifiquen mayores focos de conflictividad social, esto es, distinguiendo conductas que implican una obstrucción y/o neutralización al normal desarrollo de un interés jurídico penalmente tutelado. Se pone de manifiesto un comportamiento socialmente insoportable, que amerita ser alcanzado por una pena, a fin de velar por la paz y seguridad jurídica de una Nación; en tal medida, el progreso y desarrollo de una sociedad, se encuentra condicionada a las nuevas generaciones, que necesitan de un ambiente de paz y tutela, para poder desarrollar libremente su proyecto de vida. Así, surgen actividades socio-económicas que pueden resultar perturbadores para dicha proyección vital. Las grandes corporaciones empresariales, cadenas comerciales, revistas de espectáculo que difunden imágenes de contenido sexual; por lo general, desnudos de hombres o mujeres, diminutas prendas y poses provocadoras.

Nadie en su sano juicio puede cuestionar la libertad de prensa, de expresión y de opinión como baluartes de una sociedad democrático de derecho, cuya principal función es la de forma una opinión pública veraz, plural y objetiva. Pero, también se dedica al mundo del entretenimiento, ofreciendo imágenes de hermosas mujeres, desprovistas de indumentaria alguna. Así, nadie puede negar la aceptación mundial de la revista Playboy; pues que sepamos, sus dueños, editores y/o directores nunca han sido perseguidos

(442) Así, Velásquez Velásquez, I.V.; *Pornografía Infantil*, cit., p. 304; De la Cuesta Arzamendi, J.L.; *Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución...*, cit., p. 371.

penalmente por delito de pornografía. Cuestión distinta son aquellas revistas, que contienen ya imágenes crudas de sexo a todo calibre, que de por sí deben ser denominadas como "pornográficas". A todo esto, lo importante en todo caso, no es en sí el contenido de las imágenes, sino la de sus destinatarios, pues si ellos son mayores de edad (adultos) y sus personajes también adultos, no hay posibilidad de reprobación penal alguna. Pues de ser así, habría que prohibir toda circulación de película, libro, folleto e imagen de contenido sexual; lo que a todas luces resultaría un despropósito en una real democracia, sujeto a un Estado de libertades.

Ahora bien, el tema en discusión radica en un punto fundamental, que los protagonistas de los libros, folletos y/o imágenes, resultan siendo menores de edad, cuya explotación en dicha clase de soportes desencadenan una reprobación social y jurídica justificada; puesto que ellos, al no haber alcanzado una madurez personal y sexual adecuada, se convierten fácilmente en presas de estos agentes, que aprovechándose de dicha inmadurez, los insertan en dicho mundo, a fin de obtener grandes dividendos económicos. Participación que puede ser consentida, con engaño, coacción, etc.; medios que en el caso de la tipificación penal resultan irrelevantes, en tanto, para el legislador el solo hecho de utilizar a menores en dichas actividades comerciales, reporta un suficiente injusto penal que merece ser duramente castigado. Tomando en cuenta que la participación de un menor en materiales pornográficos supone un paso serio y firme a la prostitución infantil, por lo que la conexión entre ambos injustos es más que evidente; de ahí la necesidad político criminal de incidir punitivamente en este tipo de conductas.

Es de verse del tipo penal *in examine*, que las conductas penalizadas no necesitan alcanzar a un estado de afectación visible y contrastable, por lo que constituye un delito de mera actividad, no exigiéndose tampoco la presencia de ánimo de naturaleza trascendente; todo lo cual gráfica, el adelantamiento significativo de las barreras de intervención del Derecho penal, que por la naturaleza del injusto, resulta plenamente legitimado. De todos modos, la delimitación de la relevancia jurídico-penal amerita un análisis concienzudo, a fin de garantizar la aptitud lesiva de la conducta.

Lamentablemente, el legislador continúa utilizando y/o empleando términos imprecisos, vagos con falta de claridad en su interpretación normativa. Por consiguiente, esta deficiente técnica legislativa abre al juzgador inmensos espacios de discrecionalidad, al momento de fijar el ámbito de protección del tipo penal; construcción penal abiertamente contrario a un Sistema Penal Garantista, nutrido bajo la garantía derivada del Principio de Estricta Legalidad, que exige en las formulaciones legales exactitud y precisión en su composición típica.

De otro lado, los matices y connotaciones ético-morales de las que hacíamos alusión en el tipo legal anterior, cobran su vigencia con este arti-

culado al momento de tener que interpretar normativamente el término "pornográfico". Es de recibo que el término "pornográfico" linda por los mismos senderos meta-jurídicos que el término "obsceno", por lo que definir su contenido, es de igual forma nada fácil, pero a la vez irrenunciable, a fin de generar espacios de interpretación normativa que puedan incidir en un estado de seguridad jurídica en la administración de justicia. Por otro lado, parece ser que la utilización de esta clase de conceptos, resulta de imposible prescindencia en esta clase de delitos.

Considerada como una variante sexual criminal, se define como "toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales"(443).

2. BIEN JURÍDICO

Es una tarea de hermenéutica imprescindible fijar los contornos materiales del bien jurídico tutelado, partiendo de la concepción liberal del interés tutelado, a efectos de despojar su contenido de posiciones marcadamente moralistas. El legislador ha fijado la tutela en los menores de edad, lo cual resulta plausible, para no confundir el derecho con la moral, sustrayendo a los adultos como víctimas. En este caso, a diferencia de lo previsto típicamente en el artículo 183, no se penaliza la conducta conforme a los destinatarios de las imágenes obscenas, sino a los directamente involucrados en el material pornográfico, por lo que el injusto penal en la figura *in examine* revela una mayor afectación al bien jurídico, por lo que la penalidad es más drástica en el caso del 183°-A. Dejando sentado ello, debe definirse el bien jurídico desde una perspectiva material, la indemnidad sexual, en cuanto la integridad sexual del menor, el libre desarrollo de su personalidad, de mayor relieve su dignidad, de acuerdo a su posición en el sistema social; (...) en cualquier caso, la protección de la dignidad humana, su manifestación al libre desarrollo de la personalidad, han de verse respaldados, son sólo por la vertiente positiva de reconocimiento y aceptación, sino también por el aspecto negativo de la limitación a las intromisiones ilegítimas ajenas, a los comportamientos no consentidos, afirma RODRÍGUEZ PADRÓN(444).

Siguiendo a DIEZ RIPOLLÉS, diremos que la protección de menores es también protección de la libertad individual. Así se dirá que en los preceptos de protección a la juventud se atiende, de modo inmediato, a la protección del individuo que, por ser inmaduro, todavía no puede decidir por sí mismo,

(443) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, I.V.; *Pornografía Infantil*, cit., p. 305.

(444) RODRÍGUEZ PADRÓN, CELSO; *Los delitos de utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico*. En: Delitos contra la Libertad Sexual, cit., p. 15.

intentándose, no lograr su desarrollo de acuerdo a las valoraciones éticas o necesidades sociales, sino garantizar un área de protección de modo que el acuñamiento de las ideas sobre la conducta sexual del joven quede reservado a él mismo una vez conseguida la madurez(445).

3. TIPO OBJETIVO

3.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, tanto el hombre como la mujer, al margen de su opción sexual. En el caso de la circunstancia agravante, el agente delictivo deberá ostentar una posición especial en relación con la víctima, que le otorga una particular autoridad, lo que precisamente es utilizado por el autor para perpetrar el delito en cuestión.

En el ámbito de la autoría y participación puede suceder lo siguiente: sujeto activo podrá ser una persona física, la cual al ostentar capacidad de acción y posibilidad de motivación normativa, importa una imputación delictiva sin reparo alguno, pero puede también que quien exporte, importe, fabrique o comercialice sea una persona jurídica, esto es, una *societas*, que no posee las capacidades de imputación delictiva, antes anotadas. En tal virtud, será imprescindible remitirnos a la estructura normativa del actuar en lugar de otro, comprendida en el artículo 27 del C.P; de tal forma, que a partir del principio de transferibilidad, las condiciones que fundan la autoría penal son transmitidas a los sujetos actuantes, a los órganos de representación que cuentan con el dominio social de la acción u omisión típica. Siendo necesario identificar a los sujetos responsables según su ámbito de organización social, así como la esfera subjetiva del injusto; sólo podrán ser considerados autores aquellos que de forma formal tengan una vinculación con la persona jurídica, aquellos que no forman parte de un órgano de representación de la *societas*, a pesar de que puedan incidir en la concreción de una actividad delictiva, no podrán ser pasibles de responsabilidad penal, pues el legislador no incluyó al administrador de hecho (hombre de paja), en la disposición legal del artículo 27°; v.gr, quien financia a una persona jurídica a cuenta personal, sin tener un cargo en la *societas* no podrá ser considerado autor.

En cambio, la autoría mediata es perfectamente admisible, cuando en la primera opción, la persona de atrás emplea a otro (sin dolo u inculpable), que realiza materialmente los verbos típicos, de comercializar, vender, fabricar, importar, exportar, etc.; esto es, una persona determinada coloca revistas pornográficas en el almacén de otro, a fin de que sean exportados, siendo el exportador una persona natural que comercializa revistas deportivas, o quién financia directamente la edición de material pornográfico, podrá estar

(445) Citado por DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 667.

incurso a título de complicidad primaria o en su caso en co-autoría siempre y cuando haya tenido el co-dominio funcional del hecho.

3.2. Sujeto pasivo

Deberá ser un hombre o una mejor menor de edad, es decir, hasta antes de cumplir los dieciochos años de edad. Si la víctima es menor de catorce años, se configura la previsión prevista en el segundo párrafo. La utilización de mayores de edad en estas conductas, devienen consiguientemente en atípicas, por lo tanto, carente de relevancia jurídico-penal. Al igual que la figura delictiva anterior, el legislador deja fuera del ámbito de protección de la norma, a los incapaces (inimputables). Los incapaces por padecer de un déficit, sea este mental o físico, necesitan de una tutela especial por parte del Estado en esta oportunidad por parte de la ley penal; con lo cual se genera un estado de discriminación, que atenta contra el principio de igualdad constitucional(446). De *lege ferenda* el legislador debería de incluir dicho ámbito de tutela, a fin de sujetar la ley penal es los principios jurídico-materiales que se desprenden de la Ley Fundamental.

3.3. Acción típica

El legislador al describir la acción típica, recurre a la utilización de una variedad de verbos nucleares, que seguidamente pasamos a definir:

- **Exhibir.-** Significa exponer, mostrar o poner un objeto a la vista de las personas. Consiste en mostrar el material pornográfico, teniendo como destinatarios normalmente a una pluralidad de personas(447).
- **Poseer.-** Tener algo en su poder. Detentar una relación de hecho con una cosa u objeto, que en este caso debe estar relacionado con su divulgación, ingreso al mercado.
- **Promover.-** En el ámbito estrictamente comercial significa mover una mercadería o difundirla en el mercado.
- **Ofrecer.-** Introducir en el mercado un determinado objeto para una posterior adquisición por parte de los consumidores.
- **Comercializar.-** Dar un carácter comercial a una mercadería, ingresarla al tráfico mercantil y obtener finalmente una ganancia.

---

(446) Así, también en el caso del artículo 128° del C.P. Argentino; Ver al respecto Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., ps. 220-221; Así, Rodríguez Padrón, C.; *Los delitos de utilización de menores...*, cit., p. 15.

(447) Rodríguez Padrón, C.; *Los delitos de utilización de menores...*, cit., ps. 35-36.

- **Publicar.-** Hacer pública una obra u artículo mediante la palabra impresa. El objetivo es la difusión a un gran número de personas. Publicar es hacer llegar al público difundir la imagen pornográfica por cualquier medio idóneo para que llegue a un número indeterminado de personas para que puedan ver o apreciar esa producción[448].

- **Exportar.-** Introducir en un país extranjero productos nacionales para su posterior comercialización.

- **Importar.-** Cuando se introduce en el territorio nacional mercadería de procedencia extranjera para su ulterior comercialización.

En el tipo objetivo se describen todos aquellos actos que revisten o llevan la etiqueta de "Pornográfico". Por pornográfico se entiende la exposición o representación gráfica de carácter obsceno, es decir, que dirigiéndose o tomando como meta la excitación del impulso sexual, supone una ofensa a los sentimientos de decencia de la comunidad[449]; se dice que toda pornografía es obscena ya que suscitan reacciones de repulsión en determinados casos, y el hecho radica en el tipo de pensamientos que el lector o espectador pueda tener al respecto[450]; descripción de lo obsceno, (...), esta descripción ha de materializarse en documentos audiovisuales, ya sean fotográficos, cinematográficos o incluso sonoros[451].

Comprende toda aquella manifestación o expresión gráfica susceptible de producir una perturbación o excitación en el instinto sexual, que usualmente se transmite por medio de la fotografía, cine, televisión, teatro, internet, etc. Sin duda, si fijación en un concepto de alcance general es dificultoso, en razón a la relatividad y abstracción, que importa su definición en un tiempo y espacio determinado, lo cual complicará la labor del juez al momento de valorar el juicio de tipificación penal; (...) al menos útil es apuntar –afirma Estrella– que la doctrina ha coincidido en el prevalerte contenido sexual de lo obsceno –añadamos en virtud de la reforma, de lo "pornográfico"– y

---

(448) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 226; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 264.

(449) Beneytez Merino; ob.cit.; p. 154; Ver la respecto Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 670; Anteriormente la jurisprudencia más avanzada del Tribunal Supremo Español, asociaba el concepto de pornografía a la finalidad de provocar la lasciva o excitar la sexualidad con escenas o descripciones exclusivamente dirigidas a tal propósito (SS.T.S. 23-I.1981 y 2-VII-1982), así como definió sus relaciones con los límites a la libertad de expresión (STS. 28-VI-1984.).

(450) Jiménez Galán, R.F./Esquivel Osorio, M.L.; *Escenario Sociológico de la Prostitución...,* cit., p. 139.

(451) Rodríguez Padrón, C.; *Los delitos de utilización de menores...,* cit., p. 31.

que aquél no puede ser identificado con lo inmoral o lo impúdico[452]. Como se dejó sentado en el artículo anterior, hubiese sido preferible el empleo del "contenido sexual", sumado a una producción de una sensación determinada en los receptores.

A fin de ejercer una delimitación típica en cuanto a las conductas que merecen ser cobijadas bajo el tipo penal en análisis, se parte de la identificación de un elemento subjetivo del injusto, en cuanto intención de excitar el morbo sexual del colectivo, él que estará ausente en determinadas representaciones gráficas, teatrales, visuales, pictóricas, etc. En palabras de SOLER, no es una tarea sencilla apreciar una obra como pornográfica o no. La distinción sobre la base del elemento subjetivo puede suministrar claros criterios para separar fácilmente las obras que tienen una finalidad científica o informativa honestamente dirigida; pero la situación se complica cuando se trata de obras de otra naturaleza[453].

Mediante la elaboración de este nuevo tipo legal, el legislador ha querido delimitar aquellos actos conducentes a lesionar el "pudor público" con aquellos que utilizan a un menor de edad como un mero instrumento, en todo tipo de material de difusión al público de naturaleza pornográfica, otorgándole una mayor penalidad a estos últimos por ser catalogados como más ofensivos (desvalor de la acción) al desarrollo sexual del menor. El objeto de protección es que no se perturbe el normal desarrollo de la sexualidad del menor de edad[454].

3.4. Modalidad Típica

Puede constituir una imagen, un libro, un escrito u todo objeto que sea lo suficientemente idóneo para provocar una reacción sexual intensa en una persona, portando imágenes de menores de edad; si éstos últimos son los

(452) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 222; Así, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 265.

(453) SOLER, S.; *Derecho penal argentino,* T. III, cit., p. 395; En contra NÚÑEZ, para quien esa tendencia debe encontrarse en la obra, en su espíritu. No es por tanto, un elemento subjetivo del tipo, el cual, cuando consiste en un ánimo particular, siempre es un estado subjetivo que no tiene correspondencia en la objetividad del hecho. Las cosas suceden, precisamente, al revés; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 379.

(454) Para CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREYRAel bien jurídico protegido es el derecho a la indemnidad e intangibilidad sexuales de los menores de edad; Para DIEZ RIPOLLÉSel objeto de protección con este precepto no es el mero tráfico mercantil de material con contenido pornográfico; sino, la utilización de menores de edad como vivos actores del mismo que de alguna manera se va ver comprometido el normal desarrollo de su sexualidad, desafecto a cualquier alteración proveniente de terceros; En: QUINTERO OLIVARES, op.cit., p. 262.

destinatarios, se aplicará el tipo penal previsto en el artículo 183°[455]; como es de verse, la figura *in examine* es más amplia en su modalidad típica y, tiene un contenido material de desvalor mucho mayor que la otra figura, pues en este caso, se ataca de forma concreta la indemnidad e integridad sexual del menor, mientras que en el primero, su recato sexual. Habiéndose incluido mediante la modificación efectuada a este tipo penal, el Internet, como medio masivo de comunicación, cuya proliferación hoy en día alcanza extensiones nunca antes imaginables, es una vía, entonces, idónea y apta para poder divulgar imágenes pornográficas. En este caso, la delimitación normativa con el artículo 181°-A, es que en este último, las imágenes se difunden a efectos de ofrecer relaciones sexuales bajo precio.

Al momento de su calificación se debe proceder a realizar una interpretación restrictiva, *contrario sensu*, se reprimirían obras o pinturas con imágenes placenteras y agradables, insertadas en un ámbito estrictamente artístico, lo cual es vedado en un Estado de Derecho.

El material pornográfico debe de ostentar una intensidad suficiente para producir un daño en la *psique* humana o en el desarrollo de la sexualidad del menor utilizado, perturbando en todo caso su proceso participativo en concretas actividades sociales y culturales, afectando el libre desarrollo de su personalidad y su auto-realización en el marco de una sociedad democrática. Es inocuo que la promoción, difusión o comercialización sea a título gratuito u oneroso[456]. La problemática reside al momento de delimitar que es "pornográfico"; MUÑOZ CONDE al respecto señala que no existe unanimidad en la doctrina a lo que deba entenderse por "carácter pornográfico", para que ello no signifique una limitación a la libertad de expresión. Para evitar ello, se deberían de establecer criterios delimitadores en base a juicios valorativos correctos, entre ello que puede o no ser catalogado como pornográfico. El material pornográfico, debe ser identificado con la crudeza o brutalidad de una escena en cual se utiliza al menor como un vehículo de provocación al instinto sexual de los demás.

Debe enfatizarse que el material pornográfico, por cualquiera de los medios comprendidos en el tipo penal, deben poseer aptitud lesiva, es decir, la comercialización, venta, posesión, importación, exportación, producción, tengan como destino el mercado de consumidores, con la posibilidad de llegar a un número indeterminado de receptores, pues precisamente la idoneidad de que las imágenes sean divulgadas, determinan el contenido material del injusto. La tenencia de una sola revista, por ejemplo, no puede significar un acto de suficiente relevancia jurídico-penal, pues el bien jurídico sólo puede resultar afectado, cuando el material "pornográfico" es difundido a un número indeter-

(455) Así, RODRÍGUEZ PADRÓN, C.; *Los delitos de utilización de menores...*, cit., p. 44.

(456) En: Queralt; op.cit; p. 156.

minado de personas; (...) la inevitable verificación que ha de producirse para el castigo de esta modalidad delictiva es la de existencia de una clara voluntad por parte del sujeto, de destinar el material pornográfico de que disponga a las actividades descritas, (...)[457]. Por tanto, la conducta típica, debe haber tenido la posibilidad de acceder al mercado de consumidores.

Sin embargo, a efectos de realización típica, no es necesario su ingreso efectivo, pues se trata de un delito de mera actividad. Dicho de otro modo, la protección que el artículo brinda a los "niños" se precia de ser de una dimensión tal que la sola materialización de las acciones típicas resulta incriminada, independientemente de su trascendencia o divulgación[458]; a contrario del derecho comparado, concretamente el argentino, donde la publicidad debe ser una calidad de todas las conductas mencionadas en el artículo 128[459]; en cambio para otros autores, al considerarlo como un delito de peligro, que es suficiente con que el objeto esté destinado a la publicidad[460], lo cual luego de la reforma de la Ley N° 25087, el tema ha quedado zanjado según la última postura reseñada[461]. En el caso del derecho positivo vigente, queda claro, que al constituir un delito de mera actividad, la publicidad, es decir, su efectiva divulgación no es de necesaria verificación para dar por cumplida la realización típica.

4. ESPECTÁCULO DE CARÁCTER PORNOGRÁFICO

Importa toda aquella representación teatral o escénica, dirigida a un determinado público y que contiene escenas de alto contenido erótico. Para que la conducta pueda ser considerada típica, el espectáculo debe tener como requisito indispensable la presencia de un menor de edad como actor del mismo. De lo que se trata es de hacer actuar a menores en espectáculos que pueden ser vistos por terceros, con un contenido pornográficos[462]. Hay que valorar la representación, no todo desnudo en si va a poder ser considerado como pornográfico. Debe de suponer una mezcla de sexualidad y violencia, el que se esté utilizando al menor como un mero objeto de ingrediente sexual, lo que algunos catalogan como: "Pornografía Dura". Al respecto, Diez Ripollés señala que debe de existir una delimitación entre aquella pornografía que expresa representaciones sexuales aberrantes, infra-humana y

(457) Rodríguez Padrón, C.; *Los delitos de utilización de menores...*, cit., p. 37.

(458) Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 229.

(459) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 380.

(460) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 267.

(461) Estrella, O.A., *De los delitos sexuales,* cit., p. 229.

(462) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 669.

violentista que utilizan al menor como protagonista de aquella que tiene un fin eminentemente artístico o pedagógico.

Según la doctrina del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de América, la determinación de la pornografía exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a.- El material controvertido constituya la expresión y representación de groseras obscenidades, tendentes a la excitación del instinto sexual; b.- Que exceda de los criterios medios aceptados por la sociedad en materia sexual; y, c.- Que la obra carezca de la menor justificación literaria, artística o científica(463). El término empleado en la construcción de esta convención penal, nos hace remitir indefectiblemente a juicios de valor que se emiten en un determinado espacio y contexto histórico-social; siendo, por ende, ineludible la posibilidad de apartarnos del término "Moral Sexual". Son en suma, criterios eminentemente evolutivos e imprecisos, que son aceptados en amén de una determinado sistema social, carentes de un contenido fijo y concreto, como lo es la "pornografía".

Especial consideración que otorgarle al rol que actualmente cumplen los medios de comunicación, sobre todo la televisión que es el medio de difusión de mayor acogida por los ciudadanos. En un Estado Democrático de Derecho el rol que cumplen los medios de comunicación adquiere suma relevancia, que es el formar una opinión pública veraz y objetiva, y el de difundir la cultura el arte y el deporte. Lamentablemente ello no sucede, por que los medios de comunicación han desviado tal cauce por otro que es la de proferir y difundir imágenes y escritos de alto contenido erótico y violentista. Por lo general, en el ámbito televisivo, se transmiten a toda hora –sin restricción alguna–, de forma cotidiana, imágenes de alto contenido erótico teniendo o no como protagonistas a menores de edad. Una nueva ley de Telecomunicaciones debe regular este problema, que no sólo engloba a la utilización de menores de edad en representaciones de carácter pornográfico, sino también, a que la difusión de tales imágenes debe de transmitirse únicamente a determinadas horas de la noche. Para tal fin, tomando como ejemplo lo sucedido en otros países, debe de crearse un "Consejo Consultivo" integrada por los diversos sectores de la sociedad peruana, que ejerza funciones de control y fiscalización en la programación que difunden los medios, para que aquéllos no atenten contra la dignidad y los intereses de la ciudadanía.

---

(463) Cándido Conde Pumpido. F.; cit., p. 2256; Siguiendo esta orientación, Vives Antónescribe "que a la vista de la evolución jurisprudencial en el Tribunal Supremo Federal de USA, consiste en que la representación sea potencialmente ofensiva para desviarse de los estándares dominantes contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales. Estas notas nos producen la reflexión que para interpretar el término pornográfico debemos remitirnos necesariamente a perjuicios y observaciones de matices moralizantes, apoyados en referencias socio-culturales coyunturales.

El tipo objetivo exige para su configuración la participación activa del menor de edad en el material pornográfico. Es decir, nos encontramos ante una instrumentalización del sujeto pasivo como portador del material pornográfico.

5. TIPO SUBJETIVO

El dolo internado en el agente delictivo debe abarcar el conocimiento y voluntad, de estar instrumentalizando a un menor de edad en un material de contenido pornográfico; conciencia y voluntad de realización típica, encaminada a involucrar al menor en actos de contenido sexual. No son incriminados las modalidades culposas, por ende, no es punible el Error de Prohibición vencible(464), por ejemplo: Cuando el agente emplea a un menor de edad bajo la creencia errónea de que se trata de un adulto, para lo cual se tendrá en consideración los medios que tenía el autor para vencer el estado de ignorancia, de todas manera de difícil aceptación, pues contratar a una persona para que pose desnudo en una revista de circulación, requiere al menos la verificación de adultez del individuo. Así, también, el error sobre la edad, en el caso de la agravante prevista en el segundo párrafo, si dicha ignorancia es admisible, de todos modos el autor será penalizado bajo los alcances del primer párrafo.

Un sector de la doctrina hace referencia a la necesidad de la concurrencia de un elemento especial en el tipo subjetivo del Injusto –ánimo lascivo–(465); para nosotros es suficiente con el Dolo. En suma, bastará con el conocimiento de que se está utilizando a un menor de edad en un material de naturaleza "pornográfica".

6. ANTIJURIDICIDAD

Podrán concurrir dos causas de justificación: la libertad de expresión y el derecho a la educación. La primera de ellas se encuentra amparada constitucionalmente (Art. 2, inc. 4) y la segunda opera como eximente en el ejercicio legítimo de un derecho. En la primera hipótesis habrá que recurrir a la Ponderación de los Bienes Jurídicos en conflicto. Para ello se requiere una determinación valorativa de los intereses en juego a partir del sistema de valores que la Constitución contiene(466). Este conflicto de intereses

(464) Así, Estrella, O.A.; *De los delitos sexuales,* cit., p. 230.

(465) Para Muñoz Condees preciso de un ánimo lascivo o de tendencia a involucrar a un menor o incapaz en un contexto sexual; cit, p. 205; De la misma consideración es Benytez Merino al considerar imprescindible la presencia de un animus trascendente para la estructura de este tipo delictivo.

(466) En: Peña Cabrera Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial.* Vol. I.

habrá que solucionarlo necesariamente mediante el sacrificio parcial de uno de ellos, lo cual representará una limitación del interés sacrificado. La solución dependerá del contexto social en que se encuentren involucrados dichos intereses, partiendo por una especial consideración al derecho a la intangibilidad e indemnidad sexual, por ser entendido como una esfera íntima de mayor gravitación que la libertad de expresión, que necesita de una tutela más intensa por parte del Estado. En cambio, la libertad de expresión es un interés difuso –dirigido a la colectividad– cuya finalidad es de formar una conciencia y opinión pública de los asuntos más importantes que acontecen en la nación.

En cuanto a la segunda justificante, el ejercicio legítimo de un derecho, nos referimos a la educación sexual, es decir, la utilización de textos en los cuales se utiliza a menores de edad para una ilustración meramente pedagógica. Inclusive tal conducta no operaría ya como una causa de justificación, sino, como una "adecuación social" del comportamiento al carecer la conducta de nocividad social y por ausencia de dolo. El contexto en que dichas prácticas se realicen será también importante al momento de determinar la tipicidad de la conducta.

7. CONSUMACIÓN

Será suficiente con que la participación del menor, en el material de índole pornográfico, se haya producido; sin necesidad de que tales objetos lleguen a difundirse al público, que finalmente son sus destinatarios finales; se trata, por tanto, de un tipo de mera actividad, en todo caso, la posesión por ejemplo debe manifestar una inequívoca intencionalidad de poner en circulación el material pornográfico. Es admisible la tentativa, cuando se realizan actos externos que no llegan a la realización plena del tipo penal; v. gr., cuando el agente es frustrado de su designio criminal por participación de terceros. Es el caso del allanamiento de la policía en estudios de fotografía o de cine clandestinos[467]; mas el procedimiento de edición de un libro, como la impresión, fotomontaje y otros, no resultan a nuestra consideración aún actos que puedan ingresar *per se* al ámbito de protección de la norma.

8. PENA

Para aquellos que incurran en la modalidad prevista en el primer parágrafo, se prevé una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa. Cuando el menor tenga menos de catorce años de edad la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento cincuenta a trescientos sesenta y cinco

(467) Así, Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 383.

días multa. Dependiendo de la posición que ostente el agente en relación con la víctima, será inhabilitado conforme al artículo 36°, incisos 1), 2), 4) y 5).

9. AGRAVANTE

Se configura, primero, cuando el menor tenga menos de catorce años de edad, siendo evidente, que cuando la edad de la víctima sea cada vez menor, las incidencias perjudiciales serán mayores, determinado una escala de pena más severa (segundo párrafo); mientras que el tercer párrafo, se hace alusión a las condiciones en que se encuentra la víctima, previstas en el en el último párrafo del artículo 173°, para lo cual se contempla una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Esta agravante se edifica en base a una relación especial que detenta el sujeto activo en relación con la víctima. Se funda en base a una relación de carácter institucional, en un deber de garante, por lo cual el Estado le exige una mayor responsabilidad en el cuidado del menor. Esta especial posición de dominio (confianza) es aprovechada por el autor facilitándole el camino para cometer su designio criminal. La mayor penalidad prevista para esta agravante tiene su basamento tanto en el mayor desvalor de la acción como en el mayor grado de reproche que se le atribuye al agente. Finalmente, se incluye el hecho de que el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil. Tratándose de individuos que se sirven los tentáculos de las redes criminosas de una organización delictiva, en vista de su mayor peligrosidad criminológica, se determina una mayor reprobación jurídico-penal, que incide en una pena más grave.

10. ANÁLISIS A LA LEY N° 30096

El horizonte y porvenir de la política criminal en el Perú, es en realidad impredecible, sabedores que las constantes situaciones socio-políticas que acontecen en nuestra sociedad, se constituyen en la brújula que guía la decisión normativa del legislador en materia penal.

Ni bien habían sido promulgadas las Leyes Nos. 30076[468] y 30077[469], -transcurrido a penas-, dos meses, se pone a la luz la Ley N° 30096 (22 de octubre del 2013), bajo el rótulo de «Ley de Delitos Informáticos», que repercute también en el ámbito de los delitos sexuales.

De hecho, una Ley de tal naturaleza, habría de incidir en alguna de las figuras delictivas, glosadas en el Capítulo XI del Título IV del Código Penal y, esto, al tenerse a la vista el tipo penal de «Pornografía Infantil», cuya

(468) Ley sobre «Seguridad Ciudadana».

(469) Ley contra el «Crimen Organizado».

composición típica importa la difusión, exhibición, comercialización, publicación, etc., de imágenes de contenido sexual, teniendo como protagonistas a menores de edad; y, esto en la medida, que son precisamente los sistemas informáticos los que son empleados por el agente para perpetrar este injusto penal; es este el mayor desvalor que recoge este comportamiento prohibido, ante la mayor difusión de la imágenes de contenido sexual, -en cuanto a una masificación de la exhibición visual-, el perjuicio lesivo sobre la víctima adquiere una mayor magnitud.

El artículo 1° de la Ley mencionada, dice a la letra que: "La presente Ley tiene por objeto prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia".

Ahora bien, anclando concretamente en las modificatorias acontecidas en el artículo 183°-A del CP, advertimos primero, que del primer párrafo del articulado se excluye el término «Internet», como medio para realizar cualesquiera de las conductas típicas descritas en la redacción normativa, trasladando su ubicación en el segundo párrafo, cuando se indica que la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa, cuando: - el material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación; es decir, ya no se habla de forma específica del Internet, sino que desde un término de mayor amplitud conceptual, se hace alusión a las «tecnologías de la información», que al denostar un alto grado de lesividad, ha definido una escala penal de mayor drasticidad.

Así también, en vez de señalarse que el objeto material del delito, ha de ser imágenes visuales o auditivas, se añade como soporte del mismo: «videos o audios», lo cual manifiesta una depurada concepción de lo que se quiere tipificar, pues una imagen de por si enrostra la visualización de un objeto, de manera que la llamada imagen visual era una redundancia innecesaria; en el caso de la imagen auditiva, ésta a su vez siempre ha de ser visual, por lo que esta última no podía excluirla. Siendo así, se logra con una correcta delimitación conceptual, las variadas posibilidades que puede exteriorizar la conducta típica, por ende, contar con términos que puedan acoger una mayor gama de supuestos fácticos.

Por lo demás, las modificaciones inciden en un plano estricto de la sanción punitiva, tanto en el tipo base como en las circunstancias de agravación contenidas en el segundo y tercer párrafo del articulado; mediando dicha orientación legislativa, se vislumbra una decidida opción por los fines preventivo generales de la pena, primero, en la función disuasiva de la norma penal (intimidación) y, segundo en el mensaje ejemplificante que

toma lugar en el ámbito de concreción punitiva. Conforme la relevancia de los intereses jurídicos -objeto de tutela por el artículo 183°-A del CP-, nos adherimos a la necesidad de fortalecer la función preventiva de la norma jurídico-penal.

PROPOSICIONES SEXUALES A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Art. 183-B.- *"El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36.*

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36."

1. GENERALIDADES

Una de las funciones más importantes de la política criminal, es de recoger aquella información que le brinda la ciencia criminológica, ello supone proceder a las reformas punitivas, que de dicha valoración se infieran, cuando de la contemplación estricta de la Ley penal, se observen evidentes grietas de impunidad, que han de ser cubiertas en orden a cautelar el fin preventivo del Derecho penal, en cuanto a la protección preventiva de bienes jurídicos.

La sociedad moderna si bien avizora importantes innovaciones científicas y tecnológicas, por otro lado manifiesta la aparición de conductas altamente dañosas para los ciudadanos; la proliferación masiva en nuestras ciudades, de medios de comunicación electrónicas como el INTERNET (difusión masiva), pone al descubierto una serie de modalidades que emplean los cibernautas, -a través de diversas páginas electrónicas-, para captar a sus potenciales víctimas y así introducirlas en un contexto de contenido sexual. Son por lo general adultos, que se aprovechan del anonimato que les confiere estos medios de comunicación social, para hacer contacto con niños y adolescentes, y así involucrarlos en la realización de actividades sexuales o para solicitar u obtener de él, material pornográfico, conforme los términos expuestos literalmente en el artículo 183°-B, incorporado por la Ley N° 30171 del 10 de marzo del 2014.

Estos pedófilos se prevalen de la evidente vulnerabilidad de los niños (menores de catorce años de edad), quienes por su inmadurez e inocencia, caen fácilmente en el juego de estos delincuentes, en tanto los primeros emplean identidades falsas, fingiendo ser de su misma edad, o simulando ser una persona conocida. Mediando dicho proceder, lo que hace el agente es influenciar directamente sobre la conducta del niño, de convencerlo al intercambio de

imágenes de contenido sexual (pornográfico), que luego son utilizadas para extorsionar a las víctimas con la amenaza de su exhibición a familiares o amigos o simplemente, para luego proceder ya a un contacto sexual directo con la víctima, incidiendo en este caso en un concurso delictivo, con el tipo penal contenido en el artículo 173° del CP.

Si consideramos que el objeto de tutela es la Intangibilidad Sexual y no la Libertad Sexual, sólo pueden ser catalogados como sujetos pasivos a los menores de 14 años de edad; en España, el artículo 183° del CP, fija el límite cronológico de trece años para abajo, máxime esto es importante, pues la pretendida voluntad del infante para intercambiar comunicación de contenido sexual con el autor, no tiene validez jurídica alguna, al no haber alcanzado una desarrollo genésico suficiente, para poder discernir con toda libertad y saber las consecuencias de sus actos. A tal efecto, y siguiendo en estricto los lineamientos expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el EXP. N° 00008-2012-PI/TC (declara la inconstitucionalidad del inc. 3) del artículo 173° del CP), es que la calidad de sujeto pasivo sólo puede tenerla los menores de 14 años de edad, sin defecto, de la calidad de "víctima" que se hace alusión en el segundo párrafo del artículo 183°-B, de que en el caso de personas mayores de catorce y menos de dieciocho años de edad, debe mediar el «engaño», como un instrumento tendiente a invalidar la voluntad del ofendido, pues al ser personas que aún no han adquirido un desarrollo psicológico pleno, pueden ser presas fáciles de estos viles agentes y así comprometerlos en actividades pornográficas o de contenido sexual.

El «grooming», por tanto, hace alusión a todos aquellos comportamientos, que toman lugar en las páginas web (facebook) u otras similares, por agentes inescrupulosos, que se ganan la confianza de los niños, con el propósito de introducirlos en el mundo de la pornografía infantil o en el turismo sexual infantil.

La palabra "grooming" importa un vocablo de habla inglesa y se vincula al verbo "groom", que alude a conductas de "acercamiento o preparación para un fin determinado"; dicha afirmación llevada al ámbito del Derecho penal, supone penalizar un acto preparatorio, de aquellos comprendidos en los artículos 181ª-A y 183ª-A, que si bien por lo general no son punibles, la excepción ha de darse ante la identificación de un interés jurídico de significativa relevancia constitucional, como lo es la Intangibilidad sexual del menor, lo cual es satisfactorio desde un plano estricto de política criminal, siempre que se advierta que el objetivo del agente, que lo motiva a entablar contacto con su víctima, es de cometer los actos delictivos de Turismo sexual infantil y de Pornografía infantil. Desde otro plano, no puede descartarse que se utilice la comunicación virtual, para promover un encuentro sexual entre ambos, es decir, lo que ya pretende el agente es tener relaciones sexuales con el menor y, para lograr ello, primero lo seduce a través de mensajes sugestivos y atrayentes para la víctima; es el medio que emplea para poder involucrase sexualmente con el sujeto pasivo, mas no puede descar-

tarse otra alternativa, de que lo pretenda con la comunicación con el infante sea de solicitar u obtener de él, material pornográfico, tal como se ha previsto en la descripción típica del artículo 183°-B, por lo que la ratio de la norma en cuestión es de proteger a los niños, de evitar que se vean involucrados en actividades pornográficas, de enorme potencialidad lesiva para el bien jurídico -objeto de tutela-, autorrealización personal del menor.

Conforme lo anotado, estamos de acuerdo, con la inclusión de esta nueva figura delictiva –vía la Ley N° 30170-, en el catálogo punitivo, donde la materialidad delictiva adquiere lugar cuando el agente llega a contactar al menor, en cuanto a entablar una comunicación con el sujeto pasivo, por una vía idónea (INTERNET), sin necesidad de que deba verificarse en el mundo fenoménico, que haya podido obtener de él «material pornográfico» o de «haber mantenido actividades sexuales con el impúber»; nótese algo importante, que si dichos cometidos son efectivizados, habrá de responder por los delitos de Pornografía Infantil o de Violación sexual de menor, lo cual no impide la posibilidad de apreciar un Concurso real de delitos. Esto quiere decir, que se trata de un injusto penal de mera actividad, que no necesita de comprobar resultado alguno, eso sí que el medio empleado sea apto para lograr comunicarse con el sujeto pasivo, por lo que el delito tentado es de dudosa admisión.

El tipo subjetivo del injusto -como la mayoría de casos- debe estar informado por el dolo: conciencia y voluntad de realización típica; el agente encamina su conducta a contactarse con una persona menor de catorce años, sabedor que se trata de un ciudadano vulnerable. Según esto, el elemento cognitivo del dolo, ha de cubrir todos los elementos constitutivos del tipo penal, entre éstos, que se trate de una persona menor de catorce años, por lo que en determinadas circunstancias -debidamente apreciados-, si es que un equívoco sobre la edad de la víctima pueda ser valorado como un Error de Tipo (vencible o invencible). Si es que esto es así, y estamos ante un verdadero error, donde la víctima incidió en ello, y ésta tiene 16 años de edad, podrá darse la circunstancia prevista en el segundo párrafo, siempre que el autor haya actuado mediante «engaño». Un Error de Prohibición es realmente de imposible admisión, sabedores de las esferas fundamentales del ser humano, sobre las cuales trasunta esta figura delictiva.

Se advierte con toda claridad, que no basta el dolo, al haberse incluido un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, esto es: «para solicitar u obtener de él, material pornográfico o para llevar a cabo actividades sexuales con él». Un factor ulterior que trasciende el elemento volitivo, para ubicarlo en un plano independiente, donde su negación por parte del agente, será de muy difícil concreción.

CAPÍTULO XII
DISPOSICIÓN COMÚN

CASTIGO A PARTÍCIPES

El artículo 184º, reza normativamente de la siguiente manera:

Art. 184.- *"Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualquier persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen a la perpetración de los delitos comprendidos en los Capítulos IX, X, y XI de este Título actuando en la forma señalada por el artículo 25°, primer párrafo, serán reprimidos con la pena de autores".*

1. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL

Autores son todos aquellos que poseen dominio fáctico y/o funcional del hecho, de cuya actuación depende el éxito o frustración del plan criminal pre-concebido, ejercen una posición de privilegio en el marco de la realización típica, plasmando su contribución esencial en la fase ejecutiva del delito, concurriendo en él, los elementos subjetivos del injusto que exige el tipo penal en su descripción típica. Son quienes ejercen el dominio del suceso típico en su totalidad, por ello, la imputación delictiva se dirige principalmente contra ellos, donde la atribución del injusto penal supone una pertenencia directa del autor, quien ostenta la mayor responsabilidad penal entre todos los intervinientes. Es de recibo que en la perpetración de un delito, no sólo es factible identificar al autor (directo, mediato y co-autores), sino también aparecen otros sujetos, que sin tener el "dominio del hecho", contribuyen con una aportación de relevancia (o accesoria) para la materialización del ilícito penal. Quienes ejercen una violencia intensa sobre una persona para privarla de su libertad personal, y de ahí pretender cobrar una suma de dinero por su puesta en libertad serán que duda cabe los co-autores; de conformidad con una interpretación individual y material a la vez del tipo penal, pero quien sólo dio un dato de importancia, en cuanto al paradero de la víctima, sus

cuentas bancarias, su trayecto diario, rutina, etc., será calificado jurídico-penalmente como un partícipe.

Luego de común idea con el principio de accesoriedad en la participación, se reconoce las figuras del cómplice y del instigador. Son individuos, cuyo accionar no revela el dominio del hecho, no obstante, pueda que su aportación haya sido imprescindible para lograr la perfección delictiva, por lo que según las previsiones legales del nuestro texto punitivo, pueden recibir una pena menor en relación al autor. Dicha consecuencia se deriva principalmente del principio de culpabilidad, en tanto, quien tiene en sus manos la esencia del evento típico, manifiesta una conducta de mayor desobediencia normativa a comparación del cómplice o el instigador.

El fundamento de la punibilidad de la participación reside en que provoca la decisión de una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favoreció su realización[470]. Con ello se exige, según el principio de la participación en el ilícito, un aporte real al acontecer típico, que puede consistir, según la concepción tradicional, tanto en una intervención externa como en un apoyo psíquico[471].

Las formas de participación delictiva importan una intervención accesoria y dependiente a la del autor, quiere decir esto, que sin autor no podemos hablar de un partícipe. Dicho así; el partícipe interviene en un injusto penal que es atribuible al autor que ayuda, coopera, contribuye en la realización de una conducta que le pertenece al señor del hecho; por tanto, el partícipe debe ser penado según la conducta típica realizada por el autor. El cómplice debe responder penalmente por el mismo injusto penal en el cual se encuentra incurso el autor. Así, si al autor se le imputa responsabilidad penal por delito de peculado, al cómplice no se le puede atribuir responsabilidad penal a título de autor del delito de receptación. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, rige, entonces, la unidad en el título de imputación.

En el marco de autoría y participación en los delitos sexuales, hemos sido enfáticos al negar la tipología de los delitos de propia mano, pues lo que se recrimina son los graves atentados contra la libertad sexual, y no la satisfacción del apetito sexual del autor material del ilícito penal; de tal forma, que quienes no ejercen materialmente la conducta típica, esto es, el acceso carnal sexual, pueden ser considerados también autores, como co-autores o autores mediatos. Por lo general, la participación del autor, se dará en la etapa preparatoria, por ejemplo, quien proporciona las llaves del cuarto, donde se encuentra la víctima, o quien proporciona el arma, con la cual el sujeto pasivo es intimidado para reducir sus mecanismos de defensa[472]; pero no lo será el

(470) Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General,* cit., p. 161.

(471) Stratenwerth, G.; *Derecho Penal. Parte General,* I, cit., p. 427.

(472) Así, la Ejecutoria citada por Avalos Rodríguez y Robles Briceño, Modernas Tendencias

médico que suministra al agente una cierta dosis de fármacos (sedantes) que será utilizado por el autor para colocar en estado de inconciencia a la víctima, y así accederla sexualmente, pues éste no sabía del plan criminal del autor, y en consecuencia, no actuando con dolo. Únicamente es punible la complicidad a título de dolo, de no ser así, se trata de una conducta neutra, inocua, carente de relevancia jurídico-penal, donde la complicidad sólo puede configurarse en las etapas preparatoria y ejecutiva del delito, luego de consumado el injusto, ya no es posible hablar de participación, sólo de encubrimiento.

Ahora bien, los injustos penales sexuales revelan una dosis significativa de reprobación social y jurídica, cuando el autor se aprovecha de una determinado vínculo o parentesco con la víctima para la perpetración delictiva; dicha relación de parentesco, ha servido al legislador, –como es lógico–, para la construcción de una serie de circunstancias agravantes, tal como se desprende de los artículos 170°, 173°, 176°, 176°-A, 179°, 180°, 181°, 181°-A, 182° y 183°-A. Entonces, si el autor responde con una mayor culpabilidad, por tanto, recibe una mayor pena, cuando se aprovecha de una relación de parentesco, o de un ámbito de organización específico que le confiere una posición de dominio sobre la víctima, que precisamente es aprovechado para facilitar la realización típico, resulta plausible que los partícipes también se vean afectados por dicha disposición agravante. El sujeto activo tiene autoridad sobre la víctima cuando ésta le debe obediencia por una relación legal, privada o pública, como el tutor respecto de su pupilo, el militar con su subordinado, etcétera[473]. La ley además incluye a las personas que abusan de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo[474]. Empero, como los tipos legales que comprenden las tipificaciones penales, hacen alusión únicamente al autor, sólo cabe la opción de una fórmula normativa que regule dicha situación agravatoria en el marco de una disposición común. Máxime por el principio de incomunicabilidad de las circunstancias personales, artículo 26° (*in fine*).

---

dogmáticas..., (RN N° 306-2004-San Martín): "*El primero de los encausados habría mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada cuando aún contaba con menos de catorce años de edad, para lo cual contó con el apoyo de la encausada, quien como prima de la víctima, la habría propuesto practicar los actos sexuales a cambio que cobre sumas de dinero, facilitando su concurrencia al lugar, para la ejecución de los hechos. Debiendo precisarse que en la conducta desplegada por la sentenciada no concurre la instigación, sino que un correcto juicio de imputación sobre su participación delictiva permite colegir que actuó en calidad de complicidad primaria (primer párrafo del artículo veinticinco del Código Sustantivo) al haber brindado auxilio doloso determinante para entrega de las sumas de dinero y llevándola personalmente a la habitación del centro de hospedaje donde se concentraron los vejámenes, actos que no habrían materializado sin su contribución; que es bajo tal título de imputación por el que debe responder la citada encausada*", cit., p. 149.

(473) Núñez, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 399.

(474) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 713.

El C.P. de 1924 en su artículo 211°, recogía esta figura, con la diferencia que se cabía alusión a una cooperación de forma general, es decir, no se especificaba que dicha cooperación debía ser a título de complicidad primaria, tal como la ha determinado la disposición común vigente, debiéndose precisar que dicho texto punitivo, no hacía distinción entre el cómplice primario y el cómplice secundario, tal como se desprende del artículo 100°.

Por lo expuesto, la disposición en comento sólo hace alusión a la calidad de cómplice primario, en cuanto a ser reprimido con la misma pena del autor, sin embargo, según lo previsto en el primer párrafo del artículo 25° del C.P. al cómplice primario se le reprime con la pena prevista para el autor[475]. Entonces, no resultaba necesario incluir dicha disposición, si ya la Parte General hacía alusión al respecto, al menos que se considere que la equiparación penológica que contempla el artículo 25°, es facultativa para el juzgador, pero de su tenor literal no se desprende dicha deducción, al margen de que de *lege ferenda* se deba considerar que el cómplice primario debía recibir una pena menor, según los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. Por consiguiente, lo adecuado hubiese sido referirse al "cómplice secundario", pues como se lee del tenor literal del segundo párrafo del artículo tantas veces mencionado, a éste se le podrá disminuir prudencialmente la pena.

El art. 133 del Código (argentino), último dispositivo de los previstos por el Título III, deroga la disminución de pena para los partícipes secundarios, establecida por el principio general del art. 46, equiparándola a la pena de los autores, cuando las personas que menciona cooperen en la comisión de cualquiera de los delitos contra la integridad sexual, apunta ESTRELLA; (...) donde los antecedentes de la norma encontramos, en primer lugar, al Código Penal español de 1848, la cual la toma del Código del Perú de 1862[476]. Se trata de un régimen especial para cooperadores en los delitos contra la integridad sexual, ya que la norma deroga la disminución de pena para los partícipes secundarios, establecida por el principio general del art. 46, equiparándola a la pena de los autores[477]. La agravación no alcanza a los que prestan una ayuda posterior a la ejecución del hecho, porque no cooperan a la perpetración del delito[478]. En el marco interpretativo de la Ley Penal Argentina, queda claro que la agravación de punibilidad se refiere al cómplice

(475) El artículo 102° del C.P. de 1924, concedía la facultad discrecional al juzgador de disminuir la pena del cómplice hasta en una tercera parte de la represión que imponga al autor del hecho punible.

(476) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 270; Así, DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 712; NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial*, IV, cit., p. 398.

(477) ESTRELLA, O.A.; *De los delitos sexuales*, cit., p. 271; Así, SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. III, cit., p. 413; FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 280.

(478) FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 280.

secundario. CREUS, citado por DONNA, afirmada que dado que la pena del cómplice primario es la misma que la del autor, el fin de la norma es agravar la sanción al partícipe secundario, derogando la regla del artículo 46 del Código Penal[479]. En efecto, si ya la disposición legal aplicable, dispone la equiparación de la pena del cómplice primario con respecto al autor, resulta pues de más, que la regla sobre la participación haga alusión a aquél.

En el caso del C.P. español de 1995, regulación parecida se encuentra recogida en el artículo 192.1, de la siguiente forma: "Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior". Dicho texto punitivo, desde una técnica legislativa más depurada, regula no sólo la situación del cómplice, sino también la del autor; en vez de tipificarlo de forma expresa como circunstancia agravante, al final de cada articulado, lo cual resulta innecesario. En el caso de los parientes, consideramos que el legislador español no los incluyó, en la medida que también siguió la orientación del legislador nacional. Refiriéndose únicamente a los cómplices (Art. 29°), dejando de lado al cooperador necesario y al instigador (Art. 28°); en tal sentido, el C.P. español, no hace distinción entre el cómplice *primario y el cómplice secundario. Con la finalidad de no vulnerar el principio non* bis in idem el art. 192.1.2.° determina no aplicar la referida regla cuando la circunstancia agravante contenida en ella se encuentre "específicamente" contemplada en el tipo penal que se trate[480].

En ese sentido, habrá que añadir, que si finalmente se pretendía asegura la equiparación de la pena del cómplice primario con el autor, no entendemos porque en la disposición común no se ha incluido al Instigador. El Instigador es aquel que influye de forma determinante, en el proceso decisorio del autor, en cuanto a la comisión de un determinado delito, es quien provoca el dolo criminal en la *psique* del autor directo, quien ejerce una incidencia directa en el proyecto delictivo del autor; por tanto, la mayor reprobación jurídica y social, en que se basa esta disposición, basada en una relación de parentesco o de una posición de dominio con respecto a la víctima, es también extensible al instigador[481], y éste tal como lo establece el artículo 24° del C.P, también recibe la misma pena que el autor. Con ello, se acredita la incoherencia normativa de la disposición en cuestión, al no haberse tomado en cuenta las previsiones legales de la Parte General, que ya contemplan una equiparación de pena entre el cómplice primario y el instigador con respecto

(479) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., ps. 712-713; NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte especial,* IV, cit., p. 398.

(480) CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra la Libertad Sexual,* cit., p. 354.

(481) Así, CARMONA SALGADO, C.; *Delitos contra la Libertad Sexual,* cit., p. 354.

al autor. De tal forma que la previsión debió haberse referido al cómplice secundario, de común idea con lo previsto en la legislación comparada.

Cuestión importante, que no puede quedar al margen del análisis, es que para hacer operar la equiparación de la pena, no basta que el cómplice primario ostente un cargo o autoridad, que le confiera una especial confianza con respecto a la víctima; sino que precisamente, dicho ámbito de organización debe haber sido aprovechado por el cómplice primario, para contribuir de forma determinante en la realización típica del injusto sexual; por ejemplo, que el maestro, haya proveído al autor, de la llave del camerino donde se esta vistiendo la víctima. En el caso del pariente, consideramos que no puede ser de distinta manera, pongamos el caso del pariente lejano, que de forma muy circunstancial coincide con el autor, cooperando en su delito, no podría darse la equiparación penológica, pues lo que cabe acá es el aprovechamiento, el prevalimiento de dicha posición social, de no ser así, estaríamos fundando dicha equiparación en base a una reprobación exclusivamente ética. Máxime, si dicha inferencia la podemos deducir, de una interpretación sistemática con la agravante prevista en el inc. 2) del artículo 170° (*in fine*). En cambio para NÚÑEZ, la regla del artículo 133 (C.P Argentino[482]), funciona de dos modos diferentes. Respecto de los parientes funciona por la sola calidad del cooperador. Por el contrario, respecto de cualquier otra persona funciona sólo si ella ha abusado de su autoridad o encargo o de la confianza del ofendido[483]. Interpretación que es deducible correctamente de la legislación positiva de dicho país.

(482) Lo subrayado es mío.

(483) NÚÑEZ, R.; *Derecho penal argentino. Parte Especial,* IV, cit., p. 400; Así, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 280.

Título V
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

CAPÍTULO I
HURTO

1. ASPECTOS PRELIMINARES

El Derecho penal tiene por principal función la protección preventiva de bienes jurídicos, merecedores de tutela punitiva, en cuanto recogen ciertos intereses que resultan vitales para el individuo y para la sociedad, en correspondencia con el orden de valores que se glosan en la Ley Fundamental.

Las primeras figuras delictivas que se proponen en la codificación penal nacional, representan la idea individualista del bien jurídico, pues parten del ser humano desde una visión atomista. La vida, el cuerpo, la salud, la libertad y la intimidad, son bienes identificables en la propia estructura psico-somática y espiritual del hombre, son inherentes a dicha misma condición desde una consideración ontológica. Sin embargo, no sólo dichos bienes son imprescindibles para que el ser humano pueda lograr su plena autorrealización personal, y así participar en concretas actividades socio-económicas-culturales; en la medida que aparecen otros bienes que también son dignos de tutela penal, en cuanto hacen alusión a ciertos derechos subjetivos de los ciudadanos, que encuentran amparo en el ordenamiento jurídico.

El concepto de «patrimonio», nos inserta en las múltiples y variadas relaciones que se suscitan y/o entablan entre los individuos y los bienes (muebles e inmuebles), dando lugar a la vigencia de los denominados «Derechos Reales», comprendiendo los derechos a la propiedad, a la posesión, al uso, disfrute y enajenación, que pueden verse seriamente afectados, cuando se producen las conductas típicas que se han comprendido a lo largo de esta titulación. Pero como se verá más adelante, resulta imprescindible fijar un concepto privativo del Derecho penal, con respecto al Patrimonio, pues si lo entrecruzamos con las definiciones que se proponen con el Derecho civil, podemos extender el ámbito de protección de la norma jurídico-penal, más allá de los límites que legitiman la intervención del *ius puniendi* estatal, tarea

que se ajusta a los cometidos preventivos que se desprenden de este medio de control social.

La Constitución Política de 1993, en sus preceptos normativos, no hace mención propiamente al Patrimonio como lo hace el texto punitivo[1], al haber incluido en el Capítulo III, el término "De la Propiedad[2]", que en definitiva importan conceptos de diversa connotación jurídica; lo que en definitiva resulta plausible, en la medida que los injustos que toman lugar en el Título V, no siempre afectan a la propiedad, sino mejor dicho a las facultades inherentes a quienes se les reconoce derechos subjetivos sobre los bienes; concibiéndose una definición más amplia, susceptible de cobijar los injustos que se ponen de relieve en nuestra ley penal. A decir, de QUERALT, si se toma al pie de la letra el término propiedad, es evidente que una serie de delitos no tendrían cabida dentro de la rúbrica por más que se dilate lingüísticamente[3].

Sin embargo, no obstante lo dicho, debe anotarse que no por ello el concepto «patrimonio» puede quedar exento de críticas, cuando a decir de la doctrina, no evoca una definición sistemática de todos los delitos que se

---

(1) Concepto que sí ha tomado el Código Civil, en cuanto ciertas instituciones que se recogen en el Libro Segundo – Derecho de Familia (Régimen Patrimonial y Patrimonio Familiar).

(2) Para RAMÍREZ CRUZ, en su acepción restringida o técnica, propiedad viene a ser un derecho real que puede ser entendido de dos maneras: por un lado, recae sobre todo tipo de bienes, así los materiales (los clásicos, creían que sólo era sobre corporales) como los inmateriales. Y por otra parte –y aquí se diferencia nítidamente de los otros derechos reales–, confiere a su titular un goce o señorío pleno sobre los bienes; *Tratado de Derechos Reales,* T. II, cit., p. 93; Soler, comentando la legislación de su país en lo que respecta a la expresión de patrimonio como más conveniente, que denomina en su ley penal "Delitos contra la Propiedad", escribe que se incurre en error al referir al concepto de propiedad al de dominio, definido por el C. Civil, porque en nuestro derecho existe un concepto jerárquicamente superior, porque es constitucional, de acuerdo con el cual esa expresión tiene un significado positivo y vigente mucho más amplio (...); En este sentido, se habla del derecho de propiedad como el de un verdadero derecho que se ejercer por el sujeto con relación a cada uno de los bienes que están en su patrimonio; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., ps. 173-174; Vid., al respecto, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 401-402; GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (I),* cit., p. 550; si bien una definición más precisa puede definir con mayor rigor, el bien jurídico, no es menos cierto que la ley positiva debe buscar siempre el concepto jurídico más adecuado, para así evitar discusiones interpretativas inútiles, por lo que nos decantamos por el patrimonio, que sí puede cobijar sin reparos, figuras delictivas como el hurto de uso o la usurpación, que de ninguna manera afectan a la propiedad; Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 189; en opinión de MESTRE DELGADO, en el patrimonio de cada ciudadano puede integrarse, además de bienes poseídos en propiedad, otros bienes y derechos que, en virtud de vínculos jurídicos de arrendamiento, comodato, derecho de uso, usufructo y otros semejantes, puede ser legítimamente disfrutados por él; *Delitos contra el Patrimonio y contra el orden Socioeconómico,* cit., p. 222.

(3) Queralt, J.; *Derecho penal español. Parte especial,* Vol. II, cit., p. 245.

agrupan en el Título. En este sentido, el bien jurídico protegido es en ocasiones elementos patrimoniales individualizados –propiedad, posesión, derechos reales, derechos de crédito– y en otras, el patrimonio globalmente considerado[4]. Por lo que es tarea de la dogmática fijar el contenido exacto del bien –objeto de tutela–, en cada figura delictiva en particular.

Por otro lado, resulta necesario delimitar de forma clara y precisa el ámbito de intervención del Derecho Penal en cuanto a la protección del patrimonio refiere, pues el Derecho Privado también tiene una incidencia directa en dicho marco. Debemos sujetar la injerencia del derecho punitivo a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*, a fin de sustraer de la esfera de tutela, aquellos comportamientos que sólo denotan una caracterización jurídico-obligacional (contractual), meras desavenencias que se originan de un acto jurídico, en cuanto al incumplimiento declarado por una de las partes. Ante ello, debe asegurarse que la vía civil, sea la jurisdicción competente, lo cual no sucede a menudo en nuestra praxis judicial, en tanto son muchas las causas que no deberían ser procesadas en la vía criminal, al carecer de la materialidad lesiva que se exige, para dotar a una conducta de relevancia jurídico-penal. Por tales motivos, se contraviene la legalidad y el principio de reserva procesal-penal; siendo que muchos de los procesos han de concluir anticipadamente, mediando una excepción de naturaleza de acción.

El Derecho penal no tiene nada que hacer, ante meros incumplimientos contractuales, ante desavenencias societarias o ante posibles nulidades de un acto jurídico, sólo es legítima su intervención cuando los derechos subjetivos, que emanan de la relación jurídica de un individuo con sus bienes se ve mermada de forma significativas, siempre y cuando medien ciertos medios vedados, que supongan una desvaloración suficiente; v. gr.,, quien compra un vehículo en un precio muy por encima de su valor en el mercado, no es objeto de protección punitiva, pero sí lo será cuando el vendedor revistió fraudulentamente al vehículo de una serie de caracterizaciones que no se correspondían con su real condición, imprescindible para lograr el asentamiento del comprador (sujeto pasivo).

El derecho penal no tiene por «misión» proteger acreedores ni propietarios, sino a cada persona por igual en sus relaciones sociales[5].

Por eso, siguiendo a Peña Cabrera, diremos que interesa conocer con la mayor exactitud posible de qué forma y de qué manera el ámbito penal recibe o constituye instituciones (posesión, propiedad, etc.) jurídico privadas.

---

(4) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico...*, cit., p. 341.

(5) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 190.

En otros términos, si el campo penal conserva la definición civil, o contrariamente, hay una especificidad penal conceptual[6].

Como pone de relieve VALLE MUÑIZ, los fines político-criminales que se pretenden en lo penal requieren de una definición precisa de los objetos que constituyen los bienes jurídicos. En esta medida, nos vemos obligados a la búsqueda de un concepto estrictamente penal de patrimonio[7].

Lo señalado por un sector importante de la doctrina, es importante no sólo como medio de definición del concepto de patrimonio, sino sobre todo para racionalizar el uso de la pena, en cuanto comportamientos que revelan una ofensividad intensa; entonces, se requiere de un concepto ni muy amplio ni muy restringido, sólo interesa aquel que pueda cobijar las legítimas expectativas sociales en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, con arreglo a los principios limitadores del Derecho penal y en correspondencia a una política criminal de tutela para los intereses jurídicos de mayor raigambre constitucional.

Dentro de esta protección, están comprendidas, según sea la figura delictiva, tanto el dominio propiamente dicho, en el sentido civilista, como otros derechos reales, y hasta la simple posesión y la tenencia como situaciones (hechos)[8]. Quedando, de todos modos, por definir el concepto de patrimonio en términos punitivos.

Como muchos de los injustos penales que se clasifican en el rótulo del "Derecho Penal Nuclear", los movimientos de reforma, no han parado, sobre todo para la inclusión de nuevos supuestos delictivos, en el marco de las agravantes y para hacer más drástica la sanción punitiva. El Decreto Legislativo Nº 982 de julio de 2007, modificó por ejemplo, la figura delictiva de Extorsión.

En lo referente al patrimonio son básicamente tres las concepciones desarrollados en la doctrina.

1.1. Concepción jurídica de patrimonio

En este caso se hace alusión a los derechos subjetivos, es decir, a las posesiones jurídicas que reconoce el ordenamiento jurídico, con respecto a su titular; lo que es objeto de tutela son todos aquellos bienes, que dimanan del derecho positivo, al margen de su valorización económica.

---

(6) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 45.

(7) VALLE MUÑIZ, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 79.

(8) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 175.

BINDING, definía a esta postura, como la "suma de los derechos y deberes patrimoniales de una persona".

Coherentemente, la pérdida o gravamen de derechos sobre cosas o bienes constituirá perjuicio patrimonial[9]; quiere decir esto, que lo que es objeto de incriminación no es el menoscabo del acervo patrimonial realizado cuando el bien es sustraído de la esfera de custodia de su titular, sino la privación de la mera tenencia sobre la cosa. Con ello toma lugar una concepción, que sin lugar a dudas no se condice con el fundamento material del injusto típico, que debe caracterizar el comportamiento prohibido, de acorde con el bien objeto de tutela.

En palabras de HUERTA TOCILDO, apenas si se discute ya que el Derecho Penal es capaz de construir sus propios conceptos, aún cuando éstos tengan su origen en otras ramas del ordenamiento jurídico, lo que conlleva la no necesariedad de adoptar un punto de vista encadenado al Derecho Civil[10].

En resumidas cuentas, el Derecho penal no puede asumir por entero, un concepto propio del Derecho privado, al no cohesionar dicha acepción con los fundamentos de los injustos típicos que se articulan en esta titulación, con ello, el perjuicio, el menoscabo, la afectación que debe sufrir el patrimonio personal, como en la estafa, pierden vigencia. No se advierte relevancia alguna, en la sustracción de un bien que no llega a costar ni cinco soles, ni tampoco cuando el agente se apropia de un bien que no es susceptible de ser cuantificado económicamente en el mercado.

En consecuencia, como apunta RODRÍGUEZ DEVESA, sólo existe lesión de derechos patrimoniales, no de posiciones económicas jurídicamente protegidas, y además, hay perjuicio tanto si la cosa objeto de delito carece de valor económico, como si la contraprestación tuviere un valor económicamente equivalente[11]. En este caso, se estaría dejando a pura discrecionalidad del ofendido, si es que se vio o no perjudicado, producto de la supuesta conducción típica, lo que pierde solidez, al estar desprovisto de criterios objetivos que puedan sustentar válidamente, tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado.

Como expresa GONZÁLEZ RUS, el perjuicio se concibe en términos puramente formales como pérdida jurídica, esto es, desaparición de un derecho o su gravamen con una obligación, con independencia de la trascendencia

(9) VALLE MUÑIZ, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 80.

(10) Citada por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 51.

(11) Citado por VALLE MUÑIZ, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 81.

económica que ello tenga, dado que lo importante es la relación jurídica del sujeto con la cosa[12].

1.2. Concepción económica de patrimonio

Esta variante deja de lado la posición de los «derechos subjetivos» amparados por el ordenamiento jurídico, para ingresar a un terreno puramente económico, esto es, a la valuación del bien, en orden a la acreditación del menoscabo patrimonial. De esta forma se pretende dotar de una mayor materialidad, en cuando al injusto típico se refiere, dando lugar a la exigencia de un desvalor del resultado, que debe expresarse de forma dineraria.

El patrimonio vendría a constituir el conjunto de bienes, valores, etc., que se encuentran atribuidos a una persona, al margen de su reconocimiento o no del ordenamiento jurídico; por tanto, ahora, lo importante no son los derechos subjetivos sino las «posesiones económicas».

En suma, todas las teorías económicas coinciden: a) el reconocimiento como parte del patrimonio de toda posesión que tenga valor económico al margen de que se derive un derecho o de la posibilidad de una constatación jurídica; y, b) la posibilidad de compensación por el daño sufrido patrimonialmente y del lucro cesante, claro está, apelando a criterios económicos y objetivos[13].

La postura *in comento*, da lugar a los siguientes reparos: primero, al reconocer sólo posesiones económicas, implica conceder tutela penal a detentaciones antijurídicas, extra-comercio, de objetos de por sí ilícitos[14] (drogas, armas, etc.) y, segundo, si bien se deja de lado un criterio subjetivista del perjuicio, es desplazado por un criterio si bien objetivo, pero no por ello, guarda una perspectiva personal quien abogará por una merma de su patrimonio, a pesar de haber recibido un bien de igual valor, mas con funciones distintas a las esperadas.

En definitiva, el gran inconveniente de la teoría económica es su enorme permeabilidad cuando integra en el patrimonio posiciones en el tráfico económico que, susceptibles de valoración, adolecen de reconocimiento por parte del Ordenamiento Jurídico[15].

---

(12) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (I)*, cit., ps. 550-551.

(13) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 52.

(14) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 551; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 189.

(15) Valle Muñiz, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 82.

1.3. Posición «mixta» del patrimonio

En fin, antes dos teorías abiertamente divergentes, surge siempre una que pretende sintetizar ambas, desde una visión ecléctica, de tal manera que la postura mixta ha de combinar elementos que se desprenden de las dos anteriores, a fin de revelar una mejor sistematización y cohesión del bien jurídico.

Como expresa Welzel, el patrimonio de una persona estará integrado, por la suma de valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico. No basta, por tanto, con la exclusiva relación fáctica, sino que es necesario la existencia de alguna clase de relación jurídica; pero por otra parte lo jurídico (sean derechos, obligaciones u otras formas jurídicas) no agota el problema, sino que es necesario que tales relaciones tengan una significación económica, esto es, valuable en dinero[16].

Según lo dicho, el comportamiento de relevancia típica deberá incidir sobre bienes que necesariamente son susceptibles de ser cuantificados económicamente, en orden a sustentar materialmente el perjuicio, el menoscabo en estos injustos; pero, debe tratarse de bienes que cuentan en «apariencia» con protección jurídica, punto este último que será desarrollado más adelante.

El daño moral y las expectativas de ganancias probables (lucro cesante) tendrán incidencia en la responsabilidad civil, pero no son relevantes a efectos de tipificación y pena (salvo que expresamente se establezca lo contrario)[17]. Se requiere, entonces, de bienes, riqueza que tengan una existencia real y determinable.

En el caso de delitos, como la usurpación, la posesión será objeto de protección, pues que duda cabe que forma parte del patrimonio.

Ahora bien, un aspecto debatido es la detentación de los bienes muebles poseídos de forma antijurídica, esto es, en franca contravención al derecho positivo. En efecto, no puede solicitar amparo jurídico (penal), quien obtuvo el bien, en contravención a las disposiciones legales; quien hurtó una máquina fotocopiadora no podría denunciar penalmente al tercero que se lleva el bien poseído antijurídicamente, máxime cuando en los procesos penales que versan por delitos contra el patrimonio resulta indispensable acreditar el título dominal; de suerte que el ladrón que a su vez es despojado del objeto hurtado por otro ladrón, no configura las calidades de sujeto pasivo[18].

---

(16) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 290.

(17) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (I)*, cit., p. 551.

(18) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 54.

Con lo expuesto hasta estas líneas, estaríamos adoptando un criterio jurídico de patrimonio o, ciertas consecuencias que no necesariamente se derivan de la posición mixta. Al respecto ANTÓN ONECA, sostiene que en este aspecto es notorio el poder fáctico sobre las cosas tiene siempre una protección del Derecho, no pudiendo ser privado el detentador por vías ilícitas. No olvidemos que en la postura mixta, hicimos alusión a que debe tratarse de una «aparente protección jurídica»; v. gr., el usurpador, que ingresó a un inmueble, mediando abuso de confianza, no puede ser desocupado del bien, sino por las vías legalmente establecidas (interdicto de recobrar), a menos que haga uso de la Defensa extrajudicial (precepto permisivo), que se dispone en el artículo 920° del CC, siempre y cuando el despojo se haya realizado de forma secuencial y coincidente. Si el propietario de un bien que fuera despojado semanas atrás, encuentra al poseedor ilegítimo y lo despoja del bien con violencia, habrá cometido una conducta típica; nadie puede hacerse uso de la justicia de propia mano, sólo en el caso de la legítima defensa.

Se dice en la doctrina que el delito de hurto es un injusto de enriquecimiento, siendo así no se entiende, por qué quien detenta ilegítimamente no puede ser sujeto pasivo si precisamente ve mermado su patrimonio, tutelado legalmente en apariencia; así al señalarse que el daño corresponde siempre a la primera víctima, al acentuarse las limitaciones de la libertad de disponer su patrimonio contando también con el alejamiento de recuperar lo que le corresponde[19]. A decir, de Valle Muñiz, si en la estafa al ladrón el perjudicado es el primitivo propietario, dado que el patrimonio de éste permanece idéntico antes y después de la comisión del delito de estafa, el daño patrimonial se configuraría como una ficción: la violación de un derecho inexistente, el de gozar y disponer libremente de la cosa[20].

En suma, no puede producirse sistemáticos y reiterados perjuicios económicos, en el caso de la estafa y la pérdida continúa de la propiedad en el caso del hurto; cuestión distinta es el aspecto procesal, que conlleva ciertos requisitos para el ejercicio válido y oportuno de la persecución penal. Cuando ya se acreditó en el proceso su posesión ilegítima y es obligado a restituir el bien a su legítimo propietario, ya no es posible ser considerado sujeto pasivo. Un reconocimiento total del ordenamiento jurídico del patrimonio, nos acerca más a una concepción jurídica, inaceptable por los efectos que ella desencadena.

Por los considerandos expuestos, consideramos que la concepción mixta, es la que de mejor forma se adecua a la naturaleza de los delitos que se comprenden en el C.P., tomando en cuenta la perspectiva patrimo-

(19) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 54.

(20) VALLE MUÑIZ, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 86; Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (I)*, cit., p. 552.

nialista que incide en la afectación económica y, en la forma de que cómo el ordenamiento jurídico dispone el recobro de los bienes despojados de forma antijurídica[21].

Otro punto en discusión, versa si lo protegido es el patrimonio considerado como «*universitas iuris*» o, si lo que se ve afectado son ciertos elementos integrantes del patrimonio.

BAJO FERNÁNDEZ aboga por la primera postura señalando que si la estafa se consuma en cuanto existe un perjuicio patrimonial –no cuando se lesione un derecho o un elemento integrante del patrimonio, ya que sólo valorando éste antes y después del ataque delictivo puede llegarse a un conocimiento del valor económico del perjuicio; quiere decir esto, que la materialidad de delitos como la estafa, requiere de una constatación de que el acervo patrimonial se haya visto seriamente afectado, en cuanto a una comparación ex –ante, de la comisión delictiva, con una visión ex –post delicto[22].

Por el contrario, en cambio para GONZÁLEZ RUS, es preferible la segunda posición, por cuanto el perjuicio, incluso en la estafa, no puede determinarse de acuerdo a una comparación global del patrimonio antes y después del delito, sino conforme a una perspectiva atenta al elemento patrimonial correspondiente[23].

Somos de la convicción que de forma general, se puede atender a la primera opción, la concepción unitaria del patrimonio, pues casi siempre se advertirá un perjuicio en el patrimonio personal, en los casos del hurto, robo, apropiación ilícita, estafa, etc.; pero en injustos como los daños y la usurpación, se identifica una lesión a un elemento integrante del patrimonio, mientras que en el primero será en algunos casos el uso y disfrute, en los segundos será la posesión. Ello supone que el ataque se instrumentaliza

(21) En la doctrina germana se incluye una cuarta opción, concretamente por Otto, para quien el patrimonio es la unidad estructurada y ordenada en función de los fines de un individuo, que garantiza su desarrollo en un determinado entorno y no puede descomponerse en sus partes individuales sin perder su identidad, dando cabida a una posición "personal"; por ello la realización típica del injusto, no requiere necesariamente la pérdida de un valor económico, sino la reducción ostensible de una expectativa ha alcanzarse con un negocio jurídico, se sustituye la afectación económica por la frustración de expectativas personales, la funcionalidad. Criterio que por su subjetivismo no puede ser cobijado en el derecho positivo, importaría una mayor extensión de las conductas típicas, con el riesgo de ingresar al campo estrictamente privativo de las relaciones contractuales; DONNA escribe que en realidad esta tesis ha sido criticada por su falta de utilidad práctica, pues se entiende que todos los problemas que plantea pueden ser resueltos satisfactoriamente con la postura mixta (jurídico-económica); *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p., 15.

(22) Vid., al respecto, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 56.

(23) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 552; Así, DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T.II-B, cit., p. 15.

a través de la lesión de un concreto bien o valor patrimonial, producto del cual, obviamente, aparecerá una pérdida o disminución económica cuantificable[24].

2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Una primera clasificación, la determina los delitos patrimoniales de «enriquecimiento», que obtiene el sujeto activo: a) de apoderamiento (hurto, robo, extorsión, uso ilícito de vehículos de motor, usurpación); b) defraudatorios (estafa, apropiación indebida, infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones de fluido eléctrico y análogos, cheque en descubierto, insolvencias punibles, y c) de exploración (maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, receptación).

En una segunda clasificación, se encuentra los delitos patrimoniales «sin enriquecimiento» (daños, incendio y estragos)[25]. Según nuestra perspectiva, existen ciertos reparos a la denominación del "enriquecimiento", pues en definitiva, en el caso del hurto no necesariamente el despojo del bien, puede significar un empobrecimiento del sujeto pasivo y una ganancia del sujeto activo; máxime, el artículo 185° del C.P., señala en su descripción típica, que el provecho puede ser para sí o para un tercero.

Sin desnaturalizar en esencia la clasificación anotada, daremos la siguiente:

a. Delitos de apropiación (sustracción): hurto, hurto de uso, robo, robo agravado, abigeato, receptación; en este caso el agente directamente se apodera del bien, en contra de la voluntad de la víctima, no siempre es el titular del bien. La distinción sustantiva entre los delitos del hurto y el robo, es que en el segundo de los mencionados, la apropiación y/o sustracción del bien mueble, tomar lugar mediante violencia y/o amenaza sobre las personas; mientras que en la figura de la extorsión la obtención de la ventaja patrimonial, se obtiene mediante la coacción que sufre el titular del patrimonio, por efectos de la privación de libertad del sujeto pasivo de la acción típica.

b. De engaño, cuando el sujeto se vale de ardid u otro medio fraudulento para hacerse del bien mueble, que la misma víctima le entrega, dando lugar a un consentimiento viciado: estafa, defraudaciones, fraude en la administración de las personas jurídicas, libramientos indebidos, atentados contra el sistema crediticio.

---

(24) Valle Muñiz, J.; *El delito de Estafa*, cit., p. 88.

(25) Clasificación propuesta por Muñoz Conde; citado por Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 58.

c. De retención, sería el caso de la apropiación ilícita, el ánimo de apropiación surge a posteriori, pues el bien ingresó a la esfera de custodia del autor, por vías lícitas, de donde el autor se niega a entregar el bien cuando es requerido a hacerlo.

d. De destrucción, el caso típico de la figura delictiva de daños.

Entre estos, ha de verse que algunos atentan no sólo contra un bien jurídico, sino contra una pluralidad de intereses tutelados por el ordenamiento penal: serán el robo, extorsión, usurpación, etc.

En buena cuenta, las particularidades de cada uno de los injustos comprendidos en esta titulación, se verán reflejadas en el estudio pormenorizado de la figura en cuestión[26].

ART. 185.- HURTO SIMPLE

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

1. BIEN JURÍDICO Y ANOTACIONES PRELIMINARES

El bien jurídico objeto de tutela en el marco del tipo penal previsto en el artículo 185° del C.P., no abona en una postura en real coincidente, producto de las diversas perspectivas que se han alzado al respecto; pues en un principio, se diría que es la «propiedad», el objeto de tutela penal, en tanto, la redacción normativa acoge en su seno el término «ajenidad», lo que da entender de forma primera, que el propietario de un bien mueble nunca podrá ser sujeto activo de esta infracción legal. Sin embargo, el tema amerita una mayor profundización, más aún cuando el legislador nacional no decidió incluir en el catálogo delictivo una tipificación penal específica, cuando el autor del hecho punible es quien se apodera de la cosa mueble, tal como lo hizo el legislador español en el C.P. de 1995, cuando incriminó el denominado "*Furtum possesionis*", en el artículo 236°.

(26) Vid., al respecto, SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 176-180; QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 589.

Según lo expuesto, veremos entonces, si nuestra ley positiva se inclina por tutelar únicamente la propiedad o, si también se incluye la «posesión».

Así, en la doctrina española, González Rus, se señala que a tenor de la nueva regulación, en la determinación del bien jurídico debe diferenciarse entre el hurto propio del art. 234 y el *furtum possesionis* del art. 236. En el primer caso es evidente que lo protegido es la propiedad; de otra forma, no tendría sentido condicionar la aparición del delito a la voluntad del dueño. Como consecuencia, agrega el autor, en el hurto propio del art. 234 no puede ser sujeto pasivo más que el propietario aunque a quien se le sustraiga la cosa sea al poseedor, al depositario o al mero tenedor; lo que permite distinguir, a estos efectos, entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción[27]. Existiendo, otra postura, la de Muñoz Conde, quien sostiene que el bien jurídico protegido sería la posesión.

Para Donna, en el hurto se protege el poder, el dominio, la relación de hecho entre la persona y la cosa, como poder autónomo sobre el objeto[28]. De tal suerte, carece de significado para apreciar la conducta del ladrón el título en virtud del cual se tiene la cosa[29].

En el caso de nuestra ley positiva está claro, que no existen una disposición penal específica que recrimine la conducta del propietario que se apodera de un bien mueble que se encuentra bajo custodia de otra persona en la Capitulación del Hurto, que la ejerce en virtud de un título sea un depósito, comodato o prenda; siendo así, la conducta del dueño de la cosa será atípica, por lo tanto impune. Lo cual no creemos que haya sido la intención del legislador, a partir de la *ratio legis*, que siempre debe sujetarse a la función esencial del Derecho penal: la protección preventiva de bienes jurídicos; por tales motivos la posesión no puede quedar al margen de la protección que se produce con el tipo penal del hurto.

Ha de verse que la propiedad a partir de su acepción jurídica, constituye el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, con arreglo al artículo 923° del CC; lo que implica que al violentarse el derecho de propiedad, se está vulnerando también el *ius posessionis*, de conformidad con el artículo 896° del CC, por lo que podría decirse en todo caso, que si bien el delito de hurto tiende a proteger preferentemente la propiedad, con ello también a la posesión, no es menos cierto que en ciertas circunstancias sólo ha de tutelar derecho a la posesión, pues de no ser así, quedaría al margen del ámbito de protección de la norma, aquellas conduc-

(27) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (I)*, cit., p. 562; Así, Vives Antón, T.S./ González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, cit., p. 397; Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 345.

(28) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 22.

(29) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 405-406.

tas por las cuales el propietario no poseedor sustrae del ámbito de dominio del poseedor no propietario un bien mueble; así también cuando el apoderamiento se realiza mediante violencia y/o amenaza (robo). El ordenamiento jurídico regula las vías lícitas, por las cuales el propietario tiene la posibilidad de recuperar un determinado bien mueble, de quien la está poseyendo sin contar con un título dominical[30]; *contrario sensu*, se estaría promoviendo propiamente la apropiación de la cosa por vías de hecho, lo cual resulta cuestionable desde cualquier consideración de los principios que rigen en un Estado de Derecho. Cuestión distinta es cuando la sustracción la sufre el poseedor no propietario en manos de un tercero, en estos casos, sujeto pasivo de la propiedad es el dueño, pero sujeto pasivo de la posesión es el tenedor legítimo.

Lo sostenido no quiere decir, que no se pueda otorgar un mayor acento de desvalor jurídico-penal, cuando se atenta puramente contra la propiedad, pues de tal forma se impide el derecho de enajenar el bien. Factor de mayor antijuridicidad, que puede ser valorado por el juzgador, al momento de la determinación judicial de la pena.

Nuestra postura se condice con lo argumentado en las líneas preliminares, cuando se dijo que el ladrón también puede ser considerado sujeto pasivo de este delito, siempre y cuando aún se encuentre vigente la presunción de tutela jurídica; debemos agregar, que la interpretación de la norma penal puede verse sesgada cuando se acogen posiciones doctrinarias foráneas, que aluden a otro sistema legal.

No obstante lo acotado, vemos que el legislador incluyó una conducta que tipifica la acción que realiza el dueño (sujeto activo), de sustraer un bien mueble, de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero; concretamente en el artículo 191° del C.P., en el Capítulo sobre «Apropiación Ilícita», lo cual es a todas luces "asistemático", en la medida que el bien lo obtiene mediando una modalidad típica de apoderamiento privativa de los delitos de hurto. Se hubiese preferido en todo caso que la tipificación autónoma se hubiese incluido en las figuras comprendidas en el capítulo de Hurto.

Siendo así, el dueño de la cosa, de todas formas no puede ser sujeto activo del delito de Hurto, lo que no obsta a considerar que la posesión también es objeto de tutela por parte de esta figura delictiva.

Otro aspecto importante es el referido a la valuación del bien mueble que es objeto de sustracción y/o apoderamiento; cuestión importante a saber, en mérito a la distinción esencialmente cuantitativa que ha efectuado el legislador, a fin de delimitar los delitos con las faltas contra el patrimonio.

(30) Cfr., en contra Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 70-72.

Mientras que el delito puede ser definido como aquella acción u omisión típica, penalmente antijurídica, culpable y punible[31] merecedora y necesitada de pena; la falta es también una conducta humana que importa una contradicción a la antijuridicidad y al carácter típico de la norma, pero que por su menor contenido de reprobación jurídica y social, desencadena la imposición de una sanción de menor repercusión lesiva para con el autor. Entonces, se produce una infracción a la norma, por un sujeto culpable o inculpable, que en vista de su escasa antijuridicidad material, importa una reacción punitiva mitigada, pues como se señala en los apartados legales en cuestión, no resulta aplicable la pena privativa de libertad, sino la imposición de penas limitativas de derecho, que responden, qué duda cabe, a factores en realidad preventivos y, no retributivos, como alcanza a inferirse en el caso de la pena efectiva de privación de libertad. Dicha perspectiva preventiva y racional de la respuesta punitiva, que se condice perfectamente con el principio de mínima intervención, implica dejar de lado una pena de por sí aflictiva y altamente perniciosa para el penado, para dar lugar a una sanción que puede concretarse, sin tener que desarraigar al sujeto infractor de su círculo social y familiar.

Sin embargo, como se advierte de las últimas formulaciones político-criminales, que recogen aspiraciones en puridad criminalizadoras de la sociedad, ha incidido en una tendencia punitiva, de reducir de forma significativa la frontera determinadora, en lo que a las faltas contra el patrimonio se refiere, puesto que por efectos de la sanción de la Ley N° 28726 del 09 de mayo de 2006, se ha reducido de 4 RMV a 1 RMV, a fin de criminalizar un mayor número de conductas que atentan contra el patrimonio de los ciudadanos. Se cree, ilusamente, que con medidas de esta naturaleza se va a poder disminuir la tasa creciente de la criminalidad, lo que a la postre significa que en un mayor número de personas, podrán ser albergadas en una prisión, con el consiguiente riesgo del contagio criminal; cabiendo destacar, que por su mayoría, los que se dedican a sustraer celulares u otros bienes de baja estimación dineraria son jóvenes, los cuales después de un ingreso carcelario no cometerán hurtos, sino robos.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

En principio, puede ser cualquier persona, pero de acuerdo a lo antes expresado, debe ser necesariamente una persona ajena al propietario de la cosa, al menos que se trate de un copropietario; eso sí sólo puede serlo una persona psico-física considerada. El propietario que sustrae el bien de

(31) Así, Blanco Lozano, C.; *Tratado de Derecho Penal Español,* T. I, cit., p. 52.

quien la posea legítimamente no comete hurto; su adecuación corresponde al delito de apropiación ilícita descrito en el artículo 191 del Código penal[32].

Si el poseedor no propietario se niega a entregar el bien mueble, que le fue entregado en virtud de un título no cometerá la infracción delictiva en análisis, sino estará incurso en el tipo penal de apropiación ilícita.

2.2. Sujeto pasivo

Se dice en la doctrina que puede ser cualquier persona, más de forma precisa debe ser siempre el propietario del bien mueble; en este caso, no sólo la persona natural sino también la persona jurídica. De todos modos, cabe advertir una doble cualidad, cuando la posesión la tiene una persona ajena al dueño; pues sujeto pasivo de la acción será el tenedor, y sujeto pasivo del delito, lo será siempre quien ejerce el título dominal. Si se trata de un bien que responde a varios copropietarios, cada uno de ello será considerado como ofendido.

2.3. Objeto material del delito

La redacción normativa propuesta en el artículo 185°, define a los bienes muebles, que según la postura mixta, debe tratarse de un bien susceptible de ser cuantificado de forma dineraria en el mercado, cuyo valor debe ser superior a una RMV, pues si el valor está por debajo, el hecho será constitutivo de una falta.

Bien, será todo elemento integrante del patrimonio, de naturaleza corpórea (material), cuya titularidad corresponde a un individuo, que para efectos penales debe ser susceptible de ser valorado económicamente y ser posible de sustracción[33]; en consecuencia, los derechos inmateriales, como los autorales, son objeto de incriminación en una titulación especial. Sin embargo, los títulos valores, al recoger un contenido patrimonial cambiario, sí pueden ser objeto de este injusto penal.

La noción de bien para los efectos del delito de hurto debe construirse partiendo naturalmente del concepto privado, pero fijando los contornos y límites propios del Derecho penal[34].

Si hemos de mencionar que el hurto, supone en su modalidad típica, las nociones básicas de apoderamiento o de sustracción, debe tratarse de

(32) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 73.

(33) Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 36; Cfr, al respecto, Ramírez Cruz, E. Mª.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., ps. 104-105.

(34) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 77.

un objeto que pueda ser desplazado de un lugar a otro, sea o no fungible; v. gr., las frutas que son apoderadas ilegalmente por el campesino del huerto ajeno, constituye un hurto, a pesar de que luego puedan ser efectivamente consumidas.

En la legislación penal española se hace alusión a la «cosa». Suele afirmarse que el carácter material o corporal de la cosa excluye como objetos idóneos de los delitos de apoderamiento todos aquellos que, impropiamente, se entienden que carecen de masa o sustancia; así, las energías, gases y líquidos, mientras no se encuentren envasados[35]. A decir, de GONZÁLES RUS, cosa es todo objeto con un valor económico determinado o determinable que puede ser objeto de derechos patrimoniales, lo que obliga a excluir del concepto a la luz natural o al aire, respecto de los que no puede establecerse relación patrimonial alguna[36]. Debe por tanto, ser un objeto valuable económicamente, debidamente individualizado y susceptible de ser removido, mejor dicho de ser desplazado de un lugar a otro. Lo dicho con independencia de los bienes que se hacen alusión en el segundo párrafo del articulado en cuestión, pues puede que éstos sí sean objeto de sustracción; así en el caso de la sustracción de las líneas telefónicas o de los cableados de energía eléctrica, sea en agravio del Estado o de los particulares.

2.3.1. Bienes muebles

Si bien podemos partir de una acepción propiamente del Derecho Civil, de lo que debemos entender por «bien mueble», no es menos cierto, que resulta indispensable construir un concepto que nos sirva en Derecho Penal, a fin de acoger la ratio de la norma, con arreglo a la función tutelar del *ius puniendi* estatal.

Para el Derecho civil, según se desprende del artículo 886°, son todos aquellos que pueden ser objeto de apropiación, sean en derechos materiales y/o inmateriales; dejando una cláusula abierta, tal como se expone en el inc. 10) del articulado; complementándose este dispositivo con los partes integrantes y accesorios, de conformidad con los artículos 887° y 888° (*in fine*)[37]. De este modo, el concepto penal de cosa mueble es más amplio y más estricto que el civil.

De la lista que se glosa en el artículo 886° del CC, podemos rescatar los siguientes: los vehículos terrestres de cualquier clase, los títulos valores

---

(35) PÉREZ MANZANO, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 351; Así, VIVES ANTÓN, T.S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 403.

(36) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., ps. 566-567; Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 79.

(37) Vid., de forma amplia, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 413.

de cualquier clase o instrumento donde conste la adquisición de créditos o derechos personales[38], los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

Entonces, en el concepto penal de «bien mueble», están comprendidos todos aquellos objetos de naturaleza inmaterial o material, siempre y cuando puedan ser susceptibles de valoración económica y de ser desplazados de un lugar a otro.

Son varios los objetos en cierta forma, que pueden traen a lugar cierta discusión; primero, los objetos *extra commertium*, en este caso las drogas, alucinógenos, etc., siempre que su comercio se encuentre prohibido por las normas legales, no pueden recaer bajo la tutela del hurto, no se puede hablar en de dueños o dígase de verdaderos titulares dominicales. Ni bien se produce una incautación de alijo de droga, por ejemplo clorhidrato de cocaína, a una persona ajena al dueño, el burrier por ejemplo, su verdadero "propietario", no puede reclamar en ningún caso su devolución, en tanto, son sustancias de lícito comercio; cuestión distinta resulta del consumidor, del drogo-dependiente. Por su parte, los órganos humanos, como el riñón, el vaso, etc., importan partes del cuerpo humano, que no son considerados como bienes "muebles" y, si ello sucede el tipo penal aplicable es el de lesiones, según lo previsto en el artículo 121° del C.P.[39]. Sin embargo, más allá de las calificaciones formales de los objetos, hay que acudir a la realidad práctica para decidir si efectivamente son objeto de mercado y se les atribuye valor económico[40]. Existe un mercado legal de venta de sangre, y en algunos casos los cadáveres pueden ser objeto de comercio, por ejemplo para las universidades, academias, etc. A diferencia de esta figura la del artículo 318 incisos 1 y 3 (profanación y sustracción de cadáveres), es que el cadáver se encuentra dentro del comercio[41].

En cuanto a los animales, si bien no se puede decir de forma rigurosa que se tratan de «bienes muebles», resulta más que evidente que aquéllos se encuentran valorados en el mercado, pues su venta es algo legal, canes que pueden llegar a precios superiores a los quinientos dólares, que decir de los caballos de carrera, cuyo valor asciende fácilmente al precio de un vehículo del año. Son susceptibles de individualización, de desplazamiento

(38) De conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27287 – Ley de Títulos Valores; en este caso, la sustracción de un cheque, siempre que esté girado al portador, pues de no mediar sustracción será aplicable la figura del libramiento indebido; la sustracción de una letra de cambio, de un pagaré, etc.

(39) A más detalle ver el Capítulo III del Título I.

(40) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 352; Vid., al respecto, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 570; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 38; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 80.

(41) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 80.

y de valoración dineraria[42], pero su particular naturaleza determinó que el legislador construya una tipificación penal autónoma, que se contrae de los injustos que se contemplan bajo el rubro de «Abigeato», siempre y cuando se cumpla con las condiciones que hacen de aquéllos su denominación como «ganado».

Finalmente en cuanto a los título valores, debe considerarse que lo que es objeto de tutela no es el documento en sí, sino el valor cambiario, los derechos patrimoniales que se encuentran incorporados al mismo, siempre y cuando se reúna los requisitos esenciales, según su naturaleza, para su circulación, en sujeción a la normatividad aplicable; (...) su mera posesión permite hacer efectivo el valor a él incorporado por cualquier poseedor, hay unanimidad en cuanto a que el valor a tener en cuenta es el valor que el título representa[43]; siempre y cuando haya mediado un acto de apoderamiento y/o de sustracción y el agente esté en posibilidad de obtener un provecho para sí o para un tercero, pues si se alteran intencionalmente los datos del mismo, sería un acto de estafa (abuso de firma en blanco) y, no de hurto.

Hoy en día, se pone de relieve una nueva criminalidad en el ámbito de los delitos patrimoniales, haciendo uso de las bondades de la evolución incesante de la ciencia y la tecnología. El internet, permite a los usuarios realizar una serie de adquisiciones, pagos de toda índole, compras, colocando el código de la tarjeta de crédito del cuenta correntista; lo que es aprovechado por personas inescrupulosas para hacerse pasar por los titulares de las cuentas –en algunos casos– y, en otros, simulan ser proveedores de ciertos servicios, asumiendo la denominación de marcas y/o empresas de prestigio en el mercado para engañar impunemente a los consumidores; lo que pone en discusión, si se trata de un acto típico de apoderamiento y/o sustracción que puede ser cobijado bajo la fórmula normativa del artículo 185°, o siguiendo el último inciso 3) del artículo 186° del C.P. Si la empresa que recibe los datos, realiza las transacciones con quien se piensa el titular de la tarjeta, ella no es la perjudicada, pues recibe a cambio la contraprestación, sino el titular de la cuenta que se ve despojado de su dinero, pero hacia él no se ha incidido en forma alguna, con engaño, por lo que la conducta será constitutiva de hurto, el autor logra el apoderamiento mediante cierto ardid, que no es el que contempla la figura en análisis; empero, cuando el usuario compra un bien, girando la compra con su tarjeta de crédito y no recibe nada a cambio, dará lugar al tipo penal de estafa, pues el ardid, con el cual es engañado, es lo que permite el desplazamiento del dinero a la esfera de custodia del sujeto activo[44].

---

(42) Cfr., Mestre Delgado, E.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 225.

(43) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 353; Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 81.

(44) Vid., al respecto, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., ps. 40-41.

2.3.2. Bien total o parcialmente ajeno

Primer punto a saber es que el elemento «ajenidad» como elemento normativo de la construcción típica, despliega repercusiones en realidad significativas, tanto desde un aspecto objetivo como subjetivo.

La redacción normativa, menciona que el bien mueble que es objeto de sustracción y/o de apoderamiento debe ser "ajeno", quiere decir esto, que el agente no debe detentar ningún título dominal que lo ampare, de acuerdo a lo estimado en el punto sobre el sujeto activo del delito.

Ajeno, en principio serán todos aquellos objetos que no se encuentran reconocidos como propiedad de un individuo por parte del ordenamiento jurídico, quien no es propietario de una cosa.

Por otro lado, para que se pueda configurar el hurto, el bien mueble tiene que tener un propietario reconocido[45], sin que sea necesario que el autor, deba saber quién es el dueño[46]. Ello trae consigo la siguiente consecuencia: cuando el agente toma de *facto* la apropiación de un objeto que no tiene dueño, no comete el delito de hurto; pero si, se trata de una cosa pérdida responderá según el tipo penal previsto en el artículo 192° inc. 1) del C.P.[47].

Se excluyen, también, por tanto, las cosas de nadie (*res nullius*) y las cosas abandonadas (*res derelictae*), porque ambos tipos de objetos carecen por definición de titular[48], lista a la cual se agrega, las cosas extra-comercio (drogas, armas, etc.), pues no cuentan con los elementos necesarios para ser objeto material del delito.

La ajenidad del bien hay que valorarla conforme al estado jurídico actual del objeto, quien tiene sólo una expectativa no puede decirse dueño de la misma, como son los derechos hereditarios, hasta que no muera el causante, los bienes, derechos y activos no ingresan al acervo patrimonial del heredero.

En el caso de la adquisición de bienes muebles, como automóviles, mediante los denominados créditos leasing, se dice que la propiedad no será reconocida, mientras no pague el total de las letras convenidas; por lo que si el poseedor, es despojado de forma ilegítima por un tercero, el sujeto pasivo será el Banco y, no el tenedor, al margen que se le deba reconocer las cuotas ya canceladas.

---

(45) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 572.

(46) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 83.

(47) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 82; Cfr. Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 195; Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 416.

(48) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 354.

Ahora bien, dice el tipo penal que la cosa sustraída, puede tener lugar en el marco de una copropiedad. Dicho en otras palabras, cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente, y, en cambio, resulta parcialmente ajena cuando el agente tiene algún derecho sobre la cosa, es decir, que resulta condómino o comunero hereditario sobre algún bien[49].

¿Cuándo estamos ante la figura de la copropiedad?. Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas, según se desprende del artículo 969° del CC; en este caso las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario, así lo dice el artículo 970° (*in fine*). En este caso al identificarse cuotas indivisas, siendo cuotas ideales, no es factible hablar de apoderamiento de un bien parcialmente ajeno; (...) pues mientras no se produzca la división de ella (si es divisible) no se puede hablar de ajenidad de la cosa (podrá haber abuso en el ejercicio del derecho, ilegitimidad, etc., pero no hurto)[50].

Por consiguiente, para que se pueda configurar el hurto en este supuesto, previamente deberá haber un proceso de partición y división del bien común, de conformidad con el inc. 1) del artículo 992° del CC, en virtud del cual el ex copropietario, se apodere de una porción del bien que la pertenece al otro. Así, sucederá por ejemplo, en el caso del fenecimiento de la sociedad de gananciales, luego de haberse disuelto el vínculo conyugal, puesto que dicho patrimonio mientras está vigente determina un patrimonio común, de cuotas indivisas, con arreglo a los artículos 301° y 318° del CC. El artículo 315° del CC, establece que para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere de la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial para ello, aunque renglón seguido se dispone que ello no rige para la adquisición de bienes muebles.

2.3.3. Modalidad típica

El verbo rector que se pone de relieve en esta tipificación penal, es el «apoderamiento», como medio por el cual el agente logra una nueva posesión (ilegítima), sobre el bien mueble privando del ejercicio de los derechos reales a su titular (sujeto pasivo).

Como se ha sostenido con corrección, el bien –objeto material del delito–, debe ser desplazado a lugar distinto al cual se encontraba originariamente,

(49) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 42.

(50) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 195; Así, Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 355; Fontán Balestra, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 414.

a fin de poder crearse la nueva esfera de custodia por parte del sujeto activo; importa una acto de desplazamiento, que toma lugar mediante el apoderamiento fáctico de la cosa; a diferencia de la estafa donde el desplazamiento del bien, es efectuado por el propio sujeto pasivo, mediando engaño.

Siguiendo a Soler, diremos que la acción típica de apoderarse para el hurto debe consistir en la acción de poner bajo su dominio y acción inmediata una cosa que ante de ello se encontraba en poder de otro[51]. La acción de apoderarse, debemos fijarla conceptualmente conforma le estructuración típica del delito de hurto, tomando en cuenta los móviles que persigue el autor, en correspondencia con su estado consumativo.

Se decía según el derecho romano, que la determinación de la perfección delictiva del tipo penal del hurto, identificaba cuatro momentos:

a) *La Contrectatio*, la acción de tener contacto fáctico de la cosa, poner la mano sobre el objeto.

b) *La Amotio*, supone la acción de remover el objeto.

c) *La Ablatio*, implica sustraer el objeto de la esfera de custodia de su anterior tenedor.

d) *La Illatio*, importa la acción de colocar el objeto en lugar seguro, fuera del alcance de su tenedor precedente[52].

Las teorías esbozadas de cierta forma, vendrían a manifestar los actos concretos del *iter criminis* del delito de hurto de forma secuencial y concatenada; de todos modos, lo que interesa para fijar el estado consumativo con arreglo al principio de legalidad, es el momento en el cual el agente tiene la mínima posibilidad de aprovecharse del objeto material del delito (teoría de la disponibilidad)[53]; identificándose una consumación formal, cuando se produce el apoderamiento sobre la cosa, en el instante que el objeto sale de la esfera de custodia de su tenedor legítimo, que ha sido interpretado como delito tentado por parte de las Salas Penales de la Corte Suprema, en lo que respecta al injusto de robo agravado de símil configuración típica, vía precedente vinculante (Sentencia Plenaria Nº 1-2005/DJ-301-A, en virtud de la cual resuelven en el acápite de la Decisión, que: " (...) *respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de las cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva*

(51) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 189.

(52) Así, Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., ps. 348-349.

(53) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 75; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 31.

debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída".

De conformidad con lo antes expuesto, (...), adquiere particular significado la circunstancia de que el ladrón haya adquirido el poder sobre la cosa; que haya tenido la posibilidad de disponer de ella, aunque sea por un corto espacio de tiempo, porque en ello se revela si ha llegado a completarse o no la acción de apoderamiento[54]. Si por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, éste pierde la custodia sobre el bien, cuando es aprehendido por los custodios del orden, a pocos metros donde se cometió el apoderamiento, será calificado como un delito tentado, pues no tuvo oportunidad suficiente para obtener un provecho del bien. El delito de hurto, por tanto, es de naturaleza instantánea, de ningún modo permanente, lo que interesa a efectos consumativos es que haya tenido oportunidad de ejercer actos de disposición del bien, que le hayan de reportar un provecho.

Cuestión importante a saber es que no necesariamente el apoderamiento debe significar un acto típico de desposesión, de que sustraiga el bien que se encuentra bajo la tenencia efectiva del sujeto pasivo, pues basta que el objeto se encuentre en cualquier lugar, fuera del alcance de su titular, pero en un lugar que indica plenamente su ajenidad; v. gr., la doméstica que trabaja en la casa de sus patrones, al vivir en la casa, tiene contacto físico con una serie de bienes muebles y, aprovechando la ausencia de los dueños o, la enfermedad grave que aqueja a uno de ellos, saca del inmueble un vehículo, será constitutivo del delito de hurto y, de ningún modo la figura de la apropiación ilícita, pues es de verse que el bien no ingresó a su esfera de custodia bajo título alguno de custodia o de administración. Si se trata de un televisor, por ejemplo, basta que haga uso de él en su dormitorio, sin necesidad de que lo saque de la vivienda; empero, si la sustracción del bien mueble se realiza sólo para su uso momentáneo, con la finalidad de luego devolverlo, se dará un Hurto de Uso. El problema en este caso, residirá en si es posible un dominio autónomo del autor[55].

No siempre al despojo sucede el apoderamiento inmediato del ladrón, como en el ejemplo conocido del sujeto que ahuyenta al faldero que acompaña a su dueño, como el designio de apoderárselo o aquél que con la misma finalidad arroja de un vehículo en marcha los objetos de los que pretende apoderarse[56]; en la hipótesis de que se arroja los objetos con el fin de que se destruyan, debe reputarse dicho acto como daños y, no hurto[57].

---

(54) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 408.

(55) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 31.

(56) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 75.

(57) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 87.

En otros casos, el agente puede haber escondido el bien, en cierto lugar, para que no sea encontrado por su dueño[58], para que se logre consumar el delito, se requiere que tenga el agente un poder fáctico sobre la cosa, que le permita aprovecharse del mismo, ante lo cual, será sólo tentativa.

El apoderamiento perfectamente puede tomar lugar mediante la acción de un intermediario, bajo la figura de la autoría mediata, cuando el hombre de atrás determina al hombre de adelante, que actúa con error de tipo o en un estado de inimputabilidad (instrumento), para que le entregue un bien ajeno; siendo que el hombre de adelante es que realiza la acción típica del apoderamiento.

2.3.4. Los medios

Cuestión importante, a saber, que el hurto a diferencia del robo, supone violencia y fuerza sobre las cosas, mientras que el segundo violencia y/o amenaza sobre las personas. De todos modos, el agente del delito de hurto revela ciertas técnicas de apoderamiento, que a veces hace de difícil su distinción con el robo.

Es de verse que ciertos apoderamientos, que sin estar dirigidas a ejercer violencia, coacción o amenaza sobre las personas, pueda llevar insito un cierto plus de violencia; en las calles del centro de Lima, puede observarse a diario, como ciertos cogoteros arranchan de sus tenedoras, collares hasta aretes, con una destreza encomiable, que a veces puede producir cierta afectación en la esfera somática de la víctima, no por ello, constitutivo del delito de hurto. Respecto de la violencia o la intimidación, porque, (...) el robo requiere de cierta intensidad en la coacción física o moral y que ésta se utilice para conseguir o asegurar el apoderamiento, de modo que seguirán en el ámbito del hurto los apoderamientos violentos que no alcancen la entidad que requiere el art. 242[59] o que no guarden relación con la sustracción de la cosa[60], medio que requiere mayor destreza y, de cierta forma, revela una mayor peligrosidad al ingresar al campo del hurto agravado.

En el supuesto en que el agente aprovecha que la víctima está liándose a golpes con otro individuo, y se cae su billetera al piso, para apoderarse de ella, será también un caso típico de hurto; no se puede de ninguna forma unir ambas secuencias, para poder construir una imputación delictiva a título de robo, pues para ser coautores se requiere de una co-decisión del plan criminal, y una división de las tareas, que no se advierte en dicho ejemplo.

---

(58) Así, Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 347; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., ps. 31-32.

(59) En referencia al C.P. Español.

(60) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 563; Así, Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 348.

3. ILEGITIMIDAD DEL HECHO

Antes de analizar el tema en cuestión, resulta importante referirnos primero sobre los efectos del consentimiento del titular, en el marco del delito de hurto; hemos de decir primero que el patrimonio es un bien jurídico de plena disponibilidad por su dueño, siempre y cuanto cuente con la legitimidad que lo ampara el ordenamiento jurídico; por lo que la modalidad típica, en cuanto al apoderamiento seguido por la sustracción, que realiza el agente, para hacerse de la nueva custodia del bien mueble, supone un atentado contra la voluntad de la víctima, quien se ve injustamente despojado de sus bienes.

Por lo antes dicho, si es que el titular del bien, le regala el objeto a un tercero, le concede su libre disponibilidad, no tratándose de una compraventa[61], he de señalarse que no se puede hablar en este caso de un comportamiento de relevancia jurídico-penal, puesto que no se puede hablar de lesividad, cuando se trata de un interés jurídico, plenamente disponible por el individuo. Siendo así, ante la presencia del consentimiento del titular, la conducta es «atípica»[62]; pero su validez está sometida a ciertas condiciones: de que sea prestada antes de realizarse el acto, exteriorizado por su titular, quien tiene que tener cierta capacidad de goce y de ejercicio; v.gr., carece de todo efecto legal, el asentamiento que otorga una niña para que un tercero se lleve el automóvil del padre[63] así como el consentimiento de la doméstica del hogar, en cuanto el vecino tome apropiación del televisor de la casa. Cuestión distinta es que el agente ingrese a un estado de equívoco, en cuanto a la calidad de dueño de la cosa, lo que puede dar lugar a un error de tipo en todo caso, sobre la misma caracterización ilícita de la conducta, de acuerdo a la inclusión de la "ilegitimidad" en la construcción típica.

En el caso de un bien sujeto a copropiedad se requiere el consentimiento de todos los copropietarios.

Como expresa PEÑA CABRERA, el consentimiento del dueño es en todo caso restringido, ya que el sujeto perjudicado del hurto puede ser cualquier persona que tenga relación jurídicamente protegida con el bien, por tanto, tampoco el dueño, si el bien está en poder de otro puede suplir o prescindir

---

(61) En este supuesto se produce la *traditio* del bien, la ejecución efectiva del contrato, conforme a las prestaciones recíprocas que cumple cada uno de los contratantes, tiene por principal efecto el reconocimiento de un nuevo *dominus* por parte del comprador; según lo dispone el artículo 1529° del CC.

(62) Así, PÉREZ MANZANO, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 356; VIVES ANTÓN, T.S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 411; QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 594; DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 33; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 195.

(63) Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 577.

de la voluntad del poseedor[64]; y si ésta la presta para que un tercero tome posesión de la cosa, sin consentimiento del poseedor, será una sustracción de bien propio, siempre y cuando el agente no conozca de que la tenencia la detentaba otra persona.

El consentimiento, de todos modos, debe ser prestado libremente, sin que medie vicio alguno que lo pueda contaminar, que no pueda dar lugar a una voluntad viciada. Si el autor influye mediante actos en si fraudulentos, engaños suficientes, como por ejemplo, ofrecerle una contraprestación a corto plazo, siempre y cuando sean usos vigentes en el mercado, no será un hurto, sino un típico caso de estafa, cumpliendo para ello la conducta con desbordar la esfera del riesgo permitido.

Ahora bien, la inclusión del término «ilegitimidad» en la redacción normativa del artículo 185°, puede dar lugar a ciertos reparos[65]. Las conductas que el legislador describe en los tipos legales, son descripciones que de por sí llevan insitos una reprobación jurídico-penal, en el sentido de manifestar estados de lesión y/o aptitud de lesión, para con los bienes jurídicos que se han sistematizado en las titulaciones del texto punitivo. Dando con ello a la formulación de una construcción típica, por lo que en ella se comprende los elementos descriptivos y normativos, que forman parte del juicio de tipicidad; la confrontación de la conducta atribuida a la esfera de organización del agente con el modelo descriptivo que se hace alusión en un articulado, tiene como resultado un juicio positivo, sólo con respecto a dicho nivel dogmático, sin incluir a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Por consiguiente, basta con dicha verificación para dar por concluido dicho análisis en esencia formalista, sin necesidad de reforzar normativamente el juicio de eisvalor; cuestión distinta es la aparición de causas de justificación, cuando el autor cuenta con un derecho autoritativo para lesionar un bien jurídico, dejando la tipicidad penal intacta.

En el caso del hurto la acción típica lleva implícita la «ilegitimidad», que queda enervada únicamente cuando concurre el consentimiento del titular del bien, bajo los presupuestos antes anotados, sin necesidad que ello deba resaltarse de forma expresa en el marco legal[66]. Simplemente con la concurrencia del asentamiento se impide el nacimiento propiamente del delito, pues el hurto reside precisamente en el apoderamiento de un bien ajeno realizado "*invito domine*"[67].

---

(64) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 84-85.

(65) Para Fontán Balestra, la presencia del adverbio ilegítimamente en la definición del hurto se traduce en determinadas exigencias subjetivas, el cual encierra un concepto complejo, (...) por lo que lo exigible es que el autor sepa que obra ilegítimamente; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 418.

(66) Vid., al respecto, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 33.

(67) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 84.

Pasando a otro plano de valoración dogmática, nos trasladamos al campo de la antijuridicidad penal, esto es, ante que supuestos puede permitirse el apoderamiento de un bien mueble, en contra de la voluntad de la víctima. Existen en el marco del proceso penal y civil, medidas de aseguramiento, quiere decir esto, instrumentos cautelares que se dirigen a proteger la efectividad ejecutiva de la resolución final que se expida en el proceso principal. En primera línea, en la persecución penal proceden las denominadas medidas cautelares de orden real (embargo), dirigidas a cautelar la pretensión indemnizatoria de la víctima; que en algunos casos puede significar el despojo del bien (secuestro conservativo), lo que también toma lugar en un proceso civil (medidas cautelares sobre el fondo). Afectaciones a la libre disponibilidad de los bienes, que priva definitivamente de la propiedad al afectado (imputado, tercero civil responsable), cuando se expide la resolución definitiva, ordenándose la ejecución del bien en un acto de remate público. La conducta que plasma el juzgador es en definitiva típica, pero no es sancionable penalmente, al estar visada legalmente por una causa de justificación (ejercicio de un deber, oficio o cargo).

Si el despojo lo acomete el demandante en el transcurso del proceso por vías de hecho, titular de una medida cautelar de embargo, sólo con anotación en el registro respectivo, no estará amparado en causa de justificación alguna, por lo que su conducta constituye un injusto típico.

Situación ésta última que no cabe apreciar en un proceso de ejecución de garantía prendaria, pues el poseedor del bien, es un tenedor que aún no cuenta con la propiedad del objeto, señoría sobre la cosa; por lo que no se atenta contra la propiedad, requisito indispensable para la configuración del delito de hurto.

No podemos dejar de lado, la posible aparición de un estado de necesidad, cuando el agente sustrae alimentos de una tienda, para poder alimentar a sus menores hijos, se advierte aquí, una preeminencia inobjetable, de la vida y la salud de los impúberes; empero su procedencia no toma lugar de forma automática, pues el autor ha de probar que no contaba con otros medios (lícitos), para poder hacerse de un dinero, lo suficiente para poder cubrir las necesidades elementales de sus menores hijos. No lo será el caso del desempleado, que en plenas capacidades físicas para desarrollar empleos menores, sin agotar dichas alternativas, se dedica al hurto, para satisfacer las cargas familiares; situación distinta ha de verse en el mismo desempleado, que aún trabajando en oficios menores, no le alcanza para comprar las medicinas que requiere su hijo para poder sobrellevar una enfermedad grave que lo aqueja.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva que se comprende en el artículo 185° del C.P., es esencialmente doloso, pues la esfera subjetiva del agente viene precedida

por el dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor debe dirigir su conducta a fin de hacerse un patrimonio ajeno, sabiendo de antemano que el bien es total o parcialmente ajeno, por tanto, la esfera cognitiva de cubrir todos los elementos constitutivos de tipicidad penal, incluida la ilegitimidad, que como se dijo antes, es un elemento innecesario; de tal forma que el agente deliberadamente se apodera de un bien, pretendiendo ejercer una nueva esfera de custodia.

Según la descripción típica en cuestión, no encontramos objeción, a que se admita el dolo eventual; bastando pues, con la conciencia del riesgo de lesión del bien –objeto de tutela–.

Dicho así, *el dolo, importa que el autor conduzca su comportamiento mediante un acto de apoderamiento, que habiendo desplazamiento, pues el bien es susceptible de aprehensión, pueda tener de él una nueva esfera de custodia, que le permita actos de disponibilidad sobre el mismo.*

Sin duda, en la esfera del tipo subjetivo del injusto, el agente puede estar incurso en un error acerca de la propiedad del bien; primer caso, cuando la maleta que se apodera es idéntica a la suya propia[68], segundo caso, cuando se cree propietario de la totalidad de un bien, que ha sido objeto de partición y división. Cada caso concreto deberá ser analizado por el juzgador a fin de establecer, si se trata de un error vencible o invencible, todo dependerá de los elementos con que contaba el autor al momento del hecho para salir del error.

De la redacción normativa se desprende que no es suficiente para acreditar el tipo subjetivo del injusto el dolo, pues se requiere sumar un elemento ajeno a él, de naturaleza «trascendente», se habla pues que el agente se debe apoderar del bien para "obtener provecho"[69], quiere decir esto, que quiere para sí el objeto, para que le reporte una determinada utilidad. Si bien el tipo legal no lo señala expresamente, considero que el provecho no necesariamente para sí, sino también para un tercero; v. gr., sería político criminalmente insatisfactorio sustraer del ámbito de protección de la norma, la sustracción que hace el agente de unas joyas de cuantioso valor, y que las entrega a su bella dama como obsequio[70]; asimismo, en cuanto a la novia, si su participación es posterior al apoderamiento efectivo del bien, cuando éste ha quedado totalmente fuera de la esfera de custodia del sujeto pasivo, no podrá ser pasible de alguna forma de participación por

(68) Así, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 46.

(69) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 86-87; González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II),* cit., p. 573.

(70) Así, Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 44; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 196.

el delito de hurto, más sí como autora de receptación, si es que su esfera anímica así lo exterioriza.

Máxime, la inclusión de este elemento subjetivo de naturaleza trascendente, permite delimitar la zona de aplicación del hurto simple con el hurto de uso; precisamente en este último el autor, no tiene la intención de ejercer un nuevo *dominus* sobre el bien, sólo pretende ejecutar un uso momentáneo del mismo. Tampoco comete hurto quien lanza el bien que ha sustraído de su titular, a fin de destruirlo, habrá cometido el delito de daños.

El aprovechamiento puede ser de cualquier índole, no sólo de carácter patrimonial, el propio uso, –según las propiedades del bien–, importa ya una ventaja[71]; v. gr., en el caso de los ladrones que hurtan un vehículo para ingresar a robar un banco y luego lo dejan abandonado, estarán incursos en un concurso delictivo de hurto de uso con robo agravado. Luego, en la hipótesis, que el autor primero cometa lesiones contra una persona, pues tenían una rencilla y, luego de ello, recién decide apropiarse de un dinero que se le cayera a su víctima, sin ejercer violencia; sería un concurso delictivo de lesiones con hurto.

No es propiamente un ánimo de lucro, pues en éste el agente persigue siempre la obtención de un enriquecimiento, como es el caso del asesinato por lucro, que toma lugar en el artículo 108° del C.P. Elemento que de forma específica es recogida en el artículo 234° del C.P. Español.

En resumidas cuentas, la posición adoptada, de incluir el propósito delictivo, del «aprovechamiento», permite sujetar la interpretación normativa según la teoría de la disponibilidad. Eso sí, a efectos probatorios no es necesario, que se acredite que el agente efectivamente obtuvo un provecho (utilidad), del bien[72], sólo que esa era su intención y que contó con tiempo suficiente para lograrlo.

5. EXTENSIÓN DEL OBJETO MATERIAL

El segundo párrafo del artículo en análisis dispone que se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético; lo que significa que el concepto de bien mueble toma una extensión conceptual más allá de una definición propia del Derecho civil, lo cual resulta

(71) En cambio para Pérez Manzano, el ánimo de lucro incluye, por tanto, sólo la intención de obtener la ventaja económica, pero no derivada del uso del objeto, sino de su apropiación definitiva; *Delitos contra el patrimonio...*, cit., p. 357; la problemática estriba cuanto el autor de apropia del bien y, lo guarda de forma definitiva sin sacarle algún provecho, pero de todos modos bastaba que ésta fuese su intención.

(72) Así, Cuello Calón, E.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II, cit., p. 850.

plausible, pues el Derecho penal ha de intervenir, mediando sus propias concepciones terminológicas, amén de cautelar su función tutelar de los bienes jurídicos fundamentales.

Al acogerse la energía eléctrica, el agua y el espectro electromagnético, se deja de lado una visión corpórea del bien, para adentrarnos en un plano inmaterial, que se condice con el estado actual de las cosas, es que la realidad criminológica nos revela que la apropiación de estos elementos, importa un aprovechamiento económico indudable por quien hurta la energía eléctrica por ejemplo y, una afectación económica también inobjetable, que puede ser al dueño de un inmueble a la concesionaria que brinda el servicio de energía eléctrica.

Lo que caracteriza a los distintos objetos materiales del delito a que se refiere este párrafo, no es tanto el valor energético del mismo, sino el hecho de tratarse en todo caso de fluidos que se suministran con la intermediación de aparatos contadores, que sirven para medir el consumo o utilización de fluidos[73]. En efecto, el agua en sí no es lo que interesa al Derecho Penal, sino se preguntaría uno, por qué su apropiación en los ríos y mares no resulta prohibido, sino el servicio público que se ha establecido de él, que se ejecuta a partir de las empresas que prestan este servicio; que tienen un costo para el usuario dependiendo del grado de consumo, es por decirlo a título oneroso; de igual forma sucede en el caso de la energía eléctrica.

Como se dijo, se advierte en muchos casos, que ciertas personas que habitan en viviendas precarias, conforman instalaciones clandestinas, jalando la energía eléctrica de los postes de alumbrado público, acá el sujeto pasivo es la empresa concesionaria del servicio y sujeto activo el particular; si el cableado se cuelga a la instalación de una vivienda, el sujeto pasivo será el morador, pues a él se le está cargando dicho consumo, igual sucede con las líneas telefónicas. Sin embargo, si la empresa concesionaria pretende cobrar un servicio que nunca realizó o, sobrefactura más allá del consumo realmente efectuado, será un delito de estafa, siempre y cuando se haya obrado con dolo y, mediando engaño.

El gas, el agua u otro fluido que venga envasado y no es pasado por medidores y tenga un valor económico es el mercado también es susceptible del delito de hurto, ej., el tanque (balón) de gas[74]. Más no es hurto, el caso del usuario que se hacer surtir gasolina en un grifo por el grifero, y se va sin pagar, para nosotros delito de estafa, pues no hay acto de apoderamiento.

Hoy toman lugar, apoderamientos de otros elementos, en este caso el servicio de cable por televisión y el Internet; ambos son servicios que prestan ciertas empresa a cambio de una tarifa, por lo que su creciente criminalidad,

(73) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 91.

(74) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 92.

ha provocado hasta campañas publicitarias por radio y televisión. Nos parece correcto que el legislador haya contemplado una cláusula abierta, a fin de acoger otros elementos u energía, susceptible de ser aprehendido y de contenido valuable, lo que se condice con el ritmo incesante de la ciencia y la tecnología, que mueve al mundo moderno a una gran velocidad.

5.1. Modificación efectuada según Decreto Legislativo N° 1084 del 28 de junio de 2008.

Finalmente, el proceder incesante del legislador de nuestro país, de producir más y más leyes, y declinando esta vez, de su función legisladora que la Ley Fundamental le encomienda, autorizó al Poder Ejecutivo de legislar en ciertas materias, para facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos (TLC) y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento, habiéndose sancionado el Decreto Legislativo N° 1084 del 28 de junio de 2008 –Ley sobre límites máximos de captura por embarcación–, Ley que tiene por finalidad, como se desprende de su artículo 1°, el de establecer el mecanismo de ordenamiento pesquero aplicable a la extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis y anchoa nasus*) destinada al Consumo Humano Indirecto, con el fin de mejorar las condiciones para su modernización y eficiencia; promover su desarrollo sostenido como fuente de alimentación, empleo e ingresos; y, asegurar un aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad. De manera complementaria se aplicarán a la extracción del recurso de anchoveta otras medidas de ordenamiento pesquero contempladas en la Ley General de Pesca.

En el artículo 3° de la Ley –*in fine*–, se dispone que en aplicación de la presente, la captura de anchoveta destinada al Consumo Humano Indirecto que cada titular de permiso de pesca podrá realizar durante cada temporada de pesca quedará establecida en función del Límite Máximo de Captura de anchoveta y anchoveta blanca por Embarcación. El Límite Máximo de Captura por Embarcación (LMCE), por cada temporada de pesca se determinará multiplicando el índice o alícuota de atribuido a cada embarcación – Porcentaje Máximo de Captura Permisible (PMCE) – de acuerdo al procedimiento a que se refiere la presente Ley, por el Límite Máximo Total de Captura Permisible de anchoveta para el Consumo Humano Indirecto determinado para la temporada de pesca correspondiente; mientras que en la Exposición de Motivos de la ley en comento, se señala que la producción de harina y aceite de pescado que se realiza exclusivamente a partir de los recursos anchoveta y anchoveta blanca, es una de las actividades más importantes del sector pesquero en términos de divisas y de empleo; siendo que los instrumentos de regulación existentes, aún cuando han servido para establecer un control

biológico sobre la explotación de los recursos anchoveta y anchoveta blanca para preservar la biomasa, no han asegurado el marco necesario para una explotación eficiente del mismo, para el desarrollo de mejores condiciones para el empleo dentro del sector y para el mejor cuidado ambiental.

De lo expuesto en la norma en cuestión, se desprende una clara intención del Poder Ejecutivo de ejercer una tutela más intensa de los recursos hidrobiológicos, de forma específica la anchoveta, en cuanto a una mejor regulación legal que se dirija a que su extracción y pesca se desarrolle de forma racional, a fin de evitar una explotación desmedida e irracional que pueda repercutir negativamente en su propia explotación, como mecanismo regulador de los agentes económicos, tomando en cuenta su importancia para los acuerdos económicos que hayan de pactarse en el marco del Tratado de Libre Comercio con USA.

Dicho lo anterior, queda claro que dicha protección legal no se circunscribe a un ámbito administrativo, sino que la dación del Decreto Legislativo N° 1084, ha incidido también en la modificación de la tipificación legal del delito de Hurto, extendiéndose de este modo el objeto de tutela, que en este caso sería los recursos pesqueros, que se encuentran comprendidos en los Límites Máximos de Captura por Embarcación, concretamente la anchoveta y anchoveta blanca destinado al Consumo Humano Indirecto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley.

Ahora bien, se ha sostenido a lo largo del estudio de este articulado, que el bien objeto material del delito, debe ser susceptible de ser apropiado, contar con una valuación económica y tener a un sujeto como dueño. El artículo 66° de la Constitución Política del Estado, establece que los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. Del precepto constitucional se colige que los recursos hidrobiológicos pertenecen al Estado, por lo que su explotación, pesca y aprovechamiento, requiere de la debida autorización estatal (administrativa); de no ser así se estaría incurso en una infracción legal. Este precepto busca resaltar, de manera acertada, el dominio eminente del Estado, esto es, la capacidad jurisdiccional para administrar, legislar y resolver las controversias que puedan suscitarse en torno al mejor aprovechamiento de los recursos naturales[75]; siendo que la actividad pesquera es regulada por el DL N° 25977, que en realidad no es constitutivo de una ley orgánica.

(75) Hundskopf Exebio, O.; *Del Ambiente y los Recursos Naturales*. En: La Constitución Comentada, T. I, cit., p. 919.

El Estado, entonces, es el titular de la riqueza hidrobiológica, de las especies marinas que habitan en los mares, en la costa, donde la Nación peruana ejerce su soberanía. Recursos como la anchoveta, que indudablemente son susceptibles de ser valorados económicamente. Empero, si bien los semovientes pueden ser objeto de apropiación por una persona, por ende, de ser sustraídos a fin de obtener de aquellos una ventaja económica, en el caso de la anchoveta por ejemplo, no se puede hablar propiamente de un «apoderamiento», a menos que ya se encuentren en tierra y, sean objeto de una sustracción en un supermercado, sino de su caza y/o pesca, por lo que los verbos nucleares empleados por el legislador en el artículo 185° no se condicen con la naturaleza de estos objetos. Otro aspecto a mencionar resulta de la tipificación penal propuesta en el artículo 308° del C.P. (Comercialización de especies de flora y fauna prohibida), donde de forma expresa se hace alusión en la redacción normativa: a la caza, captura, extracción o comercialización de especies de flora o fauna, que están legalmente protegidas. Situación legal en la que se encontraría comprendida la anchoveta. Siendo que dicho tipo legal protege el medio ambiente, la biodiversidad, los recursos naturales renovables, que constituyen riqueza del Estado y de la sociedad, consustanciales para la propia subsistencia de la raza humana, dando lugar a un bien jurídico supraindividual; no se tutela el patrimonio, sino el sistema ecológico, como plataforma esencial del individuo en el sistema social.

No encontramos coherencia sistemática, en cuanto a modalidad típica y el objeto que se pretende proteger punitivamente. La necesidad por ejercer una tutela más eficaz, ha llevado al Ejecutivo a emplear la norma jurídico-penal como instrumento de policitación, para percepciones socio-políticas, que en la praxis no tendrá mayor rendimiento. Máxime, que sucederá en el caso de los pescadores artesanales u otros, que sólo extraen este recurso hidrobiológico, para el consumo humano y, no para su comercialización, ¿todos ellos tendrán que ser perseguidos penalmente?

En resumidas cuentas, el tipo penal previsto en el artículo 308° del CP[76], resulta suficiente para proteger los recursos hidrobiológicos, incluyendo a la anchoveta. La inclusión de esta especie como objeto material del delito de Hurto, conducirá a un conflicto de normas, donde el juzgador deberá prevalecer aquella norma que de forma más precisa y concisa pueda cobijar el supuesto de hecho y, si es la captación de un pez, no se puede hablar de apropiación sino de caza, en cuanto a un entendimiento claro del lenguaje. Debe agregarse que se configurará la modalidad en análisis, siempre y cuando se supere el límite máximo de asignación de límites máximos de captura por embarcación[77].

(76) También modificado por el D. Leg. N° 1084.

(77) Debiéndose anotar que el artículo 30° (*in fine*), reconoce un procedimiento administrativo,

5.2. Decreto legislativo n° 1245: la tutela penal de los hidrocarburos

a. Indicador criminológico

Hemos sido claros al develar que la delincuencia patrimonial sigue creciendo de forma geométrica, mientras la dotación policial en nuestras calles aumenta de forma arimetica; se reportan cada día numerosos casos de hurtos, robos y extorsiones en las comisarías del país, sin contar la cifra negra de la criminalidad[78]. Una noticia criminal que se convierte en grandilocuente cuando no se cuenta debidamente la historia, se añaden ciertas aristas, factores y/o circunstancias que no encajan con la realidad histórica, convirtiendo un hurto en un robo, una lesiones en una tentativa de homicidio, un actos contra el pudor en una tentativa de violación sexual; una deformación del relato fáctico que incide en una errática hipótesis de incriminación que atañe y afecta al principio de legalidad (un correcto juicio de subsunción típica es una falencia constante de los operadores jurídicos = «imputación necesaria[79]»).

Una delincuencia que adquiere nuevos métodos y formas de delinquir (modus operandi), muy versátil a efectos de obtener ilícitamente un patrimonio; v. gr., fraudes electrónicos, estafa informática, asunción de falsas iden-

---

iniciado para sancionar la captura del recurso sin contar con un límite máximo de captura por embarcación, impuesto de acuerdo a lo establecido en la presente ley o la captura de recurso excediendo los límites máximos establecidos, si el Ministerio considera que el responsable de la infracción actuó dolosamente y que el perjuicio fuere de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el medio ambiente y el interés económico general, deberá formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial de Turno, para su respectiva investigación por la aparente comisión de los delitos tipificados en los artículos 185° o 186.6 según corresponda, y en el artículo 309° del Código Penal; de este precepto se derivan varias inferencias, primero, que la acción penal, en cuanto a su efectiva promoción, está reservada al Ministerio del Sector correspondiente, que de forma discrecional asume la posición que sólo le asiste al representante del Ministerio Público, constituyéndose una especie de prejudicialidad administrativa, que no se ajusta a los preceptos constitucionales de rigor, que erige al Fiscal como el titular del ejercicio público de la acción penal; segundo, se advierte un proceso administrativo, que puede dar lugar a una desobediencia de esa naturaleza, contándose por tanto, con una conducta que puede generar a la vez una infracción administrativa y una infracción penal, no resultando suficiente, a efectos de cautelar el principio del *non bis in idem* y de legalidad material, los criterios que se han incluido en este articulado.

(78) Aquellos hechos punibles que se cometen en el territorio nacional pero que por una serie de razones no son reportados a los órganos de investigación y persecución penal, sea por desidia de la víctima, de resignarse ante un sistema punitivo incapaz de dar respuestas eficaces e improntas, en cuanto a la captura de los presuntos autores y/o partícipes del delito así como de recuperar las especies sustraídas.

(79) Vide al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*. 4ta. edición. Instituto Pacífico, 2016, Lima.

tidades[80]; esto es, dichos agentes no escatiman esfuerzos en pos de lograr su plan criminal, de apropiarse cuanto objeto le sirva para comercializar en el mercado negro. No hay problema pues de hacerse de una cosa, objeto u instrumento que pueda otorgar al agente un dividendo económico.

Entre estas manifestaciones propias de la criminalidad «patrimonial», se encuentra aquella encaminada a la sustracción, apoderamiento y arrebato de bienes muebles, tal como se tiene de la redacción normativa del artículo 185° del CP - hurto. Así, observamos que el apoderamiento y/o sustracción de derivados del hidrocarburo como el petróleo, a partir de una serie de modalidades; brote de petróleo (Sechura - Piura), producido por una conexión clandestina efectuada por inescrupulosos, que en forma perforaron la tubería con el fin de sustraer el crudo. Esta acción deliberada produjo una avería en el Oleoducto y el consecuente derrame de petróleo. Estas situaciones son una constante en nuestro país producto no solo de actos como los descritos, sino también de la negligencia de las empresas que explotan los yacimientos y oleoductos petroleros en el Perú[81]. Ante dicha descripción fáctica, la calificación jurídico-penal es constitutivo de un concurso ideal de delitos, conforme el tenor literal del artículo 48° del CP, del artículo 185° con el artículo 304° de la codificación penal, de hurto con contaminación ambiental. De recibo, los componentes ambientales al significar un interés jurídico de orden *supraindividual,* prevalecen ante un bien jurídico de naturaleza individual como lo es el patrimonio.

Otro supuesto distinto resulta de una actuación antijurídica que toma lugar en los diversos estamentos de la Administración Pública por parte de sus actores principales = funcionarios y/o servidores públicos, quienes en su calidad de perceptores, custodios o administradores se apropian para sí o para terceros de petróleo, gasolina u otros hidrocarburos; esto es, ante una relación funcional entre el sujeto público cualificado (*intraneu*) y el objeto material del delito (petróleo), la tipificación legal se desplaza a la tipificación penal del artículo 387° del CP, en tanto el funcionario se aprovecha de su inmediato o mediato acceso al objeto material del delito para sustraerlo de forma definitiva de la esfera de la Administración; así, una investigación en la ciudad de Moquegua dio cuenta del desvío de 5,000 galones de petróleo de la marina, ascendente a un valor de S./ 57.000 nuevos soles. Desvalor si bien contenedor de una apreciación económica, a su vez portador de una lesión a los principios jurídico-penales (constitucionales), que guían la labor de la función pública en un orden democrático de derecho[82]. Sólo responderán

(80) Ley N° 30096 - Ley de delitos informáticos.

(81) Al no adoptar las medidas de seguridad necesarias, idóneas y aptas para conjurar los posibles riesgos que pueden generar este tipo de actividades económicas, en esencia extractivas de los recursos naturales.

(82) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. V, tercera edición, IDEMSA, 2016, Lima.

como autores aquellos agentes revestidos de la función pública, siempre que cuenten con el acceso normativo a la esfera de disposición del bien jurídico tutelado («relación funcionarial»), el resto de intervinientes como cómplices (primarios o secundarios), dependiendo del estadio de su participación, pues si ésta se produce cuando ya tomo lugar la apropiación del combustible, sea comercializando o diluyendo su verdadera procedencia (actos de distracción), será constitutivo de autoría de lavado de activos.

Ahora bien, si se trata de una banda delictiva compuesta por civiles y policías en actividad, que asaltan en la carretera los camiones cisterna que transportan petróleo -mediante el uso de armas de fuego-, estaremos ante el delito de robo agravado. Siempre que se haga uso de la violencia o la amenaza contra las personas[83], estaremos ante el injusto penal de robo agravado, constituyendo el mismo objeto material del delito que el tipo penal de hurto = bien mueble.

b. Apuntes de parte general

La norma jurídico-penal viene a recoger una realidad social, hechos que se suscitan en el mundo fenoménico, por lo que a través de una labor de política criminal es que el legislador da contenido a un comportamiento típico, penalizando el comportamiento humano en relación con un determinado bien jurídico. Como bien lo dice MIR PUIG el tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa, naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica[84], que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Entonces, el legislador (también el Ejecutivo), toma en cuenta un hecho que se produce en las relaciones inter-humanas, portador de lesividad social para con interés jurídico[85] y así procede a su acriminación, sin embargo tal conducción humana puede estar ya acogida en una determinada tipificación legal, mas la necesidad de expresar una simbología comunicativa hacia el colectivo incide en una propuesta sobre criminalizadora.

Aparece de esta forma el principio de legalidad cuyos efectos irradian tanto un plano dogmático como de política criminal, en cuanto a los presupuestos materiales a tomar en cuenta para definir la penalización de la con-

(83) Sujetos pasivos de la acción, que no necesariamente se identifica con el sujeto pasivo del delito.

(84) Mir Puig, S.; *Estado, Pena y Delito,* cit., p. 347.

(85) A decir de Mir Puig, (...) el criterio fundamental que ha de guiar la selección de conductas típicas ha de ser su capacidad para lesionar intereses reales directos o indirectos de los ciudadanos, intereses previos a las normas jurídico-penales, hechos también de una amalgama de base natural y concreción cultural de la que debe partir el Derecho penal; *Estado, Pena y Delito,* cit., p. 348.

ducta como su proceso (constitucional y legal) de su acriminación. El Tribunal Constitucional en la STC N° 2050-2002-AA/TC (Fundamento 8), indicó que: "*Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como...*" *ley o norma con rango de ley.* (STC de España 61/1990)". De una visión más lata, el mismo tribunal acota: "(...) *el principio de legalidad penal no sólo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica* [Cfr. STC Exp. N.° 2758-2004-HC/TC]"[86].

En un Estado Constitucional de Derecho la regulación de la conducta prohibida (mandatos normativos), deben ser objeto de una precisa y detallada regulación, a efectos de que los ciudadanos (como destinatarios de las normas) sepan exactamente de qué forma deben conducirse en sociedad y así no caer en el ámbito de la protección de la norma[87]; una ley penal que no cumple con tales presupuestos puede generar ciertos claroscuros al juzgador al momento de interpretarla y aplicarla, por ende al mismo colectivo en el proceso de interiorización normativa. Como lo explica el TC, refiriéndose al subprincipio de de tipicidad: "*Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio. Igualmente en sede corporativa,*

(86) STC N° 06196-2013-PHC/TC (Fundamento 4).

(87) Situación que conlleva ingresar a una posible represión, producto de una reacción legitimada del Estado y la sociedad, ante la comisión de un comportamiento portador de lesividad social.

la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el estauto de las personas jurídicas"[88].

A decir de ROXIN, una ley indeterminada o imprecisa por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica un autolimitación del ius puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo-general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad[89].

En la doctrina colombiana se es de la opinión que las formulación de normas generales requiere un lenguaje con palabras capaces de referirse a clases de situaciones y clases de individuos, es decir, términos de clase o propiedades que pueden predicarse de un conjunto estado de cosas. Para un enfoque convencionalista del lenguaje, el significado de las palabras de clase se muestra en el uso paradigmático de las expresiones, es decir, en casos típicos en los que los miembros de la comunidad están de acuerdo acerca de la aplicación de la palabra[90]. Lógicamente, todo en el ámbito de lo que la realidad normativa permita, pues la terminología del lenguaje usual, las expresiones siempre dejarán un marco espacio abierto, mas dicha apertura debe ser lo más estrecha posible. FERRAJOLI apunta que existe siempre un margen insuprimible de incertidumbre y, por tanto, de discrecionalidad en la interpretación de la ley[91]. Este grado de imprecisión, en otras palabras apertura a la indeterminación, viene auspiciada por factores ajenos al estrictamente normativos (*técnica legislativa*) de acomodamiento a las valoraciones sociales propias del contexto histórico, por tanto cambiantes. En expresión de SARRABAYROUSE, muchos ámbitos que la ley pretende regular son cambiantes por naturaleza (ejemplo, el Derecho impositivo), lo que obliga a adoptar fórmulas abiertas[92].

Dicho en palabras de HASSEMER, la más seria amenaza para el mandato de certeza no procede de la voluntad del legislador, sino de su capacidad para hacer leyes precisas. El legislador penal tiene que resolver, al mismo tiempo dos tareas diferentes, contrarias entre sí: tiene que dejar sus normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a casos futuros, aún desconocidos pero "pensados para cuando se conozcan", y debe formularlos

(88) STC N° 00156-2012-PHC/TC (Fundamento 9).

(89) ROXIN, C.; *Derecho penal. Parte general,* Madrid, Civitas, 1997, cit., p. 169.

(90) MANRIQUE/ NAVARRO/ PERALTA; *La relevancia de la dogmática penal.* Universidad Externado de Colombia, cit., p. 77.

(91) FERRAJOLI, L.; *Derecho y Razón,* cit., p. 122.

(92) SARRABAYROUSE, E.C.; *La crisis de la legalidad...*, cit., p. 50.

de un modo lo suficientemente cerrado como para que sean impenetrables a los casos que no han sido imaginados[93][94]. O visto desde otra perspectiva, la norma legislada (precisa) encierra como tal un valor -aunque relativo-, sin que urgentes necesidades preventivas puedan prevalecer por sí solas y relativizar la exigencia de precisión en aras de más utilidad o eficiencia represiva. El principio de legalidad se ha hecho prevalecer de este modo sobre el de seguridad[95]. Se supone que la aplicación de la ley penal, previa su necesitada interpretación, ha de tomar lugar según criterios de máxima racionalidad, una cosas por tanto, es extender más allá el ámbito de lo prohibido, motivado por estrictas consideraciones de política criminal y, otra muy distinta cobijar la conducta incriminada a los alcances de la norma, según criterios finalísticos, teleológicos, heurísticos, etc.

Uno de las misiones fundamentales del principio de legalidad, en cualquiera de sus manifestaciones, es sin duda generar un marco de seguridad jurídica para los justiciables, para todos los ciudadanos, evitar todo resquicio de arbitrariedad, como interdicción a la injusticia del órgano judicial. En la doctrina especializada De Vicente Martínez alega que el principio de taxatividad o determinación de la ley penal no es más que la manera con que la se puede satisfacer, de un lado, la exigencia que todo ciudadano conozca con claridad lo que está penalmente prohibido (seguridad jurídica) y de otro lado, el principio democrático que quiere que sea el poder legislativo quien decida qué conductas merecen una sanción jurídico-penal, puesto que sólo él posee una legitimidad directa para adoptar tales decisiones, por lo que no se puede renunciar a sus competencias a favor del poder judicial[96]. No pasemos por alto que la tipicidad se deriva del principio de legalidad, es decir, como sub principio tendiente a especificar la función reguladora de la conducta prohibida[97]; así se pronuncia el TC, señalando que: "*No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface*

(93) Hassemer, W.; *Fundamentos del Derecho penal,* cit., p. 316.

(94) A decir de Vicente Martínez, (....) incluso, una disposición precisa puede dar lugar a que se planteen casos dudosos, pues la precisión nunca es total; *El principio de legalidad penal,* cit., p. 44.

(95) Sánchez-Ostiz, P.; *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios,* cit., p. 165.

(96) De Vicente Martínez, R.; *El principio de legalidad penal,* cit., ps. 40-41.

(97) En la STC N° 00156-2012-PHC/TC (Fundamento 9), se sostiene: "*El sub principio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que está proscribiendo*".

cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)"[98].

Conforme la postura de HART, sobre la «textura abierta» del lenguaje, destaca la casi irreductible indeterminación de casi todas las disposiciones normativas formuladas en lenguaje natural mediante términos clasificatorios generales[99].

c. Consideraciones de político criminal - Delito de hurto

Nos preguntamos por tanto si es que era necesario en el ámbito del artículo 185° del CP, la inclusión terminológica del término «hidrocarburos», según la modificación producida en dicho tipo legal vía el Decreto Legislativo N° 1245 de noviembre del 2016. Reforma de político criminal que se plasma en un contexto de inseguridad ciudadana, habiéndole concedido el Poder Legislativo al Ejecutivo legislar en dicha materia. En párrafos primeros se indica en dicha Ley lo siguiente: "*Que, mediante Ley N° 30506, el Congreso de la República ha delegado 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., por el término de noventa (90) días calendario,* (...) *en ese sentido, el literal a) del numeral 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, dispone la facultad de legislar con la finalidad de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, en particular en lo que respecta a las afectaciones a la infraestructura, instalaciones, establecimientos y medios de transporte de hidrocarburos en el país*; (...), *en dicho marco normativo, y teniendo en consideración lo establecido en los artículos 2 y 76 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2005-EM, resulta conveniente dictar disposiciones tendientes a modificar el Código Penal con el objeto de garantizar la seguridad en las actividades de hidrocarburos y el abastecimiento de hidrocarburos al mercado interno, ello con la finalidad de contribuir al desarrollo nacional.*

Los artículos citados disponen que: "*El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.* (...) *El transporte, la distribución mayorista y minorista y la comercialización de los productos derivados de los Hidrocarburos se regirán por las normas que apruebe*

(98) STC N° 2050-2002-AA/TC.

(99) Igartúa Salaverría; *Teoría analítica del Derecho*, 1994, cit., p. 44.

el Ministerio de Energía y Minas; dichas normas deberán contener mecanismos que satisfagan el abastecimiento del mercado interno". Es política estatal prioritaria, primero velar por la libre competencia del mercado de hidrocarburos, tal como lo contempla el artículo 61° de la Constitución Política del Estado, por tanto de crear y fomentar los espacios necesarios de acceso para los competidores en el mercado, de controlar que dicha actividad se realice en sujeción a los estándares de un economía social de mercado, de que no se obstaculice, trabe o se den maniobras anticompetitivas entre los agentes económicos. Lo segundo, de cautelar adecuada y debidamente que el mercado no se vea desabastecido de combustible (hidrocarburos). En publicaciones especializadas sobre la materia (economía), diario "Gestión" se indica que: "El sector hidrocarburos es fundamental para el desarrollo del Perú, no solo porque de todas las fuentes de energía que consumimos los peruanos, los hidrocarburos representan el 64%; sino también porque cada vez más importante su aporte al PBI ubicándose por encima del sector eléctrico, saneamiento y pesca, reveló un estudio de la Sociedad Peruana de Hidrocarburos".

Por lo dicho es inobjetable la relevancia de los hidrocarburos para el país, sea como fuente energética sea como una actividad que reporta altos dividendos al fisco, por tanto se ubica en una posición expectante con respecto al PBI, mas otra cosa es considerar que su tutela jurídico-penal forme parte de la agenda político criminal contra la inseguridad ciudadana que sufre nuestra Nación. El hurto de petróleo o el peculado teniendo al combustible como objeto de apropiación provoca un reproche jurídico-social de cierta intensidad, mas no lo suficiente como para asociarlo al crimen organizado o a los delitos propios del «Derecho Penal Securitario».

¿No resultaba factible deducir a los hidrocarburos como objeto material del delito, sea como bien mueble o conforme el segundo párrafo del artículo 185° del CP, bajo la cláusula de «cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico» sin necesidad de su taxativa definición[100]? Como lo hemos anotado en otras investigaciones[101], una cosa es la analogía y otra una interpretación extensiva y así cautelar la vigencia de la lex certa; mientras que los criterios interpretativos (teleológico, finalista, etc.), permita definir el alcance y contenido de la norma, según la naturaleza jurídica del concepto en cuestión[102]. De suerte, que no vemos inconveniente alguno en incluir a

(100) Tal como se tiene de su redacción actual, se acuerdo a la modificatoria generada por el Decreto Legislativo N° 1245.

(101) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General.* Quinta edición. T. I, IDEMSA, Lima, 2015.

(102) Asumiendo la postura que la acepción de «bien mueble» importa un elemento normativo, al requerir de una definición va más allá de la percepción del profano, en cuanto a un juicio de valor según las normativas sobre la materia; en principio de los artículos

los hidrocarburos, en incluirlo en la cláusula abierta del artículo 185° del CP, conforme se señala líneas adelante.

Para el Derecho civil, según se desprende del artículo 886°, son todos aquellos que pueden ser objeto de apropiación, sean en derechos materiales y/o inmateriales; dejando una cláusula abierta, tal como se expone en el inc. 10) del articulado; complementándose este dispositivo con los partes integrantes y accesorios, de conformidad con los artículos 887° y 888° (*in fine*)[103]. De este modo, el concepto penal de cosa mueble es más amplio y más estricto que el civil.

Al acogerse la energía eléctrica, el agua y el espectro electromagnético, se deja de lado una visión corpórea del bien, para penetrar en un plano inmaterial, que se corresponde con el estado de la cuestión, en tanto la realidad criminológica nos revela que la apropiación de estos elementos, importa un aprovechamiento económico indudable por quien hurta la energía eléctrica por ejemplo y, una afectación económica también inobjetable, que puede ser al dueño de un inmueble a la concesionaria que brinda el servicio de energía eléctrica.

Los hidrocarburos vendrían a constituirse en compuestos químicos, producto del carbono e hidrógeno; es por tanto una sustancia líquida, cuyo valor económico le es intrínseco[104]. En consecuencia, si ésta es objeto de apropiación (sustracción) de parte de un tercero de quien legítimamente es su propietario (Estado o particulares) se configura el delito de Hurto. Y, este juicio de subsunción típica procede sin necesidad de que la literalidad normativa del hurto haga alusión a los hidrocarburos. Sin duda, la reforma -in comento- parte de la función socio-cognitiva-comunicativa de la ley penal, de acoger ciertas demandas de sectores de la sociedad, en este caso la Sociedad Peruana de Hidrocarburos y el mismo Estado, no olvidemos que en el mercado de hidrocarburos tenemos de PERUPETRO SA - empresa estatal de derecho privado, que en representación del Estado, se encarga de promocionar, negociar, suscribir y supervisar contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos en el país.

A una actividad económica tan importante, se le debe otorgar todas las garantías del caso en su operatividad, la inversión privada (nacional y extranjera), debe ser debidamente cautelada, en el presente, el empleo del Derecho penal, que como hemos señalado ya recogía dentro de un marco estrictamente interpretativo la posibilidad de acoger a los hidrocarburos como objeto material del delito en el caso del hurto. Asimismo, recogiendo

885° y 886° del Código Civil

(103) Vide, de forma amplia, Fontan Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 413.

(104) Vide, artículo 7° de la Ley N° 26221.

lo indicado -en apartados anteriores-, cuando dicho apoderamiento (apropiación) se produce en el ámbito de la Administración Pública, por funcionarios y/o servidores públicos que cuentan con una vinculación funcional con caudales o efectos, constituyendo el encaje, entendiendo que el petróleo es un bien fungible. De acuerdo con ello, también tendría que darse una especificidad terminológica en tal sentido, en la redacción legal del delito de peculado, lo cual a la luz de las imputaciones formuladas hasta ahora por la fiscalía no devendría en necesario.

d. Análisis de las modificaciones - Hurto agravado:

El artículo 185° del CP, viene a regular la conducta básica, el tipo esencial mediante el cual el agente se apropia de un bien ajeno, sabedor éste de su ajenidad; cuando a dicho comportamiento prohibido se le añade o suma algunos componentes susceptibles de dotarlo de un mayor grado de desvalor, en cuanto a la pluralidad de agentes, la naturaleza del bien, las características del lugar donde se produce el delito, la nocturnidad u otros conforme el enorme listado contemplado en el artículo 186° (*in fine*).

La numeración de circunstancias de agravación va engrosándose, conforme el legislador o el Poder Ejecutivo van recogiendo ciertos datos de la actualidad social muy movida por los actores políticos.

Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1245, se tenía como hipótesis agravatoria, cuando la acción típica recae: "*Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones*". La finalidad político criminal es clara, de reforzar la tutela jurídico-penal de aquellas instalaciones o infraestructuras donde se prestan ciertos servicios público (salud, comunicaciones, educación, transporte; el hurto no solo con respecto a los bienes que allí se encuentran, sino también de sus equipos o elementos de seguridad, que se sabe cuentan dichas actividades públicas, como el metropolitano o el tren eléctrico en el caso del transporte. Las antenas de comunicaciones, los alumbrados y postes públicos, es decir toda propiedad estatal que puede ser objeto de una indebida apropiación por parte de un tercero, en vista de su valor económico.

Siguiendo con esta pauta de política legislativa, el Decreto Legislativo 1245, incorpora la siguiente modalidad agravatoria: "*Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia*". La justificación político criminal de tal inclusión la advertimos en lo que el propio

PETROPERU, -a través de su directorio-, anunció declarar en emergencia a la empresa estatal hasta que se logre garantizar la seguridad e integridad de la infraestructura, a propósito del último derrame de petróleo ocurrido kilómetro 103 del Oleoducto Nor Peruano (ONP) en la Comunidad Nativa de Naranjal, en Loreto. Se señala al respecto que en el transcurso de un año se han presentado ocho fugas que, según la empresa, han sido provocados por "personas inescrupulosas" y que ponen en riesgo el desarrollo en la Amazonía. La decisión se tomó luego del último derrame. Así, el 12 de noviembre del 2016 (diario Gestión), se detectó una fuga de crudo en el kilómetro 15.3 del Tramo I del Oleoducto Norperuano (ONP), cerca de la localidad de Maypuco, distrito de Urarinas, región Loreto, como consecuencia de un nuevo atentado contra esta infraestructura, denunció PETROPERÚ. De forma sistemática, se han ido produciendo una serie de actos ilícitos sobre la plataforma (infraestructura e instalaciones) de oleoductos, donde se extrae, procesa y refina el petróleo, por sujetos que si bien buscan la obtención de dividendos patrimoniales, en su ilícito proceder puede provocar impactos antijurídicos al mismo funcionamiento del servicio así como de generar estragos al medio ambiente.

Conforme la Ley de la materia, sería la normatividad específica sobre el tema en cuestión, la Ley de Hidrocarburos N° 26221 y su Ley Orgánica - DS N° N° 042-2005-EM. Los artículo 7° y 8° de la primera de las mencionadas indica: "*La denominación "Hidrocarburos" comprende todo compuesto orgánico, gaseoso, líquido o sólido, que consiste principalmente de carbono e hidrógeno. Los Hidrocarburos "in situ" son de propiedad del Estado. El Estado otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los Hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar Contratos de exploración y explotación o explotación de éstos, en los términos que establece la presente Ley* (...)".

Cuestión importante a saber, es que el agente debe conocer (dolo) que se está apropiando de un bien mueble que forman parte de instalaciones o infraestructura para la exploración, explotación, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, conforme a la legislación de la materia. Si tal esfera intelectiva no se cumple, el autor asume responsabilidad por el tipo base o en su defecto por la circunstancia de agravación reglada en el inc. 10) del articulado, siempre que su esfera cognitiva abarque la naturaleza pública de la infraestructura, donde se toma el bien de forma ilícita.

Consideramos correcto dar cabida legal a esta circunstancia de agravación y así propiciar un fuerza intimidatoria suficiente para poder contener estos actos que tanto perjuicio ocasiona al sistema de funcionamiento de oleoductos, por tanto al abastecimiento propio del mercado y en lo que respecta al riesgo que dicha conductas entrañan para los componentes ambientales. A la actuación del derecho punitivo debe aparejarse otros contro-

les, otros medios legales de regulación e intervención que puedan reforzar la prevención de estos comportamientos disvaliosos.

En fin, los avatares de la política criminal en nuestro país no siempre son decisiones legislativas ajustadas a los principios elementales de un Derecho penal democrática, responden más bien a contextos, a ciertas coyunturas enmarcadas en percepciones sociales y políticas, en este caso a la necesidad de reforzar la protección del hidrocarburo como de sus instalaciones e infraestructura (oleoductos, refinerías de petróleo). Aspecto esencial en este entramado delictual es el medio ambiente, bien jurídico susceptible de ser lesionado por estas conductas antijurídicas. No en vano, el artículo 87° de la Ley de Hidrocarburos prevé que: "*Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que desarrollen actividades de hidrocarburos deberán cumplir con las disposiciones sobre el Medio Ambiente. En caso de incumplimiento de las citadas disposiciones el OSINERG impondrá las sanciones pertinentes, pudiendo el Ministerio de Energía y Minas llegar hasta la terminación del Contrato respectivo, previo informe del OSINERG*".

ARTÍCULO 186.- HURTO AGRAVADO[105]

El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. *Durante la noche.*
2. *Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.*
3. *Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.*
4. *Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.*
5. *Mediante el concurso de dos o más personas.*

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. *En inmueble habitado.*
2. *Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.*
3. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*
4. *Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas.*[106]

---

(105) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.

(106) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22 octubre 2013.

5. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*
6. *Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.*
7. *Utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales.*
8. *Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima.*
9. *Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*
10. *Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transportes de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.*
11. *En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos."(107)

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN Y BIEN JURÍDICO

Hemos sostenido con uniformidad de criterio que lo se tutela en esta titulación es el patrimonio, entendido como una unidad (elementos integrantes), del acervo patrimonial de una persona, que se puede ver afectado, ante atentados ilegítimos que se manifiestan mediante actos típicos de desapoderamiento; quiere decir esto, que se ejerce un acto de sustracción destinado a ejercer una nuevo *dominus* sobre el bien mueble, lesionándose el derecho de propiedad así como sus facultades inherentes (posesión), desvalor del injusto típico que se determina conforme a la legitimidad de la acción que arrebate de su legítimo titular, un bien que le pertenece. No obstante, pueden aparecer ciertas circunstancias, que hagan de la conducta, una desvaloración más injusta, sea por la forma de su comisión, por las circunstancias particulares que rodean el hecho, por la destreza del autor, por el número de agentes; que supone da lugar a un juicio de mayor desvaloración. Por tales motivos, toma sustantividad propia la figura del «Hurto agravado», cuya legitimidad es por cierto discutida en la doctrina. De todas formas de dice que el hurto agravado tiene una mayor proximidad con el robo, en tal medida se hace necesario una distinción penológica, pero aún no adquiere ese plus de sustantividad que se manifiesta en la violencia y/o la amenaza que recae sobre las personas.

(107) Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entrará en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Es de verse del presente artículo que el legislador ha empleado la técnica casuística para construir las diversas circunstancias agravantes que se glosan en el artículo 187°; que de hecho el listado ha crecido enormemente, producto de las incesantes reformas penales que han acontecido en los últimos años, a partir de la Ley N° 26319 de junio de 1994, hasta la Ley N° 28848 de julio de 2006. A decir de PEÑA CABRERA, la fórmula casuística del Código vigente describía taxativamente todas las fórmulas agravadas de hurto en seis incisos; posteriormente mediante Ley N° 26319 se incluyen cinco supuestos típicos más, teniendo en cuenta la calidad del agente, cualidad de los bienes y peligrosidad de los medios comisivos[108]. Finalmente, con la dación de la Ley N° 28848, suman en total doce las circunstancias agravantes, contando al final con un último párrafo, que da lugar a una mayor pena, cuando el agente es miembro de una organización delictiva destinada a perpetrar el delito de hurto agravado.

Estilo casuístico que a la postre, conlleva una contravención al principio de legalidad, en su variante de *lex stricta*, puesto que el juzgador estará cada vez más confundido, al momento de elegir el supuesto delictivo, cuando entre varios de ellos existe una similitud en su construcción normativa.

Por otro lado, las continuas reformas, conducen también a un incuestionable punitivismo, de una pena más severa, acercando la norma de sanción a la que se corresponde en los delitos de robo.

La legitimidad de las circunstancias agravantes reposa en el mayor desvalor del injusto, sea porque los medios empleados revelan una mayor peligrosidad, sea porque se provoca una mayor afectación a los intereses de la víctima, sea porque el resultado refleja una mayor lesión al bien jurídico.

En el caso del C.P. Español, en el artículo 235°, se han glosado las modalidades agravadas, entre éstas: cuando se sustraiga cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, cuando se trata de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, cuando revista especial gravedad, ateniendo al valor de los bienes sustraídos, o se produjeron perjuicios de especial consideración y cuando se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

Mientras que en el C.P. Argentino, el hurto agravado toma lugar en el artículo 163°, comprendiendo el abigeato calificado y el hurto campestre, el hurto calamitoso, el hurto con ganzúa o llave falsa, el hurto con escalamiento, el hurto de cosas muebles durante su transporte y el hurto de vehículos en la vía pública o en lugares de acceso público.

---

(108) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 96-97.

En lo que respecta el bien jurídico tutelado por el artículo 186°, en líneas generales será el mismo que toma lugar en el caso del hurto simple, es decir, la propiedad de los bienes muebles, susceptibles de ser cuantificado económicamente y desplazado de un lugar a otro, mermando en sus facultades inherentes de posesión, disposición uso y disfrute. A lo cual podría añadirse, una remota lesión a la seguridad de las personas, cuando el objeto sustraído los puede colocar en un real estado de necesidad.

2. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS AGRAVANTES

Cuestión muy importante, antes de ingresar al análisis de las agravantes en particular, es lo referido a si el Hurto Agravado de igual manera con el Hurto Simple, debe significar el apoderamiento de un bien mueble, cuya cuantificación económica sea mayor a una RMV, en cuanto a su delimitación con las faltas.

La doctrina no se ha esmerado mucho, en esclarecer esta interrogante, que en sede judicial ha incidido en respuestas jurisdiccionales diversificadas, unas que sostienen que el valor del bien mueble no interesa, pues lo importante, mejor dicho el mayor desvalor se sostiene en las formas, medios u otras circunstancias, que rodean al hecho punible; mientras que la segundo postura, entiende que si se trata de una forma agravada, debe cumplir previamente con los elementos que toman lugar en la construcción base (genérica) de la figura en cuestión.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 912-06, expedidas por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de fecha 09 de abril de 2007, se argumenta en el Considerando Tercero[109], lo siguiente: "*Que para la materialización del delito de hurto agravado, se requiere en primer término, que la conducta atribuida al agente se encuadre en el tipo base del delito de hurto, contenido en el numeral 185° del Código Penal, necesariamente concordante con el numeral 444 del mismo cuerpo legal, esto es, que se trate del "apoderamiento ilegítimo de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, cuyo valor sobrepase las cuatro remuneraciones mínimas vitales (cuantía que corresponde al texto del precitado numeral 444 del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos que se incriminan), sustrayéndolo del lugar donde se encuentran, con la finalidad de obtener provecho del mismo*"; y adicionalmente que concurra cualquiera de las causales previstas en el numeral 186 del citado cuerpo legal"; por lo que en el Considerando Quinto, se concluye que: "(...) *el valor de las especies sustraídas no supera las cuatro remuneraciones mínimas vitales, apreciación que no resulta óbice la ausencia de pericia valorizativa, dado que basta recurrir al conocimiento que dan la experiencia y el sentido común, para concluir que el valor de tales especies, cuyas características se*

(109) Así, también en las ejecutorias recaídas en los Exps. Nos. 1015-06 y 810-06, emitidas por la misma Sala Penal de la Corte Superior de Lima.

detallan en al acta obrante a fojas ocho, es muy inferior al monto requerido; por lo que tal latrocinio no constituye delito de hurto y por ende no puede sostener la incriminación por delito de hurto agravado; tratándose propiamente de una infracción penal en el rango de falta contra el patrimonio, respecto de la cual la acción penal a la fecha se habría extinguido por prescripción".

De los fundamentos que se exponen a la vista, en la resolución citada, ha de verse que el Superior Colegiado, parte de una premisa valedera, de que si se trata el Hurto Agravado de una forma circunstanciada del Hurto simple, se deben revelar los mimos elementos de tipicidad penal que se contienen en el artículo 185° del C.P., incluido el monto del valor del bien sustraído, con arreglo al artículo 444° (*in fine*), a lo cual se deben sumar cualesquiera de los supuestos que el legislador ha comprendido de forma taxativa y enunciativa en el artículo 186°; lo que por otra parte es adecuado desde una política criminal despenalizadora, de sustraer del ámbito de punición, conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado (principio de mínima intervención). Correspondiendo en todo caso, la calificación de dichas "bagatelas", como "faltas", por lo que dichas conductas no podrán ser objeto de una pena privativa de libertad, sino de medidas limitativas de derecho, que no suponen limitación alguna a la libertad personal del condenado.

En contrapartida, ha de mencionarse que algunas de las circunstancias que se detallan en el artículo 186°, de forma autonómica reflejan un plus de desvalor del injusto, sin necesidad de acudir al monto del bien sustraído. Nos referimos a la «casa habitada» o cuando se «coloca a la víctima a su familia en grave situación económica», que toman lugar en la tipificación penal en cuestión. Habría que preguntarse, entonces, si es que no resulta suficiente para calificar como hurto agravado, el hecho de que el agente ingrese a una casa habitada, dada la peligrosidad que ello entraña o, que se coloque a la víctima en un estado de necesidad, es que cien soles, para ciertas personas puede importar la manutención alimenticia de sus hijos por una semana.

De todos modos cabe advertir, que lo argumentado en el párrafo anterior no se puede dar en todos los supuestos del articulado, v.gr., sobre los bienes muebles del viajero o mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, etc.; por consiguiente, asumimos la posición que se engarza en la sentencia antes comentada, de que en el Hurto Agravado se debe acreditar la concurrencia de todos los elementos de sustantividad normativa que se desprenden del artículo 185°; de ser el bien, menor a una RMV, será constitutivo de falta y no de un delito. Máxime al haberse reducido de forma significativa la cuantía del bien, como consecuencia de la dación de la Ley N° 28726 de mayo de 2006.

3. LA CUANTÍA EN EL DELITO DE HURTO AGRAVADO, EN RELACIÓN AL ACUERDO PLENARIO Nº 4-2011/CJ-116

El Derecho penal tiene por misión fundamental, la *protección preventiva de bienes jurídicos,* a tal efecto emplea las normas jurídico-penales, en base a un doble plano a saber: -primero identificando la cobertura de la norma prohibida y/o norma de conducta que configura el espectro de tipicidad penal y, segundo conminado con un marco penal la infracción del supuesto de hecho, incidiendo así en los fines preventivo-generales de la pena.

Convenimos, por tanto, que los tipos penales recogen modelos valiosos de conducta; si bien se penaliza el *acto de matar, de lesionar a alguien, de apropiarse de la propiedad ajena,* etc., lo que en realidad se propone con ello, es que las personas adecuen un proceder conductivo –en sociedad-, a un respeto irrestricto a los bienes jurídicos ajenos; por tales motivos, se tiene que la norma jurídico-penal viene a expresar descripciones fácticas, que los individuos no pueden acometer, so pena de ser sancionados con una pena. Es así que pone en manifiesto una función protectora e informadora del tipo penal, donde el legislador ha de dar contenido a la conducta típica, mediando la utilización de una serie de elementos, en cuanto componentes objetivos y subjetivos, definiendo el supuesto de hecho que da lugar al juicio de tipicidad penal.

Vemos de esta forma, que el legislador ha compaginado una serie de intereses jurídicos –dignos y merecedores de tutela penal-, sobre la base material del bien jurídico protegido; ha construido normativamente una serie de familias criminales, conteniendo una variedad de comportamientos, emparentados sobre la sustantivad material del objeto de ataque (de *agresión*). Definición que constituye el devenir político criminal del legislador, pues la inclusión de una determinada conducta (*prohibida*), ha de cobijarla bajo la sistemática del interés jurídico tutelado.

Basado en esta tarea de hermenéutica, es que se elaboran –de forma primaria-, las formas *básicas de comportamiento humano,* esto es, el elemental comportamiento humano, de cómo se lesiona y/o pone en peligro el bien jurídico[110]; así, en el caso del Homicidio, Lesiones, TID, etc.; a la par se añaden ciertas circunstancias, factores y/o datos, generando la elaboración normativa de «tipos circunstanciados agravados», apreciándose un mayor desvalor del injusto típico (sea por desvalor de la acción o desvalor del resultado) o, ante un juicio de reproche culpable de mayor intensidad, dada la cualidad especial del agente o por la particular vinculación que tiene con la víctima[111]; (...) como

(110) Así, MEZGER al sostener que los diferentes tipos de la Parte Especial del Código pueden ser referidos todos ellos a un número de tipos de fundamentales (básicos), que constituyen, por así decirlo, la espina dorsal del Sistema en la Parte Especial del Código: *Tratado de derecho penal,* 1, cit., p. 350.

(111) Cfr., PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. I, cit., p. 364.

expresa BACIGALUPO –en la doctrina especializada-, (...) constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad[112][113]. Se trata de delitos que guardan un estrecho parentesco entre si por poseer todos un grupo de características comunes, a las que vienen a añadirse otras que son las que determinan la imposición de una pena más o menos grave que la correspondiente al tipo básico[114].

Queda claro –entonces-, que el Homicidio constituye la forma primaria y simple, de cómo el autor puede dar muerte al sujeto pasivo; por ende, para que puedan configurarse los delitos de Parricidio y Asesinato, debe necesariamente producirse la muerte de la víctima; así, como en el TID, para que concurran las circunstancias agravantes previstas en el artículo 297° del CP, debe aparecer también los elementos de descripción objetiva, glosados en el artículo 296° (*in fine*). De no ser así, simplemente habrá de negarse el juicio de tipicidad penal por el delito agravado.

Como lo hemos señalado en otras monografías, para que pueda darse por configurado el tipo agravado, primera misión del intérprete es la de identificar previamente, la concurrencia de todos los elementos constitutivos del tipo base[115].

En el caso que nos ocupa, el Hurto –en cualquiera de sus modalidades típicas-, lo que tutela es el «Patrimonio» -desde una perspectiva personal-, en cuanto a los derechos subjetivos que se comprenden en el derecho real de «Propiedad», mas allá de ello, -en cuanto al delito de Hurto agravado concierne-, no puede postularse la tutela de otros intereses jurídicos comprometidos; el hecho de que se ponga el acento de disvalor, en la cualidad de la víctima (*viajero*) no es un dato que pueda indicar con suficiente solvencia, que se este añadiendo otro bien jurídico, sólo importa una circunstancia particular del sujeto pasivo, que en puridad no tiene basamento material. Para poder observar un delito complejo, tendiente a ser reconocido como un tipo penal *pluriofensivo,* requiere afectar otros bienes jurídicos, tal como se devela en el supuesto del injusto del Robo – artículo 188° del CP. Es en tal

---

(112) BACIGALUPO, E.; *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 231.

(113) A decir de CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, los nuevos tipos penales así formados pueden de esta forma expresar una agravación (*tipos cualificados*) o una atenuación (*tipos privilegiados*) del contenido del injusto o de la culpabilidad, pero en la relación entre delito básico y el tipo cualificado o privilegiado hay *igualdad de infracción jurídica*, esto es, tienen la misma función de protección o protegen el mismo bien jurídico; *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 186.

(114) RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.; *Derecho Penal. Español. Parte General,* cit., p. 421; Vide, al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General,* cit., p. 2861.

(115) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* T. I, cit., p. 365.

virtud, que se aprecia una sustancial distinción punitiva, entre los delitos de Hurto y de Robo; es precisamente por ello, que para que se pueda afirmar la tipicidad penal de los tipos penales de Robo, no se necesita acreditar que el objeto material del delito ostente una cuantificación económica superior a una RMV, tal como sucede en el delito de Hurto. Dicha *pluriofensividad* no puede predicarse en el caso del Hurto agravado, pues no se aprecia algún otro interés jurídico, que sea objeto de tutela penal por parte del artículo 186° del CP, a lo más ciertos elementos y/o características que definen un plus del desvalor del injusto típico (sólo en algunos de ellos), en cuanto a una (*supuesta*) mayor peligrosidad objetiva de la acción.

En el RN N° 4531-2006, de fecha 24 de enero del 2006, se dice al respecto lo siguiente: "(...), *sin embargo, la conducta desarrollada por los agentes delictuales conllevó a que se apropiaran del dinero del agraviado, sin el uso de la violencia, como se anotó en el cuarto considerando, y como tal configuraría el tipo penal de hurto agravado –previsto en el aparatado seis del artículo ciento ochenta y seis del Código Penal-; empero, dicha circunstancia agravante (que no tiene conducta alguna) solamente será valorada si previamente se cumplieron con todos los elementos objetivos y subjetivos del injusto típico básico de hurto en cuanto aquí se describe la conducta –contenida en el artículo ciento ochenta y cinco del citado Código-; que dentro de este contexto debe precisarse que el solo despojo del dinero al agraviado no resulta suficiente para establecer la concurrencia de la figura penal anotada –como delito-, en cuanto la legislación nacional ha establecido como condición sine qua non de delimitación `el valor del objeto de la acción´-diferencia cuantitativa-; que, en tal sentido, cuando el valor no sobrepasa las cuatro remuneraciones mínimas vitales estaremos frente a una falta contra el patrimonio –véase artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro del Código Penal-; que, en este último caso, el desvalor de la acción es idéntico al delito de hurto en tanto se protegen también bienes y derechos que integran el patrimonio y que son puestos en peligro por la inobservancia de las normas establecidas en la ley*".

Siguiendo la línea argumental, vemos que el legislador se decantó por un criterio cuantitativo, en pos de delimitar el delito de «Hurto», con las «faltas contra el patrimonio», tal como se desprende del artículo 444° del CP; a tal efecto, si el valor del bien no es superior a una RMV, la conducta es reputada como *falta*, por lo que la sanción punitiva es Prestación de Servicios a la Comunidad y no una pena efectiva de privación de libertad, lo que se corresponde plenamente con los principios de mínima intervención y de racionalidad, que ha de guiar la intervención del Derecho penal, en un orden democrático de derecho. No debe saturarse la Justicia Penal, con hechos que no cuentan con un suficiente grado de desvalor del injusto; valoración que permite dar respuestas jurídico-penales diversas, ante conductas –en si-, de variado contenido material.

La definición *cuantitativa* –reseñada-, no fue entendida en el caso del delito de «Hurto agravado», mediando el reconocimiento de su completa *autonomía conceptual,* con respecto al delito de «Hurto simple», estimándose que las conductas comprendidas en el artículo 186° del CP, no necesitan que el bien mueble (apoderado, sustraído), sea mayor a una RMV, pues detenta con sus propios elementos de configuración típica. Es decir, ante objetos de mínima insignificancia económica, puede postularse la realización típica del tipo penal de Hurto agravado, sea que el acto típico de sustracción tome lugar durante la noche, en casa habitada, mediante el concurso de dos o más personas, sobre el equipaje de viajero, etc.; pongámoslo con los siguientes ejemplos: dos sujetos intervienen en el acto de apoderamiento del bien mueble, mientras que uno distrae al sujeto pasivo el otro agente, procede al acto de sustracción de su billetera conteniendo diez soles o, de quien aprovechando la parada de un bus interprovincial, sube y se lleva una pulsera de plata cotizada en cincuenta soles. La pregunta que debemos formularnos de inmediato es la siguiente: ¿El Derecho penal ordinario debe ocuparse de sustracciones de tal naturaleza? ¿No es que hechos –de tales características-, deben ser perseguidos y sancionados como una *falta*?

No sólo son cuestiones de orden dogmático los que abonan en la tesis de la cuantificación dineraria en la hipótesis del delito de Hurto agravado, sino también consideraciones de política criminal; de ajustar el ámbito de intervención del Derecho penal a un mínimo de racionalidad; una postura en contrario, -*sobre criminalizadora* y *punitivista*-, se orienta a un norte contrario, de que estas bagatelas ingresen a conocimiento de la Justicia Penal, algo en realidad irreconciliable con la propuesta de un «Derecho Penal Mínimo» y con los fundamentos dogmáticos basilares del derecho punitivo moderno.

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116, fundamenta la no necesidad de la cuantía, para las hipótesis de agravación del Hurto – artículo 186°, en base a los siguientes argumentos a saber:

A. El hurto agravado importa una pluriofensividad de bienes jurídicos.

B. En irrestricto respeto del principio de legalidad –base fundamental del Derecho penal-, el artículo 444° CP exige taxativamente un monto superior a una remuneración mínima vital tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185° CP (hurto simple), mas no del hurto agravado (artículo 186° CP), por lo que debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para la configuración del hurto agravado.

No podemos desvincular el tipo penal de Hurto agravado con el delito de Hurto simple, de hacerlo estaríamos dando carta de ciudadanía, a una autonomía legal de tipificación, que no puede ser sostenida bajo argumentos

dogmáticos, en puridad: sólidos y contundentes[116]. Y, de plano hemos de negar, el equívoco argumento (B), de que conforme el principio de legalidad, no se puede exigir el valor del bien en el delito de Hurto agravado, en tanto y en cuanto el artículo 444° del CP, sólo hace alusión al delito de Hurto simple[117], lo que se supera y resuelve satisfactoriamente con el orden sistemático y ordenador, que ha de guiar la interpretación de los tipos penales emparentados, en el sentido de lo que se exige para el tipo base, debe exigirse también para los tipos *agravados*. El artículo 186°, dispone a la letra lo siguiente: "*El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido* (...)". Similar consideración hemos de sustentar en el caso del delito de Daños agravado, donde la propia redacción del artículo 206° - *daño agravado*, dispone a la letra que: "*La pena para el delito previsto para el artículo 205°....*". Concluyentemente, hemos de señalar que para que podamos estar ante un Hurto, el valor del bien mueble, debe superar una RMV.

El excesivo culto que la Corte Suprema imprime al principio de *legalidad,* comporta desconocer la teleología que guía la intervención del Derecho penal en un Estado Constitucional de Derecho así como la directriz reductora del brazo penal estatal; la ciencia jurídico-penal actual no puede direccionar sus directrices regulativas bajo cánones estrictamente literales, so pena de vaciar el contenido fundamental de los criterios rectores de un Derecho penal democrático. Existen instituciones aplicables en Derecho penal, que no necesariamente han de estar expresamente previstas en la norma jurídico-pe-

(116) De opinión contraria, Salinas Siccha, para quien las agravantes del delito de hurto agravado, descritas en el artículo 186° CP, requieren la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, a excepción del elemento "valor pecuniario", pues conservan una relación al tipo penal básico, un específico margen de autonomía operativa; *Derecho Penal. Parte Especial,* 2da. Edición, cit., p. 867 (Fundamento 9 del Acuerdo Plenario); propuesta que sigue este autor de Fidel Rojas Vargas; *Delitos contra el Patrimonio,* Vol. I, cit., p. 170.

(117) Agrega el Tribunal Supremo (Fundamento 9), que con ello, además, se pone de manifiesto el carácter residual de la falta de hurto. Por tanto, el hurto agravado no requiere del requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración; la naturaleza residual de las faltas contra el patrimonio, ha de afirmarse con respecto a todos las formas emparentadas del Hurto, pues carece de sentido predicar dicho carácter residual, cuando por motivos de orden nocturno, el agente sustrae de su víctima cinco soles y cuando en el día, este mismo agente arrebata de su víctima, la suma de trescientos soles; mientras que en el primer caso, se deberá activar todo el aparato persecutorio del Estado –a pesar de su insignificancia valorativa-, en la otra hipótesis se instará el procedimiento por faltas, donde las partes confrontadas podrán hacer uso del mecanismo de la transacción y así dar por concluido el procedimiento. Estamos ante un proceso de reforma procesal penal –conforme al modelo "Acusatorio"-, donde debe imperar el empleo de instrumentos de valoración, de selectividad y de racionalidad de la Justicia Penal, de reservar el Proceso Penal para aquellas causas que develen hechos en realidad necesitados y merecedores de pena, por lo que procesar meras bagatelas, importa ir contra la corriente de política criminal que inspira la dación de la novel codificación procesal.

nal; así, la Legítima Defensa resulta admisible sin que el tipo penal lo diga de forma expresa. Así, Gómez Torres, al afirmar que es así que se dejan de lado criterios normativos de la parte general del Derecho Penal, tales como la importancia de reconocer una norma incompleta o la relación existente entre tipos básicos y calificados (hurto simple-hurto agravado)[118][119].

Cuando de la circunstancia agravada en «casa habitada», refiere la no reputación del hecho, por el delito de Hurto agravado cuando el bien es menor a una RMV, la conducta no queda impune, en la medida que la tipificación penal se desplaza al de «Violación de Domicilio» - artículo 159° del CP y, si ya la conducta importa una amenaza contra la integridad personal de los moradores, cuando por ejemplo, el ladrón es advertido por sus ocupantes y éste a fin de seguir con su plan criminal ejecuta actos amenazantes sobre éste, la conducción típica se desplaza a los alcances normativos del delito de Robo.

En cuanto al hecho, de ser *integrante de una organización delictiva destinada a perpetrar esta clase de delitos*, amerita la siguiente reflexión: no se puede pensar en serio, que se estructure toda un andamiaje criminal por parte de una pluralidad de sujetos, para sustraer y apoderarse de bienes muebles de poca cuantía, si ellos deciden formar una organización o si se quiere una banda, lo será para obtener dividendos económicos significativos, no para hurtar cien o doscientos soles. Cosa muy distinta, es que podría valorarse bajo las esquelas del delito Continuado, de quien sustrae diariamente cincuenta soles y, al décimo día –para adelante-, logra apoderarse de la suma de 500 soles a más, siendo posible la configuración legal del delito de Hurto agravado.

En la legislación comparada, el artículo 235° del CP español, regula los tipos cualificados de hurto propio; examinado dicha previsión legal González Rus, acota que si bien es verdad que el núcleo central de los respectivos supuestos sigue siendo el hurto, como reconoce el propio precepto («El hurto será castigado...»), cada previsión viene a añadir una significación peculiar al hecho, que incrementa o complementa el contenido de injusto propio del mismo[120]. Líneas más adelante, señala este mismo autor, que el sistema legal utilizado impone un doble procedimiento a la hora de constatar la tipici-

(118) Gómez Torres, I.; *La cuantía en el delito de hurto agravado. En busca de la correlación de conceptos dogmáticos de la parte general y de la parte especial del CP*; Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 30, diciembre del 2011, cit., p. 108.

(119) Este mismo autor, siguiendo a Larenz y a otros autores de la literatura española, indica que para considerar normas penales incompletas penales debemos acotar que estos fragmentos de normas deben ubicarse dentro del mismo cuerpo normativo; asimismo, consideramos que su legitimidad se da por razones de técnica y economía legislativa; *La cuantía en el delito de hurto agravado...*, cit., p. 109.

(120) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 581.

dad del hecho. En primer lugar, comprobar que concurren todos los elementos del delito de hurto del art. 234, incluida la cuantía superior a cincuenta mil pesetas[121][122][123]; después, interesarse por la concurrencia de alguno de los supuestos del art. 235[124].

A decir de Maza Martín, cabe afirmar (...), que los supuestos incorporados al artículo que en este momento examinamos, han de reunir todos y cada uno de los elementos del tipo básico del hurto (...), para, sobre ellos, incrementar la concreta característica que identifica a cada subtipo agravado[125].

Queda, claro entonces, que para poder afirmar la tipicidad penal del delito de hurto cualificado (*legislación penal española*), primer examen a realizar, es determinar si es que la conducta incriminada, cumple a cabalidad con todos los elementos constitutivos del delito de hurto propio.

Inclusive en la circunstancia agravante de *colocar a la víctima a o su familia en grave situación económica mediando la sustracción de un bien con un valor menor a una RMV,* llevaría ciertos reparos, como lo indica Maza Martín –en la doctrina española-, si esto se afirmase en algún caso, lo que debería de advertirse es que la conducta del autor del ilícito no es realmente la causante de esta grave situación, que era ya anteriormente tan precaria como para verse afectada con semejante trascendencia por el perjuicio ocasionado con la conducta infractora[126]; piénsese, en aquel empresario acaudalado que se encuentra sumido en bancarrota y aún, vistiendo ropa elegante, es despojado de doscientos soles y así incapaz de proveerse de sus necesidades más elementales. Las personas que viven bajo condiciones de extrema pobreza, están así, por una serie de circunstancias, ajenas a la obra del autor, donde la sustracción de diez soles, puede significar en algunos casos, que no pueda alimentar la señora a sus menores hijos, pero ello no puede justificar la configuración de la agravación, sin tomar en cuenta la cuantía de lo apropiado; donde la búsqueda de la reparación del daño es lo importante acá y no la prisionización del autor.

Se dice también en el Acuerdo Plenario, que *en el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remune-*

(121) Actualmente fijado en 400 euros.

(122) Según el ordenamiento penal español, este es el valor que integra al delito, si es una suma inferior, es constitutivo de una falta – artículo 623°.1.

(123) Vide, al respecto, Mestre Delgado, E.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico,* cit., p. 229; Robles Planas, R. y otros; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 189.

(124) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II),* cit., p. 581.

(125) Maza Martín, J.M.; *Comentarios al Código Penal,* 3, cit., p. 1767.

(126) Maza Martín, J.M.; *Comentarios al Código Penal,* 3, cit., p. 1766.

ración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El Derecho penal sólo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores (...)[127]; nadie duda que en el Perú, no son pocos los pobladores que perciben menos de una RMV, y ello es una realidad dramática, sobre todo, cuando se tiene que mantener a una familia numerosa; empero, la intervención del Derecho penal no puede encaminarse sobre indicadores socio-económicos de la población, sino sobre criterios de materialidad sustantiva que construyen el *injusto penal,* dichas condiciones de indigencia económica no son producto de quienes se dedican a estos hechos luctuosos, sino de las relaciones económicas existentes, por lo que apelar a dicha argumentación, carece de una evidente cuota de legitimidad, en lo que al Derecho penal refiere. Si es que estas personas son desposeídas de su patrimonio, en el proceso por faltas, tienen también el camino expedito, para recuperar el monto sustraído y, ello no se logra a través de intenciones puramente *criminalizadoras.*

En resumidas cuentas, factores de legitimidad sustancial así como las instituciones básicas del Derecho penal, abonan en el criterio de tener que considerarse que en el delito de Hurto agravado, se debe también verificar la cuantía del objeto material del delito[128]; una postura en contrario, supone desconocer las relaciones existentes y subyacentes entre los tipos básicos y las modalidades agravadas[129] así como congestionar la Justicia Penal a causas que no merecen ser alcanzadas con una privativa de libertad. Seguir dicha dirección muestra una tendencia a todas luces contraria, a una reducción progresiva de la violencia que significa el *ius puniendi* estatal, conforme al principio de «mínima intervención».

¿Se necesita, por tanto, que el artículo 444° del CP, haga alusión de forma expresa al *Hurto agravado*? Consideramos que no, basta para ello, hacer un esfuerzo intelectivo sostenido sobre criterios de integración y de sistematización normativa.

3.1. En casa habitada

Cuando se hace alusión a «casa habitada», no sólo ha de comprender el domicilio como tal, sino también la morada, casa de negocios ajena,

(127) Fundamento 10 C.

(128) Así, Bramont-Arias Torres y García Cantizano, al señalar que para analizar la tipicidad objetiva del delito de hurto simple, es necesaria la presencia de la cuantía, para distinguirla de la falta; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 294.

(129) Así, Gómez Torres, al sostener que (...) se obvia la regla de que los tipos agravados, deben analizarse siempre con relación a sus tipos básicos; *La cuantía en el delito de hurto agravado...*, cit., p. 111.

dependencia o recinto habitado[130] por otro; esto es, cualquier espacio y/o lugar geográfico (perimétrico) que delimitado arquitectónicamente, da lugar a la configuración de un ámbito separado del exterior, donde se desarrolla la intimidad personal y/o familiar.

Casa o morada habitada, significa que el recinto debe mantener vigente una residencia, por parte de una o más personas, que no necesariamente deben estar presentes al momento en que ingresan los ladrones, con la intención de sustraer los bienes muebles que se encuentran allí. Como se dijo, lo que da el plus de desvalor del injusto, es el peligro que corren los moradores, mas si éste adquiere una real configuración, en cuanto a una probable lesión a la integridad de aquéllos, la tipificación penal se desplaza al artículo 188° del CP.

Para BAJO FERNÁNDEZ, la razón de esta agravación se encuentra en el riesgo que se genera para las personas al cometer el hecho en casa habitada[131]. Y también el peligro de que se ponga en riesgo la incolumidad de la intimidad de los residentes, quienes pueden ser objeto de una invasión de la privacy, con ello el desarrollo de su personalidad.

En el caso de que se ingrese efectivamente al domicilio y se produzca el apoderamiento, deberán salir los objetos de dicho plano espacial, para que se pueda dar la consumación y, si esto es así, será reputado como un hurto agravado; desplazando a la figura de violación de domicilio, por consunción, pues el acto mismo de ingresar al domicilio de forma ilegal, ya está contenido en el supuesto delictivo en análisis. Lo que no sucedería en el caso del tipo penal de violación a la intimidad, si el agente a parte de ingresar a la casa y llevarse consigno una serie de objetos, graba y/o registra una conversación familiar, dará lugar a un concurso ideal de delitos, con el artículo 154°.

Si uno de los involucrados es residente de la casa, donde se produce el hurto, es decir, éste es quien ha entregado las llaves para que puedan ingresar los hurtadores, no será penado a título de autor, pues no realiza la acción que describe el tipo penal, sino como cómplice por el mismo delito.

Cuestión importante a saber, y que debe verificarse en todas estas circunstancias agravantes, es que el agente debe actuar (típicamente) conociendo de los elementos que la convierten en un hurto agravado; si en este caso, el autor estaba convencido de que la casa estaba abandonada, podrá ser incriminado sólo por un hurto simple.

---

(130) Sobre estos conceptos, ver al respecto, el capítulo sobre Violación de domicilio (art. 159°).

(131) BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 95.

3.2. Durante la noche

Bajo esta hipótesis el legislador nos hace alusión a un factor "natural", que tiene que ver con el momento en que se realiza el hecho punible; la noche aparece cuando el sol se oculta por completo, y la faz del cielo queda cubierto por las estrellas, oscureciéndose, por tanto, la claridad propia del día. La caída del sol en verano o, el anochecer en día invernal, no siempre se configura al mismo tiempo en todos los lugares, inclusive de un espacio geográfico próximo.

Considero que este factor, propio de la naturaleza, fue tomado por el legislador de acuerdo a concepciones de antaño, donde la criminalidad hacia furor, sobre todo, en las noches; donde los más avezados delincuentes salían a cometer sus fechorías con toda impunidad, amparándose en la oscuridad que cubren las calles y avenidas de las ciudades; colocándose en grave peligro la vida y salud de los individuos. Situación que ha cambiado hoy en día, pues los actos delictivos, sobre todo, los cometidos por la criminalidad convencional, se ejecutan a plena luz del día, a vista y paciencia de los ciudadanos; v.gr., lesiones, asesinatos, robos, hurtos, secuestros, extorsiones, etc. Aquello que se decía que en el día uno estaba más seguro, ya no cobra vigencia en la actualidad, en virtud de la criminalidad que acomete sus latrocinios a cualquier hora del día. Se ha perdido todo temor a ser descubiertos, la prevención general negativa se encuentra significativamente debilitada, máxime ahora cuando las calles tienen una mayor iluminación, existe un mayor resguardo policial, claro está, no en todos los lugares, y un mayor desplazamiento de la ciudadanía; pero es de recibo, de que igual forma se producen los hechos más violentos, puesto que nadie interviene cuando una persona se está viendo agraviada por una conducta criminal.

Parece que aún resulta conveniente mantener esta agravante, pues de todos modos la criminalidad más feroz, puede aparecer con mayor envergadura durante la noche, pero no nos olvidemos que en este caso se trata de hurtos y, no de robos.

En los casos que las casas o edificios sean oficinas, comercios o industrias y no se encuentren habitadas y sólo lo están durante el día, encontrándose en las noches sin custodia alguna, los hacen más vulnerables, circunstancia de la que se aprovechan los sujetos activos para la realización del delito de hurto[132].

Cuando estamos frente a actos de sustracciones que toman lugar en centros comerciales, tiendas, negocios, etc., en el transcurso de la noche, al estar provistos dichos lugares de una suficiente iluminación, debe descartarse la presente hipótesis de agravación, pues no está ante las condiciones

(132) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 100.

que dicho factor natural ha de propiciar para el agente del delito y así poder apoderarse con mayor facilidad del objeto material del delito.

3.3. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos

Se dijo que en el delito de hurto se manifiesta una cierta destreza del sujeto activo, a fin de apoderarse del bien mueble, a fin de que no sea descubierto por el sujeto pasivo. En este primer supuesto, no encontramos en realidad fundamento suficiente para una mayor incriminación, puesto que la destreza es la misma habilidad que el agente pone en acción, para hacerse de la cosa de forma ilegítima y, así lograr su propósito criminal.

La fuerza en las cosas requiere que éstas sean forzadas, vale decir, que haya producido sus efectos propios, rompiéndolas, torciéndolas, sacándola de su sitio, cavándola o modificando su estado o situación de cualquier otra manera[133]. Es decir, la propia conducta del «apoderamiento» requiere a veces un plus de fuerza, a fin de poder sacarla de su lugar de origen.

El «escalamiento», por su parte presupone de forma gramatical subir de un piso a otro, por vías de hecho. Hay escalamiento cuando el ladrón perpetra su hecho superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensa preconstituidas de cercamiento, mediante el empleo de un esfuerzo considerable o de gran agilidad[134]. El artificio o la agilidad del ladrón vence el recinto defensivo de la cosa, demostrando más voluntad criminal, despierta mayor alarma pública. El espíritu de esta agravante emana del principio común de la inutilidad de la mayor defensa privada[135].

El fundamento de esta agravante radica en que el delincuente, al burlar la defensa que ha sido predispuesta, superándola mediante esfuerzo, agilidad, artificios y habilidad, demuestra una mayor peligrosidad, surgida del ataque más abierto y malicioso contra la propiedad[136].

Por nuestra parte diremos que hay escalamiento, cuando el agente, a fin de evadir ciertos impedimentos, propios del cerco de un lugar o, de la misma pared que debe saltar, requiere de ciertos movimientos físicos, que le permiten ingresar al lugar donde pretende sustraer los bienes muebles; no los referidos a su huída y/o salida del lugar, pues tiene que ver con la forma de comisión del hecho punible.

---

(133) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 189-190.

(134) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 246.

(135) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., ps. 168-169.

(136) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 75.

Es (...) indiferente que se usen o no escalas o cualquier otro instrumento para salvar los obstáculos, en tanto éstos sean únicamente la ayuda para lograr la actividad corporal de penetrar, apunta Fontán Balestra. Se cae en error cuando, por influjo de la idea de subir o ascender, se identifica la exigencia de cierto esfuerzo o actividad corporal en el autor con la de sobrepasar o pasar por encima de un obstáculo[137]. Lo importante a todo esto es que el agente sortee ciertos obstáculos, a fin de allanar el camino, para ingresar al lugar en el cual se encuentran los bienes, que pretende apoderarse, sin interesar los medios por los cuales se haya valido para ello; por supuesto que no se dará la agravante cuando el agente sube normalmente por unas escaleras que lo conducen al piso del departamento que pretende ingresar, pero sí por la circunstancia primera.

Si entra por ventana abierta, encontrándose esta a una altura poco distante del suelo, de modo que no se haya necesitado mayor esfuerzo o destreza, y sin haber superado obstáculos anteriores, la conducta no constituye escalamiento[138].

Por su parte, la «destrucción» o «rotura de obstáculos», debe ser entendido como la fuerza que ejerce el agente, para poder ingresar a un determinado lugar, por ejemplo la destrucción de la chapa, de un candado; la fuerza que se ejerce sobre un objeto que permite al agente tener la posibilidad de acceder al lugar donde se encuentra el objeto material del delito.

Destruir implica eliminar por completo la estructura material de un objeto, sobre ciertos mecanismos de seguridad, que se convierten en un obstáculo para que el autor pueda tener acceso a los bienes que pretende sustraer. No sólo se puede romper puertas y ventanas, sino cerraduras o sus elementos como cerrojos, picaportes y cualquier mecanismos o dispositivo de seguridad, que sea mecánicos, eléctricos o electrónicos, así también como rotura de techos, suelos, paredes; es decir, toda estructura que delimita un espacio exterior con la finalidad de obstaculizar el apoderamiento del bien.

No puede ser reputado una conducta ajustable a este supuesto, la destreza técnica que vuelva el autor para identificar la clave de un dispositivo de seguridad, el ingresos de ciertos instrumentos no puede ser considerada ni como destrucción ni como rotura; tal vez susceptible de ser encajado en el inc. 3) de la última clasificación agravatoria.

La rotura de obstáculos supone el quebramiento en dos o más partes de un determinado objeto, que para el agente se torna en un impedimento, para poder acceder al espacio donde se encuentran los bienes; v.gr., romper una ventana, una puerta, una chapa, etc. Empero, si la conducta se dirige única-

(137) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 432.

(138) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 102.

mente a dañar el objeto, será constitutivo del artículo 205º[139], cuestión distinta se dará en la tentativa de hurto agravado, cuando el ladrón es atrapado *in situ* luego de haber roto la ventana e ingresado al lugar, pues su conducta estaba encaminada a la apropiación de un bien mueble. Habría que ver si los daños causados a objetos que superen una RMV, puede dar lugar a un concurso delictivo, o es que la agravante *in examine* absorbe dicha conducta.

La fractura debe ser para entrar y no para salir. La fractura que no tiene por objeto entrar, sino apoderarse del obstáculo de la entrada tampoco es robo, sino hurto (llevarse la ventana, el cristal delantero de un coche, etcétera)[140].

3.4. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado

En este caso se hace alusión a una serie de fenómenos de la naturaleza u otros eventos lesivos, que por lo general colocan en un estado de real necesidad a quienes sufren los embates directos de dichos eventos; donde el mayor desvalor del injusto radica en la mayor afectación que puede producirse en la víctima, al ser despojado de ciertos bienes que requiere con mayor urgencia para enfrentar las consecuencias nocivas del fenómeno natural, y en el mayor reproche culpable, de quien realiza esta clase de conductas, sabiendo que su perpetración puede causar mayores estragos, a quienes están afectados por la calamidad pública y/o situación de desgracia, quien se aprovecha del mal ajeno, lo que a su vez provoca una mayor alarma en la sociedad, que el legislador ha tomado como fundamento para hacer más severa la reacción punitiva. Por tales motivos, se dice que la agravante tiene un fundamento objetivo y otro subjetivo[141].

Se dice, que no se trata de una mayor peligrosidad, (...), que es difícil de medir, sino que el elemento subjetivo del injusto, más la circunstancia objetiva, revela un mayor injusto, que debe traducirse en la mayor pena[142]. Sin embargo, para Soler, el hecho cometido en tales circunstancias muestra, sin duda una particular perversidad en el sujeto, pues supone que mientras los demás, humanamente conmovidos o espantados, dejan los bienes, el sujeto mantiene suficiente espíritu de cálculo para entregarse al pillaje con más facilidad[143].

---

(139) Vid., al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 103-104.

(140) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 202.

(141) Cfr., Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 426.

(142) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 61.

(143) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 240-241.

Se denomina Hurto «calamitoso», tal como se deduce de la redacción normativa de la ley penal argentina, con respecto al inc. 2) del artículo 136° de su C.P.

De la ley positiva nacional se desprenden dos hipótesis, la primera referida al hurto que se comete con ocasión de un incendio, inundación, naufragio o calamidad pública. Como se dijo el mayor reproche se basa en quien se aprovecha de dichas circunstancias para dar rienda suelta a sus instintos criminales, de apoderarse de los bienes de los damnificados. Se sigue estrictamente el listado de eventos naturales o, aquellos causados por acción propia del ser humano, sea de forma fortuita, imprudente o intencional, como una inundación, puede ser resultado también de un tsunami o un diluvio, y el incendio, provocado por la salida de gas de una estación de gasolina o el corto circuito por el mal funcionamiento de un aparato eléctrico; pero lo relevante es que dicho evento haya ocasionado un real estado de peligro para los habitantes de una localidad, una llamarada de incendio que puede ser sofocado sin mayor esfuerzo, no dará lugar la circunstancia que se enuncia en este supuesto de agravación.

La calamidad pública es una desgracia lamentable de grandes proporciones, producida por cualquier causa o factor que afecte a un gran sector de la población o a toda una localidad, provincia, departamento, región, etc[144]. Una calamidad pública supone un estado de penumbra, de extrema necesidad, por cuanto una población puede estar en peligro de verse afectada, en cuanto a la vida y salud de sus individuos, una epidemia producto de una grave enfermedad, puede cobijarse en esta hipótesis así como los huaycos u inundaciones que azotan ciertas circunscripciones territoriales de nuestro país; configurando una cláusula abierta, que el juzgador deberá llenar de valoración de conformidad con los elementos antes sostenidos. En este caso, todas las fuerzas públicas y sanitarias, se dedican a salvaguardar a la población damnificada, estado de inseguridad pública, que precisamente es aprovechado por el agente, para hacerse ilegítimamente de bienes muebles que no le pertenecen.

En la doctrina argentina, en cuanto a conmoción pública, se dice que es cualquier alboroto, desorden o confusión producido por el acumulamiento de personas, no necesariamente en forma violenta, y que produce una perturbación en el lugar del acontecimiento, como por ejemplo una manifestación[145].

Resulta exigible, que el autor al momento de proceder a la sustracción de los bienes, conozca del estado calamitoso, o de aquellos que se descri-

(144) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 105.

(145) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 63; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 427.

ben en la norma, sino no podrá aplicarse esta agravante a, menos que concurran otras de las causales previstas en el artículo 186°.

La segunda hipótesis refiere a una «desgracia particular del agraviado», con ello se distingue con la variante anterior, en cuanto la primera requiere que la calamidad sea "pública", esto es, que los estragos generen efectos perjudiciales a un número indeterminado de personas, en cambio en la segunda, basta que se trate de una sola persona.

La situación de un infortunio particular es limitada por algunos o aquellos casos en los cuales una persona experimenta un mal improviso, en sus bienes o en su persona, como ser alguna enfermedad aguda, alguna lesión, algún ataque. Con ello se excluyen los padecimientos crónicos, de los cuales sería un ejemplo típico la ceguera y algunas otras formas de padecimiento moral(146). Para Núñez será cuando el damnificado físicamente se encuentre en un estado desgraciado o lo aflige un hecho o acontecimiento de la misma índole(147).

La desgracia particular no se puede circunscribir al padecimiento de una determinada enfermedad, pues debemos incluir también aquellas tragedias personales, que propicia un dolor moral y espiritual significativo; el padre de familia que ha perdido a toda su familia en un accidente, y completamente conmocionado, se vuelve en una persona vulnerable. El que roba en la casa donde alguien ha muerto, aprovechando la tribulación y la costumbre de permitir la entrada de gente, comete un hurto agravado(148). No será una desgracia particular perder el empleo de forma súbita, pero si la familia dependía por entero de dicho sueldo, que servía para comprar la medicina del pariente que sufre de diabetes, sí podría configurarlo. Nada importa el origen del infortunio ni su naturaleza, pudiendo tratarse de una enfermedad, una lesión, un desmayo, la ebriedad, como bien dice Fontán Balestra, lo importante es que el autor haya aprovechado de la situación del damnificado(149).

3.5. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero

Primero: ¿Qué ha de entenderse por «viajero»? Será todo aquel –que de forma frecuente y/o circunstancial–, se desplaza de un lugar a otro, sea en el interior de un país, o cuando cruza una frontera y, se interna en el ámbito territorial de una Nación extranjera. No interesa el medio de viaje, sea vía aérea, marítima, fluvial o terrestre, pudiendo haber tomado el servicio de un medio de transporte privado o empleado su propio vehículo, ni que sea

(146) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 241.

(147) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 150.

(148) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 241-242.

(149) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 427-428; Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 105-106.

un turista extranjero o nacional; no se puede supeditar dicha condición a elementos temporales o con respecto al destino, so pena de sustraer de la protección a una serie de personas que día a día se desplazan a una serie de destinos, sea por razones de turismo, trabajo, negocios y otros. Ir a las playas del sur con el auto particular configura dicha concepción.

El fundamento de la agravación, reside en que el viajero lleva consigo una serie de documentación muy importante, como pasaportes, que contienen las visas, de identificación, aquellos referidos a la labor que se pretende prestar en el destino, encomiendas, y por supuesto, dinero para poder solventar la estadía o comprar ciertos enseres para el hogar así como encargos familiares. El apoderamiento de dichos objetos puede poner en grandes apremios al viajero, así como a sus familiares, como destinatarios de los fondos económicos que transporta en su maletas; pero vale decir, que en la actualidad, ya no se usa mucho el dinero en efectivo, pues el empleo de tarjetas de crédito o los denominados *travel checks*, se han convertido en un medio común de pago por parte de los que habitualmente se transportan a varias ciudades del mundo.

La condición de viajero, dice PEÑA CABRERA, ocasiona preocupaciones, ansiedad, distracción etc., influyendo sobre el normal poder de atención de las personas produciéndose una aminoración de la defensa privada, pese a las dirigencias adoptadas[150]; no le falta razón a este autor, pues es sabido, que el viaje, sobre todo cuando es al exterior, genera una suerte de preocupación al viajero, un estado psicológico que lo puede llevar a aminorar sus mecanismos de defensa, aunque en puridad de la verdad, considero que dada la criminalidad en este rubro, los pasajeros cada vez adoptan mayores mecanismos de seguridad, para no verse sorprendido por estos hurtadores.

No podemos dejar de señalar, que tal vez esta agravante, guarda también otra finalidad: de proteger al turista nacional o extranjero, sobre todo a este último, cuyo paso por el país significa la irrogación de grandes ingresos económicos así como la generación de fuentes de empleo. Máxime, si día a día, se observa como los turistas son despojados de sus pertenencias, en las calles más peligrosas de las ciudades del Perú.

Se debe destacar también, que los objetos de valor y de importancia que transporta el viajero, requieren de una protección extensiva, por lo que éste es protegido también antes y después de emprender el recorrido, tanto en las estaciones de los diferentes medios de transporte, así como también durante las escalas que realice u hoteles en los que se aloje para continuar su travesía; no habría motivo para considerar no viajero al que maneja su propio coche y en el viaje más allá de los límites urbanos[151].

---

(150) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 106.

(151) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 228.

En la hipótesis que el viajero, toma el taxi que lo transportará al aeropuerto, y en dicho trayecto sufre el despojo ilegítimo de sus valijas, se dará esta circunstancia agravante, pero el agente para ello debe saber que se trata de un viajero, lo que dependerá de las maletas que use, pues ciertos bolsos son utilizados también para ir al gimnasio, se exige el tipo subjetivo del injusto, en cuanto al dolo, que abarque dicha condición; de todos modos, si el apoderamiento se produjo con rotura de la luna del carro, se desplaza la conducta al inc. c).

3.6. Mediante el concurso de dos o más personas

Siempre se ha visto que la concurrencia de dos o más personas en el evento delictivo, genera una mayor peligrosidad objetiva, pues el agraviado se encuentra expuesto a una mayor afectación; el número de participantes otorga una mayor facilidad para la perpetración del injusto, al reducir con menores inconvenientes los mecanismos de defensa de la víctima[152].

Cuestión a saber es que no debe tratarse de una banda u organización delictiva, es decir, debe tratarse de autores que de forma circunstancial y/o ocasional deciden cometer un hurto; de no ser así, la descripción normativa del último párrafo sería el supuesto aplicable. Segundo, no es necesario que todos los agentes, actúen a título de autor, sea como coautores, pues es suficiente, que el segundo haya actuado como cómplice primario o secundario. Así también, en el caso del instigador, que determina psicológicamente al autor material, para que se apodere ilegítimamente del bien mueble de la víctima; en la autoría mediata, también participan dos personas, el hombre de atrás que domina la voluntad del hombre de adelante, el instrumento quien ejecuta materialmente la acción típica, por lo que no habrá problema para admitir la agravante en cuestión. Empero, debe tenerse en cuenta que el factor peligrosidad que sostiene la presente hipótesis de agravación debe ser entendida conforme al sentido gramatical del enunciado normativo, por lo que al indicarse que el delito de hurto debe ser cometido por dos o más personas, ello implica que dicha intervención delictiva ha de tomar lugar necesariamente en la etapa ejecutiva del delito, de modo que ello sólo puede aparecer en el caso de la co-autoría así como en la complicidad (primaria), siempre que ésta última se identifique en el decurso de los actos ejecutivos del delito; v. gr., de quien se encarga de trasladar los objetos sustraídos así como a quienes se encargaron de arrebatar los bienes muebles a la víctima, mas no quienes aportan con una contribución en la etapa preparatorio del delito. De ahí, que deban descartarse las hipótesis de la Autoría mediata y la Instigación, desde una correcta interpretación de hermenéutica jurídica.

(152) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 108.

No es exigible el acuerdo previo, ya que sólo es necesario participar en la comisión del delito cualquier forma: coautoría, complicidad, etc[153]. No podremos apreciar la agravante cuando quien se apodera del bien mueble, se aprovecha que la víctima está liándose a golpes con un tercero que no tiene la intención de apropiarse de sus pertenencias.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos

La configuración de este supuesto requiere la presencia de dos elementos: primero que exista una organización delictiva, destinada, es decir, creada especialmente para cometer el delito de hurto y, segundo, que el agente sea miembro de esta organización delictiva, en la calidad de «integrante», no podrá serlo en calidad de jefe, cabecilla o dirigente, pues en dicho caso la conducta se traslada al último párrafo del articulado.

Toda organización delictiva debe contar con los siguientes elementos: a) debe estar conformada por una pluralidad de personas, individuos que se reparten los roles mediante una estructura jerárquica de organización, por lo genera cuentan con mandos superiores, medios y ejecutores; b) deben operar por un tiempo significativo, la permanencia es un dato a saber para diferenciar esta figura criminológica de la coautoría concomitante, y; finalmente c) deben contar con códigos internos, que regule su estructura organizacional. Sin embargo, el agente en el presente caso, basta que en el momento de la acción típica, haya pertenecido a la asociación criminal por un corto lapso de tiempo.

Ahora bien, el precepto señala que el agente debe actuar en calidad de integrante de una organización delictiva, quiere decir esto, que puede haber actuado de forma individual al momento de la perpetración del delito o en forma conjunta con otros miembros de la organización.

La sanción penal de la agravante en comentario, por ende no involucra el hecho de pertenecer a la organización ilícita, sólo la comisión de hurto. Pero no podemos dejar de apuntar que se da un concurso real de delitos con el de asociación ilícita (art. 317 del C.P.)[154].

---

(153) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 108.

(154) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 109.

En realidad en el caso del hurto, más se da en la realidad la figura de la "banda", la organización delictiva toma mayor auge en el caso del delito de robo.

2. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación*

En este caso, el legislador a efectos de construir la agravante, ha tomado en consideración la naturaleza del bien, esto es, la valuación del objeto –con respecto a una serie de aristas–, es lo que sustenta el mayor desvalor del injusto típico.

En primer lugar –la norma en cuestión–, refiere a los bienes de valor «científico», los cuáles serán todos aquellos que revelen una determinada propiedad funcional en el marco de una determinada actividad socio-económica; que puedan incidir en beneficio de la salud pública, por lo que dice, que no se tutela la propiedad que se reconoce a su titular, sino, de que toda la ciudadanía pueda acceder a las bondades de estos bienes, como sus legítimos accesitarios; mas ello no puede significar que el dueño quede desamparado, sólo que la tutela penal adquiere un mayor interés social. La explicación de la simultánea existencia sobre una misma cosa de un interés general y del derecho de propiedad del dueño de la cosa, limitado por aquél, se encuentra en la función social de la propiedad más que en la teoría de los bienes culturales(155).

El asunto está en lo que refiere a las condiciones que debe cumplir el bien, para que se le pueda atribuir "valor científico", como elemento normativo de la tipicidad penal; bienes que encuentran tutela en el marco de la normatividad sobre propiedad industrial; ¿Se requerirá un reconocimiento de una autoridad administrativa como el INDECOPI u ha catálogos sobre la materia, o es que dicha propiedad queda sujeta a una potestad discrecional del juzgador, de acuerdo a las pruebas que se presenten al respecto? A decir, de QUINTERO OLIVARES si se quieren evitar exclusiones injustificadas y lograr una auténtica adaptación de la realidad y al interés que se quiere tutelar, creemos, no obstante, que debiera bastar con la condición de ser bien «inventariable o registrable», a la vista del riesgo de equivocación que entraña fiarse excesivamente de los catálogos reconocidos, pues no se trata de catálogos ni cerrados ni completos(156).

---

(155) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 583; Así, PÉREZ MANZANO, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 360.

(156) QUINTERO OLIVARES, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 598; Vid., al respecto, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 418; Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 198.

Somos de la consideración que los bienes considerados de valor científico, no requieren encontrarse debidamente registrados antes las instancias administrativas competentes; pues basta en todo caso, que sean susceptibles de ser inscritas ante dichos registros, cualidades que ha de tomar en consideración por el juez en cada caso concreto, para lo cual se remitirá a las valoraciones que de cuño tenga la sociedad al respecto. Debe operar de todas formas un criterio restrictivo, a fin de no ampliar de forma innecesaria su aflicción. Siguiendo a González Rus, la interpretación de la agravación, debe realizarse de cara a lo siguiente: 1) afirmando la plena independencia del juez para valorar si una cosa tiene o no el valor reclamado por la agravación penal; 2) rechazando que su contenido resulte coincidente con el del patrimonio histórico; por el contrario debe entenderse que su ámbito es sustancialmente más reducido que el de éste, y 3) limitando rigurosamente el sentido de los términos valor «artístico, histórico, cultural o científico», (...)[157].

Para que pueda darse el Hurto, según esta modalidad agravada, de todas formas, debe revelarse el apoderamiento de un objeto, en el cual se encuentra contenido una fórmula científica, por ejemplo en un dispositivo u otra forma de almacenamiento de datos.

De cara a la diferenciación de este delito y los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, hay que tener en cuenta que la protección penal a través de estos delitos parte generalmente de que la creación intelectual o industrial ha sido registrada o patentada, de manera que antes que se produzca este reconocimiento jurídico de la titularidad del derecho, puede aplicarse la modalidad agravada de hurto[158].

Que duda cabe que los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación, sólo por su reconocimiento requieren de una protección especial del Estado, en este caso por parte del Derecho penal, pues se trata de bienes que se comprenden en la riqueza histórica de nuestro país, fruto del ingenio y la creación de las culturas inca y pre-incas más representativas, que se asentaron a todo lo largo de nuestro territorio, habiéndonos dejado un enorme y valiosísimo legado, que todos los peruanos tenemos el deber de admirar y proteger. El legislador lo consideró así al haber incluido esta circunstancia agravante, en virtud de la sanción de la Ley N° 26319; pues si se dijo que en caso de los bienes de valor científico, su protección más intensa por parte del derecho punitivo residía en su función social, en el presente, el fundamento reposa en la función histórica, como patrimonio cultural de todos los peruanos.

(157) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 584.

(158) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 362.

Por el valor testimonial que les otorga el tiempo, se incluyen dentro de los bienes culturales a los restos humanos, los fósiles de animales y las plantas con las cuales convivió el hombre en un determinado tiempo histórico[159].

La Ley Nº 28296 del 21 de julio de 2004 – Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, establece en el artículo III (Presunción legal) de su Título Preliminar que, se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte. La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte; mientras que en su artículo V de la misma titulación (*in fine*), dispone que los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición privada o pública, están protegidos por el Estado y sujetos al régimen específico regulado en la presente Ley. El Estado, los titulares de derechos sobre bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y la ciudadanía en general tienen la responsabilidad común de cumplir y vigilar el debido cumplimiento del régimen legal establecido en la presente Ley.

El Estado promoverá la participación activa del sector privado en la conservación, restauración, exhibición y difusión de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación y su restitución en los casos de exportación ilegal o cuando se haya vencido el plazo de permanencia fuera del país otorgado por el Estado.

La diferencia de esta modalidad agravante de Hurto, con las figuras delictivas que se glosan en el Título VIII del C.P., reposa en que estos últimos importa típicos atentados contra el Patrimonio Cultural, mediando las acciones de depredación, destrucción y/o extracción, sacándolos del país; es evidente que puede acontecer un conflicto aparente de normas, que ha de resolverse con la aplicación del principio de especialidad y/o consunción.

3. *Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas*

Podemos decir, que esta modalidad agravante apunta el mayor desvalor, a los medios que emplea el agente, para hacerse ilegítimamente de un bien mueble, en este caso mecanismos sofisticados, propio de la ciencia y

(159) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 111.

de la tecnología, que el permite apoderarse de una suma ingente de dinero, de una forma muy sutil, con el menor riesgo de ser detectado.

Las claves electrónicas, los dispositivos de seguridad pueden ser burladas por personas especializadas en la materia de la informática, que a través de ciertos sistemas de telemática (*softwares*) pueden ingresar a ciertas redes privadas, bando de datos u otros y, así tener posibilidad de disponer la transferencias de cuentas secretas, etc. No se trata de un caso de estafa, pues el autor, no induce de ninguna forma mediando engaño al sujeto pasivo, para que le traslade su patrimonio, siendo en realidad una vía sofisticada de apoderamiento.

No podemos pasar por alto, que existe hoy una criminalidad informática a nivel mundial, que pone al tapete una nueva delictuosidad, no muy fácil de combatir en mérito a las formas de cómo se cubren estos agentes para no llegar a ser descubiertos. Por obra de la dación de la Ley Nº 27309 del 17 de julio de 2000, se incorporó al texto punitivo, los denominados «delitos informáticos», incluyéndose el Capítulo X al Título V; por lo que es importante delimitar ambos planos de incidencia normativa. En el caso de los tipos penales previstos en los artículos 207-A (bis) 207-C, el ingreso, acceso indebido a la base de datos, sistema o red de computadoras, tiene por fin el diseño, ejecución o alteración de un esquema u otro similar, así como la interceptación o copia de cierta información; es entonces, el uso, acceso ilegal, copia y/o modificación de los datos, lo que se reprime en dichos injustos; mas en el caso de la agravante el fundamento es el apoderamiento de un bien mueble, mediando los medios informáticos o telemáticos.

Se podría decir que los delitos que se comprenden en el Capítulo X, constituyen la acción ejecutiva de la circunstancia agravante, por lo que podrán ser penalizados de forma concurrente, pudiéndose también apelar a los móviles del agente, para marcar la diferenciación típica entre ambos delitos, no dejemos de lado que en el hurto, la conducta del autor se encuentra promovida por el ánimo de obtener un provecho.

Para la comisión del delito de hurto por medios informáticos el sujeto activo puede utilizar diversas formas comisivas como la manipulación, y puede ser durante la creación del programa, durante la ejecución de la misma, durante la emisión de datos, o durante su transmisión; el espionaje para apropiarse de información de secretos comerciales, financieros, etc., (programa de datos) y divulgarlos o venderlos, introduciéndose a un centro de información o durante la transmisión de ésta, de una central a otra o una terminal y también para descifrar claves de la misma manera o de otra, pero para su utilización por medios telemáticos[160].

(160) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 115.

4. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica*

El desvalor del injusto típico en el delito de hurto, reside en la privación por parte de la víctima, de las facultades inherentes a la propiedad, que recaen sobre los bienes muebles de que es titular, cuando es despojado ilícitamente de su tenencia por parte del agente. Dichos bienes, puede que en algunas ocasiones, se trate de dinero, por lo que su sustracción, puede repercutir en el presupuesto familiar, impidiendo que se pueden solventar necesidades elementales de la familia.

En este caso se pone de relieve no sólo la propiedad misma, afectada como consecuencia de la acción típica, sino también la situación económica del núcleo familiar, en cuanto a la causación de un verdadero estado de necesidad (desvalor del resultado).

Como se advierte en la doctrina, víctima puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica(161); si el gerente de una empresa en particular, es objeto de un hurto, en virtud del cual es despojado del dinero con que se iba a pagar los sueldos de los trabajadores de varios meses de adeudo, se habrá configurado la agravante; como se desprende del tenor literal del precepto, tiene que darse o una u otra alternativa, no de forma conjugada.

Esta agravante debe ser particularmente valorada, es decir, caso por caso, pues debe tomarse en consideración la situación económica de la víctima, al momento de ser despojado del bien, que de dicha circunstancia haya de apreciarse una disminución efectiva de su patrimonio, mermando en su capacidad adquisitiva, para hacer frente a los gastos más elementales para su manutención, puesto que la agravante hace alusión a una «grave situación económica». No podrá ser tildada de grave el desapoderamiento que sufre un trabajador de su haber mensual, cuando el presupuesto familiar se compone por los ingresos de ambos cónyuges; tampoco el empresario que es despojado de una fuerte suma de dinero, que era destinada para la compra de materiales de su fábrica; a menos que se trate de un empresario, prácticamente en bancarrota, que tiene hipotecado todos sus bienes y, a quien le es sustraído el préstamo que recibe del Banco para poder afrontar sus deudas, en la medida que dicha situación ameritara la ejecución de todos sus bienes.

No es necesario que a la víctima o a la familia le sobrevenga una situación de pobreza, sino que basta con una alteración grave de su situación económica, aunque sea transitoria(162); no es por otro lado, factor de atipici-

(161) Así, Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 420.

(162) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 198-199; Así, Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 601; Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 364; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 117.

dad, que la víctima pueda ser sujeto de un crédito o de que pueda ser mantenido por un familiar.

Por lo expuesto, la concurrencia de esta agravante, habrá de medirse conforme a una serie de baremos; de acorde al estatus socio-económico de la víctima, del presupuesto familiar y, del apremio por satisfacer las necesidades más elementales (alimento, educación, vivienda y vestido)(163).

Es menester advertir, que el agente debe saber (dolo) que el apoderamiento ilegítimo del dinero, esta colocando en una grave situación a la víctima o a los miembros de su familia; lo cual será de difícil acreditación. Quien sigue al cliente de un banco sacando una suma de dinero, bien vestido, no sabrá que dicho dinero constituye el único ahorro que le queda, por lo que estará afectado por un estado apremiante.

En lo que respecta al estado consumativo, esta se adquiere, a partir del momento en que la víctima es despojada ilícitamente del bien, pues ya en dicho instante se coloca a la víctima en una grave situación económica.

5. *Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos*

Esta agravante debe ser entendida con la circunstancia cualificante que se estudió en el acápite 2.3, en cuanto a la destrucción o rotura de obstáculos, pues es de verse que en este caso se agregan ciertos «medios», para ejercer la conducta que hace referencia dicho apartado.

Reviste especial gravedad que el agente, a fin de destruir o romper los obstáculos, que le permitan ingresar al lugar donde se encuentran localizados los bienes muebles, emplee materiales o artefactos explosivos, en tanto pueden colocarse en un verdadero estado de peligro los bienes jurídicos fundamentales de las personas que se encuentran en las inmediaciones, esto es, la vida, el cuerpo y la salud.

La dinamita, nitroglicerina, bombas caseras, petardos, pirotécnicos en general, son susceptibles provocar grandes estragos a la propiedad pública y ajena, pero lo más grave es cuando pueden generar un estado de aptitud de lesión para los intereses jurídicos más relevantes para la persona humana. Por ejemplo, cuando se coloca dinamita para poder destruir la entrada de la bóveda del banco, cuando a sus alrededores pueden estar personas; más, cabe precisar que la consumación de esta agravante no está supeditada a que se verifique un verdadero peligro para la vida y salud de algunos individuos, la ley sólo se refiere a la utilización de los medios, no confundamos los fundamentos con la fijación de las formas de imperfecta ejecución.

---

(163) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 116.

Esta agravante implica fuerza en las cosas, considerándose lo que en doctrina se conoce como hurto con fuerza en las cosas, que es una figura intermedia entre el hurto simple y el robo[164].

Ahora bien, si los agentes, a fin de forzar la puerta de una vivienda familiar, para romperla, utilizan una significativa carga de dinamita, sabiendo que en su interior, cerca de ella, se encuentra un miembro de la familia; ya no podemos hablar de hurto, sino de robo, en el sentido de que la presencia dicha víctima esta abarcado por el dolo (eventual) del agente, como un obstáculo para vencer la resistencia que separa al autor del lugar donde se encuentran los bienes muebles, y si no ha de advertirse dicho conocimiento, y como consecuencia de la detonación se producen lesiones de los moradores, habrá pues un concurso delictivo con lesiones culposas.

6. Sobre vehículo automotor

La violencia cotidiana que cunde en nuestras ciudades, es materia de difusión permanente por los medios de comunicación, cubriendo preferentemente, los hechos de sangre que cobran diariamente numerosas víctimas, producto de accidentes de tránsitos, asesinatos, robos y secuestros. Son estos hechos luctuosos los que cubren los titulares de la prensa escrita y televisiva, concitando la atención de millones de lectores, a través de la magnificación de la noticia, sobre todo si sus protagonistas pertenecen a la farándula y el espectáculo nacional.

No sólo son los asesinatos y los parricidios, los delitos que más interés generan a los medios de comunicación, sino también los hurtos y robos, aquellos que se cometen mediando un determinado *modus operandi*, es decir, una forma generalizada de comisión del injusto penal patrimonial.

Somos sabedores, que en nuestro país existe toda una industria de auto-partes de procedencia delictiva, al existir numerosos lugares de acopio, de distribución y venta de repuestos, motores y otros accesorios de vehículos, que fueron obtenidos ilícitamente, a partir de la realización típica de las figuras delictivas de *Hurto* y *Robo*.

Es en esta esfera de la criminalidad, donde aparece todo un *circuito delictivo*, pues se advierte en primera línea, aquel agente, que sustrae y/o se apodera del bien mueble (auto-parte), con ardid o con violencia y/o intimidación, despojando de sus bienes, a su legítimo propietario y/o poseedor. Existen numerosos individuos que se dedican a este quehacer delictivo; unos se apoderan del objeto material del delito, mediante un acto típico de apoderamiento, al desplazar el bien mueble a una esfera de custodia ajena al sujeto pasivo; mientras que otros, despliegan una conducta más disvaliosa,

(164) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 118.

en sí de peligro para los bienes jurídicos personales de la víctima, al adquirir la posesión del bien como consecuencia del empleo de violencia física (*vis absoluta*) o una intimidación psicológica bastante (*vis compulsiva*). Ambas descripciones conductivas configuran respectivamente, los delitos de *Hurto* y *Robo*.

A lo anotado cabe agregar, un sujeto que también forma parte del circuito delictivo, nos referimos al *Receptador*, quien se encarga de distribuir, de vender, de comercializar los auto-partes de procedencia delictiva. Dicho en los siguientes términos: *el agente de receptador ingresa en la escena criminal, de forma posteriori, cuando los delitos de Hurto o de Robo han sido ya consumados, recibiendo el bien de procedencia ilegal, amén de guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito.*

Debe quedar claro que el autor del delito de Receptación no puede ser a su vez calificado como sujeto activo de los delitos de Hurto o de Robo, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem* material, a menos que se trata de dos hechos distintos.

Entonces, se advierten dos secuencias delictivas, en el marco de la comercialización de auto-partes; aquellos involucrados en el apoderamiento ilícito del bien mueble y, dos, aquellos que se dedican a la comercialización de dichos productos en el mercado de consumidores.

El punto de debate, sería si la incidencia criminal de dichos hecho, justifica en puridad, la construcción de las circunstancias agravantes en los delitos de Hurto, Robo y Receptación.

La *funcionalización política del Derecho penal*, encuentra fiel reflejo en las modificaciones producidas en los artículos: 186° (Hurto agravado) y 189°-A (Robo agravado)[165], en lo concerniente a la inclusión de la modalidad típica agravada sobre: *vehículo automotor*, –vía la sanción de la Ley N° 29407–; donde el objeto material, sobre el cual recae la acción penalmente antijurídico, no reviste con propiedad naturaleza suficiente, como para justificar la concurrencia de un mayor desvalor del injusto penal.

Así, como la cotidiana y constante, sustracción y robos de auto-partes, también figuran permanentemente en el listado delictivo, apoderamiento de celulares, carteras, joyas, etc.; es decir, la incidencia criminal de una determinada modalidad delictiva (*criminológica*), no legitima *per se* la construcción normativa de una *Circunstancia agravante*, cuando no se identifican elementos de desvalor suficientes, sea por el contenido de la acción o del resultado.

(165) Así, como en el artículo 195° del CP (Receptación agravada).

La excesiva *taxatividad* de las conductas típicas, que se recogen en el listado de circunstancias agravantes, ha supuesto una técnica legislativa caracterizada por el *Casuismo* exagerado, incluyendo cualquiera conducta que acontece en la realidad social, creyendo que así se logrará una mayor represión e intimidación, al cerrar cualquier atisbo de impunidad. Todo lo contrario, una técnica así concebida, lo único que propicia es un espacio de inseguridad jurídica, pues el juzgador va a tener que asumir una labor interpretativa complicada, por las manifiestas intercesiones normativas que se develan entre las múltiples e innumerables circunstancias típicas que se han puesto de relieve en varias figuras delictivas. Por consiguiente, se debilita el principio de legalidad, según el mandato de la *lex stricta* («determinación»), al generar marcos confusos de interpretación normativa.

7. *Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima*

Hemos subrayado, que la legitimidad de una circunstancia agravante, ha de verse en un doble baremo a saber: primero, según la sustantividad del desvalor del injusto típico o del grado de reproche personal (Culpabilidad).

Conforme lo anotado, el grado de afectación al bien jurídico tutelado (desvalor del resultado), es un elemento a tomar en cuenta para determinar la formación normativa de un tipo agravado. En la presente hipótesis, el legislador incluyó como agravante del Hurto: "*Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima*".

Hemos de identificar dicha agravante con un dato criminológico, en el sentido, de que la comercialización de auto-partes, tiene como antecedente, la sustracción y/o apoderamiento de un vehículo que es empleado por una persona dedica al taxi, como servicio público que brinda a la comunidad. Los ingresos económicos de estas personas, en la generalidad de los casos, se obtienen estrictamente de dicha actividad, por lo que al ser despojados del vehículo, pierden su instrumento de trabajo, por ende, la posibilidad de seguir cubriendo sus necesidades básicas y/o elementales, no sólo de él, sino también de su familia.

No podría darse la agravante en cuestión, cuando quien es desapoderado del vehículo es el dueño de una empresa de taxis o, en su defecto, cuenta con otras fuentes de ingresos.

Máxime, en algunos casos, no sólo son despojados de su vehículo, sino que son también violentados y en casos extremos, ultimados (asesinados), por esta violenta criminalidad, que no duda en ultimar la vida de sus prójimos, con tal de obtener una ventaja económica.

Por lo dicho, encontramos sostén legitimador a la inclusión de esta agravante, no obstante, vemos que dicha circunstancia podría encajar perfectamente en el supuesto del injusto agravado, contemplado en el inc. 4) del artículo

186°[166]; por tales motivos, puede producirse un conflicto normativo entre ambos supuestos, que problematiza sin duda, la tarea interpretativa del juzgador.

8. La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos

A diferencia de la agravante que se hizo mención en el numeral uno, es que el agente no es un mero miembro de la organización delictiva, sino que en este caso se trata de aquel que tiene un poder de mando, directriz de la asociación criminal que le genera una mayor responsabilidad de los actos delictivos que se cometen desde el marco de dicha estructuración criminológica.

Para efectos de «organización destinada a perpetrar estos delitos», vale todo lo dicho en el numeral cinco, con el agregado de que si dicha asociación criminal se dedica también a cometer otros hechos punibles, el tipo penal aplicable será el del artículo 317°, en concurso con el delito de Hurto Agravado, pero en base a otros supuestos.

Punto importante a saber, es que no basta acreditar que el agente ostenta el poder de mando en la organización (cabecilla), sino que además debe participar en la comisión de delitos de hurto, sin necesidad de que esté presente de forma fáctica, la especial posición que asume en el marco de la asociación le permite detentar el dominio del hecho, al estar en su manos prácticamente, el éxito de los planes criminales que se gestan en su interior. De no ser así, estaríamos sosteniendo un Derecho penal de autor.

La redacción actual de la agravante, -conforme lo ha dispuesto la Ley N° 30077-, reza así:***"La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos"***[167].

Si se está ante una estructura criminal, ante un cuerpo delictual debidamente organizado, es lógico que su adecuado engranaje venga respaldado por una jerarquía piramidal, que parte desde la cúpula, de la esfera más alta de la estructura organizacional, basada esencialmente en una relación de corte «vertical»; siendo éstos, los miembros más representativos del cuerpo delictual, «cabecilla, jefe o dirigente». Según estos elementos a saber, se puede identificar la subordinación de los mandos medios e inferiores, necesario para asegurar el éxito de los planes criminales ideados desde el nivel más alto de la estructura piramidal de la organización[168]. Es preciso,

---

(166) Vide, al respecto, ps. 73-74.

(167) Entrará en vigencia a partir del 01 de julio del 2014.

(168) Las órdenes -acota Choclán Montalvo, se dan desde arriba hacia abajo, y a menudo la orden del superior sólo se va concretando a medida que su transmisión avanza hacia

por tanto, estar al frente de una organización piramidal, dentro de la cual los órganos decisivos no sean los mismos que los ejecutivos, de manera que los agentes encargados de ejecutar el delito no hayan participado en la estructuración del plan delito[169][170]; como en todo andamiaje criminal, la división de roles, viene precedida por la observancia de miembros encargados de la planificación, de montar todo el aparato estructural y fundacional, otros de hacerlo operativo, de procurar el enlace entre los diversos roles que asumen sus miembros y otros de plasmar en el mundo fenoménico, las ideaciones criminales propias de la voluntad de la cúpula. Bajo estos conceptos, difícilmente podrá identificarse estas categorías criminológicas, en agrupaciones delictivas de solo tres o cinco personas, que sólo pueden ostentar una relación de corte horizontal, al demandarse una pluralidad de individuos, propio de organizaciones subversivas, de mafias criminales (TID, Lavado de Activos, Trata de personas), que actúan a un nivel trasnacional, y que desde su interior se dedican a cometer una pluralidad de hechos punibles, por lo tanto, en realidad discutible, si esta categoría criminológica puede resultar admisible en el delito de Hurto y otros delitos -de meridiana gravedad-, que también han sido arrastrados por esta corriente reformadora.

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 186°-A Y 194°-A AL CÓDIGO PENAL, A EFECTOS DE IMPLEMENTAR EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL SUSCRITO ENTRE EL PERÚ Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. COMENTARIOS PRELIMINARES

El Tratado de Libre Comercio que fue suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica el 08 de diciembre de 2005 en Washington, ratificado el 29 de junio de 2006 por el Perú, ratificado por el Congreso de Estados Unidos el 04 de diciembre de 2007, dio a conocer su culminación sa-

---

los niveles inferiores de la organización, por lo que la orden original no necesita de una precisión absoluta en cuanto a los objetivos a alcanzar, con tal que quede clara la voluntad del jefe; *La criminalidad organizada...*, cit., p. 245.

(169) JOSHI UBERT, U.; Citado por FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E.; *La autoría mediata en aparatos organizados de poder,* cit., p. 156.

(170) A decir de CHOCLÁN MONTALVO, la separación especial, temporal y jerárquica entre personas que intervienen directamente en la ejecución material del hecho, que obran responsablemente, y aquellas otras que en la cúspide de la pirámide toman las decisiones, plantea el problema relativo a la autoría en caso de aparatos organizados de poder; La criminalidad organizada...., cit., p. 262; aspecto en cuestión que es tratado por nosotros en otra monografía (Ver: Peña Cabrera Freyre, A.R.; Derecho Penal. Parte General, T. I.).

tisfactoria por el ex-presidente de USA – George W. Bush el 16 de enero de 2009, proclamándose así su entrada en vigencia a partir del 01 de febrero de 2009, tratado que lleva consigo una serie de esperanzas para nuestro país, en el marco de una crisis económica mundial, que pueda permitir la apertura de nuevas oportunidades comerciales de inversión, el acceso a nueva tecnología así como la creación de nuevos puestos de trabajo.

Dicho así: *la posibilidad de fortalecer la prosperidad de nuestra economía, propulsando el bienestar económico, garantizando a su vez las responsabilidades que ha de asumir cada Estado, a fin de que la desgravación arancelaria no perjudique a la producción nacional de productos similares o directamente competidores.* En dicho marco de negociación, se ha puesto de relieve que el régimen de salvaguarda estará vigente durante el periodo de transición hasta alcanzar la zona de libre comercio, cuya aplicación para los productos industriales será por el periodo de diez años desde la entrada en vigor del TLC y, para los productos agrícolas por un periodo de hasta 17 años.

El Tratado de Libre Comercio suscrito con USA trae a colación una serie de incidencias en varios ámbitos de la economía nacional, en lo que se refiere a productos industriales (patentes), derechos de autor, compras gubernamentales, agricultura, medio ambiente y el aspecto laboral, etc. Estos sin duda fueron catalogados como «temas sensibles», en vista de la oposición de ciertos sectores representativos de la sociedad peruana que sin duda generan repercusiones importantes en nuestra economía. Si bien en principio pueden ser calificados como favorables, ello no obsta a que el Estado tenga el deber de articular medidas de protección a los productos nacionales para que puedan competir con los productos extranjeros, conocedores de que el país del norte subsidia una serie de productos agrícolas. Entonces, si bien debemos reconocer sus enormes bondades para la economía nacional en su conjunto, no podemos dejar de lado que la imposición de ciertos correctivos pueden resultar necesarios a efectos garantizar los intereses de los productores nacionales.

Dicho lo anterior, el gobierno de USA, a fin de dar por culminado el proceso de implementación del TLC con el Perú, estaba a la espera de la sanción de una serie de normas orientadas esencialmente a la efectiva protección jurídica de algunos productos inherentes a la propiedad industrial, a la propiedad intelectual así como al medio ambiente. En definitiva, el derecho positivo nacional, mostraba cierto déficit regulativo al no incluir en su seno determinados elementos, propio de los «derechos intelectuales», de tal manera que la sanción de la Ley N° 29316 apuntó a otorgar un amparo legal más intenso a la propiedad intelectual y, de respaldar decididamente las actividades industriales y forestales.

Ahora bien, la reforma legal no sólo habría de abarcar la esfera estrictamente administrativa, pues como se desprende del artículo 1° de la Ley N° 29316, se han producido innovaciones importantes en la codificación pu-

nitiva. Es de recibo, que la necesidad por ejercer una mayor protección reconduce en algunos casos, casi inevitables decimos, al empleo del resorte punitivo del Estado en sujeción a los efectos disuasivos y promocionales de la norma jurídico-penal. Han sido incorporados los artículos 186°-A, 194°-A y 397°-A al CP. Por motivos de orden sistemático, el examen hermenéutico se centrará en los dos primeros artículos, que han sido incluidos en los rubros delictivos de los delitos de «Hurto» y «Receptación», respectivamente. Dada la relación delictiva entre ambas figuras delictivas, el análisis dogmático, en algunos aspectos partirá de conceptos generales, sin dejar de lado la reflexión político-criminal.

Si bien la sanción de la normatividad penal *in examine*, tiene como trasfondo el Tratado de Libre Comercio con USA, no es menos cierto que la inclusión de las señales de satélite portadora de programas obedece también a una realidad social: la proliferación de los servicios de televisión por cable. Cada vez son más las empresas que ofrecen estos servicios a los consumidores mediando una tecnología en suma avanzada. Se trata de receptores de programas vía satélite o señales de video procedentes de un centro de producción local; el "terminal cabecera de red" es el encargado de recibir la señal eléctrica generada en la cabecera y transformarla en señal óptica para su envío por fibra a los diversos centros de distribución repartidos a los diversos usuarios. Estamos hablando, por tanto, de un bien inmaterial, cuya señal permite la captación de diversas imágenes, videos, etc., cuya recepción por parte de un consumidor importa un contrato de servicio de cable que se suscribe con la empresa proveedora de telecomunicaciones. Siendo así, la recepción de la señal de satélite requiere de una autorización por parte de la empresa, por lo que toda conexión al margen de dicha convención ha de ser calificada como «ilícita»; de ahí, que en nuestro país haya surgido todo una industria de piratería de cable, en virtud de la cual se instalan conexiones clandestinas reportando cuantiosas pérdidas económicas a las empresa proveedoras del servicio. No se trata, en este caso, de la extensión de un cable, sino la decodificación de una señal de satélite por parte de un dispositivo electrónico, de no ser así, la conducta sería constitutiva de Hurto, según la redacción propuesta en el párrafo *in fine* del artículo 185° del CP.

Lo que es objeto de vulneración es la señal de satélite codificada portadora de programas, cuyo acceso sólo es factible con el uso de un dispositivo electrónico decodificador, lo cual implica una intromisión que será más difícil de lograr con las cajas convertidoras digítales, como se está ofertando hoy en día por una de las empresas operadoras de cable en nuestro país. Cada vez se deberán ajustar más a la intangibilidad de los sistemas, pues así como se moderniza el sistema de cable, a su vez la criminalidad también se moderniza en la creación de dispositivos decodificadores. De hecho, el mejor servicio, las ofertas más atractivas, que tiendan a bien ofertar las empresas distribuidoras

del señal de cable, pueden también abonar a una reducción de la piratería de la señal satelital portadora de programas. Digitalizar las señales constituye un factor esencial para controlar el crecimiento de la piratería.

En todo caso, nuestra posición no sólo comprenderá el desarrollo dogmático desde una proposición meramente conceptual de las cosas, sino también ha de referirse a criterios de sistematización y ordenación, principios ambos, que deben ser siempre preservados en toda reforma penal de *lege ferenda*.

ART. 186-A.- DISPOSITIVOS PARA ASISTIR A LA DECODIFICACIÓN DE SEÑALES DE SATÉLITE PORTADORAS DE PROGRAMAS

El que fabrique, ensamble, modifique, importe, exporte, venda, alquile o distribuya por otro medio un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días multa.

1. BIEN JURÍDICO, CONCEPTO DEL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

El bien jurídico constituye la fuente imprescindible que ha de recoger el legislador para penalizar legítimamente una determinada conducta, con arreglo a los principios de ofensividad y de antijuridicidad material. A decir de Polaino Navarrete, todo injusto típico que lesiona la norma penal tiene como contenido material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo legal[171].

Lo dicho no importa solamente una declaración apegada a la doctrina de un Estado Liberal de Derecho, sino que lo significativo es de sujetar la intervención del *ius puniendi* estatal a ámbitos concretos de «dañosidad social». Despojando con ello, al Derecho penal de matices ideológicos, morales y/o educativos. Debe identificarse siempre, pues, la existencia de un foco de conflictividad social, cuya perturbación signifique un obstáculo en la participación del individuo en esferas socio-económico-culturales. Elemento de trascendencia para la vigencia en rigor del principio de «mínima intervención».

Debemos entender que la teoría del bien jurídico no sólo ha de verse como un criterio material de legitimación en cuanto a las tareas del Derecho penal en un Estadio Social y Democrático de Derecho, pues con ello no deci-

(171) Polaino Navarrete, M.; *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas*, cit., p. 229.

mos todo. En esta línea argumental, debemos agregar que el bien jurídico es también una guía ordenadora y sistematizadora del injusto penal, en el sentido de agrupar las conductas delictivas sobre la base del interés jurídico –digno y merecedor–, de tutela penal. Lo dicho es necesario para procurar una correcta tipificación penal y, a la vez, como expresión de una política criminal ajustada a los principios limitadores del derecho punitivo. El intérprete ha de saber con exactitud y claridad cuál es el bien jurídico que es atacado por los comportamientos que prohíbe la norma jurídico-penal. De no ser así, se pierde indefectiblemente claridad y orden conceptual. Como anota Mir Puig, el bien jurídico, como expresión del objeto de tutela legal, ofrece la clave de la interpretación y la base de la formación del sistema de la Parte Especial, pero no ha de limitarse a cumplir tal función metodológica, aunque a ella se haya reducido prácticamente en su historia el bien jurídico no lo decide el derecho positivo, sino que, por el contrario, está llamado a limitar al legislador: bien jurídico será sólo aquello que merezca ser protegido por la ley penal[172].

A lo largo del presente estudio dogmático, hemos tratado de elaborar un criterio sistematizador del bien jurídico protegido. Sostuvimos que en el delito de Hurto, lo que se tutela es la propiedad, puesto que el agente del delito nunca puede ser el propietario del bien mueble; siendo despojada la víctima del efectivo ejercicio de los derechos inherentes al título dominal, y las conductas típicas que atentan contra dicho bien jurídico, éstas denotan una misma caracterización fenoménica: el autor despoja al sujeto pasivo del bien mueble, mediando el «apoderamiento» y/o «sustracción». Ambas acciones suponen el traslado físico del bien por parte del sujeto activo a su esfera de custodia, por lo que se requiere de un acto de desplazamiento. Hurtar, significa tomar la cosa ajena como suya, a fin de obtener un aprovechamiento para sí o para un tercero.

Ahora bien, según la redacción normativa del último párrafo del artículo 185° del CP, se adopta una visión incorpórea del bien, que de todas formas se materializa el injusto cuando el agente emplea una serie de artificios para hacerse ilegítimamente del valor económico de dichos objetos[173]. También, ha de decirse que los títulos valores pueden ser objeto material del delito de Hurto, cuando se posesión ilegítima permite a su tenedor hacerse de su valor cambiario, siempre que haya precedido un acto de desapoderamiento y/o sustracción. Sin embargo, conforme se desprende del contenido literal del artículo 186°-A, nos encontramos frente a conductas de fabricación, ensamblaje, modificación, importación, exportación, venta, alquiler o distribución por otro medio, un «dispositivo o sistema tangible o intangible», cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas. No implican entonces, el apoderamiento y/o sustracción de un bien mueble, sino

(172) Mir Puig, S.; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, cit., p. 123.

(173) Confirmar al respecto, ps. 169-170 del Tomo.

la elaboración, venta, alquiler o distribución de dispositivo electrónico, cuya función sea de la descodificar una señal de satélite codificada portadora de programas. En definitiva, no se afecta el derecho de propiedad *strictu sensu* hablando del sujeto pasivo, sino que se vulnera un dispositivo que pertenece a su titular, cuando se emplean dichos mecanismos.

Son por tanto, sobre los «derechos de autor» (bien jurídico), de dichas señales satélites de programa, los que se ven violentados, como consecuencia de las conducta que se describen en el tipo legal; de todos modos, valga decir, que en este caso, no se están penalizando los actos ejecutivos, cuya materialidad pueda lesionar al bien jurídico, sino la mera fabricación, distribución, venta, alquiler, etc., es decir, los actos preparatorios tal como acontece en el caso de los delitos monetarios o en los delitos de tráfico ilícitos de drogas. Si hemos de encontrar un punto de intersección con otro tipo penal, identificamos en dicho alud al tipo penal de «Estafa», pues se podría decir, que los agentes que fabrican los dispositivos así como quienes distribuyen las señales de satélite decodificadas estarían obteniendo un beneficio económico a expensas de las empresas proveedoras legales del servicio de cable; sin embargo, los reparos a dicha similitud encuentran varios puntos a saber: primero, la inducción o mantenimiento a error a la víctima del engaño, por tanto del error, no aparecen en el presente caso, el sujeto pasivo en ningún momento efectúa un desplazamiento de su acervo patrimonial a la esfera de custodia del sujeto activo del delito, quien recibe la señal, por el contrario, es el usuario del sistema y, éste para los tipos penales en cuestión, no es considerado autor. Por lo demás no realiza un acto que pueda ser calificado como «engaño», que haya de generar un visión distorsionada de la realidad a la víctima; y, segundo, las figuras delictivas que se contienen en los artículos 186°-A y 194°-A, no son delitos de resultado, a diferencia que la modalidad típica del artículo 196°, que exige la efectiva producción de un perjuicio[174].

La premura, el apresuramiento tal vez, por cumplir los compromisos asumidos con el país del norte en materia de derechos de autor, han conllevado una incorporación asistemática de la figura delictiva comprendida en el artículo 196° del CP. A partir de una coherencia sistemática y claridad conceptual la cual debe regir la codificación penal, esta modalidad del injusto típico, debió ser incluida en la titulación VII de la Parte Especial del CP, dando lugar a una adecuada concepción del interés jurídico –objeto de tutela–.

Según lo antes anotado, el bien jurídico estaría informado por los «derechos de autor» que le corresponden al titular del dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal será asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas, en cuanto a su intangibilidad que se ve mermada cuando el agente elabora, fabrica, vende, distribuye y/o alquila, dispositivos tendentes a decodificar las señales de sa-

(174) Confirmar ps. 337-338.

télite. En tal virtud, el injusto material entraña un contenido patrimonial, pues es de verse, que cuando se emplean estos dispositivos descodificadores, permitiendo que terceras personas «no autorizadas» se sirvan del funcionamiento de dicha señal, se reporta un menoscabo a los ingresos que debería percibir el sujeto pasivo. No obstante, advertiremos que el legislador no ha condicionado la penalización de la conducta a una lesión concreta del bien jurídico, al ser objeto de punición la mera producción de un dispositivo, cuya función es la de descodificar una señal de satélite. Ingresarían, entonces, al ámbito de protección de la norma, actos en puridad preparatorios del delito; dando lugar a una sanción punitiva en realidad drástica, que no se condice con los principios de lesividad, proporcionalidad y culpabilidad; son, por tanto, delitos de mera actividad, no resultando criminalizable quien usa, emplea y/o se aprovecha de la decodificación de la señal de satélite portador de programas; sólo se reprime la conducta de quien los distribuye. Lo que se pretende es cerrar el círculo de la actividad ilícita.

En el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas como en los delitos contra el orden Monetario, tal vez sea legítimo anticipar la intervención del Derecho penal, en mérito al grado de relevancia del interés jurídico tutelado, pero en este caso, lo considero un exceso. Podría postularse que estos comportamientos sean reputados, como una infracción administrativa y, sólo aquellos que signifiquen una lesión al objeto inmaterial puedan ser considerados como una infracción delictiva, en razón al principio de «subsidiariedad»; sobre todos los concernientes a la «fabricación» del dispositivo en cuestión. Por consiguiente, cabe indicar que las modalidades del injusto que se han glosado en el artículo 186°-A, no son de resultado, ni de lesión, bastando la mera tenencia del bien prohibido para ser alcanzado por una pena.

¿Qué debemos entender por «señal de satélite codificada portadora de programas»? En los numerales 40) y 41) de Ley de Derechos de Autor, artículo 2° del Título Preliminar, se establece que satélite es todo dispositivo situado en el espacio extraterrestre, apto para recibir y transmitir o retransmitir señales y, señal es todo vector producido electrónicamente, capaz de transportar a través del espacio signos, sonidos o imágenes. Concepción de ambos objetos, que no es recogida por la normatividad de la Comunidad Andina (Decisión 351). Consecuentemente, tanto la ley positiva como la norma comunitaria, no hacen un desarrollo cabal de estos objetos, por lo que debemos remitirnos a otras legislaciones, a efectos de profundizar en el tema.

La Ley Federal mexicana, dispone de una serie de disposiciones legales sobre la señal de satélite codificada portadora de programas, habiéndose señalado lo siguiente: *"(...) para el caso de los distribuidores legítimos de señales, la legislación sobre derechos de autor dispone que deberá pagar daños y perjuicios, la persona que sin su autorización descifre una señal de satélite codificada portadora de programas o reciba y distribuya una señal de satélite codificada portadora de programas que hubiese sido descifra-*

da ilícitamente, o partícipe o coadyuve en la fabricación, importación, venta, arrendamiento o realización de cualquier acto que permita contar con un dispositivo o sistema que sea de ayuda primordial para descifrar una señal de satélite codificada portadora de programas. Los anteriores derechos de organismos de radiodifusión tienen una vigencia de 25 años a partir de la primera emisión o transmisión original del programa.

Por su parte, en materia penal, está tipificado como delito la conducta de quien fabrique, importe, venda o arriende un dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal, así como cualquier acto con fines de lucro que tenga como finalidad descifrar una señal de satélite cifrada, portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de dicha señal. Estas conductas delictivas están penadas con prisión de seis meses a cuatro años y multa, sin perjuicio de la reparación del daño, cuyo monto no puede ser inferior al 40% del precio de venta al público de cada producto o de la prestación del servicio.

Por su parte el «Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite», hecho en Bruselas el 21 de mayo de 1974, en su artículo 1°, se establece que debe entenderse por señal, todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas. Al «programa», todo conjunto de imágenes, de sonidos, o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporado a señales destinadas finalmente a la distribución. Por «satélite», todo dispositivo situado en el espacio extrarrestre y apto para transmitir señales. Mientras que por «distribuidor», se entiende toda operación con la que un distribuidor transmite señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él.

Así también, destaca la Convención sobre Televisión Transfronteriza, suscrita por los países miembros de la Unión Europea en 1994, cuyo objetivo principal es la de impulsar la libre circulación de programas de televisión, en base a criterios generalmente acordados, a fin de promover el libre intercambio de información e ideas.

En resumidas cuentas, la necesidad por conceder tutela penal a las señales codificadas portadoras de programas, se basa indirectamente en un compromiso de orden internacional (artículo 2° del Convenio) y, de forma directa, en lo que respecta a la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio USA.

Si bien la LDA, no hace referencia alguna al tema *in comento*, en el DS N° 022-2005-MTC, se aprueba la norma que regula la provisión de capacidad satelital a través de satélites geoestacionarios a titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones que operan en el Perú, luego modificada por el artículo 1° del DS N° 008-2007-MTC, publicado el 07 marzo de 2007, modificada esta última por el DS N° 008-2007-MTC. Habiéndose previsto en el artículo 2° de la Ley, que la norma se aplicará en todo el territorio

de la República del Perú y su cumplimiento es obligatorio por el Estado y las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones y/o proveedores de capacidad satelital. Para efectos de la aplicación de la presente norma se entenderá como Proveedor de Capacidad Satelital a la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que cuente con un Registro en el Perú para ofrecer capacidad satelital a través de satélites de comunicaciones a los titulares de concesiones y/o autorizaciones de servicios de telecomunicaciones que operan en el Perú. Los procedimientos y requisitos señalados en la presente norma son aplicables a los sistemas de satélites geoestacionarios.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto pasivo

Puede ser cualquier persona, natural o jurídica, debiendo contar la respectiva autorización o en su defecto ser titular de una concesión para operar servicios de telecomunicaciones y/o proveedores de capacidad satelital; quiere decir, que aquellas empresas que reciben y/o transmiten satélites geoestacionarios, que no cuentan la autorización respectiva, no serán pasibles de ser tutelados por la norma jurídico-penal; es decir, el distribuidor de mercado negro de la señal satélite no es amparado por el dispositivo legal.

El Estado podría ser considerado también como sujeto pasivo si asume como persona jurídica de derecho privado la calidad de proveedor del servicio de capacidad satelital.

El Registro para la provisión de capacidad satelital, faculta al titular del Registro a transmitir y/o recibir señales a través de satélites geoestacionarios a los titulares de concesiones y/o autorizaciones de servicios de telecomunicaciones que operan en el Perú, a fin de proveerles capacidad satelital. Dicho Registro no faculta a sus titulares para instalar, operar redes de telecomunicaciones, ni prestar servicios de telecomunicaciones que requieren de concesión y/o autorización en Perú, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos establecidos en la normativa respectiva." No debe confundirse a quien se le autoriza para proveer de capacidad satelital, con los titulares de concesiones y/o autorizaciones en servicios de telecomunicaciones, sólo estos últimos pueden ser considerados como víctima de esta infracción delicitiva.

Ofendido es por tanto, el distribuidor autorizado para transmitir a los usuarios, señales satélites portadora de programas.

2.2. Sujeto activo

Puede ser también cualquier persona; la descripción típica no exige elemento especial alguno para ser autor a efectos penales. Se trata de un

delito común, únicamente atribuible a una persona psico-física, es decir, con capacidad de acción y reconocimiento de culpabilidad.

Quien interviene a posteriori, el tercero que adquiere la señal portadora de programas, descodificada en virtud al empleo del dispositivo, se encuentra al margen del radio de acción del tipo legal. Y, si lo que se distribuye es la señal portadora de programas, sabiendo que fue decodificado sin la debida autorización, será reprimido bajo los alcances normativos del artículo 194°-A del CP.

La *ratio* de la norma, se dirige sólo a penalizar a los distribuidores, fabricadores, etc., y, no a los consumidores de este mercado. Si esto no fuese así, una cantidad significativa de usuarios ingresarían a las redes de represión punitiva.

Sujeto activo será el fabricante, ensamblador, importador, exportador, vendedor, arrendador y/o distribuidor del dispositivo o sistema para descifrar una señal de satélite portadora de programas.

2.3. Modalidad típica

Primer punto a saber, es que la tipicidad penal de la conducta, para ser afirmada requiere que el agente al momento de la comisión del hecho, no cuente con la autorización del distribuidor legal de la señal. Siendo así, cuando el individuo cuenta con la autorización del distribuidor legal de la señal, para fabricar, almacenar o vender el dispositivo decodificador, su conducta no será jurídico-penalmente relevante.

Segundo punto a saber, importa establecer qué dispositivo o sistema tangible o intangible, cuente con la propiedad idónea para decodificar una señal satélite codificada portadora de programas. Quien fabrica, almacena o distribuye, dispositivos que carecen de dicha propiedad que no pueden decodificar una señal de satélite no ingresan al radio de acción de la norma, pues no revelan la aptitud objetiva para poder lesionar, si es que se emplean, el bien objeto de protección; v.gr., el que vende dichos dispositivos induciendo a error al consumidor, no podrá ser penalizado bajo la cobertura del artículo 186°-A, tampoco por el tipo penal de estafa, al tratarse de un negocio ilícito.

Tercer punto a saber, no sólo es objeto de protección penal quien distribuye señales de satélite portadora de programas nacionales sino también los distribuidores extranjeros, como se desprende del artículo 2° del DS N° 008-2007-MTC.

Ahora bien, en nuestro país, las empresas que distribuyen la señal de televisión por cable a los usuarios son Cable Mágico de Telefónica y Direct TV; son las entidades privadas que en la actualidad compiten en el mercado, para captar el mayor número de usuarios, ofertándose el nuevo sistema de

distribución satelital, que permite acceder a la programación del cable, con mejor calidad de imagen y sonido digital.

Las acciones típicas, son las siguientes: fabricar, ensamblar, modificar, exportar, importar, vender, alquiler y distribución, de un dispositivo o sistema, pudiendo ser éste, tangible o intangible.

Por «fabricar», debe entenderse la acción de elaborar, de crear, mediando los elementos tecnológicos necesarios, los dispositivos electrónicos susceptibles de decodificar la señal satélite portadora de programas.

Por «ensamblar», ha de comprenderse la unión, el acoplamiento de dos o más piezas, cuya conjunción permite el funcionamiento del dispositivo como decodificar de una señal satélite portadora de programas.

En lo que respecta a «modificar», supone esta acción, la variación de ciertos elementos inherentes al dispositivo electrónico que hagan que dicho objeto pueda descifrar los códigos de seguridad de una señal de satélite portadora de programas.

Por «exportar», cabe aquella conducta, en virtud de la cual se extrae del territorio nacional el producto (dispositivo o sistema tangible o intangible) a un país extranjero, con el objeto de ser comercializado. Mientras que la «importación», significa que el agente, promueva el ingreso a nuestro territorio nacional, de dispositivos electrónicos procedentes de un país extranjero, a fin de ser distribuidos y/o comercializados en el mercado.

La «venta», requiere de la enajenación del dispositivo electrónico, es decir, que el agente transfiera la propiedad del bien mueble al comprador, a cambio de un precio determinado.

El «alquiler», toma lugar cuando un individuo denominado arrendador, da en arriendo un bien mueble a otro individuo llamado arrendatario, a cambio de una merced conductiva a pagar por un plazo determinado. El arrendamiento sólo concede al arrendatario el derecho de usar y de disfrutar el bien, mas no es una forma de adquirir la propiedad.

Finalmente, la «distribución», ha de ser entendida como aquella conducta, en mérito de la cual el agente reparte a varias personas el dispositivo electrónico (puntos de entrega), para que estos a su vez ingresen al mercado el producto con un afán comercializador.

Según lo dicho, puede darse una concurrencia entre varias de las modalidades, no resulta para nada impensable suponer que aquel que fabrica el dispositivo electrónico decodificador es quien también las distribuye o importe. De ahí cabría la siguiente interrogante ¿Son conductas típicas concurrentes y/o excluyentes?, el legislador ha descrito cada una de las modalidades de forma autonómica, por tanto, la hipótesis en cuestión

daría lugar a un concurso real de delitos y, no a un conflicto aparente de normas penales.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Cada de las modalidades del injusto típico, se consuma de forma singular y particular. En el caso de la fabricación, cuando el dispositivo electrónico adquiere materialización suficientes para poder funcionar como decodificador de una señal satelital portadora de programas.

El ensamblaje se configura cuando el agente logra acoplar o dígase juntar las piezas necesarias para que el dispositivo pueda generar sus funciones; la modificación se produce cuando el agente varía el dispositivo en cuanto uno de sus elementos, para que pueda descifrar las señales satélites.

La venta se perfecciona en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente y cuando se exterioriza la voluntad de vender y de pagar el precio del dispositivo electrónico. El alquiler se realiza cuando el arrendador recibe el precio de la merced conductiva por parte del arrendatario y, éste a su vez recibe la tenencia del bien (dispositivo).

Por su parte, la acción de importar se presentará cuando la mercadería procedente de un país extranjero ingresa de forma efectiva al territorio nacional y, la exportación tendrá lugar cuando el dispositivo fabricado en el país ingresa al territorio de un país extranjero para ser distribuido.

Finalmente, la distribución se realizará cuando el agente reparta el dispositivo o sistema intangible a una o varias personas para que éstas a su vez la ingresen al mercado mediando su oferta.

Si hemos advertido en esta descripción típica un adelantamiento sustantivo de la intervención punitiva, consideramos que la tentativa no debe ser punible. Al menos su verificación sólo debe dar lugar a una infracción administrativa.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Todas las modalidades previstas en el artículo 186°-A, son reprimibles únicamente a título de dolo, conocimiento y voluntad de realización típica; el agente debe saber que está fabricando, ensamblando, vendiendo, alquilando, distribuyendo dispositivos o sistema tangible o intangible, sin la autorización del distribuidor legal de la señal satélite portadora de programas. En tal virtud, quien interviene directamente en la elaboración del dispositivo, contratado por un tercero, que desconoce que su elaboración no cuenta con la autorización del distribuidor legal, estará incurso en un error de tipo, dándose la figura de una autoría mediata, donde el hombre de atrás al tener el dominio funcional del hecho, es quien debe responder como autor.

Ninguna de las conductas glosadas en el articulado exige algún elemento subjetivo de naturaleza trascendente distinto del dolo, con arreglo al principio de legalidad; lo que no quiere decir que dicho propósito esté siempre presente en la psique del agente.

ART. 187.- HURTO DE USO

El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN, BIEN JURÍDICO

En las primeras líneas de esta titulación se hizo un estudio sobre los fundamentos de penalizar los actos que atentan contra el patrimonio de una persona, quedando claro que con el despojo del bien, su titular sufre una merma significativa de los derechos reales, que importan su plena disponibilidad de conformidad con el título dominal que le reconoce el ordenamiento jurídico.

Se dijo entonces, que en el caso del Hurto, se tutela la propiedad del bien y, así coincide parte de la doctrina, por el hecho conocido de que el artículo 191° penaliza la conducta del dueño que arrebata un bien mueble de su legítimo tenedor, que nada que ver tiene con la figura típica en cuestión. No obstante según nuestra posición argumental, no se afecta la «propiedad» *per se*, sino de forma concreta los derechos inherentes a ella, de forma esencial el *ius possesionis*.

La posesión es un derecho real de especial raigambre jurídico, pues si bien dicho derecho subjetivo no le concede a su titular la potestad de enajenar el objeto, importa el uso y disfrute del mismo, en tal medida, la privación de dichos derechos puede también suponer una afectación de suficiente disvalor, que el legislador tomó en cuenta para criminalizar el denominado «Hurto de uso», en el marco normativo del artículo 187° del C.P.. Figura delictiva que no estaba contemplada en el C.P. de 1924, su inclusión entonces en el catálogo delictivo, devenía en una necesidad político criminal impostergable.

En lo que al C.P. Español refiere, no se ha tipificado el delito de Hurto de uso; por lo tanto la atipicidad es evidente si se tiene en cuenta que donde falta la voluntad de apropiación, queriendo sólo el uso, no se lesiona la propiedad, sino la posesión, y en relación a los delitos de apoderamiento los ataques a ésta sólo son punibles en los casos de *furtum possesionis* y de robo y hurto de uso de vehículos, escribe GONZÁLEZ RUS[175].

(175) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 575.

¿Cuál es a grosso modo la distinción típica entre el delito del hurto propio con el delito de hurto de uso? Básicamente los derechos reales que son objeto de afectación, en el hurto propio se lesiona la propiedad en toda su constelación conceptual, mientras que en el delito de hurto de uso únicamente se afecta la posesión del bien; es decir, en el tipo penal previsto en el artículo 187° el agente no tiene la intención de ejercer un nuevo dominus sobre el bien, sólo pretende ejercer actos de uso momentáneo, para posteriormente devolverlo. Son los móviles así como la propia objetividad de la incriminación del tipo penal *in comento*, que le confiere una sustantividad propia, con respecto al delito de hurto propio.

El hurto de uso puede importar una *contrectatio rei*; pero no una *ablatio*, apunta Soler. El sujeto toma la cosa; no se apodera de ella, sin embargo, no sólo porque efectivamente no se la lleva, sino porque efectivamente no quiere llevársela[176].

El bien jurídico que es objeto de tutela por parte del artículo 187° del C.P., es también el patrimonio de una persona, pero no en cuanto a la propiedad del bien, que se ve afectada cuando se advierte un caso típico de apoderamiento, a fin de ejercer un nuevo *dominus*, sino más bien, el ejercicio del derecho posesorio que se ve privado el sujeto pasivo por un determinado lapso de tiempo.

Insistiendo, escribe Peña Cabrera, en el hurto de uso, el autor se impone utilizar temporalmente el objeto, contrariando la voluntad de su titular en sus aspectos de uso y disfrute en cuanto al propietario es herido por la privación o alteración temporal del uso del bien. En suma, el hurto de uso ataca la facultad dominal de uso y disfrute como una de las facultades que corresponden al derecho de propiedad[177].

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

En principio, puede ser cualquier persona, inclusive podría serlo el copropietario, pues como se dijo este injusto ataca la posesión y no la propiedad, sin embargo, sujeto activo no puede ser el propietario del bien, en tanto en la estructuración típica se pone de relieve que el bien mueble debe ser «ajeno»; tampoco podrá serlo quien goza de facultades posesorias sobre el bien.

---

(176) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 199.

(177) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 130-131.

2.2. Sujeto pasivo

Será el titular del derecho de uso y disfrute del bien. Puede ser el propietario; asimismo quien tiene su tenencia en base a un título legítimo, quien posee el título dominal de uso y disfrute del bien mueble. Eso sí, lo será uno u el otro, pero no ambos a la vez; si la posesión está reconocida a una persona ajena al propietario, sólo aquélla podrá ser considerada sujeto pasivo.

2.3. Modalidad típica

El hurto de uso importa en su materialización típica, la sustracción del bien mueble, es decir, el agente, se apodera del objeto, desplazándolo de la esfera de custodia del sujeto pasivo, a fin de poder ejercer su uso, pero esto es lo más importante: no pretende atribuirse un nuevo *dominus* sobre el bien, pues la propia tipicidad del articulado en cuestión, hace alusión a que el autor lo sustrae a fin de hacer un uso «momentáneo».

De igual forma que en el hurto propio, el agente quiebra la esfera de custodia de su legítimo propietario, con respecto al bien, sustrayéndolo del lugar, donde el sujeto pasivo asume ordinariamente los actos posesorios del mismo, de esta forma, priva a su legítimo propietario o poseedor, de sus facultades de uso, goce y disfrute; por tanto, debe existir un dueño, no en el caso de que el autor cuando se encuentra la cosa pérdida en una localización fuera de la esfera de dominio de su dueño; si el agente recibe el bien de manos del propietario para que lo use de forma momentánea, esto quiere decir, con su consentimiento, no puede hablarse de Hurto de Uso, al faltar el apoderamiento, pero si éste no lo devuelve luego de su intimación y/o requerimiento, se daría la tipicidad penal del artículo 190° (Apropiación ilícita).

Entonces, para que se pueda dar la tipicidad penal del Hurto de Uso, deben concurrir los mismos presupuestos de tipicidad previstos en el artículo 185° del C.P., en cuanto a lo que ha de entenderse por «apoderamiento» y/o «sustracción», a lo cual debemos agregar que se debe tratar de la aprehensión de un bien susceptible de ser trasladado, su valoración dineraria debe ser mayor a una RMV[178], –a fin de cautelar la sistematicidad de los injustos– y, al

(178) En este caso no se refiere a una figura agravada y/o atenuada, sin embargo, caería en una inconsistente formulación dogmática, que en aquellas conductas de mayor gravedad, se exija el valor del bien, a fin de delimitar con actos de bagatela y, no en cuanto comportamientos de menor gravedad, si es que postulamos una racionalización de la respuesta punitiva, con arreglo al principio de mínima intervención que debe seguir el Derecho penal en un orden democrático de derecho. Por consiguiente, somos de la postura de que la tipicidad penal está condicionada al valor del bien. Debiéndose anotar que cuando el bien cae por debajo de la valoración –normativamente determinada–, la conducta tampoco es constitutiva de una falta, conforme es de verse del artículo 444° del C.P., es decir, no es objeto de sanción alguna por parte del Derecho penal, lo que se condice con el principio de lesividad. La dogmática debe llenar de valoración aquellos

tratarse de un bien –total o parcialmente ajeno–, no sería congruente con la proyección político criminal, que en el caso del hurto propio, pueda ser sujeto activo del delito el copropietario y, no en el caso del artículo 187°, de no ser así, caería en una impunidad insostenible, a lo cual debemos sumar al co-tenedor de la cosa. De conformidad con lo dicho, es que el apoderamiento debe ser también «ilegítimo», por lo que al igual que en el caso del hurto propio, cabe la concurrencia de una serie de causas de justificación (estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho, oficio y/o cargo). No sería hurto, la acción del médico enfermo que encontrándose en el laboratorio de *radium* de un colega, a escondidas se hiciera aplicaciones del tubo de *radium* ajeno, aunque económicamente la operación representará un gasto importante[179]. Así también, del vecino que toma el vehículo de su vecino sin su consentimiento, para poder llevar a su esposa gravemente enferma al hospital.

Punto en particular, es que la nueva esfera de custodia del bien sólo toma lugar a efectos de realizar actos de uso y/o empleo, no olvidemos que este injusto sólo ataca el derecho posesorio, más no el derecho de propiedad. No se advierte un ánimo de actuar como dueño del bien, que se revela cuando devuelve el objeto a su legítimo propietario.

Es menester entonces, el desplazamiento del bien hacia el ámbito material que volitivamente el autor se propone. No es el *"furtum possesionis"*, pues aquí el apoderamiento es meramente provisional del bien ajeno[180].

En resumidas cuentas, habrá Hurto de Uso, y no Hurto Común, cuando el autor se apodera ilegítimamente del bien mueble, sustrayéndolo de la esfera de custodia de la víctima, quien se ve privada del sus facultades de uso, goce y disfrute, de forma "momentánea". La misma construcción típica ha determinado que la configuración de esta figura delictiva, requiere que el agente haga un uso momentáneo y luego devuelva el bien.

Disponer significa dar destino o enajenar los bienes por donación, venta, renuncia, etcétera, y estos actos puede realizarlos el autor sin tener la propiedad de la cosa, afirma FONTÁN BALESTRA. En cambio, usar es hacer servir una cosa para algo; disfrutar uno alguna cosa, sea o no dueño de ella[181].

¿Qué debemos entender por «uso momentáneo»?, aquel que ejercer actos de disponibilidad del bien por breve término; v. gr., quien se lleva la bicicleta para trabajarla vendiendo periódicos por dos o tres días, los ladrones

---

vacíos dejados por el legislador, de conformidad con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, en base a una posición de orden sistemática; Vid., al respecto, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., ps. 99-100.

(179) SOLER, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 201.

(180) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 134.

(181) FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 419.

que se llevan un vehículo para usarlo en un robo y, luego lo dejan en su lugar al día siguiente, el campesino que se apodera de un tractor para culminar las tareas de cultivo de su chacra y lo deja en su lugar, transcurridas las dos horas. Empero, no se puede hablar de un uso momentáneo, cuando usa el bien por más de un año, es decir, entrega el carro a su dueño luego de haber realizado un uso permanente; se revela, por tanto, un ánimo de apropiación(182); nuestra Ley positiva no ha fijado un plazo para ello, a diferencia del C.P. Español, que en su artículo 244° ha establecido el plazo perentorio de cuarenta y ocho horas, para que proceda la restitución del vehículo. Sin embargo, no podemos remitir al tipo penal previsto en el artículo 189-B, que criminaliza la figura delictiva de Hurto de Uso de Ganado, que ha previsto un plazo no superior a las setenta y dos horas para que proceda dicha devolución, con arreglo a una interpretación de orden sistemática.

Si bien se señaló que en el hurto simple, el autor desea ejercer un nueva custodia dominal, no por ello, debe entenderse que debe plasmarse en un señorío definitivo; si esta fue su intención inicial, pero luego de haberse aprovechado del bien por buen tiempo lo abandona, será de todos modos un hurto simple pues no se puede condicionar su configuración típica a un *dominus* definitivo.

El uso que se le dé el bien, sea éste lícito o ilícito, es; –a nuestra consideración– indiferente. Para Salinas Siccha, en cambio, no habrá Hurto de Uso cuando el agente utilice el bien sustraído para fines ilícitos, como por ejemplo, cometer otros delitos de los cuales obtenga beneficio económico(183); en tal virtud, quien se apodera de un vehículo para luego robar un banco o quien realiza la misma acción, para atropellar lesionar intencionalmente a una persona, no habrán cometido el tipo penal previsto el artículo 187° del C.P.. El autor mencionado no señala finalmente qué delito habrá cometido, de ninguna forma el uso de dicho bien puede ser un hurto simple, en tanto, el agente cumple con devolver el bien, lo que no obsta a que se presente un concurso delictivo real con los tipos penales de robo agravado y lesiones.

Lo complicado en realidad estriba en la devolución que el autor, debe hacer del bien, reponiendo la esfera de custodia originaria, esto es, entregándolo a su legítimo propietario o tenedor, tal como ha de comprenderse desde una interpretación literal de la norma. No es posible devolver bienes consumibles o fungibles como la energía eléctrica por ejemplo(184). En el caso del dinero, quien se apropia de una determinada suma de dinero y, luego lo devuelve, no es óbice para determinar su atipicidad; el dinero puede ser utilizado en una inversión de corto plazo, en juegos de azar, etc. No

(182) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 135.

(183) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*. 2da. Edición, Jurista Editores, cit., p. 97.

(184) Villa Stein, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 61.

podemos sujetarnos a las concepciones del derecho privado en el marco de la definición del objeto material del delito, como se dijo en el articulado anterior.

La restitución se considera acabada en el momento en que el agente coloca nuevamente el bien a disposición del propietario[185]; no somos contestes, al admitir devolución cuando el autor lo deja cerca de una comisaría del sector o en la vivienda de un familiar de la víctima; mas debe tratarse del mismo bien, si el autor le entrega un bien distinto, a pesar de tener las mismas funciones, no podrá hablarse que se ha producido la "devolución" que exige la norma. Cuestión distinta aparecerá cuando el agente no recuerda donde se encuentra localizada la residencia del sujeto pasivo, mas de todos modos siempre está la opción de llamar a la policía.

No puede hablarse de devolución cuando el vehículo se abandona en un lugar desolado, susceptible de ser apropiado por un tercero.

González Rus, nos refiere a la existencia de una restitución directa, que ha de suponer una actividad de comunicación al propietario en virtud de la cual puede recuperar el vehículo (devolución personal, información por cualquier medio del lugar en donde se encuentra el vehículo, etc.). La indirecta, la que se integra por todas aquellas actividades que, revelando claramente la voluntad de devolución del autor, permitan la recuperación del mismo antes del plazo legal (situarlo en el lugar en donde estaba antes de la utilización o en donde lo pueda encontrar fácilmente el propietario, avisar a la policía, etc.)[186].

El tiempo de la devolución deberá ser estimado de acuerdo a las distancias, que ello implique, para que con efectividad pueda colocarlo en la esfera de custodia del sujeto pasivo. Será exagerado subsumir en el hurto de uso cuando se verifique en un caso concreto que el agente después de hacer uso del bien lo guarda para entregarlo o devolverlo después[187]; y, si lo toma por un tiempo, tomando bastante provecho de aquel, pero, luego lo destruye, estará incurso en el tipo penal del artículo 185°, y si se apoderó del bien en concurso con otras personas, será un hurto agravado.

La problemática reside cuando el autor no devuelve directamente el bien mueble al ofendido, abandonándolo en un determinado lugar lejos de la esfera de custodia de su titular; por lo que se diría que no es un hurto de uso en principio; así también cuando lo pierde, por obra de un tercero, antes de que lo devuelva. Empero, tampoco constituye dicha acción un hurto simple, al no advertirse el ánimo de apropiación, de ejercer un nuevo *dominus*. Creemos que será el juzgador, quien finalmente deberá valorar estos casos, conforme a las

---

(185) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 135.

(186) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV)*, cit., p. 639.

(187) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 98.

circunstancias concretas del caso, tomando en cuenta la proximidad del lugar con el lugar donde se encuentra la víctima, el tiempo que duró la tenencia así, como la voluntad del autor de sólo usar el bien[188]; v.gr., si abandona el vehículo luego de un tiempo prolongado, en definitiva, será un delito de hurto simple. Circunstancia diferenciada habrá de reconocer, cuando el agente abandona el carro, al ser perseguido por los custodios del orden, en tal sentido, la devolución debe ser producto de una decisión libre y espontánea, no llevado por otros factores, ajenos a su ámbito de organización.

¿Qué sucede cuando los agentes se apoderan del bien mueble, para usarlo, pero concurriendo alguna de las circunstancias agravantes, que se glosan en el artículo 186°? El artículo 187° no cuenta con una figura agravante, por lo que no se puede construirla agregando elementos normativos de otras figuras delictivas, so pena de vulnerar el principio de legalidad, forzando la extensión del radio de acción de la norma en cuestión. Las circunstancias agravantes que se revelan en el artículo 187° del C.P., tienen como base el hurto simple, por lo que debe siempre concurrir la intención de apropiarse definitivamente del bien y, dicho *animus* no lo tiene quien luego de usarlo lo devuelve. A decir de Rojas Vargas, el uso y la devolución de bienes muebles sustraídos en circunstancias de violencia, intimidación o amenaza grave no son típicas de hurto de uso en la fórmula peruana; de producirse tales circunstancias en el marco ideal de los componentes básicos del hurto de uso, afirmaran un delito de coacciones o lesiones de ser el caso, al no existir en el Código Penal peruano robo de uso, menos hurto agravado de uso[189].

¿Qué sucede cuando el bien entregado, se encuentra en desperfecto, chocado, es decir, ha perdido su valor, por actos concretos del autor de la acción?; ello a mi parecer, no determina una falta de encuadramiento típico, pero, la afectación a la integridad del bien, debe ser un dato a recoger positivamente por el juzgador, al momento de determinar el monto de la reparación civil, de forma concreta deberá graduarlo de acuerdo a los rubros del lucro cesante y el daño emergente, si era un taxista el agraviado, lo que dejó de ganar durante el tiempo que duró la posesión ilegítima. Debe descartarse el desgaste propio del uso del objeto.

En lo que respecta al consentimiento del titular del bien, si estamos hablando de un bien jurídico de plena disponibilidad (patrimonio), ha de convenirse que el asentamiento expreso determina la exclusión de tipicidad penal, la falta de relevancia típica; siempre y cuando cumpla con las condiciones que pusimos de relieve en el caso del hurto simple. Si se advierte un error del sujeto activo, en cuanto a la capacidad jurídica de quien presta el consentimiento, será un error de tipo, que deberá ser calificado por el juzgador

(188) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., ps. 135-136.

(189) Rojas Vargas, F.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 319; Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 98.

dependiendo de las características, es decir, los elementos de juicio que tenía el agente para vencer el error.

El consentimiento presunto puede darse en el caso del adolescente universitario, que se lleva el vehículo de la casa de sus padres, sin su consentimiento expreso. Al margen de lo previsto en el artículo 208° del Código Penal, como se dijo antes, no es necesario que el sujeto activo se encuentre fuera del lugar donde el sujeto pasivo guarda el bien.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según se desprende del tenor del artículo 187°, la perfección delictiva habrá de fijarla cuando el agente logra apoderarse del bien, sustrayéndolo de la esfera de custodia de su legítimo propietario y/o poseedor, a partir de dicho momento ya está en la posibilidad de usarlo, conforme a lo fines perseguidos; vg.r., en el caso de un automóvil, su puesta en marcha implica ya *per se* su uso. Si lo usa, pero aún no lo devuelve, y en esas instancias el bien es capturado, incide en problemas de tipificación penal, si se trata de un hurto de uso o de un hurto simple, tema en cuestión que será objeto de debate en el proceso; pues resulta admisible que el autor fuese aprehendido justo cuando se disponía a entregar el bien, en pleno trayecto hacia el lugar donde la víctima realizaba sus facultades posesorias.

Cabe admitir la tentativa, cuando el autor no logra apoderarse del bien, en el sentido de que no produce el desplazamiento, no alcanza a sustraerlo de la esfera de custodia de su titular, antes de poder usarlo. La frustración delictiva puede tomar lugar ora por ser descubierto por la víctima y/o la policía ora por que los medios empleados no resultan idóneos para poder llevarse el objeto.

Se trata de un delito de resultado, de realización instantánea y, no de efectos permanente. Todos aquellos que participan cuando el agente ya logró apoderarse del bien mueble, no podrán ser calificados a título de partícipes, más aún si no conocen de su procedencia ilícita. Si los terceros adquieren por ejemplo el vehículo del agente, quien lo sustrajo ilegítimamente, éste será autor de hurto simple y los terceros, autores de receptación.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Es de verse que el hurto de uso sólo es reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta, al apoderamiento de un bien ajeno, a fin de hacer un uso de aquel; basta para nosotros el dolo eventual, el efectivo conocimiento del riesgo típico, de saber que está sustrayendo un bien –total o parcialmente– ajeno; en el caso de la "ajenidad" puede darse el caso de un error, cuando el sujeto activo cree ser el dueño del objeto. El poseedor desposeído del bien por el propietario, quien cree tener aún derechos posesorios sobre el objeto.

Para PEÑA CABRERA, el tipo subjetivo estriba en el cumplimiento de lo siguiente: a) La intención de hacer uso fugaz del bien y la de restituirlo una vez usado y disfrutado. b) Objetivamente que la restitución sea inmediata a continuación del uso. c) La restitución debe ser voluntaria[190].

Quienes apuntan a la exigencia de un ánimo de trascendencia subjetiva aparte del dolo, hacen alusión al *ánimus reddendi*, el ánimo de devolver[191]; elemento que no es necesario acreditar, pues basta que se verifique la objetivación de la conducta, para descartar el *animus rem sibi habendi*, del hurto simple.

(190) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 136.

(191) Así, VILLA STEIN, J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 61.

CAPÍTULO II
EL ROBO

ARTÍCULO 188.- EL ROBO

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

1. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN, DISTINCIÓN CON EL DELITO DE HURTO

Los delitos de hurto, en sus diversas especies, constituyen un atentado contra el patrimonio, concretamente afectan los derechos inherentes a la propiedad, que ha de mermar los actos de disponibilidad y de uso, como derechos reales que el ordenamiento jurídico reconoce al propietario y/o legitimo poseedor del bien mueble; donde la configuración típica revela actos propios de apoderamiento, de sustracción del objeto, desplazándolo de un lugar a otro. Se dice, por tanto, que el hurto importa el empleo de cierta fuerza sobre las cosas; máxime cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 186º del C.P.

La apropiación indebida de bienes muebles, no siempre viene precedida por un acto de apoderamiento, sino que en algunas oportunidades, el agente percibe al sujeto pasivo como un obstáculo al cual allanar, por lo que forma directa, hace uso de una violencia física y/o mediando una grave amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física, para vencer los mecanismos de defensa que pueda utilizar la víctima para repeler el ataque. El autor no tiene la manifiesta intención de atentar contra la vida o la integridad física del agraviado, sino de apoderarse ilícitamente de alguno de sus

bienes muebles, para lo cual no pone reparo alguno, en ejercer una violencia lo suficientemente intensa para hacerse de los objetos.

La diferencia entre el hurto y el robo es en realidad sustantiva, pues mientras el primero de ellos sólo significa actos de apoderamiento sobre el bien, el segundo de ellos manifiesta una conducta de mayor peligrosidad objetiva, en tanto el autor no tiene reparo algo de vencer las defensa de la víctima, mediante el uso de la violencia, de la fuerza, que puede desencadenar en un resultado más grave al querido por el agente. La fuerza en el hurto no necesariamente se da sobre los objetos, pues lo que califica como tal, según el artículo 185° es la destreza que pone en movimiento el autor para apoderarse del bien. Claro está, que la ausencia de la violencia o de la grave amenaza, hace reconducir el hecho al tipo penal de hurto.

Si bien ambos delitos –Hurto y el Robo-, contienen elementos comunes de configuración típica, en lo que respecta, a la acción de sustracción y/o apoderamiento, de un bien mueble, total o parcialmente ajeno; siendo que en principio ambos hechos delictivos, suponen una tutela jurídico-penal al patrimonio de los ciudadanos; no es menos cierto, que han de advertirse distinciones puntuales, cuya identificación no es baladí, en el entendido que el delito de Robo así como de sus circunstancias de agravación, previstos en los artículos 188° y 189° del Código Penal respectivamente, son sancionados con una penalidad mucho más drástica, a la que se observa de los delitos de Hurto y agravantes, conforme se desprende de los artículos 186° y 187° de la codificación punitiva. Constituyendo aspecto a destacar, los medios por los cuales se vale el agente del Robo (agravado), para lograr el apoderamiento del bien mueble de su víctima, es decir, el despliegue de una fuerza muscular intensa (violencia) o el anuncio de un mal inminente para el sujeto pasivo, lo cual incide en reconocer a estos delitos como tipos penales "pluriofensivos"; por tales motivos, cuando el apoderamiento del objeto material del delito, toma lugar mediante destreza u otro tipo de conducta similar, que no suponga el ejercicio de violencia sobre las personas, sino sobre las cosas, ha de ser calificada como un caso típico de Hurto y no de Robo, con arreglo al principio de legalidad material y al sub-principio de tipicidad, de que el operador jurídico (Fiscal), adecue con toda corrección, el relato fáctico contenido en la denuncia con los alcances normativos del tipo penal en cuestión, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, de no ser así, el órgano jurisdiccional está impedido –en principio- de condenar por una imputación jurídico-penal distinta a la sostenida por el Fiscal en su escrito de Acusación (principio de correlación entre Acusación y Sentencia), a menos que haga uso del principio de desvinculación jurídico-penal, reglado en el artículo 285°-A del Código de Procedimientos Penales.

Para algunos, el robo es una figura calificada de hurto, por lo que media una relación género-especie[192]; de ser así tendríamos que llegar a la con-

(192) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 254; Cfr., Núñez, R.; *Derecho Penal*

clusión de que todos los elementos dados en el hurto, deben ser extensibles también en el robo. Lo que no es tanto así, pues la realización típica del robo no está condicionada a que la valoración del bien mueble supere una RMV, para el legislador, basta que el agente ponga en peligro la vida, el cuerpo y la salud de la víctima, para articular una respuesta punitiva de mayor alcance sancionador, sin interesar el valor del bien[193], de no ser así, dicha conducta tendría que ser calificada sólo como coacciones; el hurto sólo atenta contra la propiedad, a diferencia del robo que atenta contra una pluralidad de intereses jurídicos. Otro punto de distinción, es que en el Robo, es el propio sujeto pasivo que entrega el bien mueble al agente, en la mayoría de casos, pero en el Hurto, es el autor que se hace él mismo de la cosa. Por tales considerandos, ha de reputarse al delito de «Robo», como un tipo penal que guarda su propia sustantividad penal.

En el caso del C.P. Español, se hace una distinción entre el robo con fuerza en las cosas, con el robo con violencia o intimidación; diversificación de construcción típica, que puede haber influenciado en la postura de género-especie, que se apuntó en el párrafo anterior. De igual forma que en el caso del C.P. Argentino, concretamente el artículo 164º[194]. A nuestro modo de ver las cosas resulta político-criminalmente innecesaria, una distinción así concebida, pues la fuerza que se ejerce sobre las cosas debe ser siempre catalogada como un hurto. Por más que los medios constitutivos de fuerza en las cosas puedan acreditar en ocasiones una cierta habitualidad o profesionalidad delictiva, el verdadero robo es el violento, aquel en que se utiliza violencia o intimidación sobre las personas[195].

Los aportes criminológicos desmienten claramente el concepto de denominar robo al empleo de fuerza en las cosas[196].

Dicho lo anterior, se exterioriza un mayor peligro para la víctima, que en el caso del hurto, pues la misma acción típica refleja una aptitud de lesión para los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo. Situación que provoca una mayor alarma social, generando que la reacción punitiva se vuelva más severa; de ahí que se diga en la doctrina que en los delitos de robo se vulneran una pluralidad de bienes jurídicos, haciendo de aquél un injusto penal «pluriofensivo». Dicho reconocimiento no ha desvirtuar la sustantividad penal

---

Argentino, T. V, cit., ps. 213-214.

(193) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 107.

(194) Cfr., Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 438-440.

(195) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 592; Vid., al respecto, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 200; Pérez Manzano, M.; *Robos*, cit., ps. 371-372; Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (IV)*, cit., p. 424.

(196) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 145.

con que cuenta este tipo penal, pues recoge en su seno, la suma o dígase combinación de dos hasta tres tipos penales: hurto, lesiones y coacción.

Debe tomarse en cuenta, que el móvil que persigue el agente, es en puridad lucrativo (patrimonialista) de tomar como suyo los bienes muebles del sujeto pasivo; el hecho de que medie una violencia de por medio, para vencer la resistencia de la víctima, es un dato a saber que reviste de un mayor contenido del injusto a este delito con respecto al hurto. El aspecto subjetivo, claro que confrontado con la objetividad de los hechos, deslindará la tipificación de este delito en relación con el Asesinato por lucro, en cuanto a la concatenación de los actos que se suceden unos de otros, que permiten su correcta adecuación típica.

Es de verse que el ataque antijurídico incide de forma más intensa sobre el patrimonio, en relación con el resto de bienes jurídicos que se pueden ver afectados.

Los delitos de robo,[197] así como el secuestro y la extorsión, en mérito a su reiterancia criminológica y así como la peligrosidad que lleva insita, ha llevado al legislador ha contemplar en el marco de la norma de sanción, una respuesta cada vez más represiva, en orden al mecanismos de los cometidos preventivo-generales, a la par de desplegar efectos comunicativos-sensibles a la población. Desde la vigencia de la Ley de Delitos Agravados – Decreto Legislativo N° 896 de mayo de 1998, hasta la Ley N° 27472 de junio de 2001. Postura maximalista, que ha terminado por incluir la pena de cadena perpetua como sanción punitiva en el caso del Robo Agravado, cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Nadie duda que conductas como la que se pone de relieve en los artículos 188° y 189°, deben ser severamente castigadas, mas la objeción reside en el hecho de que otros delitos que se supone reprimen los comportamientos de mayor gravedad, reciben una menor pena. Nos referimos a los delitos de Homicidio, en el entendido de que la vida es el bien jurídico de mayor rango valorativo, según el catálogo de derechos superiores que glosa la Ley Fundamental. Por lo que esta asimetría penológica constituye una lesión a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, pues la sanción debe ser acorde a la magnitud del hecho antijurídico; de esta forma, poco le importará al agente matar a su víctima para apropiarse de su dinero, si sabe que de antemano será pasible de ser sometido a la pena más grave, y ello sin dejar de lado, la modificación producida en el Concurso real de delitos, vía la Ley N° 28730.

Delitos como el Robo encuentran un campo muy fecundo de reforma penal, cuando la realidad social trae consigo un baremo de incesante creci-

(197) Cfr., al respecto, PÉREZ MANZANO, M.; *Robos*, cit., p. 394.

miento delictivo; más aún, cuando el legislador ha hecho del Derecho Penal la palanque perfecta para la obtención de réditos políticos.

2. BIEN JURÍDICO

Si hemos de partir, que el robo al igual que el hurto constituye un atentado contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad, cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble; debemos agregar algo más en el caso del Robo, pues es de verse que el plus de desvalor radica, en que la sustracción del bien se realiza mediando violencia y/o amenaza grave sobre las personas, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela en este tipo penal.

En palabras de PÉREZ MANZANO, esta modalidad de robo afecta en primer lugar y de forma predominante al bien jurídico propiedad, pero también a la integridad física o salud y a la libertad, en la medida en que la conducta típica implica la realización no sólo de un apoderamiento, sino de actos de intimidación y de violencia(198).

Para BUSTOS RAMÍREZ se trata de un delito complejo en que junto al ataque al patrimonio se considera la afección a la vida, salud, libertad y seguridad de las personas(199). Parece no ser tanto así, en la medida que si la realización típica del robo, provoca visibles afectaciones a la vida, el cuerpo y la salud; dichos resultados no quedarán absorbidos por el artículo 189°, dando lugar más bien a un concurso ideal de delitos, con el de homicidio, lesiones o coacciones(200).

La pluralidad de bienes jurídicos afectados indica inescapablemente una mayor gravedad frente al delito de hurto, pero de ninguna manera es aliento para esgrimir la tesis del delito complejo(201).

---

(198) PÉREZ MANZANO, M.; *Robos*, cit., p. 396.

(199) BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 206; En la ejecutoria recaída en el RN N° 821-99-Sala Penal-La Libertad, se dice lo siguiente: *"En el delito de robo, se atacan bienes de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo; aspectos que no cubre el delito de receptación, por lo que mal puede afirmarse una supuesta homogeneidad del bien jurídico que de manera evidente no existe"*; En: Revista Peruana de Normas Legales, Año II, N° 4, cit., p. 367.

(200) Vid., al respecto, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 613; VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 438.

(201) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 147.

Para ROJAS VARGAS, la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante; junto a ella, se afecta también directamente la libertad de la víctima o a sus allegados funcional-personales. A nivel de peligro mediato y/o potencial, entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil[202]. En cambio para SALINAS SICCHA, el único bien jurídico que se pretende tutelar con la figura del robo simple es el patrimonio representado por los derechos reales de posesión y propiedad. (...); la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad, aquí sólo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de robo[203].

Nos decantamos, por razones obvias, por la primera opción, no cabe duda que de forma mediata o inmediata, los bienes jurídicos de rango personalismos, son también objeto de tutela por el delito de Robo.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquier persona, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser considerado autor[204], basta con que cuente con capacidad psio-física suficiente; en el caso de ser un menor de edad, será calificado como un infractor de la Ley penal, siendo competente la Justicia Especializada de Familia.

De común idea con lo alegado en los tipos penales de hurto, sujeto activo no podrá serlo el propietario, pues como se ha puesto de relieve uno de los intereses objeto de tutela por el delito de robo constituye la propiedad; de tal manera, que dicha conducta quedaría subsumida únicamente en los tipos de lesiones, coacciones hasta homicidio de ser el caso[205]. Es de verse que el tipo penal comprendido en el artículo 191°, sólo hace referencia a la sustracción sin fuerza sobre las personas.

Si ha de sostenerse que el injusto de robo, ha de contar con similares elementos de tipicidad que el hurto, ha de concluirse que sujeto activo puede

---

(202) ROJAS VARGAS, F.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 348.

(203) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 121-122.

(204) Si esta cualidad se verifica en el caso del agente, cuando era funcionario o servidor público, podrá ser pasible de una penalidad más grave conforme lo dispone el artículo 46°-A del C.P..

(205) A menos que se intente una interpretación contraria, de que en el delito de Robo, también se tutela la posesión propiamente dicha, lo cual atenta contra la sistematicidad que ha de cautelarse en todo cuerpo de normas.

ser también el copropietario, puesto que el bien mueble puede ser «total o parcialmente ajeno».

3.1.1. La admisión de participación delictiva en el delito de Robo (agravado)

Es de recibo, que la figura delictiva del Robo así como del Robo agravado –contenidos en los artículos 188° y 189° de la codificación punitiva-, tiene como característica principal –lo que lo define como un tipo penal pluriofensivo-, el empleo de la violencia y/o de la amenaza, como los medios comisivos que emplea el agente, para lograr su propósito delictivo, esto es, de lograr el desapoderamiento del bien mueble a su víctima; importando, por tanto, el despliegue de una fuerza muscular intensa o el anuncio de mal inminente para la vida, cuerpo o salud del sujeto pasivo de la acción típica. Resultando, por tanto, que sólo pueden responder como autor o, en su caso como co-autor de este injusto patrimonial, quienes intervienen en la etapa ejecutiva del delito, sea desplegando el ejercicio de una entidad de violencia y/o amenaza suficiente sobre la esfera pisco-orgánica de la víctima o, procediendo al desapoderamiento de los bienes muebles del sujeto pasivo, cuando actúa en concierto con quien ejecuta la primera acción anotada; empero, si el título de participación delictiva es a título de "complicidad", la intervención de dicho partícipe puede tomar lugar en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito, mediando una aportación imprescindible y/o accesoria, para que el autor pueda perfeccionar la realización típica del delito en cuestión, no debiendo contado por ello, con el co-dominio funcional del hecho.

Por consiguiente, si la participación del agente, toma lugar cuando el delito ya se consumo, esto es, cuando los autores ya han logrado la sustracción del bien mueble, teniendo a su vez la posibilidad de obtener un aprovechamiento de la cosa, su conducta no será típica, pudiendo en todo caso, responder por un hecho punible independiente, a menos que se trate de una banda o de una organización delictiva dedicada a perpetrar esta clase de delitos, lo que necesita de una probanza especial, dada su especial configuración criminológica, en cuanto a una estructura vertical y/o horizontal, con necesario reparto de roles y con una inobjetable vocación de permanencia. Mas, si se presenta la primera opción, habría de responder como autor del delito de Receptación, quien ha de ser necesariamente una persona distinta a la del autor del delito precedente (Robo agravado, Hurto, Apropiación Ilícita, etc.), por motivos estrictos de razonabilidad y de legalidad; de no ser así, se estarían penado actos posteriores al delito, que por su propia naturaleza no pueden ser alcanzados por una pena. Siendo relevante destacar, que la posibilidad de admitir formas de participación en el delito de Robo agravado, se supedita a actos anteriores a su efectiva consumación, por lo que una vez que los agentes logran la posesión del objeto material del delito y así poder obtener un provecho del bien, ya procede admitir ninguna forma de participación delictiva, por lo que la persona

que interviene luego de su perfección delictiva, sea ocultando el bien o comercializando en el mercado negro, será autor

3.1.2. La Co-Autoría

Para comprobar fehacientemente una participación delictiva a título de co-autoría, requiere verificar, primero de haber realizado una de las acciones que se describen en la literalidad del artículo 188º del Código Penal, en cuanto al uso de la violencia física (vis absoluta) o de la amenaza (vis compulsiva), para así allanar el camino y poder proceder a la sustracción de los bienes muebles de la víctima, para luego proceder al examen de las circunstancias que configuran las modalidades típicas de agravación (artículo 189º del texto punitivo); como todo delito, la producción antijurídica del evento lesivo, en afectación a los derechos propietarios de la víctima sobre el bien mueble, pueden participar más de una persona, que en algunos casos puede dar lugar al título de participación delictiva, por "co-autoría" y, para ello, se requiere acreditar, que cada uno de los co-autores hayan intervenido en la fase ejecutiva del delito, que llevado al injusto penal de Robo agravado, significa que hayan intervenido al momento justo en que toma lugar el ejercicio de la violencia y/o de la amenaza, sobre la esfera de libertad y voluntariedad de la víctima; que mediante, el reparto de roles y/o división de funciones, importe que uno se encargue de reducir los mecanismos de defensa del sujeto pasivo, a través del uso de la violencia y de la amenaza y, que el otro (s), proceda al acto típico de apoderamiento del objeto material del delito; circunstancias que en conjunto nos indican un juicio afirmativo de co-dominio funcional de hecho así como la recíproca atribución del suceso delictivo como una unidad a todos los co-autores.

A lo cual debe añadirse, que en cada uno de los co-autores, concurran todos los elementos subjetivos del injusto, en cuanto al dolo, a su vez, que se verifique el acuerdo previo y/o concomitante, entre todos los agentes delictuales; figura delictiva, cuya consumación, siguiendo en estricto la teoría de la disponibilidad, supone que los agentes hayan contado con tiempos suficiente para poder obtener un aprovechamiento de las bondades del bien mueble.

En la ejecutoria recaída en la Casación N° 55-2009-La Libertad[206], se sostiene válidamente sobre la Co-autoría de Robo agravado, que:

"Así las cosas, no hay duda a los efectos de la subsunción típica que los cuatro individuos actuaron en coautoría, figura jurídico-penal que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en él conscientemente. En el caso concreto medió un supuesto de coautoría ejecutiva, en la que se produjo un reparto de las tareas ejecutivas: si bien todos atacaron y dispararon sus armas de fuego, es obvio que no todos los

(206) En: Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 31, enero del 2012, cit., ps. 314-317.

disparos de necesidad mortal fueron realizados por el imputado Guevara Abanto, quien según la sentencia recurrida los disparos que efectuó no impactaron en la víctima. Disparar contra los agraviados fue la ejecución de un plan común, aceptado por todos. Así, entonces, las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. La contribución del imputado, formando parte del grupo, atacando a unísono a los agraviados y apoderándose de las armas, es pues, un eslabón importante de todo el acontecer delictivo. El resultado muerte permanecía en el ámbito de la decisión común acordada previamente, que se expreso en la forma como se atacó a los vigilantes –no fue un exceso de uno de los asaltantes matar al agraviado.

El imputado cometió en común con otros el hecho punible. Hubo, pues, pactum scleris –que, como es obvio, no necesariamente ha de ser formal eincluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente-, elemento subjetivo –dolo compartido o decisión conjunta- y elemento objetivo –aportación causal decisiva-. Dados estos elementos o presupuestos, no obsta la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de los coautores no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, aunque siempre es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida –vínculo de solidaridad penal-, no son partícipes en los hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriedad propio de la participación en un hecho ajeno –se presenta un supuesto de imputación recíproca entre todos los coautores-. No se infringió el artículo 23 del Código Penal".

3.2. Sujeto pasivo

El delito de robo trae una particularidad en este aspecto, de conformidad con su naturaleza «pluriofensiva»; sujeto pasivo será en definitiva el titular del bien mueble que es objeto de sustracción por parte del agente, con arreglo a la denominación que se glosa en el Título V del C.P.. Sin embargo, la acción típica que toma lugar en la construcción típica, importa el despliegue de violencia física o de una amenaza inminente para la vida o integridad física, por lo que en algunas oportunidades, dicha coacción puede recalar en una persona ajena al dueño del patrimonio, que es apoderada por obra del autor; v.gr., quien va a realizar un depósito al banco, puede ser la empleada de una empresa, dinero que le pertenece a la persona jurídica y no a su persona, quien es objeto de violencia por parte del agente, para que entregue el dinero. Así también, los vigilantes del banco que son reducidos por los asaltantes, para apoderarse del dinero de las ventanillas, ellos no son los propietarios de los valores que son sustraídos.

En razón a lo antes expuesto, cabe diferenciar dos variantes de sujetos pasivos: a.- Sujeto pasivo del delito, quien es el titular del objeto material del delito y, b.- Sujeto pasivo de la acción típica, sobre quien pueden recaer los actos físicos de violencia o los actos de amenaza[207]. Ello no obsta a que en ciertos casos, haya de refundirse ambas cualidades en una sola persona.

El sujeto pasivo del delito, puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, pero sujeto pasivo de la acción típica, siempre debe serlo una persona psico-física considerada; no olvidemos que la *societas* es una ficción legal, que no tiene existencia propia.

3.3. Modalidad típica

La redacción típica del artículo 188°, nos señala que el apoderamiento ilegítimo del bien –total o parcialmente ajeno–, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, debe ser el resultado del empleo de violencia física contra la persona o mediando una amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física.

En todo lo que se refiere al apoderamiento y/o sustracción, así como el carácter ajeno (total o parcial del bien mueble), el intérprete debe remitirse a todo lo dicho en estos aspectos en el marco del delito de Hurto simple. Eso sí, debe destacarse que en el caso del Robo no se aprecia como en el Hurto, un acto propio de destreza del agente, pues la violencia o la amenaza que ejerce sobre la *psique* del ofendido, configura una apropiación directa –de propia mano– o, mediando la propia entrega del coaccionado.

Se habla entonces –en primera línea–, de una «violencia física», del despliegue de una energía muscular lo suficientemente intensa como para vencer la resistencia de la víctima o, los mecanismos de defensa que pueda anteponer para conjurar la agresión ilegítima. Atar, amordaza, golpear, empujar, apretar, o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material[208]; por lo que debe ser efectiva (real), mejor dicho debe manifestarse con actos concretos. No basta, pues, que la víctima se atemorice por obra de conocimientos que no resultan del despliegue de una actividad física por parte del autor[209]. Si la víctima confunde el sujeto con un malhechor buscado, según los medios de comunicación y, así sólo al verlo, le entrega sus pertenencias, no será un acto típico de Robo.

---

(207) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 123.

(208) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 149.

(209) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 445.

Para que exista violencia basta que se venza por la fuerza una resistencia normal, sea o no predispuesta, aunque, en realidad, ni siquiera se toque o amenace a la víctima[210].

Las diversas modalidades prácticas que puede asumir se dirigen así a frustrar o imposibilitar la concreción de la voluntad de defensa de los bienes muebles o a vencer resistencias ante la acción ilícita de sustracción/apoderamiento que ejecuta el agente del delito[211].

Debe tratarse, por tanto de una violencia real, actual y susceptible de causar un daño en los bienes jurídicos fundamentales de la víctima; de tal forma que se requiere de una cierta entidad de violencia, para que el agente pueda reducir al sujeto pasivo y, así poder hacerse del bien mueble. En tal virtud, el mero arrebato de una cartera, reloj, etc., constituye un ejemplo típico de hurto, mas no robo como se ha considerado por la jurisprudencia nacional, salvo, claro está, que el agente hubiese propinado un puñetazo a la persona de la agraviada, situación subsumible en el delito de robo[212]; como se sostuvo, no es a veces fácil distinguir entre una conducta de pura destreza del agente para apoderarse del bien, con aquella que manifiesta ya un signo visible de violencia física.

Si la fuerza es ejerce sobre un objeto, puede dar lugar a la calificación de robo con intimidación en caso de que se utilice como medio intimidatorio, señala Pérez Manzano. Si se ejerce la fuerza directamente sobre un objeto, pero ésta incide indirectamente sobre las personas se puede calificar de robo con violencia[213].

No necesariamente la violencia ha de recaer en la persona que lleva el bien mueble en su esfera de custodia, pues puede recaer sobre una persona[214] vinculada a la misma, que justamente está a su lado, lo cual implica para el autor suficiente arma de coacción respecto a la víctima para que ésta entregue pacíficamente el bien.

Cuestión de relevancia es que la violencia física que se ejerce sobre la esfera somática de la víctima, debe realizarse con el fin de apoderarse del bien, esto es, el sujeto pasivo se erige como el obstáculo que el autor ha de vencer para poder apoderarse del bien mueble. Si luego de sustraído el bien, con un mero acto de apoderamiento –sin mediar violencia alguna–, el agente golpea salvajemente a la víctima, no será un delito de robo, sino un concurso

(210) Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 269.

(211) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 115.

(212) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 149.

(213) Pérez Manzano, M.; *Robos,* cit., p. 396.

(214) Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 206.

real de hurto con lesiones, siempre que la víctima no se haya constituido en obstáculo para la fuga del malhechor y así poder ejercer el nuevo señorío sobre la cosa, para lograr el apoderamiento efectivo de la cosa; como enseña Núñez, para afirmar el robo, la violencia tiene lugar después de cometido el robo para procurar su impunidad, si una vez consumado el apoderamiento, se ejerce en el mismo contexto de la acción del robo para lograr la propia impunidad o de la otro participante[215]. Es decir que la violencia posterior debe constituir unidad de hecho con el apoderamiento y no una actividad posterior independiente[216]; para otro sector de la doctrina en la materia, dicha violencia debe darse siempre que no se haya consumado el apoderamiento, siempre y cuando no haya disponibilidad del objeto[217].

En la ejecutoria recaída en el RN N° 5373-99-Cono Norte-Lima, se sostuvo lo siguiente: *"Para la configuración del delito de robo, es necesario que exista una vinculación tanto objetiva como subjetiva de la violencia con el apoderamiento; ello implica que su empleo haya sido el medio elegido por el agente para perpetrarlo o consolidarlo"*[218].

Si la violencia que ejerció el agente sobre la víctima, produjo lesiones de magnitud en la esfera fisiológica o corporal del sujeto pasivo, no podrá decirse que el Robo absorbe el tipo penal de lesiones[219]; de ser así, estaríamos propiciando el vaciamiento de un bien jurídico tan importante como lo es la "salud humana"; ello al margen de las diferencias penológicas que se advierten entre ambos tipos penales. A menos que se trate de unas lesiones de mínima significancia, cuya valoración autónoma dé lugar a faltas contra la persona, aquellas que son consecuencia inmediata y normal del apoderamiento del objeto, cuando hubo resistencia por parte de la víctima.

Otra consideración valorativa ha de verse, cuando el uso de la violencia se ejerce posteriormente, cuando los bienes ya han sido sustraídos de la casa, y de forma súbita ingresa el propietario quien es asesinado a tiros; será la conducta constitutiva de un Asesinato para ocultar otro delito (hurto agravado).

Cuando son dos los que participan en el evento criminal, donde sólo uno de ellos hace uso de la violencia sobre la víctima, mientras que el otro, se encarga de sustraer los objetos; toma lugar la figura de la co-delincuencia,

---

(215) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 225; Cfr., Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., ps. 271-272.

(216) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 447.

(217) Pérez Manzano, M.; *Robos,* cit., ps. 404-405.

(218) En: Revista Peruana de Jurisprudencia, Normales Legales, Año II, N° 4, cit., p. 399.

(219) Al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., ps. 149-150; Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., p. 225.

como coautores, en base a un co-dominio funcional del hecho, de acuerdo al reparto de roles que supone la atribución comunitaria del hecho como un solo suceso típico. Si el que sustrae los bienes aprovecha que éstos han caído el piso, producto de la gresca en que se encuentran enfrascados su titular y un tercero; no será un delito de robo, sino un hurto; mientras que los luchadores, cada uno responderá a título de lesiones si es que ha de apreciarse una afectación concreta a la salud de ambos.

Ahora bien; ¿Qué sucede en la hipótesis de las denominadas "pepperas", quien emplea sustancias tóxicas, sedantes, etc., para colocar a sus eventuales parejas en un estado de inconsciencia, para así poder despojarlos impunemente de todas sus pertenencias? ¿Se puede decir, que se trata de una clase de destreza, que daría lugar al tipo de hurto? ¿O es que acaso no importa una manifestación típica de «violencia»?; todo dependerá de la definición que se tenga con respecto a la violencia, si la extendemos a todo medio capaz y/o susceptible de poder lesionar la vida y/o salud de las personas, no queda más que incluir esta modalidad delictiva como un robo. Máxime, como ha acontecido en los hechos, algunos de estas víctimas, producto de la ingesta de dichas sustancias con el alcohol fallecieron; no obstante el inc. 2) del segundo rubro de agravantes, prevista en el artículo 189°, ya parece incluir de forma expresa esta modalidad delictiva, cuando de forma taxativa incluye como medios comisivos las: "drogas, fármacos y/o insumos químicos". Resultado antijurídico (muerte) que no puede ser conducido al delito de hurto en concurso con un homicidio culposo, pues su correcta calificación de un Robo seguido de muerte, que habría de ser penalizado conforme el último párrafo del artículo 189°.

En lo que respecta a la distinción entre el Robo y la Extorsión, debe señalarse que en el primero la acción típica da lugar a un acto típico de apoderamiento, que se ejerce mediante la violencia física o la amenaza, en cambio, en el segundo, la obtención de la ventaja patrimonial, se obtiene mediando la entrega directa por quien se ve conminado (obligado) a hacerla[220]. Otro aspecto importante, es que en el Robo, la violencia ha de incidir necesariamente sobre quien tiene la custodia del bien mueble, pudiendo o no ser su propietario; por su parte en la Extorsión, que se da con la privación de libertad ilegítima de una persona, quien dispone del dinero es un tercero ajeno al rehén.

Luego se hace alusión a la «amenaza de un peligro inminente para su vida o integridad física». Debe ser entendida, por tanto, como aquel anuncio serio, inmediato y de gran probabilidad de cometer un atentado contra la vida y/o salud de la víctima; de igual forma que en el caso de la violencia física, la amenaza puede recaer sobre quien porta el bien o tercero vinculado.

---

(220) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 443-444.

Por intimidación, ha de entenderse aquella conducta que supone el anuncio de un mal con el fin de conseguir el efecto psicológico de constreñir la libre formación de la voluntad, referida a la disposición patrimonial, del sujeto pasivo de la acción de apoderamiento[221]; (...) toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad permitiendo al reo, realizar así, el apoderamiento[222].

Se distingue de la violencia en que ésta representa una «vis» física dirigida contra las personas, mientras que, en la intimidación, aún en la llevada a cabo mediante el uso de la fuerza material, no llega a haber acometimiento personal[223]. Hay violencia, por tanto, y no intimidación, cuando la amenaza no es un hecho instantáneo y discontinuo, sino presente, inmediato y subsistente en toda su intensidad[224].

Entonces, al hablarse de una amenaza inminente, debe entenderse que el mal que se pretende realizar ha de acontecer de forma inmediata, si se dice que la amenaza es un mal a futuro, no desplegará los efectos que se espera de la misma, de incidir en un plano psicológico concreto, reduciendo, por tanto, las mecanismos de defensa de la víctima.

La amenaza debe ser también seria, es decir, idónea para poder provocar el estado que se describe en la norma (inminente peligro para la vida o integridad física), con una navaja se coloca en el cuello, exigiendo el dinero; no podrá ser reputada como "seria", cuando la amenaza se realiza mediando un instrumento ineficaz, v. gr., un palito de fósforo, un mondadientes; pero sí lo podrá ser un tenedor o un cuchillo. Así tampoco, el empleo de maleficios, brujería o cualquier aspecto carente de materialidad (espiritual), propio de la metafísica. Por consiguiente, han de quedar al margen del ámbito de protección de la norma, aquellas amenazas desprovistas de los elementos necesarios para poder causar el impacto psicológico en la esfera emotiva de la víctima, que el articulado sanciona con pena.

La ley quiere que la amenaza o amago sea anuncio de un daño grave e inminente, relacionado con la vida o la integridad física, pues las amenazas de otra índole (secuestro, contra el honor, etc.), no se encuadran en el art. 188°[225]. Si se amenaza con violentar la libertad sexual de una persona, será en este caso, un concurso de coacciones con acceso carnal sexual, si es que se llega a configurar la violencia de forma concreta.

---

(221) Pérez Manzano, M.; *Robos*, cit., p. 401; Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 618.

(222) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 150.

(223) Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 442.

(224) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 268.

(225) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 151.

Como la intimidación tiene un carácter estrictamente subjetivo y lo importante es, por tanto, el efecto sobre la víctima, la afección sobre su libertad de actuar, es indiferente que la intimidación se logre mediante un engaño (así amenazar a la víctima con una pistola de juguete que sea imitación de una verdadera, etc.)[226]. Para tales efectos, debe considerarse las circunstancias concomitantes que rodean al hecho delictivo, así como las características personales de la víctima[227]; v.gr., si el robo se comete en una calle sumamente peligrosa del Callao y, de noche, una señorita que está caminando para tomar un taxi, siendo rodeada por tres sujetos de aspecto también peligroso; ya por sí sola, dicha circunstancia constituye una grave amenaza, sin necesidad de que los facinerosos le enseñen un arma de fuego o de juguete. Cuestión distinta ha de señalarse, cuando a plena luz del día, un orate pretende amenazar a un transeúnte con una visible arma de juguete, lo que a todas luces constituye un delito imposible por inidoneidad del medio[228].

Es necesario advertir que, el uso en el caso del empleo de un arma de fuego, ya incriminada como un robo agravado y, si éste se utiliza como un objeto contundente, será un robo simple (como violencia física).

Cuestión importante es que la víctima sea susceptible de ser intimidada, a efectos de lograrse el estado de angustia que el tipo exige. Tal exigencia comporta una limitación en cuanto a los sujetos pasivos: sólo podrán ser sujetos pasivos de un robo con intimidación quiénes cuenten con la capacidad volitiva y cognoscitiva suficiente para percibir la entidad de la amenaza e intimidarse por ella; lo que no coincide, sin embargo, con el criterio de imputabilidad[229].

Cuando de forma simultánea aparecen la violencia y luego la amenaza intimidante, debe subsumirse el hecho en la primera de ellas, pues revela una mayor intensidad antijurídica.

El consentimiento de la víctima (sujeto pasivo), para que el agente pueda llevarse el bien mueble, no tiene relevancia alguna, a efectos de determinar la tipicidad o atipicidad penal de la conducta, en el sentido, de que justamente los medios que utiliza el autor para que el ofendido le entregue el objeto, son reputados como vicios de la voluntad.

---

(226) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 207; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 445.

(227) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., ps. 619-620; Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 119.

(228) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 150.

(229) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 618.

A nuestro entender, la admisión de causas de justificación son de dudosa aceptación, el estado de necesidad justificante, se condiciona a un interés jurídico de mayor valor que ha de resguardar el agente, pero la vida, el cuerpo y la salud, son bienes de igual rango con aquel que pretende procurar mantener el autor (vida de su esposa). Siendo así, sólo podemos admitir un estado de inexigibilidad, una causa de disculpa, que no elimina la antijuridicidad penal de la conducta, pues tiene que ver en realidad, con la motivación normativa que decae de forma significativa así como los fines preventivos de la pena.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 188° adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra apoderarse del bien mueble, esto es, se produce el desplazamiento de la esfera de custodia del sujeto pasivo hacia el sujeto activo, quien a partir de dicho momento está en capacidad de realizar actos de disponibilidad sobre el objeto(230).

A diferencia del hurto, el delito tentado ha de fijarse a partir de que el autor acomete el despliegue de la fuerza física o desde que toma lugar la amenaza grave, antes de ello, sólo podemos hablar de actos meramente preparatorios.

No cabe ninguna duda que en la hipótesis de la violencia efectuada para lograr la impunidad, la consumación se realiza una vez verificado el acto violento(231).

Ni bien el autor logró desapoderar a la víctima del bien mueble, y ya está en posibilidad fáctica de su disposición, ya no se admiten formas de participación; v.gr., quien recibe el bien en venta, prenda o depósito, será autor del delito de receptación.

Las Salas Penales de la Corte Suprema, en lo que respecta al delito de robo agravado, vía precedente vinculante (Sentencia Plenaria Nº 1-2005/DJ-301-A, en virtud de la cual resuelven en el acápite de la Decisión, que: " (...) *respecto a los delitos de robo agravado, que el momento consumativo requiere la disponibilidad de las cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída*". Así, cuando el agente es desposeído del bien, cuando es sorprendido en delito flagrante o no puede perfeccionar el delito, por mo-

(230) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., ps. 621-622.

(231) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 156.

tivos ajenos a su voluntad. Puede darse un desistimiento, siempre y cuando el cese de la ejecución delictiva, obedece a una decisión libre y voluntaria del agente, y que los actos ya realizados no sean constitutivos ya de un tipo legal.

En lo que respecta al concurso delictivo, como se dijo, si el ejercicio de la violencia física desencadena una visible y grave afectación a la integridad corporal de la víctima, se dará un concurso ideal de robo con lesiones, mas si se produce la muerte, mediando imprudencia por el resultado, la conducta debemos ampararla bajo los alcances del último párrafo del artículo 189° del C.P.. Sin embargo, si el resultado antijurídico más grave fue propinado con dolo eventual, nos inclinamos por un concurso de robo con homicidio (asesinato), cuya resolución punitiva daría una pena menor a la hipótesis antes reseñada, que sin lugar a dudas, afecta los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

No resulta factible un concurso de Robo con el tipo penal de Desobediencia y resistencia a la autoridad (art. 368°), pues es de verse que no es factible determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta cuando de por medio está la detención del agente.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva del Robo, sólo resulta sancionable a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta a desapoderar a la víctima de sus bienes muebles, mediando violencia física y/o amenaza de peligro inminente para su vida o integridad física.

Al igual que el hurto, el autor debe ser consciente de la ajenidad del bien, por lo que podría darse un error de tipo, que si es invencible, no implica la impunidad de la conducta, pues el despliegue de los medios violentos serían desplazados a los tipos penales de coacción o lesiones.

Basta con el dolo, el robo a diferencia del hurto, no exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente (ánimo de tener provecho), que haya de tener relevancia para distinguir con la mera intención de uso, en el sentido, que no existe Robo de Uso. Tanto la finalidad de disponibilidad como de utilización, serán reputadas como constitutivas del artículo 188°, no debe acreditarse, por tanto, en el proceso penal que el autor haya actuado inspirado por dichos móviles[232].

(232) En contra, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 124.

ROBO AGRAVADO[233]

Artículo 189.- *La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:*

1. *En inmueble habitado.*
2. *Durante la noche o en lugar desolado.*
3. *A mano armada.*
4. *Con el concurso de dos o más personas.*
5. *En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*
6. *Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
7. *En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
8. *Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. *Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*
2. *Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*
3. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*
4. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental."[234]

1. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN, BIEN JURÍDICO

Como se puso de relieve el Robo es un delito que atenta contra el patrimonio, concretamente los derechos reales amparados en el ordenamiento jurídico, cuya sustantividad radica en la forma o, mejor dicho los medios que

(233) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013.

(234) Extremo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nº 30077, publicada el 20 agosto 2013, la misma que entrará en vigencia a los ciento veinte días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

emplea el agente para apoderarse del bien mueble, esto es la violencia y/o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad física del sujeto pasivo de la acción típica. Lo que revela un mayor contenido del injusto típico, dando lugar a una reacción punitiva en puridad más severa.

Sin embargo, al igual que el caso del delito de Homicidio, muy por lo general será difícil advertir que el Robo se configura de una forma simple y convencional, pues la *praxis* judicial demuestra que en la mayoría de los casos este delito viene acompañado por ciertos añadidos que hacen de este injusto una conducta de mayor reproche, en vista de su manifiesta peligrosidad, agregados y/o elementos que le otorgan un plus de antijuridicidad penal, tanto por la forma de su comisión, las circunstancias que rodean el hecho punible, la calidad del autor, la mayor vulnerabilidad de la víctima, así como sus efectos perjudiciales; factores concurrentes y/o concomitantes, que han servido al legislador para construir normativamente la figura del «Robo Agravado».

Agregados circunstanciales que inciden, como es lógico, en la intensidad de la respuesta pena, que es significativamente mayor que en el caso del Robo Simple, lo que incidirá en una defensa más audaz del imputado para negar la circunstancia agravante. Es de verse pues, que las penas por este delito pueden oscilar entre los diez años como mínimo, hasta el extremo de que el agente puede ser sancionado con pena de cadena perpetua, cuando se da la hipótesis contenida en el último párrafo del articulado. Pena incorporada por el Decreto Legislativo N° 896, ratificada por la Ley N° 27472 de junio de 2001[235].

No nos oponemos de ninguna forma, de que delitos tan graves como el Robo agravado sea reprimido con penas en puridad severas, pero lo peligroso, es cuando la modulación sancionadora desborda los principios legitimadores del Derecho Penal, v. gr., de proporcionalidad, de culpabilidad, de humanidad de las penas, sobre todo el fin preventivo-especial (positivo) de la pena que ha de resguardarse siempre, de común idea con lo dispuesto en el inc. 22 del artículo 139° de la Ley Fundamental. Resultando ahora, que en mérito a la postura neo-criminalizadora del legislador, los delitos de Homicidio son sancionados con una pena atenuada con respecto a este delito, lo que a nuestro parecer nos parece irrazonable, desde los fundamentos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por otro lado, cabe señalar, de acuerdo a los sostenido en el caso del Hurto Agravado, que la técnica excesivamente casuística que hace gala el legislador en el artículo 189°, importa una contravención al principio de legalidad, pues en vez de hacer más precisos los supuestos de hecho, su excesiva proliferación de hipótesis, propicia lagunas, oscuridades y ambigüedades,

(235) Vid., al respecto, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 147.

que ha de repercutir en el juicio de subsunción jurídico-penal, lesivo al principio de seguridad jurídica.

El recurrir al sistema casuístico es insuficiente, ya que se puede dejar de lado conductas merecedoras de una sanción penal a título de robo calificado, por no encontrarse específicamente señalados en el catálogo de agravantes; lo que resulta a todas luces injusto, porque materialmente es imposible formular un tipo que prevea todas las circunstancias[236].

En lo que respecta al bien jurídico que ha de tutelar por el artículo 189°, ha de convenirse que de igual forma que el Robo Simple, lo constituye la propiedad y la posesión, como derechos reales que vinculan jurídicamente a su titular con el bien mueble –que es objeto de apoderamiento por parte del agente–, pero además debe agregarse que otros bienes jurídicos resultan también tutelados, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal del sujeto pasivo de la acción típica. Dígase que de forma más intensa que en el caso del artículo 188°, siendo que incluso la muerte de la víctima es consumida por este articulado, según lo expuesto en su último párrafo.

Según lo antes expuesto, no cabe más que ratificar nuestra postura adoptada en el artículo anterior, que el Robo Agravado es un delito pluriofensivo; al atacar una diversidad de bienes jurídicos. Punto de la cuestión que incide también en la determinación del círculo de sujetos pasivos; pues si la acción típica (violencia y/o la amenaza), recae sobre una persona distinta al titular del bien (propietario o poseedor), será calificado como el «sujeto pasivo de la acción» y el titular afectado en su patrimonio el «sujeto pasivo del delito» lo que no obsta a que en una sola persona pueden conjugarse ambas calidades dogmáticas; pero lo que debe quedar claro, es que la acción típica siempre ha de recaer sobre la persona que cuenta con la tenencia, custodia y/o posesión del bien, pues si ésta recala sobre la persona del propietario no poseedor, a fin de que se le entregue al agente una ventaja patrimonial, el hecho será constitutivo de un delito de Extorsión y no de Robo agravado.

2. EXAMEN DE LAS AGRAVANTES

Antes de abordar la temática en cuestión, cabe precisar que sólo serán de análisis aquellas circunstancias cualificantes que no se encuentran comprendidas en el marco normativo del artículo 186° (hurto agravado), pues resulta, a mi opinión, inoficioso reiterar los argumentos esgrimidos en acápites anteriores, por lo que el lector, sólo deberá remitirse a la sección correspondiente, en cuanto a las agravantes no incluidas en el presente examen.

---

(236) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 158-159.

2.1. Durante la noche o en lugar «desolado»

El examen, en lo que respecta a la "noche", fue objeto de análisis en el artículo 186°. Lo único que cabe agregar, es que seguramente, un Robo durante dicha circunstancia natural, carente de luz solar, propicia un estado de mayor peligro para los bienes jurídicos más importantes de la víctima, sobre todo cuando el agente pretende procurar su impunidad.

En lo que respecta a lugar «desolado», ha de tratarse de una circunscripción física descampada, en el cual no debe habitar nadie o, en su defecto, ninguna persona que transite por el lugar, a pesar de encontrarse viviendas ocupadas al momento de realizarse el hecho punible; por lo que el fundamento de la agravación, reside en que la víctima difícilmente podrá ser objeto de salvamento por otra persona y, a su vez el agente se torna en un malhechor de mayor peligrosidad.

La jurisprudencia española ha resuelto que despoblado es el lugar donde no hay población ni concurrencia de gente[237].

Un espacio geográfico determinado puede estar desolado por una serie de circunstancias, por ejemplo, que sea un lugar no habitado, la carretera en distancias largas, los radios urbanos de las playas, que en temporada de invierno no cuentan con ocupantes.

En legislaciones antiguas se hacía alusión al "despoblado". La agravación del robo por haber sido cometido en despoblado es tradicional y remonta al derecho romano, en el cual los ladrones de caminos recibían la designación especial de *grassatores*[238].

El concepto de despoblado es de apreciación circunstancias, apunta Fontán Balestra, pues un mismo lugar será o no despoblado según el momento, la hora, etc.. Un lugar de acampar lleno de automovilistas en determinados días y horas puede constituir en otros momentos un lugar despoblado[239].

El robo se comete en despoblado cuando se realiza en un paraje situado fuera del radio poblado, donde sus víctimas no puedan recibir auxilio inmediato de terceros[240].

(237) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 281.

(238) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 280.

(239) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 456.

(240) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 234.

2.2. A mano armada

Esta circunstancia agravante trae a colación, una serie de aspectos controversiales que son puestos al tapete por parte de la doctrina, lo cual resulta muy importante a efectos de establecer con corrección su procedencia calificadora, tomando en cuenta su incidencia criminológica. Conocida con el nombre de asalto, señala PEÑA CABRERA[241].

El fundamento de la agravante reposa en la singular y particular «peligrosidad objetiva», revelada cuando el agente porta un arma, cuya efectiva utilización puede desencadenar un evento lesivo de magnitud considerable, dada la naturaleza de los bienes jurídicos colocados en un estado de aptitud de afectación, lo cual redunda en contenido del injusto típico de intensidad desvalorativa[242].

Hemos de fijar que su procedencia está condicionado a lo siguiente: que los instrumentos y/o objetos que han de ser calificados como «arma», deben haber sido los medios empleados por el agente para poder vencer la resistencia de la víctima, ver reducidos sus mecanismos de defensa y, así poder apoderarse de los bienes muebles que se encuentran bajo su esfera de poder; violencia que debe ser continua y uniforme hasta lograr un total desapoderamiento, que permita al autor disponer de la cosa sustraída. Para ello se requiere que el agente utilice de forma efectiva el arma en cuestión, en el caso de producirse el apoderamiento con sustracción, sin usarla pese a contar con ella, será un hurto y no un robo agravado.

Se distingue comúnmente entre las llamadas armas «propias» y las armas «impropias»; en el primer rubro habrá de comprender las escopetas, los fúsiles, los revólveres, las pistolas, es decir, todas aquellas que son creadas especialmente para causar lesiones y/o la muerte de una persona, que importan la propulsión de un proyectil, que ha de incidir en un determinado blanco. Las armas de guerra implican ya una mayor sofisticación, que se supone sólo portan las Fuerzas Armadas. Mientras que en la segunda variante (armas blancas punzo-cortantes), hemos de glosar los cuchillos, las navajas, puñales, las hachas, tijeras, instrumentos de labranza así como herramientas empleados en ciertos oficios menores, que tengan la suficiente idoneidad como para provocar un daño grave en la vida y/o salud de las personas; claro está, que un objeto puede ser nimio para algunas, sin embargo, para otros, que han alcanzado un adiestramiento significativo en ciertas artes de lucha, pueden ser letales, de ahí que las manos de un karateka pueden ser también considerada como un arma, aunque su extensión vulneraría el principio de legalidad.

---

(241) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 160.

(242) Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 625.

Por arma, dice Soler, debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como un medio contundente[243]; en el ejemplo del ladrón que al ingresar a la vivienda *amenaza con el revolver, pero al no servir como medio de intimidación*, es empleada como objeto contundente para reducir a la víctima. En opinión de PÉREZ MANZANO, armas son aquellos objetos que desde el punto de vista del peligro son capaces de producir las lesiones más graves a la integridad física o incluso la muerte de la víctima, de manera que objetos que sólo sean aptos para producir lesiones leves no deben considerarse medios igualmente peligrosos, sino medios menos peligrosos cuya utilización no dará lugar a la agravación[244]. Según nuestra ley positiva, el arma ha de ser idónea para poder provocar una aptitud de lesión para la vida y/o integridad física del ofendido, en el entendido de haber reducido al máximo sus posibilidades de repeler el ataque.

Ahora bien, como se dijo, el arma para poder calificarla como un elemento de agravación del Robo, debe ser efectivamente empleado por el agente, debe ser el medio del cual se sirve el autor para doblegar la voluntad de la víctima. No basta, por consiguiente, el hecho de llevar o portar un arma[245]; sea ejerciendo una violencia concreta, v.gr. disparando al aire o al cuerpo de la víctima, lo que importa que pueda ser configurada como una fuerza contundente o como una forma de amenaza, al ser exhibida[246]. Si del disparo acaecen lesiones graves, habría que apreciar un concurso delictivo y, si luego del disparo se arrepiente del apoderamiento, sin lesiones graves, será calificado como un delito tentado de Robo agravado.

Su empleo entonces, debe ser utilizado para que el autor logre desapoderar a la víctima de sus pertenencias; si el agente ya logró el desapoderamiento y usa el arma para no ser atrapado por el agraviado, disparándole, que se dio cuenta que sus bienes fueron desapoderados, no será un caso de Robo Agravado, sino un hurto en concurso con un Asesinato para ocultar otro delito. De esta opinión es ROJAS VARGAS, quien escribe que no es configurador de tal especie delictiva agravada el hacer uso del arma una vez logrado el apoderamiento para defender el bien, ilícitamente sustraído, de terceros o de la misma policía o víctima[247]; siempre y cuando como se dijo en el Robo, el desapoderamiento haya logrado su plena concreción, pues si la víctima

(243) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 187-288.

(244) PÉREZ MANZANO, M.; *Robos*, cit., p. 413.

(245) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, cit., p. 240.

(246) Cfr., SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 153.

(247) ROJAS VARGAS, F.; *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 303.

se erige aún como un obstáculo, para alcanzar lo mencionado, deberá ser calificado como un Robo Agravado.

Cuestión importante es la estructura real del instrumento para poder ser calificado como un «arma». De forma rayana, cuando se trata de una pistola de juguete o puede ser también de fogueo. Para un sector de la doctrina habría que rechazar la agravante. La razón estriba en el uso efectivo del arma o del instrumento que pudiera servir de tal. Interesa que el arma aumente la potencialidad agresiva del agente y, por tanto, la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación que comentamos, concluye PEÑA CABRERA[248]. Soler, es de esta posición, desde la perspectiva anímica del autor, pues a su consideración el dolo debe consistir en el empleo de algo que sea un arma también para él[249].

Otra postura, ha de verse en SALINAS SICCHA, para quien la postura antes anotada no toma en cuenta que aquella arma aparente (revolver de fogueo, pistola de juguete, etc.) puede ser utilizada como arma contundente y fácilmente poner en peligro la integridad física de la víctima[250].

A decir de ROJAS VARGAS, las críticas al concepto funcional de arma que puedan plantearse apuntan a poner de manifiesto la suma relatividad de los condicionales requisitos que pueden subjetivizar las vulnerabilidades de la víctima y maximizar o sobrevalorar las capacidades ofensivas del agente[251].

¿Qué sucede en el caso de armas descargadas, es decir, si son idóneas para provocar los resultados antes mencionadas, pero no cuentan con balas en su interior?, si seguimos la corriente doctrinal antes esbozada habrá que negar su apreciación como agravante, pero que ha de decirse desde la contemplación de la víctima, pues precisamente el hecho de que el autor cuente con dicho instrumento, es lo que doblega a la víctima, a menos que ésta advierta que ello es así, cuando el ladrón pretende dispararla y, cae en saco roto. Lo que queremos decir en todo caso, es que si bien se parte de una premisa correcta, cuando se dice que el arma debe ser idónea para producir los eventos lesivos, en cuanto a la afectación de los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo, no se debe perder de vista, la perspectiva de la víctima, que puede incurrir en error en cuanto a la apreciación real del arma desde una perspectiva ex –ante, que desde márgenes racionales puede dar visos en cuanto a la materia de prohibición de este articulado, hasta que punto pues, la víctima ha de poder verificar la funcionalidad del arma, más aún tratándose de especiales y atemorizantes

(248) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 161; Así, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 455.

(249) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 288.

(250) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 155.

(251) ROJAS VARGAS, F.; *Estudios de Derecho Penal...*, cit., p. 308.

circunstancias en la cuales se ve envuelta; lo cual deberá valorarse caso por caso, debiéndose descartar aquellas que de forma visible y grotesca no pueden ser objeto de simulación[252], que tampoco pueden ser empleadas como objetos contundentes.

La siguiente sentencia recaída en el RN N° 5824-97-Huánuco, nos puede dar ciertos visos, de cuales son los criterios que se utilizan en los Tribunales Peruanos: "*Un arma es todo instrumento real que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como robo simple la conducta desplegada por los referidos acusados, pues si bien es cierto que aparentemente son inocuas, pero sin embargo resultaron suficientes para lograr atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia, participaron más de dos agentes, en casa habitada*"[253].

Para distinguir la amenaza del artículo 188° con la agravante *in examine*, en la primera de ellas, el autor no puede haber propiciado el estado psicológico de miedo sobre la víctima, pues de ser así habrá que apreciar el artículo 189°.

Si esta no fue empleada y, el agente reduce a la víctima a golpes, habrá que admitir un Robo Simple.

Si se pretende aplicar la agravante ante la presencia de más de un autor, la comunicabilidad sólo será admisible, cuando el coautor, sabe que el otro coautor está empleando un arma para reducir al ofendido.

Por último, ¿La concurrencia de la agravante ha de absorber o consumir, el delito de tenencia ilegal de armas?, la solución dependerá del criterio que se tenga en cuanto al artículo 279° del C.P.; se habla en este caso de una tenencia ilegal, que para su configuración no requiere que el arma sea utilizada, pues lo que se castiga es su posesión al margen de las licencias estatales que ha de procurar contar un particular para hacer uso de un arma de fuego, constituye un delito de peligro abstracto. La peligrosidad de estos instrumentos obliga al Estado a reglar su uso y posesión. En tal mérito, sólo ha de descartarse el concurso cuando la tenencia del arma es legítima, mas no cuando es ilegal su posesión, en este caso ha de castigarse al autor por Robo agravado en concurso con el delito de tenencia ilegal de armas.

En la ejecutoria recaída en el RN N° 584-98, se señala que: "*El delito de robo con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo, configura un delito de robo agravado y por ende no cabe que se considere dos delitos autónomos, pues el uso de armas en la ejecución de un robo*

(252) Vid., al respecto, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., ps. 626-627.

(253) Gómez Mendoza, G.; Código Penal, cit., p. 131.

constituye un sub tipo agravado del delito de robo; que, siendo esto así, la tenencia de armas de fuego con dicho propósito se subsume en la circunstancia agravante antes referida"[254].

2.3. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos

Esta agravante toma lugar conforme a la locación, el lugar, el sitio, el marco territorial donde se produce el robo; que conforme es de verse de su originaria redacción típica ha sido ampliada inconmensurablemente a una serie lugares, que en realidad desborda la ratio de la norma. Extensión tipificante que toma lugar a raíz de la sanción de la Ley N° 28982 del 03 de marzo de 2007.

Mediando esta sobreabundante oferta de adecuación típica, la agravante pierde coherencia y sistematicidad, pues se suponía que el fundamento de la agravante era la mayor peligrosidad que se configura cuando el robo se comete en un medio de transporte público. Parece ser que el fenómeno de la politización normativa, adquiere cierta dimensión en esta agravante, pues he de advertir que el sostén de la inclusión de mayores lugares (públicos y privados), tiene como antecedente los atracos que acontecieron en algunos restaurantes de nivel en la ciudad de Lima, donde sus comensales fueron sustraídos ilegítimamente de sus pertenencias, acompañado de armas de gran alcance potencial. En todo caso, si el fundamento es el mayor peligro que puede crearse en lugares, centros y/o recintos, que albergan a un número indeterminado de personas, debió haberse construido una fórmula abierta, en la cual se puede cobijar todo supuesto de hecho que se adecue a las características que se pretende estructurar en el dispositivo legal; no entendiéndose porqué un centro de convenciones, una discoteca o un parque de diversiones no pueden estar integrados en la agravante *in examine*.

De todos modos debe decirse que el medio de transporte público, al momento de los hechos, debe estar ocupado por pasajeros, en uso y/o funcionamiento del servicio público[255], pues si el chofer está ya regresando a su

(254) Chocano Rodríguez/ Valladolid Zeta; op. cit., p. 201.

(255) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 161.

unidad, sólo en compañía del cobrador, no se dará la agravante en cuestión; medios de transporte público que podrán serlo los autobuses, camionetas furgonetas, combis, taxis, colectivos, trenes, tranvías, embarcaciones (botes, cruceros, lanchas), etc.

Finalmente, que el robo acaezca en áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos o bienes integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos, hacen referencia a determinados espacios donde se desarrollan ciertas actividades (científico-culturales) de una Nación, que si bien debe ser protegidas con las figuras delictivas pertinentes, no entendemos a ciencia cierta que peligrosidad encierra si el robo toma lugar en dichos recintos, cuando no hay una pluralidad de personas en su interior; pareciese que lo que se quiere proteger es al turismo, para ello bastaba con incidir normativamente en la característica de la víctima en la construcción de la agravante. Si del museo se trata, puede darse, según la hipótesis anterior, siempre que se cumpla con los presupuestos antes anotados.

2.4. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad

Bajo esta hipótesis ha recalar aquel comportamiento del agente, en virtud del cual se hace pasar por una autoridad o servidor público, para lo cual hace uso indebido de uniformes, insignias y/o títulos que no le corresponden, tomando lugar la asunción mendaz (engaño) de una actuación pública. No se configura el tipo penal de Usurpación de Funciones que se incrimina en el artículo 361° del C.P., pues para que pueda darse dicha tipificación penal ser requiere que el autor ingrese de forma ilegal al aparato público, sin haber sido nombrado o sin contar con el título correspondiente, visando de ilegalidad su actuación, como un injusto que afecta la legitimidad de la función pública; mientras que en este caso el autor emplea medios fraudulentos, ardid, artificios y otros, para pretender presentarse como una autoridad pública; v.g., r., el ladrón que se disfraza de policía para perpetrar el robo o, quien simular ser un ejecutor coactivo para poder ingresar a un recinto privado y, así poder apropiarse de los bienes muebles, mediando violencia o grave intimidación. Empero esta agravante sí podrá concurrir con el tipo penal previsto en el artículo 362° (utilización ilegítima de títulos u honores).

Cuando la apropiación de los bienes por parte del agente, que finge ser una autoridad pública, se realiza sin emplear violencia, ha de convenir la aparición de la estafa, siempre y cuando sea la propia víctima quien entrega los objetos al autor, mediando una voluntad viciada.

El agente con esa falta atribución de conducirse como autoridad o utilizando una orden falsa, busca en la víctima una relación de superioridad

para sorprender o impedir una respuesta ante la agresión que sufre[256]; el empleo del uniforme de policía lleva ya consigo ciertos efectos intimidatorios, que anudan en una reducción significativa de los medios de defensa que ha de contar la víctima para repeler el ataque; más aún cuando es sabido que verdaderos agentes del orden forman parte de organizaciones delictivas que se dedican a cometer estos delitos.

Luego, mostrando orden o mandamiento falso de autoridad; v.gr., cuando un cobrador coactivo, secretario judicial a fin de poder ingresar a un local privado a un domicilio para ejecutar un embargo, se valen de una orden o de un mandamiento que no se corresponde con la realidad de las cosas, sea elaborando totalmente el documento o agregando aspectos que no se condicen con la voluntad del firmante; así también el sargento que ingresa a un domicilio privado con una falsa orden de allanamiento. Quien realiza la acción típica puede ser cualquiera, alguien que finge ser un servidor público, un verdadero funcionario público o un particular. No se dará esta hipótesis cuando el agente desconoce del origen falsario de la orden, a menos que la imputación se traslade al hombre de atrás, al superior jerárquico –como autor mediato–, lo cual no podría ser de todos modos, pues éste tiene autoridad para emitir dicha orden y, si desborda el marco de su actuación funcional, será un acto típico de abuso de autoridad. Debe verificarse el dato objetivo del tipo que la orden o mandato que muestra el agente de forma directa a la víctima es falso, caso contrario, si se determina que la orden era legítima o legal, la agravante no se configura[257]. Por lo general esta agravante entrará en concurso con el tipo penal de falsedad material (art. 427°).

Finalmente el último supuesto hace mención, a que el agente debe fingir ser un «trabajador del sector privado», será de algunas empresa (privatizadas), que prestan servicios públicos como de electricidad y telefonía, en virtud del cual, deben en algunos casos ingresar a locales cerrados, viviendas, etc., para realizar refacciones, conexiones, reparaciones y/o instalaciones de líneas, cajas de luz, medidores, etc.; en tal sentido aprovechan dicha falsa condición, para ingresar a las viviendas, departamentos, fábricas, tiendas, etc., y así dar rienda suelta a sus propósitos delictivos. Los medios que emplea deben ser idóneos, para poder engañar al sujeto pasivo, es decir, deben ser eficaces para poder ver en el agente un auténtico trabajador del sector privado, pues si el autor no requirió hacerse pasarse como tal, para poder ingresar al domicilio, simplemente por la indiligencia del ofendido, será un Robo Simple, a menos que concurran otras de las circunstancias agravantes que se glosan en el artículo 189°. Si la apoderamiento se realizará sin violencia sería constitutivo de un hurto agravado, que puede ir en concurso con el tipo penal de falsedad material.

---

(256) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 163.

(257) Salinas Siccha, R., *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 164.

2.5. En agravio de menores de edad o ancianos

Las circunstancias agravantes en su configuración pueden tomar como elementos de incidencia una serie de aspectos, no sólo referidos con la mayor peligrosidad de los medios empleados así como las circunstancias concomitantes que rodean el hecho punible, sino también las particularidades que revela el sujeto pasivo al momento de la acción típica. Con ello, se pretende poner de relieve ciertas propiedades de la víctima, que la colocan en un estado de «vulnerabilidad», por tanto la hacen presa fácil de ser objeto de esta clase de delitos; en efecto, el agente tendrá mayor facilidad para perpetrar su ilícitos fines, en tanto, estas personas (anciano, menor de edad), cuentan con menores recursos para ejercer resistencia a la agresión ilegítima.

Agravante en análisis que no se encontraba prevista en la redacción originaria del artículo 189° del C.P.

Por «menores de edad», ha de entenderse en principio, que son todos aquellos que aún no han alcanzado la mayoría de edad, es decir, los dieciochos años de edad, por lo que aún no cuentan con plena capacidad de ejercer sus derechos civiles, con arreglo a los dispuesto en el artículo 42° del CC.

Por su parte, nuestro ordenamiento penal sustantivo reconoce la imputabilidad del agente, su capacidad para poder responder frente la conducta antijurídica atribuida, también a la mayoría de edad; sin embargo, es una deducción unánime de la doctrina que el consentimiento que la supuesta víctima pueda prestar, para ser válido, basta con que aquélla tenga catorce años, cuestión de importancia en orden a declarar la atipicidad penal de la conducta o en su defecto la anulación de su antijuridicidad penal.

El Código de los Niños y los Adolescentes, efectúa una distinción, en cuanto a la clasificación del impúber, será considerado niño desde su nacimiento hasta los doce años y, será reputado como adolescente, según lo previsto en el artículo I del Título Preliminar del CNA.

En lo que respecta a la fijación de la calidad de «anciano», a diferencia de la minoridad de edad, en el marco del derecho privado no existe disposición alguna que la fije según una determinada edad cronológica, por lo que no nos queda más que remitirnos al artículo 22° del C.P., que establece responsabilidad restringida de común idea con el artículo 81° (*in fine*), cuando el autor al momento de cometer la conducta incriminada, tenía más de sesenta y cinco años de edad.[258] En cambio, para un sector de la doctrina se debe tomar en cuenta le edad de la jubilación, en el caso de los hombres a los 65 años y las mujeres a los 60 años[259]; lo cual no es correcto a nuestro

(258) Así, Rojas Vargas, F.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 451.

(259) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 165.

entender, al viola el principio de igualdad constitucional y, se basa en una delimitación propia del derecho pensionario, lo que se pone en cuestión es el menoscabo físico o mental de una persona, por consecuencia del devenir del tiempo, no el tiempo laborable efectivo, que ha de computarse para percibir una pensión.

Se supone que a partir de dicha edad (senil) la persona sufre una merma considerable en sus capacidades psico-motrices, debilitando, por tanto, sus mecanismos de defensa, que han de reflejarse cuando es objeto de un robo.

Ahora bien, si habremos de fijar el fundamento de la agravante, debemos situarlo en sus especiales características, que lo hacen vulnerable, señalar que todo menor de edad cuenta con dicha particularidad, parece ser un exceso, hubiese sido mejor delimitarlo a los catorce años. Luego, se habla según el tenor literal que debe ser en su agravio, para ello, debe señalarse que debe consistir en la afectación de que es objeto el sujeto pasivo, en cuanto sujeto pasivo de la acción, no en lo que respecta al titular del bien, lo que se quiere incriminar con mayor pena, son las consecuencias de mayor gravedad de que puede ser objeto una persona con tales cualidades y, no una merma en puridad «patrimonial», tomando en consideración la naturaleza pluriofensiva del delito de Robo. Es decir, no puede tomar lugar la agravante, cuando como consecuencia del desapoderamiento del dinero, el menor de edad o el anciano queda desprotegido, en tanto el sujeto pasivo no cuenta con los medios económicos suficientes para poder sufragar las necesidades elementales del impúber o del senil; de ser así, la agravante que tendría que aplicarse sería la propuesta en el inciso 3) del rubro siguiente de circunstancias cualificantes que el legislador ha comprendido en el artículo 189° (Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica).

El agente al momento de la acción (*fomus comissi delicti*), debe saber que se trata de una víctima que cuenta con las características anotadas en el dispositivo legal, ora un menor de edad ora un anciano, pues el dolo debe cubrir no sólo los elementos de tipificación básica sino también las que hacen de aquella una circunstancia agravante. Cuando es un niño no hay problema, lo dificultoso aparece cuando se trata de un adolescente, que por su caracterización anatómica, puede generar un atendible equívoco en la persona del autor, dando lugar a un error de tipo, que al admitirse, habría que penalizar la conducta como un Robo Simple. Así, también puede darse en el caso de una anciano, no todas las personas envejecen al mismo ritmo, a unas se hace más evidente el envejecimiento, más aún hoy en día como consecuencia de las cirugías plásticas el rejuvenecimiento puede ser significativo en el paciente, lo que a los ojos del resto puede representar una edad muy por debajo de la real; por ende, el error de tipo puede tener aquí una trascendencia de incidencia significativa.

Otro punto a destacar, es que inciso 2) de la última clasificación de agravantes, recoge en su seno, una hipótesis de naturaleza parecida, cuando señala que la acción típica da lugar con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima; no es que acaso la menoría de edad de la víctima así como de quien es senil, no repercute en una determinada debilidad física hasta mental de ser el caso, por lo que el intérprete debe estar muy atento al momento de optar una u otra; sin embargo, no parece ser esta la *ratio* de la norma, en el sentido de referirse en este causal a un estado psico-físico de quienes sufren de ciertas anomalías mentales o están imposibilitados de reaccionar por diversos motivos.

2.5.1. Análisis a la ley N° 30076

En las coberturas normativas de los tipos penales de Hurto agravado y de Robo agravado, se ha incluido un inciso (11. del artículo 186° y 7. del primer listado del artículo 189°), que hace alusión a lo siguiente: *en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.* ¿Qué revelan todas estas personas en común? En definitiva, encontrarse en un estado de vulnerabilidad, de ser presa fácil de estos delitos, pues al agente cometerá con mayor facilidad, sea el apoderamiento y/o sustracción del bien mueble o, la obtención de las pertenencias de la víctima, haciendo uso de la violencia y/o la amenaza sobre aquélla. De ahí, que pudo estructurarse una fórmula genérica, indicándose justamente el estado de vulnerabilidad o de indefensión de la víctima, que es aprovechad por el agente delictual; sin necesidad de regularse cada una de estas circunstancias personales del sujeto pasivo.

Ahora bien, «menor de edad», es toda persona que aún no ha llegado a la adultez, esto es, entre los cero a los diecisiete y once meses (29 días) de edad; aspecto que abre un indefectible cuestionamiento ¿Es lo mismo, que el agente se apodere de un celular de un niño de ocho o seis años, que sustraiga la billetera de un adolescente de 16 años de edad? En definitiva, no, por lo que el legislador debió haber puesto un límite cronológico, en este caso los catorce años de edad, de común idea con lo previsto en el Código de los Niños y los Adolescentes, únicamente los primeros merecen un reforzamiento de la tutela punitiva y no los segundos. Son los niños las personas más indefensas e ingenuas, que las convierten por ello, en víctimas preferentes de estos agentes delictuales, lo cual determina un mayor merecimiento y necesidad de pena.

Las personas con «discapacidad», son también individuos que presentan un evidente estado de vulnerabilidad, como los ciegos, los inválidos, aquellos que prácticamente han perdido todo tipo de movimiento muscular; puede ser por ende, una discapacidad parcial y/o total. Una persona que cojea, o alguien que ha perdido la vista en un solo ojo, o que cuenta con alto

grado de miopía, que esta enyesado en un brazo, no se comprende en esta denominación, al ser portador de ciertas capacidades mentales y fisiológicas, que no presenta como un ser de tal *vulnerabilidad*. Si en cambio, el que esta discapacitado «mentalmente», aquel que se encuentra privado de discernimiento; el enajenado mental, la persona desprovista de guiar sus actos, conforme a un estado normal de las capacidades psico-motrices, existiendo una total desconexión de la ordenación mental (inteligencia) con los movimientos musculares. Personas así concebidas, al ser también vulnerables, pueden ser catalogadas como «discapacitados»; empero, una afectación mental, de no tanta intensidad, donde aún se develan estados de lucidez, no pueden adquirir este amparo jurídico-penal intensificado. Cuestión importante, para que se pueda aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, es que el agente debe ser consciente, de que esta hurtando un bien o robándose la pertenencia de una persona discapacitada, pues de no ser así, habrá de aplicarse el tipo base, a menos que concurra otra circunstancia de agravación.

Mujeres en estado de «gravidez», serán todas aquellas damas que se encuentran en estado de gestación, una vez que el óvulo fecundado se ha implantando en la pared uterina de la mujer. El estado de gestación importa todo un proceso que culmina antes de los nueve meses, con la expulsión del nasciturus del cuerpo de su madre, sea de forma inducida y/o natural; siendo que recién a partir del tercer mes, cuando ya está ante un feto, que adquiere visibilidad la barriga de la gestante, antes de ello es muy difícil de advertir tal situación fisiológica. Cuestión que incide en la aplicación de esta circunstancia de agravación; en el sentido, de que el agente debe saber que la mujer, -a la cual esta atracando (Robo) o de quien esta sustrayendo su cartera-, se encuentra en estado de gravidez, según el componente cognitivo del dolo. De manera, que si por ejemplo, la víctima tiene un solo mes de gestación, es muy difícil de aplicar válidamente esta circunstancia de agravación, a menos que el agente sea pariente del sujeto pasivo u tenga con ella una relación cercana, que le haya permitido saber que estaba embarazada.

Adulto «mayor», según la Resolución 50/141 de 1996 de la Organización de las Naciones Unidas – ONU, es la población mayor de 60 años; lo que llevo a su congruencia normativa en el Perú, con la dación de la Ley N° 28803 de noviembre del 2006. Dicho concepto se relaciona con el «envejecimiento», como aquella etapa del ser humano, donde se van perdiendo, de forma gradual, una serie de funciones psico-motrices; es una suerte de degradación de las funciones cerebrales y fisiológicas de la persona humana, que lo lleva finalmente a su extinción, es decir, a su muerte. Sin duda, una persona que alcanza tal edad, se vuelve más vulnerable, en tanto su capacidad de reacción, ante ciertas situaciones se torna más lenta y ineficaz, así por ejemplo, para desplegar resistencia ante una probable agresión ilegítima, que puede darse en el decurso de un Robo. Sin embargo, tal situación debe ser matizada, en el entendido, que una persona de sesenta años aún conser-

va ciertas potencialidades físicas y mentales, muy distinto a una persona de más de setenta años, en mayor medida un anciano que bordea los ochenta y cinco años de edad. Es en estos últimos casos, que se puede estar ante una persona «discapacitada», de modo, que se podría aplicar cualquiera de los dos factores de agravación, más no de forma concurrente, en armonía con el principio de proporcionalidad.

Esta última característica de la víctima, se entrecruza con la reglada en el inciso 2) del segundo grupo del artículo 189° del CP, al disponerse que el Robo es cometido *con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima*...., de recibido, una persona discapacitada o un adulto mayor de mas de 75 años de edad, puede ser portadora de una acusada incapacidad física o mental, lo cual sí generaría problemas de subsunción típico, por ende, de la penalidad aplicable, pues si es de aplicación el inciso 7) de la primera tabulación, la pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, mientras si se aplica el inciso 2) del segundo listado, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años. A tal efecto, se debe hilvanar muy fino, en pos de subsumir la conducta en el supuesto, que en mejor medida se encuadre el relato fáctico, no por tanto, privilegiando lo más favorable al imputado, v. gr., si es que el agente se aprovecha de la incapacidad física del discapacitado o del adulto mayor, para perpetrar el Robo, ha de optarse por el inc. 2), mas si se trata solo de un adulto mayor de sesenta años, se aplica el inc. 7). Lo problemático esta en el discapacitado mental o físico, con la situación descrita en el inc. 2), pues se supone que en ambas hipótesis, siempre tiene que haber un aprovechamiento de tal situación por parte del agente, en tanto es lo que fundamenta la dosis de mayor desvalor del injusto típico. En realidad, acá se presenta un conflicto normativo, que coloca en aprietos al operador jurídico, producto de la poca visión de sistematicidad, que el legislador hace gala en estas reforma normativas.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima

El legislador ha configurado un rubro de agravantes, que vendrían a manifestar un desvalor del injusto intensificado, por el desvalor del resultado, las particularidades de la víctima y la naturaleza del objeto material del delito.

En este primer inciso se propone una agravación que se basa en los efectos perjudiciales que se provocan como consecuencia de la conducta criminal, que trasvasa el marco del bien jurídico que de forma preponderante se pone en referencia en el artículo 189° (el patrimonio), pues si bien es cierto que el Robo en sus dos modalidades implica el ataque a una serie de bienes jurídicos, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad del sujeto pa-

sivo, no es menos cierto que en su configuración típica este injusto no incide directamente en un resultado antijurídico, que exteriorice también la concreta lesión a los intereses jurídicos mencionados. No olvidemos que las concretas afectaciones que puede traducirse en la muerte de una persona o en su lesión corporal, fisiológica y mental, se encuentran cubiertos por los tipos penales de Homicidio y Lesiones, por lo que si ello sucediera, sería de aplicación un concurso ideal de delitos entre el Robo y las tipificaciones penales invocadas, pero ello sólo tendrá lugar cuando al menos ha de apreciarse dolo eventual en la psique del agente, con respecto a los resultados más graves producidos, es decir, si bien el autor dirige su conducta, con conciencia y voluntad a fin de apoderarse los bienes muebles de la víctima sabe perfectamente que la violencia física y/o la grave amenaza que está desplegando sobre la esfera somática de la víctima o sobre su esfera psíquica puede desencadenar una grave afectación a su salud corporal o mental. Cuestión muy aparte, es que de acuerdo a dicha fórmula se obtenga una pena menor que la considerada en esta agravante, lo que no se ajusta a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Con arreglo a lo antes anotado, somos de la consideración que en este caso el legislador no se ha colocado en la hipótesis reseñada, sino hemos de fijarla en la causación de un mayor desvalor del resultado, que debe ser imputable a la esfera de competencia individual del autor a título de «culpa»[260], es decir, las lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima, no ha estado cubierto por el dolo del agente, sino que como obra de la generación de un riesgo no permitido colocó en un estado de aptitud de lesión a este bien jurídico, del cual no estaba seguro de poder producirse o confiaba ciegamente en su no concreción. Seguimos así la pauta del legislador, que se plasma en la introducción de los delitos preterintencionales en una serie de figuras delictivas, que si bien empleó el término de la "previsibilidad", no por ello debe negarse que se pretendía el mismo carácter en la imputación delictiva.

Debemos rechazar, por tanto, cualquier interpretación versarista, que se pretenda elucubrar, de que bastaría la causación del resultado, para que opere la agravante, mediando el nexo o la relación de causalidad, lo cual riñe con los elementos sobre los cuales opera los criterios que se aglutinan en la moderna teoría de la imputación objetiva[261], muy a pesar de que haya

(260) En cambio, SALINAS SICCHA, ubica también aquellas que han sido causadas a título de dolo; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., ps. 166-167.

(261) Soler interpretando el artículo 166° inc. 1 del C.P. Argentino, escribe que dicho articulado no solamente resulta aplicable cuando las lesiones son directamente inferidas para robar, sino siempre que sean sencillamente producto de la violencia empleada contra las personas, en cualquiera de los elementos en que la violencia resulta constitutiva de robo; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 279; Vid., NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., ps. 232-233; DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 152.

la norma en cuestión haga alusión al término «causar», pues estaríamos dejando de lado la imputación subjetiva, con arreglo al artículo VII del Título Preliminar del C.P..

Entonces, si las lesiones no fueron ni siquiera previsibles por el autor, habrá que negar la agravante, lo que dependerá de las circunstancia de cómo se produjo el evento lesivo; si el autor empleo un objeto contundente para vencer la resistencia de la víctima, no puede siquiera apelar una negligencia, pues sería al menos dolo eventual.

La agravante *in examine* no específica la magnitud que deben adquirir las lesiones, por lo que éstas deben ser todas aquellas que han de comprenderse en el artículo 121° C.P., esto es, debe constituir la calidad de lesiones leves; dejándose de lado a las que han de reputarse como faltas, que se encuentran comprendidas en el artículo 444° del C.P., pues la *ratio* de la norma, es de sobrecriminalizar los robos que repercuten en una afectación significativa de la salud mental o corporal de la víctima. Lesiones que deben se producidas como consecuencia de la acción típica, si éstas se producen cuando ya el agente se había apoderado del bien mueble, no cabe la admisión de esta agravante, sino un concurso de delitos de Robo Simple con lesiones; las cuales deben haber recaído sobre el sujeto pasivo de la acción.

En lo que a las formas de participación refiere, sólo podrán ser autores de este delito quienes de forma directa ejecutan el hecho punible, si tomamos en cuenta que la coautoría importa una co-decisión común, donde el acuerdo no podría comprender un evento sólo previsible, que siendo a título de culpa, no puede hablarse de co-delincuencia. Análisis diverso ha de verse en el caso de que las lesiones se causen a título de dolo eventual.

2. *Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima*

Bajo esta modalidad agravante, el legislador funda una pena más severa, tomando en cuenta la particular condición de la víctima, que se encuentre padeciendo de una incapacidad física o mental y/o mediante la utilización de fármacos, drogas u otras sustancias contra la persona del ofendido; esto quiere decir, que el mayor desvalor de la conducta ha de sustentarse en el aprovechamiento del autor sobre la vulnerabilidad que presenta el sujeto pasivo, lo cual redunda en una facilitación en cuanto a la perpetración del injusto, pues las condiciones que caracterizan al agraviado, hacen de ella, una persona con reducidos mecanismos de defensa.

Mientras que el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos, importa crear un riesgo concreto de lesión sobre los bienes jurídicos inherentes a la persona humana; vg.r., la vida, el cuerpo y la salud; más si dichos bienes

jurídicos resultan efectivamente lesionados, habría que reconducir la conducta a un concurso de Robo Simple con Lesiones o Robo con Homicidio, en el caso de haber actuado con dolo eventual con respecto a dichos resultados, pero sí sólo le fuera previsible, serán objeto de penalización como Robo Agravado, de conformidad con el inciso 1) o el último párrafo del articulado.

Cuando estamos hablando de «incapacidad física o mental de la víctima», ha de comprenderse en la primera hipótesis, quienes se encuentran imposibilitados de ejercer una defensa directa sobre el agresor, por estar atados, maniatados o cuando se trata de minusvalías físicas u sensoriales, como el inválido, el hemipléjico, el ciego, quien sufre de poliomelitis, osteoporosis, etc. Aquí la víctima comprende el significado del acto al conservar su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, pero las circunstancias materiales le privan de la facultad de actuar para oponer resistencia suficiente y evitar el robo(262); circunstancias que no obedecen a una conducta positiva del autor, sino a un estado previo, ajeno a su proceder, puesto que el fundamento es el prevalimiento, no que el autor coloque a la víctima en un estado de «imposibilidad de resistir».

Esta sub-especie delictiva parte de la idea de que existe como base, como dato de la realidad, un estado de incapacidad observable en la víctima, que no ha sido creado ni propiciado por el agente y de lo cual se aprovecha este para sustraer y apoderarse el bien mueble objeto del delito(263).

Por su parte la incapacidad mental, ha de ser percibida como aquellas minusvalías psíquicas que afectan gravemente las funciones volitivas y sensoriales del individuo; es decir, puede que el sujeto conozca y comprenda ciertas cosas, pero esta incapacitado de dirigir su conducta conforme tal entendimiento, no puede controlar, entonces, su propia conducción, es el caso de los denominados "inimputables"; minusvalía mental que puede ser permanente y/o transitoria, lo importante a todo esto es que la víctima se encuentre padeciendo dicho estado al momento de cometerse el Robo, y que sea conocida por el autor, de no ser así se podría presentar un error de tipo. Serán las psicosis, los esquizofrenia, la oligofrenia, todas aquellas taras mentales que nublan la conciencia del sujeto, desdibujan la realidad circundante, se provoca una ruptura entre los pensamientos y los actos corporales que han de guiarse desde las funciones cerebrales.

La modalidad última se configura cuando el agente emplea drogas, fármacos, barbitúricos así como cualquier otro tipo de sustancia que tienda a alterar las facultades psico-motrices de la víctima, colocándola en un estado de inconsciencia; ya los medios utilizados reflejan una peligrosidad potencial para la vida y/o salud del ofendido; será el caso de las denominadas «pe-

(262) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 167.

(263) Rojas Vargas, F.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 462.

peras», cuyo análisis ha de remitirnos al artículo 188° del C.P.. Drogas son todas aquellas sustancias susceptibles de ocasionar o causar efectos narcóticos, estupefacientes o sicotrópicos en el organismo de la persona.

Por último, el agente debe saber que la sustancia que está empleando ha de ser aquellas que se consignan en la redacción normativa, pues si por error las coloca en la bebida de la víctima, y así aprovecha para desposeer a la víctima de sus pertenencias, sería un acto constitutivo de hurto, viendo para ello la virtualidad efectiva del equívoco en el cual incurre el autor. Como afirma SALINAS SICCHA, para efectos de la agravante el sujeto activo debe causar la incapacidad de su víctima a través de la droga, caso contrario, si se aprovecha de la situación que la víctima ya se encuentra drogada o en estado de ebriedad por ejemplo, la agravante no se verifica(264).

3. *La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental*

Su primera hipótesis de hiper-agravación ha de configurarse cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización delictiva o banda. Como se sostuvo en el apartado del Hurto Agravado, una «organización delictiva», será aquella asociación criminal que cuenta con ciertas propiedades para alcanzar dicha denominación: primero, se debe componer por una pluralidad de personas, que han de ejercer diversos roles conforme a la división de tareas que ha de caracterizar cualquier cuerpo jerarquizado, incluido los delictivos, por lo que ha de contar con mandos superiores (jefes, cabecillas, líderes), mandos medios y mando ejecutores, con ciertas normas que regulan su estructura funcional; segundo, el factor temporal, no podrá hablarse de una organización delictiva propiamente si es que los agentes se reúnen sólo para perpetrar de forma ocasional estos delitos; tercero, deben dedicarse a cometer una pluralidad delictiva(265), es decir, no deben estar únicamente involucrados en la comisión de Robos, sino también otras actividades ilícitas, como la extorsión, el secuestro, asesinato, tráfico ilícito de drogas, etc.; cuarto, para que pueda hablarse de una existencia real de la asociación, no basta que se reúnan para decidir cometer diversos injustos, sino que dicha planificación intelectual, debe plasmarse de forma concreta en actos típicos (lesión y/o puesta en peligro de bienes jurídicos).

---

(264) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 171.

(265) A diferencia del Hurto Agravado, donde se hace mención expresa a que la organización debe estar dedicada a cometer estos delitos. La peligrosidad no hay que buscarla en la pluralidad delictiva, sino en la estructura criminal.

Luego, para la aplicación de la agravante, el agente debe ser miembro de esta organización, no interesando cuál sea su posición dentro de la estructura criminal, lo importante es que participe en calidad de integrante, sea como coautor o como autor, no podemos extender la agravante a los meros partícipes, so pena e vulnerar el principio de legalidad. Otro aspecto, es que su pertenencia a la organización no supone que date de tiempo atrás, basta que se haya integrado un día anterior a la fecha en que se cometió el Robo; pero si éste ya dejó de pertenecer a la organización, no podrá verificarse la agravante.

A ciencia cierta no encontramos grandes diferencias entre ambas estructuras criminológicas, pues tanto la organización delictiva como la banda cuentas con estructuras rígida y sólidas en su composición funcional, así como los factores temporales y otros, que caracterizan a las dos(266). Es decir, es una cuestión meramente terminológica que no incide de forma gravitante, al momento de adecuar el supuesto de hecho a una organización delictiva o a una banda.

En palabras de Rojas Vargas, tender a diferenciar organización delictiva de banda con la argumentación que la primera alude o subsume a la asociación ilícita a nivel de realización práctica o dinámica de la misma, como un grado de desarrollo vinculado directamente a la ejecución del delito, mientras que la "banda" está al margen de tal posibilidad incluso, es postular un singular criterio discriminador de base débil por su cuestionable y escasa contrastación(267).

Constituye la última fórmula que combina una serie de resultados antijurídicos, primero la muerte de la víctima y segundo se le causa lesiones graves a su integridad física o mental; debiéndose señalar que el segundo supuesto guarda una íntima relación con la agravante contenida en el inc. 1) del último rubro de cualificantes, pero con la única distinción en que el caso contemplado en este párrafo sólo sería de aplicación cuando se causan lesiones graves, y la otra agravante cuando como consecuencia del Robo se produce una lesión leve.

Sin duda, es el resultado «muerte», el que da lugar a un análisis más extenso; previsión legal que fue objeto de inclusión vía la sanción del Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998. Poniéndose de relieve que el deceso de la víctima es un dato a saber, que otorga mayor sustantividad de desvalor, para que se pueda reaccionar con una pena más severa, más no con una sanción en sí infamante y neutralizadora de la persona humana, como lo es la pena de cadena perpetua.

---

(266) Vid., al respecto, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 284-286.

(267) Rojas Vargas, F.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 485.

Se dice entonces, que la muerte tiene que tener lugar con ocasión del Robo o, si se quiere como consecuencia de él; ello trae a lugar ciertas consecuencias a fin de delimitar esta agravante con la aparición de otras figuras delictivas; quiere decir esto en primera línea de hermenéutica que el agente no puede haber tenido de antemano la planificación de matar a su víctima, a fin de apoderarse de los bienes muebles que pretende sustraer. Si el autor ingresa a un domicilio, bajo el designio de cometer un hurto, pero ya en su interior es advertido por uno de sus ocupantes, y de forma directa y a mansalva le propina su muerte, con un proyectil de bala, no puede decirse que es un Robo Agravado, pues acá se revela un dolo directo de "matar", que importa su calificación como un Asesinato para facilitar otro delito (hurto); si ya obtuvo los bienes sin resistencia alguna del sujeto pasivo, pero al pretender huir es puesto en evidencia por otro morador, y bajo esta circunstancia le da muerte, acá tampoco podríamos admitir un Robo, pues a pesar de que la víctima se constituye en un obstáculo para que el autor pueda disponer plenamente de los bienes, el dolo es directo a matar, por lo que es constitutivo de un Asesinato para ocultar otro delito (hurto).

Ahora bien, habremos de fijar esta agravante conforme una imputación subjetiva a título de culpa, lo que pretendemos decir es que la muerte no puede estar abarcada por el dolo del agente, en el sentido de que se haya pre-ordenado a eliminar una vida humana[268]. La violencia que se ejerce para vencer la resistencia de la víctima, es para que ésta quede reducida al máximo en su posibilidad de repeler el ataque antijurídico; es decir, la muerte debe ser ocasionada en la misma acción típica, que el agente no mide la violencia que está ejerciendo, está tan interesado en hacerse de la tenencia de los objetos, que despliega una fuerza física suficiente para causar su muerte, por ello negamos su admisión cuando concurre dolo directo o dolo eventual.

Dicho lo anterior, basamos una imputación subjetiva, que debe descartar cualquier resquicio de responsabilidad objetiva; dicho a modo de ejemplo, si justo la víctima del Robo es una persona que sufre de una dolencia cardiaca y, producto del propio susto de verse involucrados en un acto de especial violencia, sufre un paro cardiaco y se muerte. Resultado puramente causal que no puede ser objeto de imputación, al no concurrir al menos el factor "previsibilidad", que sustenta el injusto imprudente.

Soler apunta que la muerte resultante debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales, bajo la forma de responsabilidad culposa, porque lo que sea resultado de un puro caso fortuito no es un resultado de la acción desplegada para robar[269].

---

(268) Salinas Siccha, es de la posición de incluir el dolo; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 179.

(269) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 277.

ROJAS VARGAS analizando unas ejecutorías supremas, llega a las siguientes consideraciones: que es distinto el hecho de que el agente haya ido directamente a matar al vigilante para hacer más fácil el apoderamiento, si la muerte fue el resultado de la lucha entre los agresores con el agente de vigilancia del local de la entidad afectada. En el primer caso se habría tratado de un homicidio calificado en concurso con hurto agravado (durante la noche y en número plural), dado que los agente no tuvieron mayor necesidad de actuar instrumentalmente la violencia o la amenaza sobre otras personas, desestimando la circunstancia modal a mano armada al no cumplir ya su función de destino o conversión; mientras que en el segundo caso cabría la posibilidad de enfocar el supuesto delictivo dentro del contexto del párrafo final del artículo 189, sin que ello implique necesariamente abandonar la tesis del concurso de delitos (...)[270].

La muerte debe acaecer con respecto a quien tiene la tenencia del bien, pudiendo ser su propietario o su legítimo poseedor; quien es eliminado para poder vencer ciertas resistencias, el vigilante de un edificio, será un Asesinato para facilitar otro delito[271].

¿Puede haber un concurso de delitos entre el Robo y el Asesinato? Ante ello, cabe anotar que el Robo mismo implica el despliegue de una determinada violencia sobre la víctima, la cual puede ser física o psicológica (amenaza), por su parte el Asesinato también cuenta con una inherente violencia, necesaria, idónea y eficaz para poder causar la eliminación de una vida humana. Siendo así, no resulta desde una visión dogmática correcta, pretender reconducir la violencia a dos tipos penales distintos, tomando en cuenta el principio del *non bis in idem*, así como el tipo subjetivo del injusto, que apunta de forma directa a facilitar la comisión de otro delito. Cuestión que lleva a una resolución dogmática diferenciada en el caso de las Lesiones, pues en este caso, no hay un tipo penal como el Asesinato, que agrave el primer injusto mencionado, cuando se realice para facilitar otro delito, por lo que sí cabe un concurso ideal entre el Robo y las Lesiones, siempre y cuando no fueron directamente dirigidas por la voluntad del autor.

Antes de la modificatoria producida por el Decreto Legislativo N° 896, se disponía en el último párrafo del artículo 189°, que: "*En los casos de concurso con otros delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso*".

---

(270) ROJAS VARGAS, F.; *Estudios de Derecho Penal...*, cit., p. 317.

(271) Así, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 182.

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2008/CJ-116: ROBO CON MUERTE SUBSEQUENTE Y DELITO DE ASESINATO Y LAS LESIONES COMO AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO

Nuestra cosificación penal regula una variedad de conductas típicas, cuyo patrón –de ordenación sistemática-, es que tienden a proteger bienes jurídicos –dignos y merecedores de tutela penal-; a tal efecto, las construcciones típicas recogen una serie de elementos, que en conjunto constituyen sus componentes objetivos y subjetivos. Siendo así, se procede a aglutinar las conductas típicas conforme la hermenéutica del bien jurídico protegido y, entre éstos, especial connotación sustantiva, asumen los delitos comprendidos en el llamado «Derecho Penal Nuclear», aquellos injustos penales que atentan contra los derechos fundamentales de las personas; v. gr., la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la familia, la libertad y el patrimonio; conducciones típicas, que no en pocas ocasiones, manifiestan entrecruzamientos normativos (*ámbitos no muy fáciles de delimitación típica*), como lo que sucede con el Robo agravado seguido de muerte y el Asesinato para facilitar y/o ocultar otro delito.

Lo dicho, adquiere también un concitado interés criminológico y de política criminal, producto de una realidad social, que muestra como en los últimos años, se ha incrementado la incidencia delictiva en el Perú; y, eso lo advertimos en la abultada carga procesal que se acumula en los Tribunales de justicia, donde los delitos con mayor proclividad comisiva, resultan ser el Hurto, Hurto agravado, Robo, Robo agravado, Secuestro, Extorsión y atentados contra la Libertad Sexual (violaciones). Esta descripción criminológica provoca efectos sensibles en la población, quienes al verse como víctimas potenciales de estos hechos violentos, inmediatamente demandan al legislador una mayor intensidad punitiva, la que es prontamente acogida por los parlamentarios, dando lugar a los procesos normativos de *sobre criminalización*.

Es de verse así, que el trazado de política criminal se orienta preferentemente en los delitos anotados, mediando el empleo de la técnica de los delitos «preterintencionales», tal como se dio patente de corsé, en los delitos de Lesiones, cuando se causa un resultado más grave que se quiso generar, tomando lugar la muerte de la víctima. Aspecto que incide en realidad en la configuración de un Concurso ideal de delitos (tentativa del delito que se tuvo conciencia y voluntad de cometer en concurso con el resultado sobreviviente más gravoso, atribuible a título de culpa), pero que por motivos de prevención general-negativa así como de hacer uso de los fines socio-pedagógicos de la norma jurídico-penal-, hizo optar por esta errónea técnica legislativa, que hace gala el legislador en estas capitulaciones de la criminalidad más violenta. Pero, eso no es todo, el legislador olvido el principio de jerarquía del bien jurídico, en tanto, los delitos de Homicidio y su derivados, no fueron tocados en estas reformas legislativas, dando paso, a que los delitos de Robo agravado seguido de muerte, Secuestro seguido de muerte, Extorsión seguido de muerte y ultraje sexual a menor de catorce años seguido

de muerte, sean sancionados con pena de cadena perpetua, mientras el delito de Asesinato (artículo 108° del CP), recibe una pena no mayor a los 35 años de pena privativa de libertad; lo que a la postre hace que el Homicidio culposo sea reprimido con más severidad que el Homicidio doloso. Consecuencias penológicas, -cuya evidente irracionalidad e incompatibilidad con los criterios rectores de un Derecho penal democrático-, no puede arrastrar interpretaciones normativas inconsecuentes con los fundamentos basilares del derecho punitivo, de forma específica con los principios de legalidad, proporcionalidad y de culpabilidad. Debiéndose añadir, que en estos casos, el legislador ni siquiera incluyo el término *previsibilidad,* lo cual podría valorarse como una pura *responsabilidad objetiva por el resultado,* en vulneración a la proscripción contenida en el artículo VII del Título Preliminar del CP; infeliz redacción que es salvada con la calificación del delito preterintencional.

Siguiendo con este orden de ideas, no tuvo que pasar mucho tiempo, para que los Tribunales de justicia, procedieran a sancionar como delito de Robo agravado seguido de muerte, aquellos decesos, donde la víctima habría sido ultimada por un agente, que sabía perfectamente lo que hacía, quiere decir, que si bien su finalidad era el apoderamiento de un bien mueble ajeno, a éste no le importa dar muerte al sujeto pasivo y así alcanzar sus ilícitos propósitos. En tal entendido, el agente en estos casos, así como cuando los malhechores ingresan a una casa habitada a una tienda o establecimiento comercial y dan muerte a sus ocupantes o a sus vigilantes, para así poder apoderarse de una serie de bienes, son plenamente conscientes de que están dando fin a la vida humana, al menos con dolo eventual, por lo que la tipificación correcta es la de Asesinato para facilitar otro delito ¿Cuál delito? El de hurto, pues si ya no hay una persona a quien vencer sus mecanismos de defensa, no hay necesidad de emplear la violencia y/o la amenaza (*medios comisivos del Robo*)[272]; y, si el violador, luego de aplacar sus más bajos instintos, mata a su víctima, será un Asesinato para ocultar otro delito y no una Violación sexual de menor seguida de muerte.

Pretender sostener que el resultado «muerte», en el decurso de un delito de Robo agravado, puede ser atribuible a título de «dolo», importa desconocer el principio de culpabilidad, en su verdadera esencia y magnitud, en tanto los tipos penales sólo se refieren al emprendimiento de una conducta dirigida a lesionar un determinado interés jurídico, si es que el autor con una sola acción vulnera a su vez varios bienes jurídicos o de homogénea naturaleza, lo que se dará es un «Concurso Ideal de delitos», así quien atropella con su vehículo a dos personas, causándole su muerte. Quien quiere robar a otro, ha de ejercer una violencia destinada únicamente a vencer todo viso de

(272) Dando lugar a un Concurso real de delitos, no hay motivos valederos para dejar de aplicar el delito fin, pues este bien jurídico (distinto) también se verá afectado como consecuencia del proceder antijurídico del agente.

resistencia del sujeto pasivo, pero si esa violencia adquiere una gran magnitud y, el agente es consciente de ello, que mediando su despliegue puede causar la muerte de la víctima, aparece a todas luces un *dolo de matar*, por lo no resulta admisible una tipificación legal por el delito de Robo agravado seguido de muerte.

Las ansias y el afán por ejercer castigos ejemplares a estos hechos execrables, no puede llevar al operador jurídico a un juicio de tipicidad penal erróneo y desafortunado; el hecho de que el legislador incurra de forma permanente en estas incongruencias normativas, no avala de ningún modo, que el operador jurídico se conduzca en ese sendero, pues ante ello esta el irrestricto respeto a los principios limitadores del *ius puniendi* estatal; es a tal efecto, que la Corte Suprema, a través de la institución del «Precedente Vinculante», que habría de encargarse de esbozar un criterio interpretativo acorde a los argumentos teórico-conceptuales reseñados en líneas anteriores.

En el Fundamento 6 del Acuerdo Plenario, se dice lo siguiente:

> *"El ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito. Se trata de los artículos 108° CP sobre el delito de asesinato y 189° CP sobre delito de robo con agravantes. En efecto en estas disposiciones se regula lo siguiente: Artículo 108° CP: "Será reprimido [...] el que mate a otro concurriendo cualquiera de las siguientes circunstancias: 2. Para facilitar u ocultar otro delito".*

Artículo 189° (último párrafo) CP: "La pena será [...], cuando [...] como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima...". Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con muerte subsecuente, pero que no llegan a fijar de forma clara cuando se incurre en uno u otro caso.

7°. El artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o vis in corpore– le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisible, está prohibida por el artículo VII del Título

Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

8°. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [JOSÉ HURTADO POZO: Manual de Derecho Penal Parte Especial I Homicidio, 2da. Edición, Ediciones Juris, Lima, 1995, páginas 59/69]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito [JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA: Derecho Penal Parte Especial I, Editorial Grijley, Lima, 2008, páginas 410/411].

Sobre la línea argumental descrita, la Sala de la Corte Suprema en el RN 3932-2004, había planteado ya lo siguiente: *"a) La determinación del momento en que se consuman el delito de robo agravado y, b) Violencia ejercida con posterioridad a la consumación del mencionado delito. Que respecto de la primera es de precisar: Que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con ánimus lucrandi, es decir el aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la*

violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (vis absoluta o vis corporales y vis compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser éstas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado, consumándose el delito con el apoderamiento del objeto mueble aunque sea por breve lapso de tiempo. Que en cuanto a la segunda cabe señalar: Que cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del hecho punible y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio doloso – produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Que sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención tal acción homicida constituirá delito de asesinato".(273)

En resumidas cuentas, diremos que la muerte debe acaecer con respecto a quien tiene la tenencia del bien, pudiendo ser su propietario o su legítimo poseedor, es decir, el sujeto pasivo se constituye en un obstáculo que debe ser vencido, para así poder proceder al apoderamiento del objeto material del delito (bien mueble). En tal entendido, debe quedar claro, que la producción del resultado más grave (muerte del sujeto pasivo de la acción típica), ha de ser consecuencia de la violencia ejercida por el autor en el decurso de su intención de apoderarse de sus bienes muebles, quien no es consciente de que la magnitud de dicha fuerza, puede provocar la muerte de su víctima, lo que incide en determinar que el deceso del sujeto pasivo, ha de ser atribuible a título de culpa y no de dolo, de presentarse esta última hipótesis, la tipicidad penal habrá de ser reconducida a aquellos delitos que atentan contra la vida humana.

Ahora bien, con respecto al segundo problema interpretativo (las lesiones como agravantes en el delito de Robo), cabe indicar primero que la figura delictiva del Robo así como del Robo agravado –contenidos en los artículos 188° y 189 de la codificación punitiva-, tiene como características principal –lo que lo define como un tipo penal pluriofensivo-, el empleo de la violencia y/o de la amenaza, como los medios comisivos que emplea el agente, para lograr su propósito delictivo, esto es, de lograr el desapoderamiento del bien mueble a su víctima; importando, por tanto, el despliegue de una fuerza muscular intensa o el anuncio de mal inminente para la vida, cuerpo o salud del sujeto pasivo de la acción típica. Resultando, que la realización de dichas conductas, puede significar –en algunos casos- la producción de un daño concreto en la salud del ofendido, de forma particular, en la esfera fisiológica, corporal o psíquica, lo cual supondría a su vez, su tipificación penal por el

(273) Corte Suprema De Justicia-Segunda Sala Penal Transitoria RN N° 3932-2004-Amazonas, Publicada el diecisiete de febrero de dos mil cinco.

delito de lesiones, mediando la procedencia de un Concurso ideal de delitos; sin embargo, el legislador, ha subsumido dichas consecuencias lesivas, en el ámbito de descripción típica del inciso primero del segundo párrafo del artículo 189°-A del CP; en el entendido, que la generación de este estado de desvalor, es lo que fundamenta la construcción normativa de la circunstancia agravante en mención.

Es de verse, que agravante -in examine-, no específica la magnitud que deben adquirir las lesiones, por lo que dicha definición interpretativa, requiere de un proceso de intelección, tomando como base la circunstancia agravante que se ha previsto en el último párrafo del artículo 189°, donde de forma taxativa y literal, se ha determinado que las lesiones que se causen –como consecuencia del Robo-, han de ser «graves», por lo que cabe inferir que las lesiones, a las que se hace alusión en el primer inciso del segundo párrafo no pueden tener dicha intensidad. A ello, debe añadirse el hecho de que el Robo simple, al ya contener una cierta dosis de violencia y/o de amenaza, lleva ya inherente la materialidad que se advierte en un acto típico de Lesiones, pero, que no puede llegar a una magnitud tal, que lo convierta en un Robo agravado, lo que significa que la interpretación normativa correcta –desde un plano de orden sistemático-, es inferir, que dichas Lesiones, han de ser aquellas, susceptibles de encuadrarse normativamente en el artículo 121° CP, esto es, debe constituir la calidad de «lesiones leves»; dejándose de lado a las que han de reputarse como faltas, que se encuentran comprendidas en el artículo 444° del CP, pues la ratio de la norma, es de sobrecriminalizar los Robos que repercuten en una afectación significativa de la salud mental o corporal de la víctima. Un entendimiento en contrario, importaría extender la cobertura normativa de dicho supuesto de agravación a supuestos de hechos que no corresponden con su sentir finalista, repercutiendo en la fijación de una zona de entrecruzamiento normativo con el delito de Robo simple, lo cual no puede aceptarse en un Estado Constitucional de Derecho, donde rige el principio de seguridad jurídica.

La posición asumida, adquiere rigor jurisprudencial, en mérito a lo sentado en el Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116, de fecha 13 de noviembre del 2009, precedente vinculante de aplicación obligatoria por parte de los tribunales de justicia.

En el acápite 11, el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente:

> *"Es potencial al ejercicio de violencia física en la realización del robo que el afectado resulte con lesiones de diversa magnitud. Ahora bien, la producción de lesiones determina en nuestra legislación vigente la configuración de circunstancias agravantes específicas y que están reguladas en el inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP y en el párrafo final del mencionado artículo. En este último supuesto se menciona taxativamente, que el agente ha de causar lesiones graves, mientras que en el primer supuesto se*

indica que el agente ha de causar lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Cabe, por tanto dilucidar las características y tipo de lesión que corresponde a cada caso.

Al respecto es de precisar que son lesiones graves las enumeradas en el artículo que son lesiones graves las enumeradas en el artículo 121° CP. Según esta norma se califican como tales a *las lesiones que ponen en peligro inminente la vida de la víctima, les mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hacen impropio para su función, causan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguran de manera grave y permanente, o infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona, que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.* Por consiguiente, la producción en la realización del robo de esta clase de lesiones determinará la aplicación del agravante del párrafo *in fine del* artículo 189° CP.

En el acápite 12, se señala que:

"*En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1° del segundo párrafo del artículo 189° cabe definir si ellas se corresponden con las referidas en los artículos 441° (lesiones falta) o 122° (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así,* (i) *si éstas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurran medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones;* (ii) *si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desapoderamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que ésta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP comprende toda clase de lesiones, con excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP, no resulta coherente con el tipo básico, ya que lo vaciaría de contenido".*

En consecuencia, si las lesiones causadas no son superiores a 10 días de asistencia o descanso el hecho ha de ser calificado como robo simple o básico, siempre que no concurran medios que den gravedad a las lesiones

ocasionadas. Si, en cambio, las lesiones causadas son superiores a 10 días y menores de 30 días, su producción en el robo configura el agravante del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189° CP.

CAPÍTULO II "A"
LOS DELITOS DE ABIGEATO

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Países como el Perú cuentan con una economía diversificada, en el marco de la región Latinoamericana. Si bien nuestras Naciones han ingresado a un impulso decidido a lo que a la actividad industrial, comercial y tecnológica se refiere, producto de los Tratados Internacionales de Libre Comercio que se han suscrito en los últimos años, aún no se abandonan por completo actividades como la agricultura y a la ganadería, que en definitiva siguen siendo importantes a fin de gestar una producción lo suficientemente idónea para satisfacer las demandas del mercado nacional e internacional. Necesario en cuanto a una actividad sobre todo exportadora, resulta negativo que muchas veces se dejen ingresar productos importados a bajos precios (aranceles), que compiten de forma desleal con los productos nacionales, lo que en definitiva merma en las capacidades de inversión, ahorro y gastos de los micro-empresarios así como de los que agencian unidades de comercio a baja escala.

La ganadería, entonces, es una actividad en suma importante en ciertas regiones y/o lugares del territorio patrio, cuya productividad permite que muchas familias puedan solventar sus necesidades más elementales. Son muchos los campesinos, los comuneros, aldeanos y otros, que se dedican a la crianza de animales, cuya riqueza estriba en los beneficios que aquella actuación les puede proporcionar, fuente de producción de una serie de productos, como la leche, la carne y otros derivados, que se constituyen en parte esenciales de la canasta básica de los hogares peruanos. Sea como un instrumento primario para la manutención de sus hogares, sea como medio para la generación de una productividad, que puede llegar a niveles altos de comercialización, ciando el producto es trasladado a otras ciudades del Perú o, es objeto de exportación; claro que para ello se requiere de fuentes de inversión, de financiamiento, a fin de que estos pequeños ganaderos pue-

dan convertirse en empresarios prósperos, generando divisas importantes y fuentes de trabajo para todos los peruanos. Entonces, la ganadería continúa siendo una actividad económica de relevancia, como fuente de riqueza, cuya paralización puede provocar estragos significativos, como lo sucedido en la Argentina.

Con lo antes dicho, se quiere destacar que la tenencia de animales, sea para crianza, producción artesanal o industrial en cuando a la comercialización de ciertos productos, lleva consigo un factor patrimonial indiscutible, por tanto los propietarios o poseedores legítimos de estos semovientes han de sufrir una disminución, pérdida y/o merma en su acervo patrimonial cuando son despojados ilícitamente de sus animales, por lo que el legislador a fin de proteger debidamente dichos intereses, hace uso del Derecho penal, criminalizando estas conductas bajo el rótulo de «Abigeato», a través de la incorporación de los artículos 189°-A, 189°-B y 189°-C.

Siendo de recibido que los animales que forman parte del Ganado, no pueden ser calificados bajo la denominación legal de «bienes muebles», que da lugar a la tipificación por los injustos de Hurto y de Robo, especial consideración que efectuó el legislador, a diferencia de otras legislaciones, que han optado por refundir a los animales en el concepto de "bien", tal como se desprende de la codificación penal española[274]. Para la legislación penal argentina, se trata de un Hurto Agravado, conforme es de verse de la redacción normativa contenida en el acápite a) del inc. 1° del artículo 163, al respecto DONNA señala que la razón por la cual se agrava la pena para el delito de hurto, cuando media esta circunstancia, es el estado de indefensión en que se encuentran las cosas al hallarse *dejadas en el campo*, esto es, fuera de la custodia de su dueño o legítimo tenedor[275]; por lo que dicha regulación obedece a motivos distintos a los que se desprenden del Capítulo II-A del Título V de nuestro C.P., primero al haberse convenido que el ganado es "cosa mueble" y, segundo al constituir una forma agravada del Hurto Común. Consideramos que en el caso de nuestra ley positiva, mantener la sustantividad penal del Abigeato, parte del reconocimiento de nuestra realidad cultural y social, que resulta aún fundamental preservar, al margen de una consideración estrictamente legal del concepto de bien mueble; donde ha de ponderarse con mayor relieve la primera razón mencionada, pues como se dijo en el caso del Hurto, no hay en realidad problema alguno de que los animales pueden ser considerados como objeto material del delito, de conformidad con una acepción estrictamente penal, lo que ha de entender que su sustantividad autónoma ha de fijarse en los efectos ético-sociales de las normas penales. En palabras de SALINAS SICCHA, la única diferencia del

(274) Vid., al respecto PÉREZ MANZANO, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 354.

(275) DONNA, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., ps. 50-51.

hurto previsto en el artículo 185 del Código Penal, es respecto al bien objeto de sustracción[276], las penas si se revisa son las también las mismas.

En cambio para PEÑA CABRERA, históricamente la tipificación del abigeato como figura independiente del hurto y del robo no sólo obedece a la naturaleza de los objetos sobre los que recae (ganado), sino a la necesidad de suplir el estado natural de indefensión material que permite cometerse el delito con mayor facilidad por la difícil vigilancia y defensa de las especiales animales en el campo[277], aunque este mismo autor critica su incorporación líneas más delante de acuerdo a una consideración de técnica legislativa[278].

Cabe también destacar que estas figuras delictivas, no se encontraban en el catálogo delictivo primigenio del texto punitivo, pues fueron recién incluidas por efectos de la sanción de la Ley N° 26326, por lo que hasta antes de dicha fecha, las probables apoderamiento de ganado ilícitos, habría de ser criminalizados según los tipos penales de hurto. Cuestión distinta es si que ello hubiese importado una vulneración al principio de legalidad.

Lo que ha de tutelarse en este caso es el patrimonio del titular, referente al ganado, no los animales *per se,* puesto que el maltrato que puede recaer sobre ellos es criminalizado en el artículo 450°-A del Código, en el marco de las faltas.

El nombre de «Abigeato» se deriva de las raíces AB y AGERE, que importa echar por delante, arrear al animal; proviene del Derecho Romano. Según Carrara, los romanos, habían adoptado esa designación por su habitual adhesión a la pureza del lenguaje, pues cuando la cosa hurtada es un animal, no parece correcto decir que la substracción se realiza por *contrectatio,* sino por *abactio* (de *abigere*), esto es, echando las bestias por delante, para conducirlas donde desea, arreándolas[279].

Resulta necesario realizar una precisa descripción del objeto material del delito, esto es, del «ganado». Se dice primero que ganado o semovientes son todos aquellos animales, que pueden trasladarse por sí solos de un lugar a otro, independientemente de la voluntad del individuo, aunque cuando son domesticados, pudiendo también responder al mando del hombre. Especies que cuando se encuentran conglomerados en un conjunto de ellos, recién adquieren la calidad de ganado, mas no de forma individual, es decir, no habremos de comprender en este caso los animales que se tienen como

(276) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 191.

(277) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 178.

(278) Cfr., PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., ps. 178-179; Así, BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 318.

(279) Citado por SOLER, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 229.

mascota en una casa, sino todos aquellos cuya crianza se realiza en el campo, aunque puede darse también la ciudad, cuando se cumplen con ciertas condiciones.

Se dice que en el concepto de "ganado mayor", se encuentran las vacas, los toros, los caballos, los asnos y las mulas, mientras que en el "ganado menor", están las ovejas, las cabras y los cerdos. Se excluye los perros, aves, conejos, zorros, animales no domesticados (montaraces o en cautividad, como los de un zoológico) y los empleados en trabajos científicos, pues cuando se habla de ganado debe pensarse en el trabajo, la alimentación o la industria[280], cuestión controversial seria lo referente a los caballos de carrera, animales especialmente adiestrados para correr a grandes velocidades, todo dependerá si encajan en la fórmula normativa de «ganado». En este último caso, si se produce una apropiación de dichas especies, no quiere decir, que no será objeto de punición, pues si el animal está valorado por encima de una RMV será constitutivo del delito de Hurto Simple y, si está por debajo de dicho monto la conducta será reputada como una falta, según los alcances normativos del artículo 444° del C.P., quiere decir esto, que en caso de los injustos de Abigeato, el legislador ha dejado de lado al factor patrimonial para delimitar el delito de la falta, pues basta que se trate de un animal perteneciente a un ganado, por más ínfimo valor que éste tenga, lo que implica una respuesta penal que no se condice con la uniformidad y sistematicidad que debe resguardarse en el catálogo delictivo.

Para Núñez, el término ganado comprende sólo los cuadrúpedos domésticos de carne o para carga, y, siendo el caso, domados o no; no comprende los cuadrúpedos salvajes domesticados (ej., la cabra de monte)[281].

Los tipos penales en cuestión, entienden que se produce el Hurto de Ganado, aunque sea un solo animal el sustraído, de igual forma que en la legislación penal argentina, cuando el apoderamiento puede tener lugar de una o más cabezas de ganado mayor o menor[282].

ARTÍCULO 189-A.- HURTO DE GANADO

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

(280) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 177.

(281) Núñez, R; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 193.

(282) Vid., Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., p. 53.

Si concurre alguna de las circunstancias previstas en los incisos 1), 2), 3), 4) y 5) del primer párrafo del Artículo 186°, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el delito es cometido conforme a los incisos 2), 4) y 5) del segundo párrafo del Artículo 186°, la pena será no menor de 4 ni mayor de 10 años.

La pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

1. BIEN JURÍDICO

El tipo penal previsto en el artículo 189°-A, tiende a tutelar el patrimonio, la propiedad en cuanto a la pleno uso de sus derechos reales inherentes, pero esta figura delictiva se dirige específicamente a tutelar el ganado, todos aquellos animales que hayan de ser comprendidos en dicha denominación, que al ser despojados de su legítimo titular merma de forma significativa las facultades de disposición, de enajenación, uso y disfrute. Viene a ser en realidad una variante del delito de Hurto, como se señala en la doctrina, pues la única distinción ha de verse en la naturaleza del objeto material del delito(283).

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

En principio puede ser cualquier persona, la figura delictiva no requiere una especial condición funcional; pero como se dijo en el caso del Hurto no podrá serlo el propietario, mas sí el copropietario, en el entendido de que el animal puede ser total o parcialmente ajeno. De todos modos lo primero requiere de una mayor apreciación, se dijo que el propietario no podía ser sujeto pasivo del Hurto Simple, pues el artículo 191° del C.P., tipifica de forma expresa la conducta por la cual el propietario no poseedor arrebata un bien mueble de su legítimo poseedor; aspecto que en definitiva no fue tomado en cuenta por el legislador cuando incorporó el Capítulo II-A al texto punitivo, lo que conduciría a señalar que el artículo 191° no recoge la modalidad de hurto de ganado, lo cual no es así, de acuerdo a una interpretación sistemática, en base a lo sostenido sobre el concepto de «bien mueble», por lo que de todos modos el comportamiento descrito se subsume en la figura de sustracción de bien propio.

(283) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 180.

2.2. Sujeto pasivo

Podrá ser cualquier persona, sea natural o jurídica del bien mueble, no lo podrá ser el poseedor no propietario por los argumentos expuestos; no obstante, si quien hurta el ganado es una persona ajena al dueño, no sólo el dueño será el directo perjudicado sino también quien lo poseía de forma legítima.

2.3. Modalidad típica

Del tenor literal se desprende que la acción típica se materializa cuando el agente se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno.

De igual forma que en el tipo penal de Hurto Simple se hace alusión al «apoderamiento», que significa hacerse de un bien, trasladándolo de un lugar a otro, es decir, no sólo implica que el agente tome la cosa, sino que debe sustraerla de la esfera de custodia del sujeto pasivo, para constituir una nueva esfera de custodia y así poder hacer uso y disposición del bien. Lo que también debe producirse en el caso del Hurto de Ganado, en otras palabras el autor debe sustraer el ganado, sea una o varias cabezas, sacándolas del lugar donde su propietario ha fijado su normal localización, de un establo o de una porción de campo cercado, por ejemplo; como se dijo en el Hurto, el agente debe desplazar el bien a un lugar apartado de su ubicación originaria, para poder establecer un nuevo dominus sobre el animal.

El apoderamiento del bien mueble (ganado) por el sujeto activo implica necesariamente el desapoderamiento de su titular(284).

Ahora bien, ocurre una cuestión a tomar en cuenta, en el sentido de que el apoderamiento de ganado se refiere, pues acá el agente no podrá toma de propia mano el animal, cargándolo y así llevárselo a su parcela de tierra, al tratarse de semovientes que llegan a pesar más de trescientos kilos, a menos que sea una cría que no pese mucho. Se podrá efectuar la sustracción con el empleo de un remolque u otro tipo de camión, donde se coloca al ganado; por lo que toma lugar una modalidad singular de apropiación, que ha de concretarse con el arreo de los animales, cuando el agente provoca a su propia voluntad el desplazamiento autónomo de los semovientes.

En lo respecto la ajenidad nos remitimos a todo lo dicho en el caso del Hurto Simple, que en realidad puede traer problemas de acreditación probatoria en el caso del Hurto de Ganado, en la medida que no existe un registro de propiedad de animales, hasta donde sabemos.

---

(284) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 181.

Se precisa, de todos modos que la "*res nullius*" que no se encuentran sometidas a posesión de persona alguna, las "*res delictae*" o cosa abandonada por sus titulares y las "*res comunis omnius*" o cosa de todos no son ajenos[285]. Como en el caso del Hurto, al animal debe tener un propietario, individualizado, que no necesita ser conocido por el agente, basta que el semoviente tenga su dueño.

Sacar animales de las dependencias inmediatas de una casa o de un establo situado en zonas edificantes y vigiladas normalmente por sus dueños no constituye abigeato, aunque varios sean los animales hurtados, apunta Soler[286]; siempre y cuando no exista un apoderamiento definitivo y que sólo hayan sido sacados para llevarlos a pasear.

Se supone que el agente se apodera ilícitamente del ganado para poder obtener un provecho, lo que toma lugar en la acreditación del tipo subjetivo del injusto. ¿Qué pasa cuando el autor se apodera del animal y luego lo mata?, para responder la pregunta, habríamos de situarnos en los actos posteriores sobrevenidos, si luego de sacrificado el semoviente, lo vende como carne, el provecho le es inherente, pero si no le da ningún provecho y, solamente arroja al vacío el cadáver del animal, sólo configuró el hurto para hacerle un mal al dueño, estaríamos ante una falta del elemento subjetivo del injusto. En lo que respecta al Hurto Simple decíamos que esta conducta tendría que ser tipificada como daños, que describe la destrucción de un bien mueble (art. 205°), acá hablamos de la eliminación de un animal, cuestión que ha de resolverse a favor de la descripción del inc. 4) del artículo 206° del C.P. (formas agravas de daño), que literalmente acoge este supuesto de hecho.

Si luego de haberse apoderado del animal, éste se enferma súbitamente, imposibilitando que el agente pueda obtener el provecho que esperaba de aquél, igual se configura el Hurto de Ganado, en tanto basta acreditar que esa era la intención, para la consumación de este delito, no es necesario comprobar la efectiva concreción del provecho. Otra cuestión surge cuando el agente se apodera del animal a fin de curarlo, pues tenía una enfermedad, cuyos efectos no interesaba al dueño; si luego lo entrega ni siquiera habrá un Hurto de Uso de Ganado, pero si no lo entrega a su dueño, de todos modos se incurre en esta figura, aún cuando cabría preguntarnos sobre el provecho, si la sola tenencia es sinónimo de ello, estaría bien, mas esa no es la ratio del tipo subjetivo, que apunta hacia un provecho de naturaleza económica.

El tipo penal *in examine* describe en su redacción normativa, que el apoderamiento debe ser «ilegítimo», quiere decir esto, que ya el tipo penal

(285) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 182-183.

(286) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 235.

incluye en su seno las razones que hacen de la conducta típica una también antijurídica, ante la ausencia de causas de justificación. Técnica legislativa innecesaria, como lo hemos sostenido en otros apartados, pues todas las figuras delictivas, luego de verificada su eventual tipicidad penal, deben ser luego confrontadas con las diversos preceptos permisivos que se han glosado en el artículo 20° del C.P. Dicho esto, debe quedar claro que el apoderamiento ilegítimo del animal no tiene por qué ser abarcado por el dolo del autor ni da lugar a un error de tipo; el equívoco en que pueda incurrir sobre la presencia de los elementos objetivos de la causa de justificación se solucionan con arreglo al error de prohibición.

¿Cuáles son las causas de justificación que podrían presentarse? En principio, el estado de necesidad justificante, cuando aparecen bienes jurídicos de rango constitucional preponderante; V. g., la vida humana y la salud siempre estarán por encima del patrimonio. El campesino que se apropia de una cabeza de ganado, para poder solventar los gastos de medicina de su hijo gravemente enfermo; no cualquier clase de necesidad, de quien no teniendo empleo, no hace nada para conseguir trabajo, por lo que se dedica al hurto de ganado de forma habitual, debiéndose desechar en este caso la presencia del precepto autoritativo.

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; cuando la autoridad competente ordena el decomiso y/o incautación de los semovientes, en mérito a la ejecución de una deuda. O cuando los animales deben ser sacrificados, pues padecen de una enfermedad contagiosa, a fin de cautelar la integridad de las otras cabezas del ganado; pudiendo ser también una causal de necesidad pública.

En el caso del Consentimiento del titular del bien, como se trata de un bien jurídico plenamente indisponible, ello incide en la declaración de atipicidad penal de la conducta, por tanto una conducta no punible.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva ha de alcanzar este tipo penal, cuando el agente logra apoderarse (sustraer) de forma definitiva del semoviente, habiéndose producido el desplazamiento a la esfera de custodia del sujeto activo, teniendo ya la posibilidad de obtener el provecho que lo impulso a la perpetración del injusto.

Basta que cuente, entonces, con un tiempo suficiente para la obtención de un provecho, sin que ésta deba acreditarse, para dar por consumada la conducta delictiva; todos los actos anteriores que ya ingresan al ámbito de la protección de la norma de forma objetiva, ha de reputarse como un delito tentado; si sólo se dio la sustracción, pero por razones ajenas a la voluntad del autor, el animal es recuperado de forma inmediata, será un acto típico de

tentativa. Cuando el agente pretende llevarse la cabeza de ganado arriándolo, pero aquellos no le hacen caso, éste solo hecho llega únicamente a un acto preparatorio, por ende, impune.

Cuando se da un conflicto aparente de normas con el Hurto Simple, será la naturaleza del objeto material del delito, lo que incidirá en una u otra tipificación; ante visos de violencia física sobre el propietario del animal se configura el tipo penal del artículo 189°-C.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva contenida en el artículo 189-A resulta sancionable sólo a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta al apoderamiento de un animal (ganado), que sabe que es ajeno, a fin de obtener un provecho de aquél. Si entra en error sobre la naturaleza ajena del semoviente, será constitutivo de un error de tipo.

La tipicidad subjetiva, aparte del dolo, exige también la concurrencia de un elemento de carácter trascendente (provecho), que puede ser entendido como el propósito de obtener una ventaja patrimonial u de otra índole, como sinónimo de beneficio lucrativo; aprovechamiento que no tiene que haberse logrado, para dar por consumado el delito, basta que se verifique dicha posibilidad. El agente puede vender, alquilar hasta permutar el animal por otro.

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

5.1. Si concurre alguna de las circunstancias previstas en los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del primer párrafo del Artículo 186°, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años

Esta agravante importa, entonces, la concurrencia en el Hurto de Ganado:

- En casa habitada.
- Durante la noche.
- Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
- Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
- Sobre los bienes muebles que forma el equipaje del viajero.

5.2. Si el delito es cometido conforme a los incisos 2, 4 y 5 del segundo párrafo del Artículo 186°, la pena será no menor de cuatro ni mayor de diez años

Deben darse entonces, las siguientes circunstancias:

- Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
- Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
- Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.

5.3. La pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos

Agravante que debe ser analizada conforme lo expuesto, en el análisis del último párrafo del artículo 186° del C.P., con la única distinción que en esta agravante, la asociación criminal no se dedica al hurto de cualquier bien mueble, sólo a la apropiación de semovientes. Si la estructura criminológica se dedica a perpetrar una multiplicidad de delitos, no se dará esta agravante, pudiendo encajar la circunstancia en el delito de Asociación ilícita para delinquir.

Finalmente debemos hacer mención a la Ley N° 26496 del 11 de julio de 1995 - Régimen de la propiedad, comercialización, y sanciones por la caza de las especies de vicuña, guanaco y sus híbridos, que si bien no de forma directa incide en una modificación de los articulados comprendidos en esta capitulación, ha de hacerlo de forma indirecta, conforme a lo que se desprende de sus dispositivos legales; ejerciendo una mayor protección penal sobre las llamas, las vicuñas y las alpacas.

Habiéndose construido normativamente en dicha Ley penal especial, las siguientes conductas:

Artículo 6°: "El que caza, captura, sustrae o comercializa vicuñas, guanacos, sus híbridos y derivados, será sancionando con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

1. Cuando el hecho es cometido con el concurso de dos o más personas la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

2. Cuando el agente actúa en calidad que integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

3. Cuando el agente caza, captura, sustrae o comercializa más de 50 ejemplares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

4. Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

Si el agente es funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2), 4) y 6) del Artículo 36 del Código Penal".

Artículo 7°:"El que caza, captura, o sustrae vicuñas, guanacos, sus híbridos y derivados, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

1. Cuando el hecho es cometido con el concurso de dos o más personas o el agente hubiere inferido lesión grave a otro portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años.

2. Cuando el delito es cometido con crueldad, con empleo de materiales, artefactos explosivos o similares; o con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima; o por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos; o colocando a la víctima o a su familia o a la Comunidad Campesina propietaria en grave situación económica, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años.

3. Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos, la pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso".

ARTÍCULO 189-B.- HURTO DE GANADO DE USO

El que sustrae ganado ajeno, con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, directa o indirectamente, en un plazo no superior a setentidós horas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o de prestación de servicios a la comunidad no mayor de cincuenta jornadas. Si la devolución del animal se produce luego de transcurrido dicho plazo, será aplicable el artículo anterior.

1. BIEN JURÍDICO

El tipo penal previsto en el artículo 189°-B del C.P., tiende a tutelar de forma específica la posesión de los animales (semovientes), en cuanto constituyan ganado, es decir, el uso, goce y disfrute que dicho ganado reporta para su titular, de común idea con la idea plasmada en el artículo 187° del C.P.. Sólo se ve mermado el *ius utendi* y, no propiamente la propiedad del bien.

Haciendo un paralelismo con el delito de Hurto de Uso, no encontramos en verdad mayor distinción entre ambas estructuras normativas, a excepción del plazo de devolución. Importa en realidad la misma conducta, bajo la particularidad en este caso, que el objeto material del delito lo constituye ganado, animales (semovientes), bajo las características que se anotaron en la parte introductoria de la capitulación. Siendo la penalidad la misma en ambas figuras.

En el Hurto de Ganado de uso, no se advierte como en el artículo anterior, el ánimo de obtener provecho que se conjuga con la nueva esfera de dominio que asume el sujeto activo luego de producida la sustracción del animal, puesto que es una exigencia de tipicidad, que el autor deba devolver el semoviente, transcurrido no más de setenta y dos horas.

El fin es utilizar el ganado momentáneamente y luego devolverlo, y no apropiarse del bien o disponer del mismo de otra manera, que haga imposible su devolución a la posesión de su titular, dentro del plazo establecido por la norma penal (...)[287].

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona psico-física considerada, mas no puede ser el propietario no poseedor del bien, al haber incluido el legislador el término normativo de la «ajenidad». Entonces, dicho comportamiento cae en la impunidad, pues del artículo 191° del C.P., sólo podemos hablar de una apropiación definitiva del bien y, no de su uso.

2.2. Sujeto pasivo

Sólo pueden serlo el propietario poseedor y el poseedor legítimo no propietario, quien tiene la legitimidad sobre la tenencia del semoviente.

---

(287) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 186.

2.3. Modalidad típica

El verbo rector propuesto en el artículo 189°-B, es el uso que el agente debe dar del semoviente, es decir, debe emplearlo para un fin determinado y luego de ello, ha de devolverlo a su propietario o poseedor legítimo.

De todos modos, de igual forma que el Hurto de Ganado, debe exteriorizarse una sustracción del animal, pues el autor debe sacarlo de la esfera de custodia del sujeto pasivo, desplazándolo hacia otro lugar, para poder así usarlo, entonces, se manifiesta un despojo momentáneo de la tenencia del ganado por parte de su titular.

El tema es como ha de emplearse el bien, se supone que su apropiación temporal ha de reportarle un beneficio que puede ser o no económico; pues emplea los bueyes o los caballos para poder transportar su mercadería hacia la ciudad, con el fin de comercializarlas, se ahorra de esta forma del medio de transporte o, para surcar sus campos y, así poder cultivar una determinada especie vegetal.

Si toma el caballo sin permiso de su titular, sólo para dar unas vueltas por escasos minutos, sería una conducta típica de conformidad con una aplicación positivista de la norma, para una visión de hermenéutica en correspondencia con el ámbito de protección de la norma, ha de descartar su relevancia por su mínima lesividad social.

Si es que el agente toma el caballo para poder trasladar a un herido de un accidente al hospital más cercano, se configura la tipicidad penal de la conducta, pero por razones de antijuridicidad penal el comportamiento es exento de pena, si se quiere decir, no se trata de un uso «ilegítimo», en base a un estado de necesidad justificante y, si en el uso del animal ha mediado el consentimiento de su titular, simplemente la tipicidad penal desaparece, pues ya no se puede hablar de apropiación, es un bien jurídico disponible para aquél.

Cuando en el trayecto en que se lleva el animal a su establo, éste muere o se pierde en el camino, será de todos modos un hurto de uso, pues el fin era sólo de emplearlo para un determinado objetivo; el aspecto en sí tendrá repercusiones en el marco del proceso penal, en el sentido de que el imputado debe probar que no tenía el propósito de apoderarse definitivamente del semoviente.

En lo que respecta a la devolución, ésta ha de tomar lugar, en principio cuando el sujeto pasivo lo entrega a su propietario, no de forma directa, sino dejándolo en el interior de sus tierras; puede también cuando lo deja en un terreno contiguo, siempre y cuando ha de reconocerse la pertenencia del vecino. Cuando le cursa una comunicación por teléfono u otra vía de comunicación, señalándose donde podrá recogerlo en todo caso; o dejándolo en

las inmediaciones de la Comisaría del sector; como escribe PEÑA CABRERA, la devolución o restitución puede ser directa o indirecta[288].

El legislador, a diferencia del Hurto de Uso, sí ha fijado un plazo temporal en el artículo 189-B, en el cual debe operar la efectiva devolución del ganado, setenta y dos horas señala la norma. Plazo que en definitiva deberá ser interpretado de acuerdo a las distancias geográficas, en el «término de la distancia». El último párrafo es claro, si es que la devolución no se produce en dicho lapso de tiempo, será de aplicación la figura delictiva del Hurto de Ganado (art. 189°-A).

De común idea con lo señalado en el caso del Hurto de Uso, somos contestes de abrir la tipicidad penal a todo semoviente, por debajo de una mínima cuantificación dineraria, sin embargo, si en el caso del Hurto de Ganado, para que el hecho constituya delito no es necesario que el animal tenga un valor superior a una RMV; es que debemos conciliar esta misma consecuencia en el caso del artículo 189°-B, es decir, será un Hurto de Uso de Ganado, sin interesar el valor del objeto material del delito.

Ha de verse con corrección, la propuesta de SALINAS SICCHA, en sentido de que si bien el valor del provecho obtenido por el agente no sirve para calificar el delito, determinar aquel valor servirá en su momento para graduar la pena a imponer al agente por el operador jurídico[289].

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 189°-B, ha de alcanzar la perfección delictiva cuando el agente se apodera de forma efectiva del semoviente, estando en posibilidad de hacer uso de aquel; por ello, el delito tentado habremos de ubicarlo cuando el agente no logra el desapoderamiento, sea por la inutilidad de los medios empleados o por factores ajenos a su voluntad.

El tema de la devolución no incide en lo que respecta a la consumación de este hecho punible, sino para delimitar el plano de tipicidad penal con el tipo penal de Hurto de Ganado; v.gr., si el malhechor es descubierto al poco tiempo de haberse apoderado del ganado, cuando aún no se produjo su uso, ingresa a un aspecto estrictamente probatorio, que ha de verse en el proceso penal.

Todos aquellos que participen una vez consumado el delito, no podrán ser penados a título alguno de responsabilidad penal y, si éstos reciben el animal en prenda, venta y/o guarda, serían autores del delito de Recepta-

(288) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 188.

(289) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 196.

ción, pero el agente ya no podrá estar incurso en esta tipificación penal, sino en la figura delictiva comprendida en el artículo 189°-A.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine* sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a sustraer el semoviente de su legítimo titular, sustrayéndolo de la esfera de custodia del sujeto pasivo a fin de darle un uso determinado. Basta en nuestra opinión el dolo eventual; el error en que pueda incurrir sobre la "ajenidad" del ganado, debe resolverse bajo la fórmula del error de tipo.

De conformidad con lo antes anotado, basta con verificar el dolo en la esfera anímica del autor, no es necesario acreditar la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente. Su distinción con el delito de Hurto de Ganado, adquiere concreción de forma objetivada, cuando el agente no devuelve las cabezas de ganado luego de transcurrido las setenta y dos horas, como se desprende de las últimas líneas del artículo 189°-B.

ARTÍCULO 189-C.- ROBO DE GANADO

El que se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años si el delito se comete con el concurso de dos o más personas, o el agente hubiere inferido lesión grave a otro o portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal.

Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena será disminuida en un tercio.

La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años si el delito cometido conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del segundo párrafo del Artículo 189°.

La pena será no menor de 15 ni mayor de 25 años si el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos.

En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso.

1. BIEN JURÍDICO

Se sostuvo en el caso del Hurto de Ganado y Hurto de Ganado de Uso, que el objeto de tutela es el derecho de propiedad, mejor dicho la plena disponibilidad de los derechos reales inherentes a aquél, que ostenta el dueño del ganado; pero el artículo 189°-C al agregar medios comisivos específicos en el marco de la tipicidad objetiva, importa redefinir el interés jurídico de protección a un ámbito plural, es decir, se añade a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal, constituyendo un tipo penal «pluriofensivo». Declaración que hemos de sujetarla a lo expuesto en el tipo penal de Robo.

Con el Robo de Ganado se está protegiendo la propiedad, *contrario sensu*, el atentado de la custodia sólo servirá para señalar al perjudicado del ilícito penal más no el sujeto pasivo que viene a ser el titular del bien jurídicamente amparado[290].

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Puede serlo cualquier persona, siempre y cuando tenga capacidad de acción y atribución de imputación individual (culpabilidad), no se requiere una especial característica para ser considerado autor. No pudiendo ser el propietario, pues la «ajenidad» es un elemento normativo a saber, que excluye esta posibilidad y, si éste despoja al legítimo poseedor de la tenencia de los animales, mediando violencia física y/o amenaza grave, dicho hecho no quedará impune, al ser reconducidos a los tipos de lesiones, coacciones, etc.

2.2. Sujeto pasivo

Dicha cualidad jurídica habremos de desdoblarla en dos: sujeto pasivo de la acción es quien se ve objeto de la violencia física o de la amenaza y, sujeto pasivo del delito es el titular del bien, el propietario del ganado; lo que no obsta que en ciertas oportunidades se hayan de refundir ambas posiciones en una sola persona.

2.3. Modalidad típica

La redacción normativa del tipo penal en análisis, hace alusión a una forma particular de apoderamiento del semoviente (animal), cuya naturaleza deviene en un comportamiento que revela una mayor peligrosidad, en vista de los bienes jurídicos que se colocan en una evidente situación de riesgo, con la consiguiente aptitud de ser lesionados. Situación de hecho que es

(290) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 190.

recogida por el legislador, para agravar sustancialmente la pena en relación a los artículos 189°-A y 189°-B.

Se revela un mayor desvalor del injusto típico, en cuanto a los medios que emplea el autor para hacerse del bien –objeto material del delito–, esto es, no utiliza una actividad típica de apoderamiento *per se*, sino que despliega una fuerza física intensa contra la esfera somática del sujeto pasivo o ejerce una amenaza de un peligro inminente para la vida o integridad física de la víctima. Es entonces la «violencia física o la grave amenaza», lo que otorga un plus de sustantividad a esta figura delictiva, en comparación con el Hurto Simple de Ganado.

Por «violencia física» hemos de entender el impulso de la fuerza corporal lo suficientemente idóneo para quebrantar y/o reducir al máximo, los mecanismos de defensa del agraviado para poder repeler la agresión ilegítima, quiere decir esto, que la violencia debe dirigirse a la obtención del ganado, la finalidad del agente no es lesionar a la víctima, sino de hacerse del semoviente, pero al erigirse como en un obstáculo para el logro de dicha finalidad, ésta es neutralizada por el agente, se allana el camino para alcanzar su designio criminal.

Por su parte la «amenaza de inminente peligro para la vida o la integridad física», debe suponer el despliegue de una presión psicológica de tal intensidad, para infundir un temor tal en la persona de la víctima, que ésta renuncia a oponer cualquier tipo de resistencia. En estos casos es el propio sujeto pasivo quien entrega el objeto (ganado), al autor, a fin de evitar una probable lesión a sus intereses jurídicos fundamentales. Debe tratarse de una amenaza seria potencial e idónea para doblegar su voluntad; por tanto, debe responder a un "nexo de inmediatez", no ha de admitirse, entonces, las amenazas que tiendan a futuro o, que no revistan de una suficiente entidad para lograr la intención que se propone obtener el agente.

La amenaza puede ejercerse sobre el sujeto pasivo de la acción, quien detenta la posesión del animal o, sobre un tercero allegado, siempre y cuando, se cumplan con las condiciones antes anotadas.

La violencia y/o la amenaza deben constituir una actividad que se ejecuta antes de realizarse con efectividad la apropiación del bien o, para asegurar su ilegal tenencia, pero, si el autor ya tenía el ganado en su esfera de custodia el semoviente y, luego de ello, lesiona a su titular, será un concurso delictivo entre el Hurto de Ganado y Lesiones, puesto que el sujeto pasivo no se erigió en un obstáculo para la concreción de la sustracción. Como apunta PEÑA CABRERA, la violencia o la amenaza deben estar íntimamente conectadas con el apoderamiento[291].

(291) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 193.

En el caso de que el agente haya ejercitado una violencia física de envergadura para neutralizar a la víctima y, ésta causó lesiones de gravedad, se dará un concurso ideal con el tipo penal de lesiones graves. Cuando producto de la violencia ejercida se causa la muerte de la víctima, habrá que ver que ésta sea consecuencia directa de la acción típica que realiza el agente para apoderarse del bien, en cuanto la fuerza que se incide sobre el agraviado, para vencer la resistencia que ésta podría ejercer; mas si la muerte fue ocasionada por una conducta direccionalmente orientada a dicho resultado antijurídico, será constitutivo de un Asesinato para facilitar otro delito (Hurto de Ganado) y, si el agente le propina su eliminación para evitar ser descubierto, será un Asesinato para ocultar otro delito.

Finalmente la «ilegitimidad» de la modalidad típica se debe medir conforme la probable concurrencia de causas de justificación, es decir, cuya presencia deviene la conducta en penalmente autorizada.

El consentimiento en esta hipótesis delictiva deviene en una causal de atipicidad penal, pues este tipo penal comprende un bien jurídico disponible para su titular. Asentamiento que sólo es potestad del propietario del bien y no de su poseedor legítimo. La problemática estriba en la violencia y/o la amenaza que se ejerce sobre el sujeto pasivo, al constituir la integridad física y moral, bienes jurídicos que no son disponibles, al haber reputado este delito como "pluriofensivo"; entonces el Consentimiento no puede operar tampoco como una causa de justificación, a lo más como un factor atenuante de pena, que en este caso no tiene real efectividad, en el sentido de que si la víctima acepta voluntariamente la entrega del animal al agente, no hay necesidad de que éste último deba hacer uso de violencia alguna.

En lo que respecta a un estado de necesidad justificante, habría también que denegar su admisión, en el caso del Robo de Ganado, al poner en peligro bienes jurídicos como la vida, el cuerpo y la salud del sujeto pasivo, ya no se puede hablar como en el Hurto de Ganado, de un bien jurídico preponderante, que al revelar un valor equivalente, sólo puede dar lugar a un estado de necesidad disculpante (estado de inexigibilidad).

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 189°-C, adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra apoderarse de forma definitiva del semoviente, estando en irremediable condición de ejercer actos de disposición sobre el mismo, sin necesidad de que haya de verificarse esto último.

Será delito tentado, cuando el autor logra sustraer el bien de la esfera de custodia de la víctima, pero por razones diversas, no está en posibilidad de disponer de aquél, sea porque es aprehendido por los efectivos policiales o por ser atrapado por el agraviado (arresto ciudadano). El momento de la

sustracción se constituye desde que el agente coge o aprehende el ganado hasta que tiene la posibilidad real o potencial de disponerlo en su provecho patrimonial(292).

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura criminosa contenida en este articulado, sólo es reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta al desapoderamiento de las cabezas de ganado de la esfera de custodia del sujeto pasivo, empleando una violencia física y/o una amenaza de peligro inminente para la vida o salud del agraviado; sabiendo que los animales que purga llevar consigo son ajenos. El equívoco en que pueda incurrir sobre la ajenidad de los semovientes, puede llegar a un error de tipo, que de ser invencible, excluiría la tipificación penal por Robo de Ganado, pero de todos modos la conducta sería amparada en las tipos de coacciones y/o lesiones.

Aparte del dolo, la redacción normativa no acoge otro elemento del injusto en su caracterización subjetiva, no interesa si el agente se apodero del ganado sólo para usarlo o para disponer de él o si luego sólo lo sacrifica para recibir un precio a cambio. No se exige como el caso del Hurto de Ganado, la finalidad de la obtención de un provecho.

Resulta admisible el dolo eventual.

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

5.1. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años si el delito se comete con el concurso de dos o más personas, o el agente hubiere inferido lesión grave a otro o portando cualquier clase de arma o de instrumento que pudiere servir como tal

La agravante en cuestión se basa primero en el número actuantes de sujetos activos, requiriéndose al menos la presencia de dos personas, que pueden haber actuado típicamente como coautores o partícipes; la pena más severa radica en la mayor peligrosidad que se manifiesta cuando son varios los malhechores que de forma conjunta cometen injustos de esta naturaleza, colocándose en franco peligro los bienes jurídicos personalísimos de la víctima. No se requiere que los agentes sean miembros de una banda o de una organización delictiva. La participación de todos ellos, ha de plasmarse en el marco del *iter-criminis*, por lo menos en los actos ejecutivos, pues si el tercero interviene cuando los semovientes ya fueron sustraídos, mediando

(292) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 199.

violencia, sólo para ocultarlos y así poder comercializarlos, su actuación será penalizada conforme el artículo 194° del C.P.

El segundo supuesto exige que la acción típica haya provocado un resultado antijurídico determinado, que la violencia desplegada por el autor, haya generado un daño de gravedad en la esfera corporal y/o fisiológica de la víctima, es decir, aquella magnitud de lesión que se acoge en el artículo 121° del C.P.. A diferencia del artículo 189°-A, consideramos que el título de imputación subjetiva puede ser por dolo o culpa, de que el agente haya sido consciente de que la fuerza física propinada al sujeto pasivo, era capaz de ocasionar lesiones de real magnitud o siendo éstas previsibles, no hizo nada para evitarlo. Se descarta la mayor pena, cuando las lesiones provocadas no llegan a la escala de gravedad que exige la tipificación *in comento*. Por "otro" debemos entender a la víctima del delito que no es siempre es el titular del ganado, puede ser un tercero[293]. Si comparamos esta agravante con lo descrito en el último párrafo, en cuanto a la aplicación de las reglas del concurso delictivo, cuando otros bienes jurídicos aparecen también afectados, arribando a una confusión, pues es de verse que cuando se causan lesiones graves se debería en principio acudir a un concurso ideal de delitos. El legislador no es coherente con todos los puntos que se han desarrollado normativamente en este articulado.

Finalmente, se hace mención a los medios que emplea el agente, en el marco de la violencia y la amenaza como elementos de descripción de la conducta base; «portar arma[294] o instrumento», importa la tenencia de estos objetos, que lleva consigo el agente para perpetrar la modalidad típica. Cuestión particular, es que la agravante sólo exige la tenencia y, no el uso efectivo del arma o del instrumento, aunque se supone que éstos deben ser los medios que emplea el autor, para vencer la resistencia de la víctima; su exhibición debe infundir un temor tal al sujeto pasivo, derivando en el quebrantamiento de ofrecer cualquier tipo de resistencia. De amenazar de muerte, por ejemplo, si es que no se entrega a los semovientes. La agravante reposa en el peligro concreto de lesión que corren los bienes jurídicos fundamentales de la víctima, cuando se emplean armas o instrumentos, idóneos para provocar efectos perjudiciales de gran magnitud.

5.2. Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes, la pena será disminuida en un tercio

Nos coloca en un estado de indefinición, una agravante así construida, pues nos dice que la violencia o la amenaza deben ser insignificantes.

---

(293) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 193.

(294) A más detalle sobre la definición de "arma", ver al respecto el análisis efectuado el inc. 3) del primer rubro agravatorio del artículo 189°-A.

Primero, porque la modalidad misma del Robo, requiere para su configuración típica del despliegue de una violencia o de una amenaza psicológica lo suficientemente idónea para doblegar la voluntad del sujeto pasivo y, segundo que la efectiva concreción de ambas acciones no requiere que se logre a lesionar cualesquiera de los bienes jurídicos que se ponen en tutela bajo los alcances del artículo 189°-C. Por consiguiente, si los medios comisivos resultan ser insignificantes puede que no se llegue al nivel que exige esta figura delictiva; en puridad de la verdad esta agravante es inapropiada, tanto por una consideración dogmática como por cuestiones probatorias, de mínimo rendimiento en los casos concretos. De todos modos, se advierte una vía de atenuación, para evitar penas drásticas, que en definitiva no se corresponde con los elementos de tipicidad que requiere toda variante del delito de Robo.

5.3. La pena será no menor de diez ni mayor de veinte años si el delito cometido conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del segundo párrafo del artículo 189

El glosado de incisos que se menciona en esta agravante, ha perdido remisión normativa, en cuanto a la vigencia real de dichos supuestos, producto de las continuas y sucesivas modificaciones de que ha sido objeto el tipo penal de Robo Agravado. En su redacción primigenia, dichas circunstancias contenían lo siguiente: Con crueldad, con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos, con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima, por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos y colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

Luego de las modificaciones producidas por la Leyes Nos. 26630 y 26319, así como por el Decreto Legislativo N° 896 y, finalmente la Ley N° 27472, las hipótesis delictivas son otras: cuando se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima, con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos contra la víctima, colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica y sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación. De ello se colige, que sólo dos de ellas serían aplicables: Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos contra la víctima, colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica[295].

(295) Vid., al respecto el análisis realizado en los incisos 2) y 3) del segundo rubro agravatorio del artículo 189°-A.

Lo reseñado muestra la deficiente técnica legislativa que caracteriza la reformas penales en nuestro país, en tanto se deja de lado la homogeneidad y la sistematicidad que debe regir entre las diversas tipificaciones penales, lo que a la larga conduce a un estado de inseguridad jurídica, atentándose contra los dictados de un Estado de Derecho, al vulnerarse de forma flagrante el principio de legalidad[296].

5.4. La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos

El agente en este caso actúa en el marco de una asociación delictiva, que se dedica de forma exclusiva a perpetrar injustos de esta naturaleza, pero no puede ser cualquier miembro, en tanto, la agravación sólo ha de recaer sobre todos aquellos que ostentan una posición de dominio en dichas estructuras criminales.

Cuando el agente actúa sólo como integrante de la organización delictiva, será incriminado según las consecuencias jurídicas del tipo base. Vale todo lo dicho en el último párrafo del artículo 186° del C.P.

5.5. En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso

Esta previsión resulta correcta, en cuanto a la fórmula de aplicación, cuando con una sola acción o una pluralidad de acciones, se vulneran a la vez varios bienes jurídicos, en lo que respecta a un concurso ideal o a un concurso real de delitos, sin necesidad de acudir a la figura del delito preterintencional.

Ahora bien, si la acción típica genera a su vez una real afectación a otros intereses jurídicos, por ejemplo se produce un menoscabo a la integridad corporal del sujeto pasivo, habrá concurso ideal con el tipo de lesiones, pero únicamente por la modalidad "leve", en la medida que la inferencia de lesiones graves, es abarcada por el segundo párrafo del articulado.

Si es que acaece la muerte de la víctima, habría que ver lo siguiente: creemos que si la eliminación de la vida humana es ya una dirección preordenada del agente, para hacerse del semoviente, sería en realidad un Asesinato para facilitar otro delito (Hurto de Ganado), tanto cuando la esfera anímica del autor viene precedida por el dolo o por el dolo eventual; en tal virtud, el concurso ideal de delitos entre Robo de Ganado y Asesinato, debe

(296) Cfr., al respecto, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 200.

tomar lugar cuando el resultado más grave acontecido era previsible para el autor, es decir, a título de culpa.

Por lo demás, no resulta admisible un concurso con el delito de coacciones, pues dicha conducta ya se encuentra absorbido en los alcances normativos del tipo penal del artículo 189°-C.

CAPÍTULO III
APROPIACIÓN ILÍCITA

ARTÍCULO 190.- APROPIACIÓN ILÍCITA

El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Conforme es de verse en el análisis de la capitulación anterior, los injustos de Hurto y Robo en sus modalidades básicas y agravadas, son delitos que atacan el patrimonio de una persona, de forma concreta la propiedad, los derechos reales inherentes a dicho derecho subjetivo; siempre y cuando se manifieste una actividad típica, según la descripción normativa de dichos tipos penales. Conducción típica que tiene como común denominador la «apropiación» del bien, mediante actos propios de sustracción, en cuanto al desplazamiento de la esfera de custodia del sujeto pasivo del bien a la custodia del sujeto activo, a fin de asumir un nuevo dominus sobre el mismo.

Mas es sabido que la afectación a los derechos reales antes anotados, no sólo puede provenir de una acción típica de apoderamiento, sino

también de otras formas comisivas que dan lugar a una tipificación penal que revela su propia sustantividad; nos referimos a la figura delictiva de la «Apropiación Ilícita» que exterioriza la obtención ilegítima de un bien, mediando el aprovechamiento de un «justo título» por el cual el agente recibe el bien mueble por parte del sujeto pasivo, esto es, a diferencia del Hurto, el objeto material del delito ingresa de forma lícita a la esfera de custodia del autor[297]. La calidad del injusto típico deviene a posteriori, cuando el sujeto activo se niega a devolver el bien, produciéndose consecuentemente una «Apropiación Ilegal».

A decir de Soler, debe tratarse de un poder de hecho sobre la cosa concedido voluntariamente por quien podía concederlo; no hay poder de hecho concedido cuando la cosa es simplemente manejada por un tercero, dentro de la esfera de vigilancia del dueño, del tipo representado por las acciones del doméstico[298].

Podemos decir de cierta forma que en el Hurto y sus derivados, el agente se hace de la cosa de forma ordinaria y convencional, tomando posesión ilegítima sobre el bien, en cambio, en el caso de la Apropiación Ilícita el autor se apodera del bien, en virtud de una autorización legal, que luego es quebrantada cuando defraudando la confianza depositada se advierte la renuencia a su devolución. Siempre en este delito, debemos observar una determinada relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, como base de la estructuración típica, importante en orden a su distinción con otras figuras delictivas; como por ejemplo, con el tipo penal de estafa, donde también es el propio sujeto pasivo quien entrega de propia mano al sujeto activo el bien mueble, pero la diferencia estriba en que la voluntad de la víctima en el último de los casos mencionado, se encuentra afecta un vicio, en cuanto a una voluntad que se no ha sido libremente prestada, al haber mediado medios fraudulentos (engaño).

En figuras delictivas como la Apropiación Ilícita, también se pone de relieve una zona a veces no de fácil distinción con ciertos contratos, que en sí no pueden resultar siendo criminalizados. En los diversos contratos crediticios que toman lugar en el mercado actual, el deudor, sin necesidad de haber sufragado el precio total del bien mueble, ya adquiere su posesión, es decir, se produce la traslación de la posesión, pero no la *traditio* jurídica; entonces, si luego del incumplimiento de sucesivas cuotas dinerarias, el deudor no cumple con su prestación y, no entrega el bien, sólo estará incurso en un incumplimiento jurídico-obligacional, que será objeto de resolución y ejecución según las normas del Derecho Privado. La figura *in comento* nada tiene que hacer en este ámbito contractual, mas sí podrá tener incidencia otro tipo del injusto, siempre y cuando se verifique la intención defraudatoria

(297) Así, Mestre Delgado, E.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 275-276.

(298) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 413.

en el marco de la celebración del contrato (estafa). En la estafa, el abuso de confianza es un engaño usado por el autor para lograr de la víctima una disposición de propiedad defraudatoria para ella o para un tercero[299], máxime, de conformidad con la proscripción de prisión por deudas que se contempla en la Ley Fundamental.

En resumidas cuentas, el ámbito de protección del artículo 190°, no ingresa a penalizar meros incumplimientos contractuales, en los cuales sólo ha de advertirse la no ejecución de una prestación recíproca, donde la devolución del bien, sólo ha de ingresar como consecuencia de la resolución contractual. Cuestión distinta aparece en este delito, en tanto la misma entrega del bien por parte de su titular al agente, ya viene precedida por una devolución del mismo a posteriori, es decir, acá no se produce transferencia alguna sobre la propiedad del objeto; v. gr., quien se apropia del bien en la Apropiación Indebida no será de ninguna manera, quien tiene un derecho de propiedad *expectaticio*, pues sólo se convierte en custodio o tenedor de la cosa, a fin de darse un determinado uso y/o empleo, que se supone fue previamente convenido con su titular. Cuando el tenedor es renuente a devolver al bien, a fin de cautelar una legítima acreencia que tiene con el dueño del mismo, acontece lo que se denomina el «Derecho de Retención», que implica el reconocimiento de una causa de justificación.

La nuclearidad apunta Peña Cabrera descansa, en el incumplimiento por parte del autor de disponer del bien con las exigencias que en el título se expresan. La esencia de esos delitos se limitan a aquellos casos en los que se transmiten la posesión a través y exclusivamente mediante un título que señala la forma y modo de devolver el bien recibido[300].

Debemos, apuntar también, que en la Apropiación Ilícita, a diferencia del Hurto, no sólo descansa una modalidad de apoderamiento ilegal de un bien mueble, sino también el quebrantamiento de una específica relación de confianza, en tanto la tenencia del objeto por parte del autor, se basa en la existencia de un «título», que precisamente hace recaer sobre él el deber de devolverlo. Se habla de confianza, porque todas estas figuras suponen la preexistencia de un trato en el cual una de las partes se encuentra expuesta, sin culpa y de acuerdo con las condiciones normales del contrato mismo, al riesgo de un perjuicio derivado del poder de hecho concedido legítimamente a otra persona sobre una cosa[301].

---

(299) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 366; Así, Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 502; Para González Rus, y es que bien es verdad que en la apropiación indebida pueden mediar relaciones de confianza entre los sujetos, no es un delito de *abuso de confianza*; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., p. 696.

(300) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 210.

(301) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 407.

2. BIEN JURÍDICO

La figura delictiva prevista en el artículo 190° del C.P., tiende a tutelar el patrimonio, de forma concreta la propiedad que el orden jurídico le reconoce a su titular, en cuanto a la plena disponibilidad de los derechos reales inherente a la misma, que se ven mermados y afectados de forma significativa, cuando el agente se apropia del bien en franca contravención a la Ley, no devolviendo el bien que tiene la obligación de restituir a su dueño(302). Con la Apropiación Ilícita se menoscaba un derecho personal sustentado en una relación jurídica de obligación, merced a la cual el sujeto activo de la relación (acreedor) se asegura del sujeto pasivo de la misma relación (deudor) el cumplimiento de una determinada prestación(303).

Para la doctrina, parece ser que la «propiedad» no expresa de forma cabal el objeto de tutela que pretende amparar este injusto penal.

Tan obvia conclusión se enturbia, dice González Rus, (...), en relación con las cosas fungibles, particularmente con el dinero, valores al portador y activos patrimoniales no nominativos (...) y con cierta figuras de apropiación indebida creadas por leyes especiales(304). Son los primeros bienes fungibles, donde la propiedad se traslada de forma inmediata, debiendo devolver su equivalente, en cuanto un derecho crediticio que ostenta el acreedor sobre el deudor; pero debemos parar un momento en este punto de la discusión, puesto que el desplazamiento del dinero no necesariamente ha de venir precedido por un mutuo dinerario, en virtud del cual el deudor se obliga a restituir la suma de dinero más ciertos intereses que las partes convengan, en la medida que ciertos representantes y/o apoderados, pueden perfectamente recibir sumas dinerarias para la adquisición de ciertas cosas y, cuando dan un uso diferente, en propio provecho, se trataría de una Apropiación Ilícita, no una Estafa, en tanto no ha mediado un engaño, fraude u ardid y, tampoco un Hurto, al no advertirse un acto típico de sustracción. La objeción sería que no se aprecia en dicho supuesto de hecho, la obligación de devolver, claro, pero sí de «hacer un uso determinado», como se desprende de la propia construcción típica de este injusto penal, situación fáctica, donde queda en evidencia una afectación directa de la propiedad sobre el dinero(305).

En virtud de lo antes señalado, se dice en la doctrina, a lo cual disentimos, que si la apropiación recae sobre un objeto de carácter no fungible el bien jurídico será la propiedad. Si recae sobre bienes fungibles el bien jurídico será el derecho de cumplimiento de la obligación de devolución de otro tanto de la

---

(302) Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 241.

(303) Angelotti, D.; Citado por Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 209.

(304) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI),* cit., p. 700.

(305) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 216; Vid., Vives Antón, T.S./ González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 504.

misma especie y calidad. Si el objeto material es el dinero, bien ultrafungible, ese derecho al cumplimiento de la obligación es un derecho de crédito[306].

Nuestros reparos se basan en que la línea argumental anotada, puede terminar anclando en una criminalización de meros incumplimiento de orden contractual.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Consideramos que no puede ser cualquier persona, pues de la propia estructuración típica se revela una condición específica para ser autor de este injusto, al requerirse una determinada relación jurídica con el sujeto pasivo, de la cual se derive el derecho de restitución que ostenta la víctima sobre el bien; por lo que se trataría de un delito especial[307]. Quien no tenía la obligación de devolver el bien, nunca podrá ser autor de Apropiación Ilícita, por lo general su conducta está incursa en el tipo penal de Hurto.

Cuando el agente tiene las cualidades de depositario judicial, tutor, albacea, etc., se ingresa a la radio de acción de la circunstancia agravante, prevista en el segundo párrafo.

Al tutelarse la propiedad del bien, el propietario no puede ser sujeto pasivo de esta infracción delictiva, a lo más su conducta podrá adecuarse al tipo penal del artículo 191°, resulta pues por no menos decirlo "ambivalente", que el propietario de un bien tenga la obligación de devolver un bien a un tercero.

3.2. Sujeto pasivo

Será en definitiva el propietario, quien ver mermado sus facultades inherentes al derecho real de propiedad, cuando el bien mueble no es restituido a su esfera de custodia. En el supuesto de apropiación de bienes fungibles –específicamente dinero– puede ser el titular de los derechos del crédito que emergen de cualquiera de los títulos a que se refiere el precepto[308].

---

(306) Cfr., Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (II). Apropiación Indebida*, cit., p. 480.

(307) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 216.

(308) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 212.

3.3. Modalidad típica

Según se desprende de la redacción normativa del tipo penal *in examine*, el agente se encuentra incurso en esta infracción criminal, cuando se «apropia indebidamente» de un bien mueble; quiere decir esto, que el objeto material del delito debe haber ingresado a su esfera de custodia de una forma «lícita», no puede haber obtenido el bien, mediando la modalidad de sustracción que toma lugar en el caso del delito de Hurto. Pero, con ello no estamos diciendo suficiente, a fin de delimitar este injusto con el contenido en el artículo 185° del C.P.

Es de verse que en algunos casos, el Hurto no supone un acto típico de desapoderamiento, de que haya de sustraer el bien directamente de la custodia del sujeto pasivo, puede que lo obtenga cuando goce un poder fáctico sobre la cosa y, no por ello ha de convenirse en un delito de Apropiación lícita. La mucama, la empleada doméstica u otra persona que labora en una casa o en una oficina, tiene la posibilidad de hacerse directamente del bien, sin efectuar una sustracción en su terminología estricta, simplemente toma el bien como suyo y se lo lleva a otro lugar, para ejercer un nuevo *dominus*.

La controversia puede darse en la hipótesis del cajero que se apropia de forma sistemática de una suma determinada de dinero, que ingresa a su esfera de custodia por diversos motivos. Es sabido que un cajero para poder ejercer su normalmente sus funciones, recibe diariamente una suma determinada por concepto de "caja chica", entonces, si éste se apropia de dichos bienes fungibles, se configura el delito en cuestión, pues al final de cada día tenía el deber de devolverlo[309]; claro que cuando se desplaza a la caja chica de su compañero, y sustrae el dinero, será el ilícito penal de hurto[310]. Cuestión distinta podrá aparecer, cuando en el ejercicio de dichas funciones, aprovecha para cambiar dinero falsificado a los clientes o de entregarles una cantidad menor a la que debía poner a su disposición; en estos casos, será un delito de Estafa, al inducir a error, en cuanto al empleo de billetes falsificados y en el segundo de ellos, una modalidad de Hurto, cuando la apropiación es directa.

Otros casos, cuando el pasajero se olvida su cartera en el carro del taxista y éste no lo devuelve, en el caso de quien sólo se queda con el bien para cuidarlo, cuando el cajero de un banco procesa la operación pero no entrega el dinero solicitado por su legítimo propietario; todos estos son ejemplos del delito de Hurto, aunque el primero de ellos, se ajusta mejor al delito previsto en el primer inciso del artículo 192° del C.P.. Por eso nos parece acertado,

---

(309) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 523; En contra Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 214.

(310) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 415.

cuando un sector de la doctrina estima que en la Apropiación Indebida no siempre se quiebra una relación de confianza.

Como estima PÉREZ MANZANO la diferenciación entre hurto y apropiación indebida sólo puede establecerse sobre la base de una interpretación del título jurídico por el que se entrega la cosa y que puede dar lugar a la apropiación indebida(311). Debe existir, pues en la entrega del bien por parte del sujeto pasivo al sujeto activo, un cierto revestimiento de legalidad, que precisamente genere a su vez el deber jurídico de restituir la cosa por parte del agente.

A decir de GONZÁLEZ RUS, lo que caracteriza a la posesión que da lugar a la apropiación indebida es que el sujeto tiene la cosa con conciencia de que aún siendo ajena, le corresponde alguna facultad sobre ella, siquiera sea delegada por otro (posesión por otro), con el que tiene una delegación o vínculo jurídico, como ocurre con el mandatario, el administrador, el representante legal etc.(312) Eso sí, cuando por ejemplo el Gerente General usa en provecho propio o en beneficio de tercero, el patrimonio de la persona jurídica, constituye una modalidad típica de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

El título debe causar la obligación de entregar o de devolver, entre las cuales la regla menciona al depósito, la comisión y la administración y en una fórmula amplia, "otro título semejante que produzca la obligación de entregar o devolver", comprende a todos los actos que transfieren materialmente la custodia o vigilancia del bien mueble(313). Para que pueda hablarse de retención indebida, enseña Soler, es necesaria la preexistencia de un poder no usurpado sobre la cosa; de un poder de hecho legítimamente adquirido(314). Es de recibo que quien se hizo del bien de forma ilícita, no será intimado a devolverlo, es ya desde un inicio un acto típico de Hurto.

En cuanto a su distinción con el delito de Estafa, en el tipo penal *in comento*, como se dijo, la tenencia del bien por parte del sujeto activo, acontece de forma lícita, en cambio en el primero de los nombrados, si bien el desplazamiento a la esfera de custodia del agente, toma lugar mediando su entrega por su propio titular, lo que constituye en injusto, es la forma de cómo se convence a la víctima, en tanto se incide con juicios de valor engañosos que no se corresponden con la realidad de las cosas. En al estafa el engaño es el motivo del acto de disposición patrimonial que se concreta en la entrega del bien, lo que hace que la posesión de la cosa que recibe el sujeto activo sea ilícita des-

(311) PÉREZ MANZANO, M.; *Las Defraudaciones...*, cit., p. 479; Vid, al respecto, SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 413.

(312) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., p. 698.

(313) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 212-213.

(314) SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 413.

de el primer momento[315]; en la Apropiación Indebida, el núcleo de ilicitud surge a posteriori, cuando al agente es renuente a la restitución del bien.

Entre los títulos jurídicos que pueden generar la obligación de «devolución», tenemos: el usufructo, que confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente un bien ajeno[316], aunque éste puede ser transferido a título oneroso o gratuito, de acuerdo al artículo 1002° del CC; el uso, que permite de servirse de un bien no consumible[317]; la prenda, mediante la cual se asegura el cumplimiento de una obligación, mediante la entrega física o jurídica de un bien mueble[318], que también puede recaer sobre títulos valores[319] y; el arrendamiento[320], en virtud del cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida, sólo cuando se trata de bienes muebles claro está. Se señala en la doctrina, que no pueden ser incluidos los contratos de mutuo, asimismo la prenda sin desplazamiento y la compraventa a plazos[321].

Otro título lo constituye el contrato de "comisión" previsto en el Código de Comercio, por el cual una persona denominada comitente entrega un bien mueble a otra, denominada comisionista, con la finalidad de efectuar algún negocio, luego del cual el comisionista devuelve el bien a quien se lo entregó y recibe a cambio una comisión por su labor[322]. Aunque el Código de Comercio, por su antigua data, ha ido ya perdiendo vigencia, en mérito a la dación de una serie de normas especiales de naturaleza comercial (empresarial).

En resumidas cuentas, habrá de ser todo título "jurídico", que convierte al sujeto activo en «depositario», «administrador» u «comisionista», dando lugar a un deber jurídico de devolución, esto es, de restituir el bien mueble a su legítimo propietario. Si por diversos motivos, ajenos a su voluntad, le es imposible devolver el bien, no es un caso de Apropiación Ilícita; v. gr., si por ejemplo le es sustraído el título valor por un tercero, se dará un delito de Hurto que tiene como autor a éste último, el poseedor no tiene al respecto responsabilidad penal alguna, no se advierte el ánimo de apropiación. De la

(315) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., p. 699; Así, Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (II)*..., cit., p. 479.

(316) Artículo 999° del CC.

(317) Artículo 1026° del CC.

(318) Artículo 1055° del CC.: derogado por la Ley N° 28677 del 01/03/06

(319) Artículo 1087° del CC.

(320) Artículo 1666° del CC.

(321) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 213.

(322) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 212.

misma manera, en una restitución tardía puede incurrir el más celoso guardián del dominio ajeno sobre la cosa[323].

Cuando un individuo realiza actos fuera de la custodia del dueño de la cosa, cualquiera sea el título por la que tiene en su poder, siempre que sea legítimo y válido, y se niega a devolverla, comete el delito que nos ocupa; la custodia es una situación jurídica necesaria y suficiente para satisfacer la exigencia del título que debe ser presupuesto de este delito[324].

Finalmente, habrá que señalar que el tipo penal nos hace referencia a dos verbos rectores: «apropiación» y el «uso», que materializa el agente, sobre actos concretos del bien mueble que se niega devolver. Por la primera de las nombradas, el autor instituye una nueva esfera de custodia del bien, en el caso de un automóvil, realiza actos de disposición, en cuanto a su uso o de enajenar el mismo, por cualesquiera de las diversas formas contractuales que regula el Código Civil; mientras que en lo que bienes fungibles se refiere, en el caso del dinero, significa el gasto nominal y los alimentos, que pueden ser directamente consumidos o traslados a título de compraventa.

En lo que respecta al "uso", cuando el agente efectúa un empleo determinado del bien mueble, ajeno al convenido por el legítimo titular, si por ejemplo, sólo se le entregó el vehículo para su custodia, pero el depositario lo utiliza de forma personal, siempre y cuando se diga que lo que se tutela en el artículo 190° es también la integridad del bien o, mejor dicho su valor, que se puede ver afectado por actos como el descrito, el uso debe significar en realidad una apropiación, de que ya no exista posibilidad de entrega del mismo bien, para poder preservar el contenido del injusto típico. En definitiva, el uso sin la correspondiente apropiación, no constituye apropiación ilícita[325]. Empero, en el caso del uso del dinero, si este se trata de un bien fungible, la apropiación será incuestionable, cuando el apoderado de una empresa, en vez de adquirir el material que se le encargó, adquiere un bien para su uso personal.

3.3.1. Objeto material del delito

En lo que respecta al «bien mueble», nos remitimos en principio al concepto construido en el tipo penal de Hurto, por lo que ha de comprenderse todo objeto que sea susceptible de ser cuantificado económicamente, que pueda ser trasladado de un lugar a otro y, que no se trate de cosas de ilegal comercio. Debiendo integrarse no sólo bienes no fungibles sino también los fungibles como el dinero así, como aquellos títulos valores que llevan

(323) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 370.

(324) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 522.

(325) Peña Cabrera, R.; *Delitos contra el Patrimonio...*, II-A, cit., p. 218.

inherentemente una acción cambiaria; en estos casos, lo que es objeto de apropiación no constituye el soporte material *per se*, sino su valor dinerario.

Si alguien introduce datos que no se corresponden con la redacción original del título valor, v. gr., una letra de cambio, por ejemplo la suma girada, podrá darse el tipo penal de Abuso de Firma en Blanco; y si lo que hace el autor es hacerse pasar por el beneficiario da lugar a la figura de Libramiento y Cobro Indebido. Entonces, la materialidad del tipo penal –in comento- además de exigir una transferencia del patrimonio del sujeto pasivo a favor del sujeto activo, exige también que exista un desmedro y un beneficio económico; por ello se dice que el elemento normativo y el objeto material del delito debe ser un objeto que importa o refleja un valor económico cuantificable económicamente, lo que sin duda no podrá observarse en el caso de un documento desprovisto de una determinada valoración dineraria.

Los derechos cambiarios de un título valor deben estar girados al portador, de no ser así no se podrá apropiar de su inherente caracterización patrimonial.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 190°, adquiere perfección delictiva, cuando el agente se apropia de forma definitiva del bien o cuando hace un uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que efectúe sobre el bien, que haya de advertir ya la intención de ejercer un nuevo *dominus* sobre la cosa (ocultarla, pretender venderla o darla en arrendamiento)[326]. De todas maneras, como expresa Peña Cabrera, las diversas manifestaciones de apropiación dificultan la elaboración de una regla general[327].

En la resolución recaída en el RN N° 713-97-Cañete, se señala lo siguiente: "*El delito de apropiación ilícita, previsto en el artículo 190 del Código Penal se configura cuando el autor realiza actos de disposición o de un uso determinado a un bien mueble, que ha recibido en razón de un encargo o título que no establece tal potestad, incorporando a su propio dominus ya sea del bien que se ve privado su legítimo propietario o un valor integrado del mismo, esto es el valor inherente al mismo bien en función de la naturaleza del mismo*".

En la legislación comparada, en las codificaciones penales española y argentina, concretamente en el artículo 252°, se dice que la conducta debe hacerse "en perjuicio de otro"; mientras que en el artículo 173° se hace alusión también al "perjuicio de otro". Situación de desvalor, que no es comprendida en nuestra ley positiva, pues si el sujeto pasivo es despojado de

(326) Cfr., al respecto, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 222-224.

(327) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 219.

la posesión de un bien que le pertenece de forma definitiva, ya el perjuicio está dado de antemano.

Se dice entonces, que la consumación no habrá de fijarla cuando el autor se niega a devolver el bien después de haber sido requerido a hacerlo por su titular, lo que sí se puede decir es que constituye un requisito objetivo de procedibilidad, en cuanto a la promoción válida de la acción penal.

Identificar de forma precisa, el delito tentado no es empresa fácil, pues ello implica adentrarse mas a un aspecto subjetivo, pero ello no implica su improcedencia.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine*, sólo resulta sancionable a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta a la apropiación de un bien o su uso determinado, sabiendo que tenía el deber de devolverlo. El propósito delictivo se orienta a la asunción de un nuevo dominus sobre el bien. Podrían darse un cierto equívoco, en cuanto a la obligación de restitución del objeto, cuando se cree el autor dueño de la cosa, creyendo que se ha producido una traslación de la propiedad, lo que en realidad es difícilmente admisible, dada la fuerza jurídica del título que determina el deber devolutivo.

Al mandatario que retiene el bien hasta que se le pague lo que el mandante le adeuda, y al que tiene la absoluta certeza de poder restituir el bien, les falta dolo; y es así porque nuestra legislación se funda en un acto de apropiación y se le debe exigir también que el autor actúe con "*animus rem sibi habendi*", situación que impide la posibilidad de la infracción dolosa[328].

Ahora bien, dicho lo anterior, se estaría exigiendo un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, el denominado «ánimo de apropiación del bien», que a nuestra consideración se confunde con el dolo, es decir, basta la conciencia de quien se apropia de un bien, no devolviéndolo a su legítimo titular; quien sólo le pretende dar un determinado uso, para luego restituirlo, no tiene ese ánimo, pero de acuerdo a la inclusión de esta modalidad en el artículo 190° del C.P., resulta también punible. No se trata de un ánimo de naturaleza trascendente, como ha de observarse en el caso del delito de Hurto. Si el dolo implica el conocimiento y voluntad de realizar la conducta típica y ésta consiste en incorporar definitivamente al propio

(328) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 218; Cfr. González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., ps. 710-711; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 244; Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 510.

patrimonio un objeto con valor económico a través de una conducta de disposición, el ánimo de lucro no es un elemento que vaya más allá de la propia conducta típica[329]. En la siguiente ejecutoria recaída en el Exp. N° 2002-98, se afirma lo siguiente: "*En el delito de apropiación ilícita no basta con la retención del bien, sobre el que pesa la obligación de devolver, sino que dicha conducta debe estar completada con un ánimo subjetivo de querer comportarse como dueño del mismo, ejecutando actos propios de tal, como son la disposición o el uso para fines distintos para los cuales fuera recibido*" [330].

Ha de convenirse que la Apropiación para ser en realidad ilegítima, debe negar la presencia de una causa de justificación. Cuando la no devolución del bien procede al subyacer un precepto autoritativo y/o permisivo, que faculta al tenedor de retener la posesión del bien, hasta que su propietario cumpla con abonarle la acreencia que mantiene con el agente; en tal virtud se trata del ejercicio legítimo de un derecho. No puede tratarse de una causal de atipicidad penal, por una cuestión subjetiva, al faltar el "ánimo de apropiación", puesto que la lesividad de la conducta queda incólume, y el autor actúa con dolo, esto es, consciente de que debería entregar el bien. El artículo 1123° del CC, dispone que por el derecho de retención, un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor su si crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene. La sentencia recaída en el RN N° 5937-96-Lambayeque, reza así: "*Los hechos consistentes en haber retenido el procesado los bienes de la entidad supuestamente afectada, al existir una deuda de dinero pendiente de pago, no configuran el delito de apropiación ilícita, pues el acusado no ha realizado actos de disposición y menos ha usado los bienes muebles de propiedad de la entidad agraviada*" [331].

Finalmente el provecho puede ser para sí o para otro, ventaja de orden patrimonial o de cualquier índole; v. gr., quien le entrega el carro para que otro lo use como taxi. Aquí no requiere que efectivamente el agente obtenga el provecho económico, basta con verificar que el agente tuvo el propósito de conseguirlo[332].

Si el autor se apropia del bien, no para tener un provecho, sino para destruirlo, será un delito de Daños.

---

(329) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (II)...*, cit., ps. 487-488.

(330) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, T. II, cit., p. 265.

(331) Rojas Vargas, F.; *Jurisprudencia Penal Comentada*, T. I, cit., p. 246.

(332) Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 765.

6. FORMAS AGRAVANTES

6.1. Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años

La agravante en cuestión se funda en los especiales deberes que ostenta el sujeto activo en relación con el objeto material del delito, derivados de una condición específica funcional, cuyo quebrantamiento del deber, importa un juicio de reproche personal intensificado. Cuestión que determina una mayor especialidad en cuanto a la condición de autor, a efectos penales.

«Curador» es aquel que ejerce la representación y la administración de los bienes de aquellos que se encuentran privados de discernimiento, es decir, aquellos inimputables por factores psicosomáticos de forma absoluta y de los incapaces relativos, conforme lo establece los artículos 43° incisos 2 y 3 y 44° incisos 2 a 8 del CC, de común idea con lo previsto en el artículo 565° (*in fine*).

Por su parte, «Tutor» es todo aquel, que asume la guarda de la persona del menor así como de sus bienes, cuando éste no se encuentra sometido a la patria potestad, con arreglo a lo establecido en el artículo 502° del CC. A partir de dicho encargo el tutor se convierte en celoso guardián de los bienes del impúber, administrando su acervo patrimonial de forma leal y legal; por tales motivos, cuando éste quiebra los principios sobre los cuales se basa dicha administración, apoderándose ilegítimamente de los bienes del menor, es reprimido con una pena más severa.

El «Albacea», es aquella persona, a quien el testador ha encomendado el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad, es quien se encarga de que se ejecute de forma cabal los efectos jurídicos del testamento, tal como se desprende del artículo 778° del CC. Dispositivo legal que debe ser entendido conforme el contenido del artículo 790° (*in fine*), pues dicho articulado, determina la posesión de los bienes hereditarios por parte del albacea, cuando el testador no instituye herederos, sino solamente legatarios, hasta que sean pagadas las deudas de la herencia y los legados, concordante con el artículo 791°.

Mientras la calidad de «Síndico», la tenía aquel que se apropiaba de los bienes en el marco del procedimiento de reestructuración empresarial (quiebra), que se contemplaba en el Decreto Ley N° 26116 – Ley de Reestructuración Patrimonial; función que desaparece en virtud de la dación del Decreto Legislativo N° 845, que deroga la Ley, Inicialmente anotada. A partir de la vigencia de ésta última, es la Junta de Acreedores, que se encarga de la administración de los bienes de la insolvente, o de la empresa que ingresa

al proceso de liquidación; serán entonces, sus órganos de gestión, quienes podrían cometer el injusto *in examine*, pero de acuerdo al principio de legalidad, no serían abarcados por esta agravante.

Le sigue según el listado enunciativo, el «Depositario Judicial», se trata de una persona, que inscrita en el listado respectivo, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial, son por tanto nombrados por el juez de la causa. El artículo 1814° del CC, establece que por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante. El Depositario Judicial ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera del proceso, de forma específica en el caso del Secuestro, según lo previsto en los artículos 643° al 652° del C.P.C. Sustento de la agravación, importa la infracción de los deberes funcionales, que aprovechándose de la función encomendada se apropia de los bienes puestos a su custodia.

Resulta en realidad necesario realizar una comparación permanente entre las diversas tipificaciones penales que se glosan en la Parte Especial de nuestro texto punitivo, pues es de verse que las continúas reformas penales que sanciona el legislador puede generar una suerte de incoherencias normativas, dicotomías que ponen en riesgo la plenitud conceptual y el orden sistemático que debe regir en todo cuerpo de normas. De forma específica, el artículo 392° del C.P., modificado por la Ley N° 28165 del 10 de enero de 2004, extiende de forma inconmensurable la punibilidad de los ilícitos penales de Peculado (doloso y culposo), Uso Indebido de Bienes Públicos y Malversación de Fondos, a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como a todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Mas cabe también precisar, que ya el artículo 425° del C.P. (calidad de Funcionario Público), en su redacción originaria, inc. 4), comprendía a los administradores y depositarios de causales embargados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

De acuerdo a lo anotado, el conflicto de normas penales es más que evidente, entre la agravante de Apropiación Ilícita y los delitos de Peculado, confusión que para su resolución debemos remitirnos al fundamento de los injustos que atentan contra la Administración Pública, que son cometidos por funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Importa la conformación de tipos penales especiales, cuyo sostén reside en dos aspectos puntuales: en la vinculación de fomento, guarda y tutela que deben preservar los *intraneus*, de todos aquellos caudales, efectos, bienes y otros cuando se erigen en sus custodios y, dos, en cuanto a la imparcialidad, objetividad e independencia que dichos individuos deben observar en

el ejercicio de su actuación funcional, en lo que respecta a la tutela de los intereses generales que ha de servir la Administración Pública en todos sus niveles. Dicho esto, quienes no ejercen *per se* función pública alguna no están en posibilidad de quebrantar los principios jurídico-constitucionales antes mencionados, por lo que el quebrantamiento del deber por parte de un Depositario Judicial debe ser penalizado conforme el segundo párrafo del artículo 190° del C.P. y no según los alcances de los artículos 387° y ss.; el afán sobre-punitivo del legislador no puede subvertir la correcta interpretación de las normas jurídico-penales conforme a la *ratio* de tutela que se corresponda con la naturaleza del bien jurídico tutelado.

La resolución recaída en el Exp. N° 188-98, reza así: "*Al negarse el depositario a poner a disposición del Juzgado los vehículos para la ejecución de la prenda, ha incurrido en el ilícito penal de apropiación ilícita*"(333).

Cabe la interpretación de SALINAS SICCHA al respecto, entendiendo de, que el artículo 190 del Código Penal se refiere en forma específica a los depositarios judiciales como agentes del delito, en tanto que el Art. 392 se refiere a depositarios designados por autoridad competente, esto es, la norma es más general. De modo que el artículo 392° está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad competente para designar depositarios o custodios como por ejemplo, los intendentes de SUNAD, SUNAT, la autoridad municipal, etc.(334) De todos modos, cabe la interrogante si el órgano jurisdiccional, no es acaso «autoridad competente», lo cual se dilucida según los criterios de interpretación que se empleen al respecto.

Renglón seguido, se hace alusión a una «profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial». Profesional será todo aquel que posee un título al nombre de la Nación, para el ejercicio de una determinada actividad, que en algunos casos requiere también de la Colegiatura correspondiente en una determinada agremiación. Cada profesión cuenta con códigos internos de conducta, que han de guiar su actuación cuando brinda sus servicios a la colectividad. Es indudable que los abogados, los médicos, ingenieros, etc., reciben la confianza del público, y es en virtud de esta fe que se les entrega los bienes patrimoniales, escribe PEÑA CABRERA. Por ello, las apropiaciones ilícitas que cometen los profesionales, causan mayor alarma social y, por ende, la represión es más severa(335).

Industrial, será toda aquella persona dedicada a la realización de actividades comerciales, empresariales, sea cuales fuera la envergadura de su negocio o, que tenga que ver con actividades de importación o exporta-

(333) BACA CABRERA, D. y otros; *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, cit., p. 287.

(334) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 219-220.

(335) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 222-223.

ción, en cualquier rubro que signifique el reporte de dividendos. Productos de manufacturación, conversión industrial o simplemente actividad extractiva de recursos naturales; lo importante a todo esto, es que dichas actividades requieren de una autorización oficial, para su legal funcionamiento.

En todos los casos mencionados, no basta para aplicar la agravante, que se verifique las calidades funcionales, industriales, profesionales, etc., en la persona del autor, sino que precisamente la perpetración del injusto haya obedecido a un «prevalimiento» de dicha actividad.

6.2. Agravante por la calidad de los accesitarios de los bienes

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

El legislador ha tomado como referencia especiales circunstancias en las cuales puede desarrollarse la comisión delictiva, que vista su particular naturaleza, merece una respuesta punitiva en puridad agravada. Se habla en este caso, de eventos naturales, cuyas consecuencias producen graves estragos a los ciudadanos de una determinada localidad; V. g.r, calamidad pública, como un terremoto, un maremoto, un alud, un huayco, un incendio, dando lugar a un estado real de emergencia para la integridad física de sus habitantes, requiriéndose por ello, la ayuda en víveres, ropa, medicinas, etc., para poder atender las demandas más elementales.

Siendo así, ciertas personas, que no pueden ser funcionarios y/o servidores públicos, se constituyen en los receptores, en los administradores de los bienes que son donados por las instituciones públicas y privadas; un miembro de un Comité Vecinal, del Comité del Vaso de Leche, por ejemplo, reciben estos bienes para distribuirlos entre la población más necesitada. Sin embargo, siempre aparecen sujetos inescrupulosos que se aprovechan de estas circunstancias calamitosas, para hacerse de bienes de forma ilícita.

En esta agravante el justo título, puede ser comprendido como un poder fáctico, pues ante dichas citaciones no cabe condicionar la entrega de bienes a situaciones jurídicamente reconocidas.

7. CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD

De forma general se dice, que habiendo tomado la noticia criminal por parte del Fiscal, éste deberá realizar las diligencias necesarias que darían lugar, para así poder denunciar penalmente el hecho ante el órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, para ello debe prever, que no sólo se cumplan con los elementos que dan lugar a un injusto penal, sino también que se

hayan satisfecho ciertos requisitos previos, a fin de ejercitar válidamente la acción penal.

En la Apropiación Ilícita es un dato a saber, la negativa del agente de restituir el bien a su legítimo propietario, lo cual no es una condición que haya de fijar su estado consumativo, mas sí importante para que las autoridades competentes hayan de advertir que el denunciado está actuando ya como si fuera dueño del objeto, al rehusarse a su devolución. Por consiguiente, si bien la norma penal no lo dice expresamente, se ha convenido jurisdiccionalmente, que el agraviado, antes de denunciar el hecho, debe cursar una carta notarial al presunto autor, requiriéndole la entrega del bien.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 6922-97, se dice lo siguiente: *"Tratándose del delito de apropiación ilícita imputado a los miembros de la junta directiva de una asociación civil (...), no procede denunciar penalmente sino después de rendidas las cuentas o practicada liquidación contable y determinados los bienes y saldos dinerarios y el respectivo requerimiento para la entrega de estos últimos"* (336).

8. LA SUBSUNCIÓN TÍPICA AL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA, LA ILÍCITA ACTUACIÓN DEL COMISIONISTA (CASACIÓN N° 301-2011)

El mundo de los negocios describe una multiplicidad de actuaciones, por parte de los agentes económicos, versatilidad en el mercado, que para ser cubierto requiere hacer uso de una serie de instituciones civiles y mercantiles. Es así, que el ordenamiento jurídico regula toda una gama y variedad de instrumentos legales, que todo ciudadano puede emplear, para así viabilizar el objeto social de la persona natural y/o jurídica.

De hecho, quienes pretenden involucrarse en ambiciosas actividades socio-económicos, han de conformar primero una persona jurídica, una personería legal, que permite, que una pluralidad de individuos, puedan emprender un determinado negocio de gran envergadura, mediando las figuras asociativas que la Ley de la materia, contempla al respecto.

Es de verse así, que quienes cuentan con el manejo y conducción de la persona jurídica, no son los que directamente interactúan con los usuarios, consumidores, clientes, etc., sino que se agencian de terceras personas, quienes a nombre y representación de la empresa, concretizan una serie de negocios jurídicos con los accesitarios de sus servicios.

A estos últimos, que se les reconoce como «representantes», adquieren la denominación de «comisionista», a este agente comercial, se le otorga

(336) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 566.

un porcentaje por la venta de un bien o por la prestación de un servicio, cuyo valor debe ser entregado al propietario del mismo, esto es, a la persona jurídica y/o empresa. Puede darse otra situación, de que el cliente haya adquirido un determinado bien, que puede ser un artefacto eléctrico, libros, enseres, menaje, etc., cuyo precio es pagado por el cliente de forma inmediata o a posteriori; empero, dicho pago -a veces-, es recibido por una persona ajena al dueño de la persona jurídica, una especie de «recaudador», cuya labor se circunscribe únicamente a recaudar el dinero a nombre de la societas, por lo que una vez que recibe el mismo, su obligación es de entregarlo a la empresa.

PRESUPUESTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE APROPIACIÓN ILÍCITA

Atendiendo a necesidades de política criminal, fue que el legislador decidió acriminar aquellas conductas, cuyo desvalor reposa, en el abuso de confianza de quienes, -merced a un determinado título-, reciben un bien mueble[337], pero no lo devuelven, pese a tener la obligación de hacerlo, dando patente de corsé al tipo penal de «Apropiación Ilícita», según los términos normativos, descritos en el artículo 190° del Código Penal. Entonces, presupuesto esencial de este delito, es que el bien recibido por el agente, se encuentre revestido de un título formal, que implique el deber de su devolución[338]. Así, es de verse en la ejecutoria superior contenida en el Exp. N° 3114-97-Lima: "*El delito de apropiación ilícita consiste en negarse a devolver, entregar o dar el uso destinado a un bien mueble que previamente había recibido el procesado por parte del sujeto pasivo; significando ello que la exigencia de entrega, devolución o uso determinado surge paralelamente a la recepción del bien, por lo que el núcleo probatorio debe girar en torno a la relación jurídica existente entre el objeto materia de apropiación y el agente*"[339].

Como lo hemos venido sosteniendo, la dinámica del mercado, exige que los bienes -objeto de comercio-, sean trasladados de una persona a otra, siempre mediando una relación de naturaleza jurídica, y, es en este decurso, cuando el agente acomete alguna de las acciones descritas en el artículo mencionado, que la imputación delictiva tiene que ver con este injusto penal patrimonial; de no ser así, si es que el agente se apropia del bien, sin mediar un título amparado por el ordenamiento jurídico, la tipificación ha de trasladarse a otro injusto penal patrimonial. Se dice así en la doctrina nacional,

(337) Vide, Buompadre, J.L.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 2, cit., p. 278.

(338) Terragni, M.A.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., p. 635.

(339) En: Baca Cabrera/ Rojas Vargas/ Neira Huamán; *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, Gaceta Jurídica, cit., p. 263.

que dentro del tracto sucesivo tenemos la existencia de un título válido que justifica el traslado de la posesión del bien, dinero o valor, es decir, el agente recibe, en virtud de una previa relación civil, la posesión del bien y esta se prolonga en el tiempo, con las prestaciones derivadas del depósito, comisión, administración o de otros títulos semejantes, hasta el requerimiento de entrega o devolución(340). La tenencia legítima de la cosa constituye un presupuesto esencial, sin el cual queda excluido el delito(341).

Es decir, a diferencia de las figuras delictiva de Hurto y de Robo, no se aprecia un típico caso de apoderamiento y/o sustracción, en tanto el objeto material del delito ingresa de forma lícita a la esfera de custodia del sujeto activo, el desvalor aparece después, cuando el agente, habiendo sido requerido a entregarlo no lo hace, vislumbrando la intención de quedarse con él(342); idea que debe ser matizada, en el sentido de que puede haber casos, en que la tenencia de la cosa, tome lugar de forma momentánea, en el sentido de que el traslado de la esfera de custodia del bien del representante a la representado, debe realizarse de manera inmediata, en un lapso corto de tiempo, v. gr., el cobrador ni bien recibe el dinero debe depositarlo en la cuenta bancario de la empresa o entregarlo a las oficinas competentes de la misma. Esta es la forma convencional de la modalidad típica el injusto de «Apropiación Ilícita», siendo la otra, hacer un uso distinto del bien, al convenido previamente. Otra cuestión, es que no tenga que acreditarse que el agente, actúe como dueño, sobre el bien, de que realice actos de disposición, use o disfrute sobre el mismo, simplemente, ante la negativa de entregarlo, estará exteriorizando su negativa a devolverlo, por ende, de apropiárselo.

---

(340) Vinelli Verau, R./ Espadín Ventocilla, P.; *Apropiación Ilícita y recaudadores de dinero. Apuntes a partir de la Casación N° 301-2001-Lambayeque*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 47, mayo del 2013, cit., p. 19.

(341) Bumpadre, J.E.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 2, cit., p. 278.

(342) Lo que lleva a Bumpadre, a indicar que al no exigir la ley expresamente un acto de apropiación, aparece como irrazonable la exigencia de un *animus* específico que revele la intención del agente de conducirse como dueño de la cosa; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 276; como lo hemos indicado en otros trabajos -sobre la materia-, la exigencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, sólo puede darse, cuando la literalidad normativa, así lo indique, de manera, que cuando ello no es así, bastará para perfeccionar el tipo subjetivo del injusto, el dolo en la esfera anímica del autor. Cuestión que no debe confundirse, con el provecho que este comportamiento lleva insito, que conforme la redacción normativa puede ser para sí mismo o para otro; a favor de su concurrencia, Bacigalupo, E.; *Comentarios al Código Penal*, 3, cit., p. 2018; Bernal Cavero, J.; ¿Quién es el agraviado del *delito de Apropiación Ilícita? Comentario a la Casación N° 301-2011-Lambayeque*. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 47, mayo del 2013, cit., p. 13; Vinelli Berau, R. y otro; *Apropiación Ilícita y...*, cit., p. 2; situación distinta en el caso del delito de Hurto; RN N° 2347-2002-Lambayeque, sigue la posición contraria.

El delito de apropiación ilícita es un delito especial que se configura cuando habiendo ingresado un bien mueble en la esfera de custodia del agente de una forma lícita -relación obligacional legítima- por decisión de este, apartándose de su rol, convierte la posesión en dominio, vulnerando el título posesorio para el que estaba facultado -entregar, devolver o hacer un uso determinado- por el titular del bien[343]. Entendemos -de esta forma-, que elemento básico de este injusto penal, es que el objeto material del delito, haya sido entregado al autor, de forma legal, por parte del sujeto pasivo o persona que represente a éste, si el bien ingresa a su esfera de custodia, mediando fraude, ardid y engaño, estaremos ante una manifestación del tipo penal de Estafa y, no del tipo legal -in examine-.

La acción del delito comporta el quebrantamiento de una relación especial de confianza, dado que la cosa debe haber sido entregada al autor en depósito, comisión o administración[344]; según nuestra *lege lata*, mediando cualquier título, que defina la obligación devolverlo del sujeto activo al sujeto pasivo.

Cuestión importante a saber, es que la transferencia de la cosa debe producirse a título de tenencia, no de dominio o propiedad (p.ej., venta, permuta, donación), ya que siempre debe generar la obligación de entregarla o devolverla (no cabe retención indebida de la cosa propia)[345]; otra cosa, se desprende en aquel caso, donde el agente arrebata, sustrae el bien que le pertenece a otra persona, dando lugar a la tipificación contemplada en el artículo 191° del CP. Entonces, el agente asume la calidad de «tenedor», por lo quien recibe prestado el bien, por un uso inmediato del mismo y, no lo devuelve, no estará incurso en esta figura delictiva, empero se puede calificar jurídico-penalmente dicho comportamiento, en la descripción típica descrita en el artículo 185° del CP.

Bajo los presupuestos anotados, es que debe interpretarse el tipo penal de Apropiación Ilícita, siguiendo en estricto la ratio de la norma, su función político criminal, que es de penalizar todas aquellas conductas, que signifiquen la apropiación de bienes muebles, bajo el abuso de una relación de confianza, que nace de un título jurídico; de ahí, que deba identificarse con toda rigurosidad quien es el sujeto activo y, a su vez, quien es el sujeto pasivo del delito. Esta es una misión dogmática de primera línea, no sólo en orden a garantizar que la Ley penal sea aplicada a todos aquellos que procedan de acorde a la conducta descrita en el enunciado legal, sino también,

---

(343) Bernal Cavero, J.; *¿Quién es el agraviado del delito de Apropiación Ilícita? Comentario a la Casación* N° 301-2011-Lambayeque. En: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo N° 47, mayo 2013, cit., p. 12.

(344) Bacigalupo, E.; *Comentarios al Código Penal*, 3, cit., p. 2019.

(345) Buompadre, J.E.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 278.

para evitar acriminaciones absurdas o desaventuradas, no olvidemos, que entre el injusto penal patrimonial y el injusto civil, puede haber una frontera a veces muy difícil de delimitar.

Es de recordar que el tipo penal de Apropiación Ilícita, se encuentra comprendido sistemáticamente, en el rubro de aquellos delitos que atentan el «Patrimonio», que de cuño afinca en la noción de «propiedad», como es de verse con toda claridad, en las figuras delictivas de Hurto y Robo, al haberse incluido de forma taxativa el componente «ajenidad» en ambas estructuraciones típicas. Cuestión que no se advierte, en la tipificación reglada en el artículo 190° del CP, al no haberse incorporado dicho elemento, lo que no quiere decir, que la propiedad sea excluida como objeto de tutela jurídica[346], sino que en ciertos casos, el ataque antijurídico significará la lesión de otros derechos patrimoniales, inherentes a la expectativa de uso y disponibilidad; de por ejemplo, un dinero que se va a recibir de forma inmediata y que será recogido por otra persona, que en definitiva recalará finalmente en la propiedad del mismo; es así, que se funda el derecho de restituir un bien, a quien legalmente le corresponde su tenencia[347], de otro lado, se quiebra también derechos subjetivos del sujeto pasivo, cuando el agente procede a apropiarse del bien, sabedor que éste le fue entregado para un uso determinado[348].

El punto descrito es esencial, en orden a distinguir la entrega de un dinero, por concepto de mutuo dinerario, estableciéndose una relación jurídico-obligacional, entre el acreedor y su deudor, por lo que si éste último no procede a pagarlo, por causas ajenas a su voluntad, se configura únicamente un incumplimiento contractual, que sólo podrá adquirir revestimiento delictivo, si el agente manipulo intencionalmente la realidad, para así poder recibir el bien fungible, pero no como Apropiación Ilícita, sino como Hurto. Esto afianza la idea, que el sujeto activo no puede recibir el bien como dueño, sea que ha pagado o no completamente el precio; como bien lo afirma MUÑOZ CONDE, no puede castigarse por apropiación indebida el hecho de que el

(346) Cfr., Bacigalupo, E.; *Comentarios al Código Penal*, 3, cit., ps. 2017-2018.

(347) Ure, citado por Peña Cabrera, indica que además de la propiedad que es el objeto jurídico genérico de la tutela penal, es la obligación de entregar o devolver, es decir, el derecho que autoriza a exigir del obligado el cumplimiento de la obligación de restituir a su debido tiempo o de hacer un uso determinado de la cosa ajena; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, II-A, cit., ps. 208-209.

(348) Para Reátegui Sánchez, el bien jurídico es la propiedad, siendo que existe en este caso, un derecho subjetivo a la restitución de la cosa, basado en el deber del sujeto activo, por una parte, de hacerlo, y el derecho del sujeto pasivo de que se lo haga, y que se circunscribe al Derecho de restitución que posee quien entrega la cosa, y que está obligado a devolverla, resultando la obligación de restituir el del título que une a las partes, y, sin duda alguna, de una relación de confianza que pudo haber determinado a las partes a la realización del acuerdo; *Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal*, cit., ps. 152-153.

prestatario no devuelva la cosa fungible objeto del préstamo o mutuo, pues este contrato transmite la propiedad[349] y no la posesión de las cosas prestadas, aunque naturalmente subsistan las correspondientes acciones civiles o, si ha existido engaño previo que determinó la entrega de la cosa, la posibilidad de aplicar los preceptos relativos a la estafa[350].

Es conforme a las premisas planteadas, que concordamos plenamente, con lo que sostienen VINELLI VERAU y ESPADÍN VENTOCILLA, de que la posibilidad de entender como objeto de protección el derecho de crédito -en el caso del dinero- resulta contraria a las propias finalidades del Derecho Penal, puesto esto significaría que el Derecho Penal, al tipificar esta conducta, estaría dándole la categoría de bien jurídico a un derecho de crédito específico que tendría un acreedor sobre un deudor, esto es, estaría sancionando una obligación de carácter civil concreta[351]. En otras palabras dicho: *el incumplimiento del pago de la deuda, importaría cifrar el desvalor de la conducta, que a la postre anclaría en una prisión por deudas, proscrito, según mandato constitucional.*

MODALIDAD TÍPICA

La sustantividad del injusto, descansa en el incumplimiento por parte del autor de disponer del bien con las exigencias que en el título se expresan[352]; es esta declaración doctrinal, que nos lleva a afirmar, que en este injusto penal patrimonial, se expresa un abuso de confianza, que es quebrantada cuando el autor toma la cosa como suya, cosa que no sucede en el Hurto; lo que se trata de evitar es el abuso de confianza ya que esta conducta es la que justamente da pábulo a la obligación de restituir, convirtiéndole en punible, pues si no hay abuso de confianza no hay tampoco apropiación ilícita[353]. Consideración que no puede dar entender, que el desvalor se sostenga en un deber de lealtad, sino más bien, éste se sostiene en la apropiación de un bien por vías ilícitas, cuya ausencia haría de aquél un mero incumplimiento contractual.

El derecho a la propiedad puede ser actual, al momento de la entrega del bien, del sujeto pasivo al sujeto activo, mas puede darse otros casos, que el autor de este injusto, no reciba el bien de mano del sujeto pasivo del

---

(349) Así, TERRAGNI, al hacer alusión a la venta, donación, permuta, etc.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 636.

(350) MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 445; PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 210.

(351) VINELLI BERAU, R. y otro.; *Apropiación ilícita y...*, cit., p. 19.

(352) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 210.

(353) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 211.

delito, sino de otra persona, pero, eso no hace a esta última la víctima del hecho punible, por la sencilla razón de que el agente («comisionista») lo está recibiendo, a nombre y en representación del «comitente»; mediando dicha descripción fáctica, aparece una dinámica distinta, -sin embargo-, igual concurre el núcleo fundamental, que caracteriza este injusto patrimonial, que es también la acción de «entregar», en tanto, sólo se puede devolver aquel bien que se recibe de la propia persona y no de un tercero. Estaríamos -por tanto-, ante un derecho, si bien condicionado a la prestación de otro, igual al verificarse ello, también recae sobre la propiedad del bien, es decir, el dinero es traslado de la esfera de custodia del acreedor a este tercero, el agente, quien lo recibe a título de tenedor y no de dueño, por lo que la relación debe examinarse según la obligación que tiene el agente sobre el dueño del dinero, que ya no es este tercero (deudor), que por ejemplo recibió unos libros, a título de propiedad.

SUJETO PASIVO

Se diría en principio, que puede ser toda persona (natural y/o jurídica), que ante el ordenamiento jurídico figura como el propietario del bien mueble –objeto material del delito-; es decir, es toda aquella que mantiene una relación jurídica con el agente y, en virtud de aquélla, es que entrega el bien a éste último, para un determinado fin. TERRAGNI, indica que el sujeto pasivo es el titular del derecho a tener la cosa retenida ilegítimamente, sin ser necesario que quien transfiere la posesión y quien sufre el perjuicio sean la misma persona; pero, claro está, sólo es sujeto pasivo del delito el titular del derecho a que se le restituya o entregue la cosa confiada, es decir la persona hacia la cual el agente debía cumplir su obligación[354].

EL COBRADOR O AGENTE RECAUDADOR COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

Dicho lo anterior, debe quedar en claro, que el desvalor de esta conducta -conforme se recoge en la Casación N° 301-2011, no se construye a partir del derecho crediticio que tiene el sujeto pasivo del delito[355], con quien debe entregar el dinero (por el bien adquirido = deudor), sino que aparece, en el momento que el agente (comisionista), luego de recibirlo, no lo entrega

(354) Terragni, M.A.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit,, p. 636.

(355) Así, en la Casación -in examine-, al indicarse en el Fundamento Sexto, que el bien jurídico por este delito también incluye determinadas lesiones del patrimonio de modo que no solamente es la propiedad lo que se protege sino también el derecho de los acreedores de ver satisfecho su crédito de modo que las deslealtades o irregularidades más graves del acreedor, unidos a su insolvencia colmarán el plus de desvalor material que justifican la tipificación y la sanción de tales conductas.

a su legítimo destinatario, estando obligado a hacerlo; es que el los verbos típicos en esta conducta son de «devolver» y de «entregar», aspecto que incide en sostener que en el caso planteado, la obligación del agente es de *entregar* y no de *devolver*, pues sólo se puede devolver a quien le entrego el bien y, esto no sucede acá, en tanto la entrega la realizó una persona distinta al sujeto pasivo del delito, dando una dinámica distinta de realización típica. Así, se dice en la Casación que *cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió*(356); otra situación se desprende, de quien sorprende al sujeto deudor y se hace pasar como representante de la empresa acreedora, configurando un delito de Estafa, donde sujeto pasivo es el sujeto deudor y no el sujeto acreedor, en tanto el engaño recae sobre el primero y aún es el propietario del dinero, no se da el desligamiento que se aprecia en el caso precedente.

En la opinión de una revista especializada del país, se dice que:... *cuando el bien mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (cono conocimiento del acreedor (el que paga se desliga del bien entregado y este se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió. Es decir, una vez que el deudor entrega el bien al recaudador o cobrador intermediario traslada su propiedad al acreedor (satisfaciendo el pago), razón por la que, en caso de que este bien sea objeto de apropiación (o daño o hurto), el deudor ya no será el agraviado*(357). Éste último sólo lo será, pero por Hurto, cuando el agente cobrador aparte de llevarse el dinero que cobra, se apropia de un bien de propiedad del deudor; y si el agente recaudador, es objeto de un Robo en el trayecto a la empresa, a la cual labora, se configura el delito mencionado y no el de Apropiación ilícita.

No en vano -líneas atrás-, pusimos énfasis en que el agente de este delito, debe recibir el bien como «tenedor» y nunca como probable propietario, de modo, que para que podamos verificar este desvalor, no puede referirse a una acreencia derivada de un acto de enajenación del bien, pues en estos títulos jurídicos no hay obligación de devolver el bien, sino debe ser aquellos que son para darles una determinada utilización. Siendo así, la relevancia jurídico-penal de la conducta, a valorarse conforme la relación entre quien recibe el bien con el propietario del mismo y, no del primero con el sujeto deudor, a efectos de determinar quién es el sujeto pasivo del delito, lo que hace el deudor es desprenderse de un dinero, que ya de por

(356) Fundamento 8.2.

(357) En: Diálogo con la Jurisprudencia, N° 175, abril del 2013, cit., p. 203; Bernal Cavero, J.; *¿Quién es el agraviado del delito de Apropiación...*, cit., p. 15.

si le pertenece al acreedor, recibido fenoménicamente por el comisionista (de *propia mano*)[358]; por ende, la equivocidad es evidente en el Tribunal de Apelaciones, cuando señala que *la condición de sujeto pasivo en el delito de apropiación ilícita no se da en función de la persona a quien el sujeto activo se obliga a entregar un bien, sino en referencia a la persona que entrega dicho bien en posesión temporal, siempre que del título o contrato celebrado surja la obligación de entregarlo a otro.*

A MODO DE CONCLUSIÓN

En el presente análisis, hemos abordado una problemática que se suscita, en un ámbito estrictamente interpretativo de la norma jurídico-penal, esto es, definir si una determinada situación fáctica, puede ser considerada o no como típica, siempre deberá respetar el mandato de la *lex stricta* y de la *lex certa*, de que fijar el ámbito de protección de la norma no puede suponer nunca el desborde de la literalidad normativa.

Conforme se van sucediendo determinados hechos, el operador jurídico advierte que ciertos lineamientos de interpretación normativa, sin insuficientes para resolver estas evidentes problemáticas, y este es el caso, del cobrador y/o recaudador en el delito de Apropiación ilícita; entendido esto, la resolución correcta, debe partir de una apreciación dogmática que se corresponda con el bien jurídico, que protege esta figura del injusto penal patrimonial, -que es sin duda alguna- la propiedad, concebida como un derecho subjetivo (real), que cuenta el sujeto pasivo sobre el bien que entrega al sujeto activo.

De forma, que aparece una dinámica delictual distinta a la que la jurisprudencia ha estado acostumbrada a valorar, en el sentido de que la entrega del bien, no necesariamente debe ser efectuada por el sujeto pasivo del delito; es así, que se observa, que el comisionista y/o recaudador, recibe la cosa del sujeto deudor, a nombre y representación del sujeto acreedor, con quien lo une una relación comercial o dígase laboral. De ahí, que debamos fijar el verbo típico, no en el término «devolver», sino en el término «entregar», en tanto, el dinero –por ejemplo-, no lo recibe del sujeto pasivo, sino de una tercera persona, de un sujeto deudor, que desde el momento en que ingresa a la esfera de custodia del agente, se traslada a la esfera de dominio del comitente, por lo que, se está ante una conducta indubitablemente típica, debiendo responder el comisionista por el delito de Apropiación ilícita, más si este ya no tiene una relación laboral con el sujeto acreedor y se hace pasar como tal, engaña por lo tanto, al sujeto deudor, configurando el delito de Estafa.

(358) Vide, al respecto, Vinelli Berau, R. y otro.; *Apropiación ilícita y...*, cit., p. 22.

No queda más que decir, que el aspecto nuclear de este injusto penal patrimonial, radica en un abuso de confianza del agente, quebrando la vigencia de un derecho real (*propiedad*), sobre el bien, de manera, que el autor sólo puede recibir la cosa como *tenedor y nunca, bajo un título que implique la traslación de dominio, pues de ser así, y el agente no cumple con pagar el bien, se dará un incumplimiento contractual, mas no, el delito –in comento-, de ahí, nuestros reparos que el derecho crediticio sea –también-, el objeto jurídico de tutela punitiva, en el artículo 190° del CP.*

ARTÍCULO 191.- SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO

El propietario de un bien mueble que lo sustrae de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

1. BIEN JURÍDICO, FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN

El tipo penal que se contiene en el artículo 191° del C.P., conlleva una particularidad, una sustantividad propia, que de cierta forma no se ajusta a la naturaleza del bien jurídico tutelado; pues, si hemos sostenido, que el interés jurídico –objeto de tutela, en esta Titulación es propiamente la propiedad que recae sobre los bienes muebles que son pasibles de sustracción y/o de apoderamiento; como se puede decir, por tanto, que el propietario de un bien puede atentar contra su propio título dominal. Siguiendo a González Rus, diremos que no es propiamente un hurto, dado que el sujeto activo ha de ser el propietario, lo que impide entender que el bien jurídico protegido sea, como en éste, la propiedad[359].

En el desarrollo dogmático del delito de Hurto, pusimos de relieve que en dicha capitulación, no puede ser entendido el bien jurídico, en un sentido estricto de lo que debemos entender por «propiedad», sino que habremos de adentrar en sus derechos reales inherentes, básicamente en la posesión del bien, que se ve mermada cuando el poseedor legítimo es desposeído ilegítimamente del bien; quiere decir esto, que cuando la tenencia del bien viene revestida por un justo título, por un derecho subjetivo reconocido legalmente, el propietario del mismo, no puede más que recuperar su custodia por las vías lícitas, que se desprenden del derecho positivo. De no ser así, se estarían consintiendo vías de hecho, para el recupero de los bienes muebles, lo cual no se condice con lo que debemos entender por "ejercicio legítimo de un derecho". Según los dictados de un Estado de Derecho, nadie puede tomar

(359) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (II)*, cit., p. 589.

la justicia de propia mano; sólo bajo las excepciones que de forma reglada se han glosado en el ordenamiento jurídico.

Otro aspecto de importancia, es que el legislador ha incluido esta figura delictiva en el ámbito de los delitos de Apropiación Ilícita, lo cual trasluce una incorrecta e inadecuada técnica legislativa, en la medida que el verbo nuclear que caracteriza este hecho punible es la «sustracción» de un bien, modalidad típica que se ajusta a la naturaleza de los delitos de Hurto y no a los contemplados en el Capítulo III de esta capitulación. Es por ello, que en otras codificaciones penales, se ha denominado a esta conducta como «Hurto impropio» (*furtum possesionis*); así el C.P. español, cuando en su artículo 236°, reprime aquella conducta, del que siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de cincuenta mil pesetas.

Dice Soler que es mejor designar este hecho como hurto impropio, entre otras razones porque puede recaer tanto sobre una cosa realmente poseída por otro como sobre una cosa que otro tiene por algún otro título no constitutivo de posesión, como la locación[360]; de todas manera supone una conducta atenuada del Hurto, aunque para el legislador no ha devenido en una represión mitigada en sus efectos.

Su mínimo contenido del injusto típico, puede abogar su descriminalización, mas considero que su inclusión en el catálogo delictivo, resulta importante en cuanto a una real tutela de la «posesión», con arreglo a los fines preventivo-generales de la sanción punitiva.

Según lo antes descrito, el bien jurídico que ha de tutelar el tipo penal previsto en el artículo 190°, constituye el *ius possionis*, el uso y disfrute de quien tiene reconocido jurídicamente un derecho posesorio sobre un bien[361]. La posesión como señorío de hecho o poder fáctico que se ejercita sobre un bien, y que permite el goce o disfrute de él, independientemente que se tenga un derecho (real) o no, constituye la base de la teoría posesoria[362].

Como dice Pérez Manzano, el bien jurídico protegido es la posesión. Pero sólo si es legítima, es decir, si tiene una cobertura jurídica[363]; revestimiento legal que basta con que sea "aparente".

---

(360) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p, 431.

(361) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II-A, cit., p. 225; Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 421.

(362) Ramírez Cruz, E.Mª; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 279.

(363) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 365.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

No puede serlo cualquier persona, pues se requiere la calidad jurídica de «propietario no poseedor», por ende, se trata de un delito especial propio; si la sustracción la comete un tercero, será siempre un Hurto (simple o agravado).

Se requiere de una persona psico-física considerada, por lo que la *societas* no puede ser autor, mas sí los individuos que actúan al frente de los órganos de representación.

Si se trata de un copropietario, y el bien no ha sido objeto de división y participación, la conducta es atípica y, si ya se produjo la partición, será pasible de punición, pero de conformidad al artículo 185° del C.P.

2.2. Sujeto pasivo

Lo será únicamente el legítimo poseedor no propietario, quien ostenta legalmente la tenencia del bien; en ningún caso, el propietario, pues bajo dicha hipótesis, ingresan en acción los tipos penales de Hurto.

2.3. Modalidad típica

La redacción normativa de este injusto repite prácticamente la modalidad del Hurto Común, cuando define la materialización típica mediante la «sustracción» del bien mueble que se encuentra en poder de su legítimo poseedor.

Se trata entonces de tomar la cosa no ajena, sustrayéndola del lugar donde el sujeto pasivo ejercer su tenencia, desplazándola a otro lugar, a efectos de hacer uso y disfrute del bien; el autor no pretende asumir un nuevo *dominus*, pues éste ya lo tiene, lo que quiere en realidad es reunir en su derecho de propiedad el resto de derechos reales que de él se derivan.

Basta de que por medio de sustracción se haga perder la cosa a quien legítimamente la tiene, dice Soler. Para esta figura, la acción es importante en cuanto quita no en cuanto proporciona o da poder sobre la cosa(364).

La distinción con el delito de Apropiación Ilícita, habría de observarla desde dos aspectos: primero, la forma de que como el bien ingresa a la esfera de custodia del autor, en el tipo penal *in examine*, se logra a través

(364) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 434.

de un acto de apoderamiento, sin consentimiento del titular, en cambio en el segundo, a partir de un justo título; segundo, mientras que el artículo 191° ataca la posesión, el artículo 190° ataca la propiedad del bien.

Tampoco puede tratarse de una estafa, pues el agente no se ha valido de algún tipo de engaño, fraude, ardid u otro medio fraudulento, que haya incidido en la esfera decisoria de la víctima. El desplazamiento del bien, se ejecuta en contra de la voluntad de la víctima. Se dará también esta figura si el sujeto pasivo le entrega el bien para que se lo cuide por un momento, lo que es aprovechado por el agente para llevarse el bien.

Cuando hablamos de sustracción, importa la destreza que tiene el agente, para apoderarse ilegítimamente del bien, por lo que de puede mediar violencia y/o amenaza grave, ello no dará lugar a una tipificación penal por Robo, pues elemento normativo de dicho injusto lo constituye la «ajenidad» del objeto; en tal medida, se daría un concurso real de delitos, entre el Hurto Impropio con coacción y/o lesiones de ser el caso[365]; no puede ser un concurso ideal, pues ha de advertirse un pluralidad de acciones que se refunden en tipificaciones autónomas[366]. De igual, si concurre alguna de las circunstancias que se glosan en el artículo 186°, no cambia la tipificación penal, pero por ejemplo si se realiza en casa habitada, se dará en concurso con el de Violación de domicilio.

El bien debe ser sustraído de quien lo tiene en su poder con un título legítimo; legitimidad que puede venir de una convención con el propietario (prenda), de un mandato judicial (depósito o custodia), o de la ley. En cambio, si el propietario saca el bien del custodio de la autoridad, comete el delito de sustracción, destrucción, sustitución de pruebas, apunta Peña Cabrera[367].

La conducta típica puede ser ejecutada de forma inmediata por el propietario o puede ser realizada en autoría mediata por el mismo instrumentalizado a un tercero que desconoce la ausencia de facultad decisoria del propietario[368]; pero si el propietario induce a un tercero (no propietario), a que sustraiga el bien de su legítimo poseedor, se dará un delito de Hurto Simple, el problema es el caso del propietario que al no tener la calidad para ser sujeto activo de dicho delito, no puede ser inductor, por tanto tendría que responder como cómplice.

---

(365) Se descarta el concurso con el artículo 417°, ejercicio de la justicia de propia mano, en tanto el artículo 191°, ya está acogiendo de forma específica dicha conducta, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem*.

(366) Cfr., Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 240; Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 366.

(367) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 227.

(368) Pérez Manzano, M.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., p. 365.

Por su parte el «perjuicio», no constituye como en otras figuras una condición objetiva de punibilidad, sino que se encuentra abarcado ya en la causación misma del resultado antijurídico; él puede recaer en el legítimo poseedor o en un tercero. Perjuicio que debe ser cuantificado en dinero, debe acaecer una merma en el patrimonio del ofendido; v.gr., el chofer de un vehículo que es despojado de aquel por su legítimo propietario se verá perjudicado económicamente, pues ya no podrá usar el carro para su oficio de taxista.

Al haberse incluido en la construcción normativa, el aspecto del perjuicio, queda al margen la necesidad de una determinada cuantificación del bien, para que sea constitutivo de un delito, a diferencia de los tipos delictivos previstos en los artículos 185° y 186° del C.P. y, si éste es mínimo la conducta simplemente no resulta penalizable.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 191°, adquiere la perfección delictiva, cuando el agente logra sustraer de forma efectiva el bien de la esfera de custodia de su legítimo poseedor, con aptitud de perjuicio para el tenedor o un tercero; esto es, basta con que se verifique dicha potencialidad para admitir su realización típica[369]; desde el momento en que la víctima es desposeía del bien, por ende, neutralizado de usar y disfrutar el bien, el perjuicio se concretiza de forma inmediata, media, entonces, un escaso margen temporal, en tal virtud, no estamos de acuerdo de exigir la producción concreta del perjuicio[370].

Será un delito tentado, cuando el autor no logra sustraer el bien, por causas ajenas a su voluntad.

En lo que respecta a la «ilegitimidad de la acción», pueden darse un estado de necesidad justificante, cuando el agente sustrae el vehículo para poder llevar a su menor hijo herido al hospital más cercano.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine* es sancionable sólo a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta a sacar de la esfera de custodia un bien de su legítimo poseedor.

El dolo ha de abarcar también la aptitud lesiva de la conducta de producir un perjuicio, al tenedor o a un tercero.

---

(369) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 228.

(370) En contra, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 229.

¿Qué ocurre en el caso de aquel agente que no sabe que es propietario del bien que sustrae del poseedor legítimo? Cree por tanto que está cometiendo un delito de Hurto, que en definitiva no da lugar a un error de tipo, pues dicha condición no tiene que estar comprendida por la esfera anímica, por tanto, punible por la conducta en análisis.

ARTÍCULO 192.- APROPIACIÓN DE BIEN PERDIDO O DE TESORO

Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

1. *Se apropia de un bien que encuentra perdido o de un tesoro o de la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las normas del Código Civil.*

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

El artículo 192° del C.P., recoge dos conductas en realidad atenuadas, tanto con respecto al Hurto como a la Apropiación Ilícita, pues es de verse de su construcción normativa, que la apropiación del bien, no es materializada mediando un acto de sustracción propiamente dicho, cuando el agente desplaza el objeto de la esfera de custodia del sujeto pasivo, sino cuando éste lo encuentra perdido o es parte de un tesoro; por tales motivos, puede que su penalización no se ajuste a un patrón de mínima lesividad social y, a la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, de suerte que la esfera del Derecho Privado pueda resultar suficiente para resolver dichos conflictos.

La ausencia de apoderamiento estricto como acto de desplazar físicamente el objeto desde el ámbito patrimonial del sujeto pasivo al del activo impide su calificación como hurto propio(371).

La norma tiende a proteger un doble derecho: cuando se trata de la cosa perdida, se tutela el derecho de dominio, posesión o tenencia de quien la perdió y de que le sea restituida; cuando se trata de tesoro encontrado, el derecho del propietario o poseedor del predio a que le sea entregada la partes que le corresponde(372).

En palabras de Núñez lo que la apropiación indebida ofende es el derecho del tenedor, poseedor o dueño de la cosa a que le restituya la cosa perdida, o el derecho del propietario del predio a que le haga entrega de la parte

(371) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (II)...*, cit., p. 491.

(372) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 543.

del tesoro que le corresponde[373]. Podrá decirse ello desde una perspectiva inmediata del carácter de este injusto penal, pero de todos modos, siempre será objeto de tutela la propiedad, al verse privado el titular de la plena disponibilidad de los derechos reales inherentes a aquélla[374].

1.1. Apropiación de bien perdido

1.1.1. Tipicidad objetiva

Es de verse que la punibilidad de las conductas en cuestión, debe ser analizada, conforme ciertos dispositivos legales, comprendidos en el Derecho privado, por lo que estaríamos ante una norma penal «en blanco», en tanto que para complementar la materia de prohibición nos debemos remitir a una norma extra-penal.

Primer comportamiento, hace alusión a la «apropiación de un bien perdido»; en tal sentido, la tenencia del bien no se logra mediante una conducta típica de sustracción, en tanto el autor se encuentra la cosa fuera de la esfera de custodia de la víctima. Razón por la cual la apropiación ilícita de bien perdido ocasiona menos alarma social, de ahí la benignidad de la pena[375].

Soler distingue esta figura del Hurto, por una consideración objetiva y subjetiva a la vez. Objetivamente, porque no hay violación de una posesión actual; subjetivamente, porque es muy distinto el hecho de aprovecharse de una situación creada por un caso fortuito del de intervenir directamente con la propia acción causando daño a alguien[376]. Dicho de otro modo: *en el Hurto Simple y sus derivados, el autor se hace de la cosa, mediando una acción directa que incide sobre la posesión inmediata de su tenedor, en cambio en esta figura delictiva, el agente no materializado conducta positiva alguna para hacerse del bien, simplemente de forma casual se encuentra con el bien*. No se dará este caso, cuando el autor primero remueve la cosa de su sitio, para luego apropiarse de ella; sino quien ve como se le cae la billetera a un transeúnte y pasando por su lado la recoge y la ingresa a su custodia. Cuando el agente conoce al propietario la entrega del bien debe efectuarla ante él, y no según las reglas que se verán en artículos más adelante.

Podremos afirmar la tipicidad de este delito, cuando el taxista no devuelve un bien que se quedó en su vehículo, que sabía muy bien, que pertenecía a uno de sus clientes, tratándose de un bien olvidado, pues el objeto se encontraba en la esfera de custodia del mismo, a menos que éste haya

(373) Nuñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 410.

(374) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 238.

(375) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 230.

(376) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 435.

incidido de forma fáctica en su perdida; lo mismo no puede verse con tanta claridad, en el supuesto del dueño de una casa que encuentra una joya en su interior, que se presume pertenece a uno de los invitados de la fiesta del día anterior, pero cuando el objeto que es sustraído de su casa es de su propiedad, se configura el delito de hurto.

Diremos que no existe una cabal conciencia en la ciudadanía, de que conductas como éstas constituyen un ilícito penal, sino fuera así, tal vez se producirían un mayor número de devoluciones; aunque siempre la impunidad, en virtud de la cual se cometen estas conductas, no inhibe los impulsos delictivos.

Habrá que decirse primero, con respecto al bien perdido, que debe tratarse de un objeto que tiene dueño, pero que por motivos ajenos a su voluntad, se encuentra fuera de su esfera de custodia; (...) debe considerarse perdida la cosa dejada por necesidad, como la dejada sin ella, pero sin intención de abandonarla(377). ¿Qué sucede cuando el agente se apropia de un objeto dejado por un ladrón? De igual forma, si esta es aprehendida sin haberse realizado ningún acto típico de sustracción, ha de verificarse la figura delictiva *in comento*, pero si ésta se la entrega de propia mano, será constitutivo de Receptación.

Se diferencia la cosa perdida de la cosa abandonada, que mientras la primera de la mencionada se encuentra fuera de la custodia de su titular en contra de su voluntad, la segunda ha sido colocada en un lugar ajeno a la custodia de su titular, por propia voluntad del mismo.

Lo importante para Soler, es que el autor o bien sepa que es una cosa que el propietario ha perdido porque, por ejemplo ha presenciado la perdida, o bien crea, por la situación de la cosa, que efectivamente era perdida(378); nos inclinamos porque el deslinde del bien «perdido» haya de ser delimitado desde un plano objetivo(379), pues dejar al arbitrio del autor, dicha condición conduciría a resoluciones contradictorias, lo que debe ser desdeñado desde el marco de una interpretación que deba arribar a posiciones sujetas a un mínimo de convicción; v. gr., no podría decir que es una cosa pérdida, el maletín que fue colocado en una mesa, donde todos observaron que pertenecía a un determinado sujeto, dando lugar a un Hurto. El error en que pueda haber incurrido el agente, son cuestiones que deben ser confrontados en el tipo subjetivo del injusto.

---

(377) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 412.

(378) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 437.

(379) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 411; González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., p. 714..

No son cosas perdidas ni las *res nullius*, que no tienen dueño y son susceptibles de ocupación por cualquiera, ni las cosas abandonadas, que suponen una dejación del dominio como consecuencia de un acto voluntario del dueño, pudiendo ser adquiridas también por cualquiera(380).

Ahora bien, debemos confrontar la tipicidad objetiva con las normas que al respecto regula el Derecho Privado, en tanto se dice en las últimas líneas de este articulado, que la apropiación debe tomar lugar en infracción de las normas del Código Civil. El artículo 932°, señala lo siguiente: "*Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos*".

Del precepto invocado se colige, que la persona que encuentra el objeto perdido tiene la obligación de ponerlo a recaudo de la autoridad municipal, por lo que deberá ir se entiende a la Comuna del territorio (donde ejerce jurisdicción) donde halló el bien; así también deberá efectuar una publicación, es decir, deberá publicarse un anuncio en un periódico local, suponemos. Gastos que deben serán reembolsados por el dueño del bien, a lo cual se agrega, el pago de una recompensa a favor del descubridor, lo que no puede ser menor a una tercera parte de lo recuperado, tal como se desprende del artículo 933° del CC. Seguidamente, se da solución, cuando el presunto dueño no se apersona, dándose el bien por no reclamado, es objeto de un remate en subasta pública. Lo que no dice la norma es qué sucede en aquellos objetos que no se encuentran registrados, como habrá de acreditarse dicha titularidad, v. gr., relojes, celulares, dinero en efectivo, etc.

En resumidas cuentas, cuando la persona que se encuentra el bien, no hace el trámite correspondiente, según lo antes anotado, podrá ser pasible de incurrir en esta infracción delictiva; a lo cual debe añadirse el ánimo de apropiación, no lo tendrá aquel, que luego de hallado el objeto, busca a su dueño, pero al no encontrarlo lo deja en otro lugar. Debe revelarse la asunción de un nuevo *dominus*, es decir, de que haya de observarse actos de disposición sobre el bien; no se puede hablar de apropiación cuando el autor solo lo usa el bien, y luego lo deja abandonado. Dicho comportamiento no puede ser penalizado.

Cuando quien hizo el hallazgo no realizó ninguno de los actos explícitos de propiedad y, solamente se le reprocha la accidentalidad de haber encontrado un objeto, el acto honesto de haberlo recogido y la sucesiva retención de aquel objeto sin hacer la denuncia o la restitución de él, puede, por un lado, dejar la duda de si existió ánimo de apropiarse, y, por otro lado,

(380) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VI)*, cit., p. 713.

es evidente que se desnaturalizan los caracteres del delito, ya que un delito que debería consistir en un acto positivo o de acción, se convierte en un delito negativo o de inacción, o sea que no disponer de la cosa se equipara a disponer de ella(381); lo cual en definitiva, será objeto a dilucidar en el proceso penal respectivo.

El hecho que el autor conozca al propietario no desvirtúa el delito de apropiación; del mismo modo, el que cree de buena fe que el bien es perdido(382).

1.2. Apropiación de Tesoro

¿Qué debemos entender por tesoro?, doctrinariamente, escribe Ramírez Cruz, es tesoro un objeto o bien mueble de valor que, por cualquier motivo (Vg., guerra, terremoto), queda encerrado o sepultado (en un predio o inmueble) u oculto (en un mueble) y cuyo dueño no es –o no puede ser– conocido. Por lo mismo, no se trata de riqueza natural, como las minas, por ejemplo(383); así tampoco del hallazgo de petróleo, al denotar una caracterización diversa.

A nuestra consideración entendemos por «tesoro» todos aquellos bienes, objetos, joyas y otros, que se encuentran en el suelo (sub-suelo), de un determinado inmueble.

Se señala para que podamos hablar de tesoro, deben darse dos requisitos: 1°) tratase de bienes muebles ocultados o enterrados; 2°) debe desconocerse al propietario de ellos. No sólo debe ignorarse no tenerse memoria del propietario, sino que nadie puede acreditar su derecho de tal(384).

De igual forma que la modalidad delictiva anterior, a fin de desentrañar la relevancia jurídico-penal de la conducta ha de cotejarse con las disposiciones del Código Civil, cuya sola contravención no resulta suficiente para poder verificarla, pues debemos acreditar también que se cumpla con el principio de lesividad y con el contenido de la imputación subjetiva(385).

El artículo 934° del CC, dispone, que no está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario. El tesoro hallado en contravención de este artículo pertenece íntegramente al dueño del suelo. Quien buscare tesoro sin autorización

---

(381) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 544.

(382) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 232.

(383) Ramírez Cruz, E.M^{a}; *Tratado de Derechos Reales*, T. II, cit., p. 173.

(384) Ramírez Cruz, E.M^{a}; *Tratado de Derechos Reales*, T. II, cit., p. 173.

(385) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 546.

expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes; mientras que el artículo 935° (*in fine*), prevé que el tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto.

Entonces según lo previsto en las normas acotadas, es de verse, que todo tesoro que se halle (casual o intencionalmente), en terreno ajeno, salvo autorización expresa (tácita o presunta) del propietario, por lo que si no se cumple con dicha exigencia la propiedad del tesoro se le reconoce al titular del derecho real. Renglón seguido, se dispone una sanción indemnizatoria a favor del propietario, cuando el que lo encuentra lo realizó sin asentimiento del primero; quiere decir esto, que si ya opera dicha cláusula, ya no se puede instar la acción penal, so pena de vulnerar el principio del *non bis in ídem*, teniendo en cuenta que la sentencia de condena lleva aparejada un monto dinerario a favor de la víctima, por concepto de Reparación Civil, que es de naturaleza indemnizatoria.

En la otra hipótesis se hace alusión, al descubrimiento del tesoro, en caso de tratarse de un terreno que no se encuentra cercado ni edificado, determinando que éste debe ser dividido en partes iguales entre el descubridor y el propietario del terreno, salvo pacto en contrario.

Para que podamos afirma la figura en análisis, primero el agente debe haber actuado sin observar las disposiciones legales –antes mencionadas–, y, segundo, debe verificarse que éste actúe con voluntad de dueño, de que realice actos de disposición sobre el bien, de ingresar el tesoro a su acervo patrimonial. No delinque el hallador o el descubridor que simplemente omite las diligencias que indica la ley civil, pues no delinque si, por ejemplo, no las cumple pero abandona la cosa[386].

El descubridor puede invocar la prescripción por tratarse, el tesoro, de un bien mueble. Requiere de posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay (art. 951° del CC)[387]. Si esta prescripción de dominio, obtiene respuesta favorable por el órgano jurisdiccional, ya no se podrá hablar de un hecho punible, en la medida que el agente se convierte en propietario del bien, por lo que ya hay lugar a un juicio positivo de lesividad y, si en el transcurso del proceso civil, se pretende incoar la acción penal, el imputado ha de presentar una cuestión prejudicial.

(386) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 413.

(387) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 233.

2. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La infracción delictiva del artículo 192°, que se materializa en los dos supuestos típicos, alcanza la consumación, cuando el agente se apropia del bien, no cumpliendo con ejercitar actos demostrativos de entrega del mismo o, cuando se hallo el tesoro y realiza actos de disposición[388], sin haber solicitado autorización al propietario del suelo.

La existencia de actos de consumo, destrucción o disposición, o meramente el transcurso prudencial del tiempo, determinarán los instantes de consumación[389]; mas no cuando el hallador abandona el bien.

El delito tentado habremos de fijarlo hasta antes de que el agente, ya cuenta con plena disponibilidad del bien, puesto que ya lo ha ingresado a su esfera de custodia; lo cual puede lindar con la mera inobservancia de los preceptos legales del Derecho privado, a lo cual debe añadirse el dolo, de que dichos actos se dirijan a la apropiación del objeto.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Las modalidades típicas que se cobijan en el artículo 192° sólo resultan sancionables a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta, a la apropiación de un bien, conociendo de qué se trata de una cosa perdida o que dicho tesoro no le corresponde. No es necesaria, sin embargo, que esa conciencia consista en la certeza, sino que basta que se presente como probabilidad despreciada por el autor (dolo eventual)[390]; mejor dicho cuando se revela una conciencia del riesgo típico.

Si el autor yerra sobre el carácter "perdido" del bien, suponiendo más bien que fue abandonado, será constitutivo de un error de tipo; o de creer que le tesoro le corresponde, porque él ha efectuado la edificación (superficie).

El dolo del autor ya cubre la apropiación misma del bien, por lo que no es necesaria la concurrencia de un ánimo trascendente (*animus rem sibi habendi*)[391].

---

(388) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 438.

(389) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 234; Siguiendo a Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 439.

(390) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 415.

(391) En contra, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 239.

ARTÍCULO 192.- APROPIACIÓN DE BIEN POR ERROR O CASO FORTUITO

Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, quien realiza cualquiera de las acciones siguientes:

2. *Se apropia de un bien ajeno en cuya tenencia haya entrado a consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad.*

1. TIPICIDAD OBJETIVA

La materialidad típica de este delito, se concretiza cuando el agente se apropia de un bien, que ingresa a su esfera de custodia como «consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente de su voluntad»; quiere decir esto, que para que pueda verificarse esta figura delictiva, primero ha de descartarse, cualquier tipo de apropiación que tenga como precedente, una acción positiva del autor, que importe una sustracción, de que éste de propia mano tome la cosa como suya (hurto) o que se trate de un bien perdido. Tampoco puede tomar lugar el delito de estafa, pues para ello se requiere una determinada actividad fraudulenta del agente, quien maquilla la realidad, a partir de actos propios de engaño, lo que no se adecua a la literalidad de este delito, al exigirse que el bien ingrese a la tendencia del autor, por razones ajenas a su voluntad.

La sustantividad penal de esta infracción, da lugar a un particular traslado del bien hacia la esfera de organización del sujeto activo; pues es la propia víctima que de forma fáctica entrega el objeto al autor, pero dicha traslación mobiliaria, viene caracterizada por una confusión del ofendido, pues por error la tenencia es desplazada al agente, sea porque se debió enviar el dinero a otro destinatario o por un evento fortuito llega a manos equivocadas.

Lo esencial es que este delito implica una lesión a la propiedad ajena sin despojo furtivo o fraudulento de la cosa por el autor[392].

1.1. El «error»

De forma genérica puede decirse que el error supone aquella representación falsa de la realidad, cuando la persona supone algo que no se condice con la verdad de las cosas. Estado de cognición que se puede llegar de forma involuntaria o mediando la inducción de un tercero.

---

(392) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 419.

Si el autor provocó el error, escribe Soler, determinante de la transferencia, será punible a título de estafa. Por eso no es necesario que el error sea precisamente de la persona que entrego. Basta que el sujeto haya entrado en la tenencia a consecuencia del error[393]; v.gr., quien entrega los electrodomésticos de una tienda a los clientes, cuenta ya con la anotación del destinatario del bien en su cargo, por lo que cumple con dar el objeto a dicha persona, siendo que por error la secretaria del ejecutivo de ventas, consigno un nombre equivocado.

El error que aquí nos interesa es que el que causa la transmisión de la tenencia, por ende, son indiferentes las equivocaciones sobre el precio o la calidad del bien[394].

En el típico caso del cliente de un restaurante, a quien el cajero le entrega un vuelto que excede de lo que debía dar; o simplemente se confunde el mozo y le da el dinero que le corresponde a otro comensal. Ejemplo constante, cuando una empresa que tiene varios proveedores, por los productos que comercializa, por error dispone un giro bancario a un proveedor que no es en realidad el distribuidor de los productos que pretende comprar. El banco también puede cargar por error a una cuenta de ahorros, un abono de dinero que en realidad no ha ingresado; si el cliente observa dicho detalle, debe comunicárselo al banco, pero la tipicidad penal exige que el agente sepa que el bien ha ingresado a su poder (fáctico) y, así poder realizar actos de disposición, quien no lo sabe, o simplemente no se percató de ello, no estará actuando como dueño del bien. Pero como bien dice Soler, es perfectamente posible la creencia de que alguien haya girado esa suma[395], sobre todo si se trata de un prospero comerciante que tiene negocios con un número indeterminado de personas; empero, siempre habrá un detalle que lleve a esclarecer la verdad de las cosas, pues ha de cotejarse dicho ingreso con el movimiento económico realizado, de acuerdo a la fecha del giro, etc.

No es necesario que el error sea captado de forma inmediata por el autor, puede que dicha conciencia de la realidad sea percibida a posteriori, donde su negativa a devolverlo, indicará su real apropiación.

El acto de disposición del objeto puede consistir en negar haberlo recibido o en no proceder a su devolución al comprobar el error[396].

---

(393) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 440.

(394) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 236.

(395) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 441.

(396) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (II)...*, cit., p. 493.

1.2. Caso fortuito

Actúan a veces las fuerzas mismas de la naturaleza para desplazar las cosas de una esfera de custodia: el viento, una corriente de agua puede traer a nuestra propiedad algo perteneciente a otro[397]; pero para ello, no puede revelarse acción positiva alguna por parte del agente, que haya coadyuvado de cierta forma, para que el bien ingrese a su esfera de custodia.

El azar, el destino puede actuar a favor de una persona, que desplazándose de la esfera de custodia del sujeto pasivo, termine recalando en su poder fáctico; se dice por la doctrina, con razón, de que ésta modalidad tiene semejanza con la apropiación de cosa perdida, pues es evidente, que en la entrega del bien no participa activamente su titular.

También son fuente de casos fortuitos los hechos de los animales y la actividad humana involuntaria, dice Núñez. Constituyen casos fortuitos ligados a la actividad humana la caída de un objeto de un avión y el olvido de la cosa por el dueño en poder del autor[398]; v. gr., los lingotes de oro que se caen de un vagón cuando se descarrila y son aprehendidos por unos lugareños. Los frutos que caen en el fundo del vecino, por obra de la naturaleza.

1.3. Cualquier otro motivo independiente de la voluntad del agente

El legislador con esta fórmula abierta, pretende llenar los vacíos de punibilidad, que pueden originarse cuando la conducta no se puede cobijar a los alcances normativos del error y del caso fortuito; en sujeción al principio de legalidad.

Son situaciones distintas al error y al caso fortuito, v. gr., el pastor que de buena fe reúne junto con el ganado de su patrón el ajeno; el dueño adquiere así, involuntariamente, la tendencia de los animales que no le pertenecen[399].

2. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

De igual forma que las modalidades típicas anteriores, la perfección delictiva ha de alcanzarse cuando el autor se logra apropiar del dinero, cuando está en posibilidad de disponer del bien, no cuando ingresa el objeto a su esfera de custodia.

---

(397) Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 440.

(398) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 421; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 549.

(399) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 238.

En realidad, resulta empresa difícil identificar los actos que den lugar a un delito tentado, en orden a su propia naturaleza, donde aún no se manifiesta la apropiación del bien, pues bien puede no conciliar ello con la intencionalidad del autor.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La hipótesis delictiva *sub examine*, únicamente es punible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente no direcciona una determinada conducta, sino simplemente omite devolver el bien, que sabe ha ingresado a su esfera de custodia por error o caso fortuito. Lo que fundamenta el injusto no es en sí el ingreso a la tenencia del agente, sino su conducta posterior de hacer suyo el bien, al retenerlo en su poder.

No es necesario recurrir a un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, para desvirtuar la relevancia jurídico-penal de la conducta, bastará para ello, ceñirse a los actos que de forma objetiva realiza el autor, luego de que el bien es ingresado a su esfera de poder.

Mientras que el autor se encuentre convencido que el dinero que ha sido abonada a su cuenta de ahorros, es perfectamente lícita, habrá que apreciar un error de tipo; no un error de prohibición pues en este caso no se está poniendo en duda la conciencia del injusto del agente.

ARTÍCULO 193.- APROPIACIÓN DE PRENDA

El que vende la prenda constituida en su favor o se apropia o dispone de ella sin observar las formalidades legales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

1. BIEN JURÍDICO, FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

En la figura delictiva que se comprende en el artículo 193° del C.P., el legislador ha incluido una conducta que manifiesta un contenido civilista, pues el acreedor prendario, ostenta en realidad un crédito a su favor, pero dispone del bien mueble, dado en garantía, en inobservancia de la normatividad sobre la materia.

A partir de lo reglado en este tipo penal, se pretende poner en tutela la propiedad del deudor prendario, esto es, que el bien que otorga en garantía al acreedor prendario no se objeto de enajenación, sin antes, haberse ceñido a las regulaciones legales aplicables. Existe, pues, un ámbito poco preciso a veces, de definición entre el injusto civil y las infracciones del Derecho Privado, no olvidemos que el artículo II del Título Preliminar del CC, proscribe el ejercicio abusivo de un derecho y, esto es en buena cuenta lo que realiza

el agente en esta figura criminal, en tanto, éste ya cuenta con un derecho efectivo de propiedad sobre el bien prendado, pero se hace de la misma, sin sujetarse a los procedimientos prescritos por la Ley.

Entonces, la sanción prevista en el artículo 193° del C.P., vendría a castigar aquellas conductas que revelan una actuación al margen de las disposiciones del orden jurídico, por ello, debemos acotar que si bien lo que se tutela es el patrimonio del deudor prendario, no es menos cierto que objeto también de protección es la legalidad, de cómo deben ejecutarse las pretensiones en un Estado de Derecho.

El contenido del injusto típico de este hecho punible es en realidad mínimo; primero porque, el bien ha ingresado a la esfera de custodia del acreedor prendario de forma lícita, a través de un contrato de garantía prendaria que respalda a una obligación principal (mutuo dinerario) y, segundo, en el sentido, de que la propiedad del bien legalmente le está siendo reconocida al agente, donde el desvalor surge cuando éste último enajena el bien en infracción de los procedimientos establecidos por el orden jurídico.

Se trata, dice Soler, de un caso en el que autor había adquirido algún derecho sobre la cosa o con motivo de la tenencia de ella; pero que el sujeto hace efectivo ese derecho por propia autoridad llevándolo incluso más allá del crédito real, por medio de un acto de apropiación[400].

La distinción de esta infracción delictiva con el comportamiento típico que se revela en el artículo 190° (Apropiación Ilícita), si bien advierte zonas de intercesión no muy claras, pues en ambas modalidades el bien mueble ingresa de forma legítima a la esfera de custodia del sujeto activo, hemos de apuntar que el tipo legal *in examine* cuenta con una mayor especificidad en su propia sustantividad, en tanto, el bien que es apropiado, se basa en una garantía prendaria, con la particularidad, que el agente tiene el derecho de fungirse como propietario, pero cumplimiento para ello con las exigencias legales, lo que no acontece en la Apropiación indebida, donde el derecho de devolución del propietario del bien se encuentra inherente y, no en el artículo 193°; mediando el principio de especialidad se resuelve el conflicto aparente de normas[401].

---

(400) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 442.

(401) Cfr., al respecto, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 246-247.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

No puede serlo cualquier persona, al exigir la redacción normativa, la calidad de acreedor prendario para ser considerado autor, siendo, por tanto, un delito especial propio. Requiriéndose que sea una persona psíco-física, en caso de tratarse de personas jurídicas, serán los individuos que ejercen funciones de dominio social en sus órganos de representación, quienes tendrán que responder ante la justicia.

2.2. Sujeto pasivo

De igual forma, sólo podrá serlo el deudor prendario, el propietario del bien que ha entregado un bien mueble en respaldo, para garantizar una obligación principal; pudiendo a estos efectos, serlo tanto una persona física como una persona jurídica.

2.3. Modalidad típica

Primero antes de analizar el comportamiento prohibido *per se*, debemos fijar nuestra idea sobre lo que ha de entenderse por «prenda». En un mercado de consumo, donde el desplazamiento de la riqueza es la principal característica de su dinamicidad por parte de sus actores, es lógico que algunas personas tengan que agenciarse de dinero, para poder efectuar un sinnúmero de negocios, para ello acuden a los créditos, a los mutuos dinerarios, que tienen por objeto que la persona solicitante reciba un préstamo por parte de un Banco o de un particular, que luego sea pagado en determinadas cuotas, más el abono de los intereses pactados por las partes; sin embargo en algunas oportunidades, resulta necesario dar en garantía bienes muebles, que se constituyen en el respaldo de recupero de la deuda por parte del acreedor, aparece así el derecho real de garantía, denominado como «prenda».

El artículo 1055° del CC, dispone que la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación; para lo cual se deberá cumplir con los requisitos que se glosan en el artículo 1058° (*in fine*), en orden a cautelar su validez.

Si estamos hablando que este tipo penal importa la apropiación del bien por parte del acreedor prendario, enajenándola o disponiendo de ella, supone esto, que el objeto debe haber ingresado a la esfera de custodia del agente, de no ser así no podrá realizar de forma fáctica los actos que se revelan en construcción típica[402]; en tanto se reconoce también en el Derecho

(402) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 443.

Privado, la figura de las "prendas legales", cuando no se produce la entrega física del bien, de conformidad con el artículo 1065° del CC.

Para poder fijar con corrección la relevancia jurídico-penal de la conducta debemos remitirnos al artículo 1069° del CC, que a la letra señala lo siguiente: "*Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago*".

Sin embargo es de verse que del articulado invocado ha quedado expresamente derogado por el artículo 12° de la Ley N° 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria de marzo de 2006, que reza de la siguiente manera: "*El acreedor garantizado, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación garantizada. Excepcionalmente, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, cuando cuente con fundamentos razonables y objetivos de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía mobiliaria.*

El acreedor garantizado, en caso de que tuviese la posesión del bien mueble, tendrá la calidad de depositario y deberá cuidarlo y mantenerlo en buen estado. Si el acreedor garantizado dañara o pusiera en peligro el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, el deudor o el constituyente tendrán derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar; el deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado con el declarado en el inciso 5 del artículo 19° de la presente Ley o mediante peritaje acordado entre las partes (...).

El acreedor garantizado está obligado a devolver el bien afectado en garantía mobiliaria al constituyente o deudor cuando se cumpla con la obligación principal garantizada. Si se perdiere o destruyere el bien dado en garantía mobiliaria, éste será pagado por el acreedor garantizado, quien sólo podrá eximirse de esta obligación, probando que no se perdió o destruyó por su culpa. Cuando la pérdida fuere por caso fortuito o fuerza mayor, acaecida después de extinguida la obligación principal garantizada, el acreedor garantizado pagará los bienes afectados en garantía mobiliaria si no tuvo justa causa para demorar su devolución. Tiene igual responsabilidad el acreedor garantizado que, sin haber tenido causa legal, rehúsa el pago de la obligación garantizada ofrecido por el deudor (...)".

Si hemos señalado que la materia de prohibición de este tipo penal, debe completarse con las normas del Código Civil (norma penal en blanco),

la nueva normatividad ha de tener repercusiones importantes, a efectos de fijar la punibilidad del comportamiento. Primero, con la norma derogada se entendía que la facultad de vender el bien por parte del acreedor prendario, cuando vencido el plazo, el deudor no cumplía con su obligación, por lo tanto, si antes de ello, el agente enajenaba el bien, no nos cabe duda que habría que subsumir el hecho en el artículo 190°, pues habría aún un derecho expectante de devolución[403].

Segundo con la nueva regulación, traída a más con la Ley de Garantía Mobiliaria, se prevé que de forma excepcional, el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación garantizada, cuando tenga razones atendibles y razonables, de que el bien mueble dado en garantía mobiliaria no se encuentra debidamente conservado o descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución de la garantía mobiliaria. Tercero, en ambas hipótesis el acreedor deberá proceder de conformidad con lo previsto en el artículo 47° de la Ley N° 28677 (venta extrajudicial) o según las disposiciones del Código Procesal Civil.

De lo expuesto se colige que el supuesto de hecho en el articulado en análisis ha de extenderse a esta cláusula de excepcionalidad, de que el acreedor prendario venda y/o disponga del bien, sin haberse vencido el plazo para que el sujeto pasivo haya sufragado la obligación a su cargo, cuando no se acontecían motivos razonables para ello. Situación que deberá ser verificado por el juzgador, por tanto, de ser valorado conforme un criterio discrecional, que en puridad de la verdad, no se condice con el principio de *lex certa*.

Punto importante, es dejar claro, que lo que se penaliza con esta infracción legal, son sólo los actos de enajenación y de disposición, cuando el autor traslada el título dominical del bien a otra persona (compraventa, donación, etc.) o también cuando lo entrega en prenda a un tercero, sabiendo que no se está sujetando a los procedimientos previstos por la Ley. No resultan reprimibles, por tanto, su mero empleo y/o utilización, puesto que el mismo artículo 11° de la Ley –antes mencionada–, concede al acreedor el derecho de usar el bien así como hacerse de sus frutos[404].

La violación de ese derecho de carácter patrimonial puede o no ir acompañada de un perjuicio cuantitativo para el patrimonio del dueño del bien prendado, según que el valor o la liquidación del objeto prendado supere o no el valor de la obligación no cumplida, escribe NÚÑEZ. Pero este daño

(403) Así, VILLA STEIN, J.; op. cit., p. 123.

(404) Contrariamente, el artículo 1076° del CC (derogado), exigía expresamente el asentamiento del constituyente, para que el acreedor pueda usar el bien.

patrimonial constituye un perjuicio civil extra típico, que puede perjudicar al deudor de la obligación principal o al tercero que constituyó la prenda[405].

Si el acreedor prendario dirige su conducta a destruir el bien dado en prenda, será un delito de daños, siempre y cuando haya obrado con dolo y, si sólo la pierde, de forma fortuita o imprudente, sólo será castigado en mérito a una infracción civil.

En el caso de confrontar la tipicidad de la conducta (lesividad), con las causas de justificación que se comprenden en el plano de la antijuridicidad, habríamos de concluir que podría darse un estado de necesidad justificante, cuando el acreedor, a fin de solventar gastos urgentes, para salvar la vida de un familiar, procede a la venta del bien, sin observar las formalidades previstas en la Ley, siempre y cuando el peligro de lesión sea inminente.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La figura delictiva comprendida en el artículo 193°, adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra vender el bien, es decir, cuando perfecciona un acuerdo de voluntades que con tercero o, cuando materializa actos concretos de disposición[406].

Podrá admitirse la tentativa, cuando por diversos motivos, el autor no logra enajenar el bien, v. gr., el aviso de venta del bien en el periódico puede ser reputado como delito tentado.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

El comportamiento que toma lugar en este articulado, sólo es sancionable a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta a la apropiación de un bien mueble que lo tiene en su custodia, en mérito a una garantía prendaria, ora enajenándolo ora disponiendo de aquel, sabiendo que está infringiendo los procedimientos estatuidos en la Ley de la materia.

No puede rechazarse de forma liminar, un error de prohibición, pues la conciencia del injusto en este caso, ha de comprender también las normas del Derecho Privado, al tratarse de una norma penal en blanco.

---

(405) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 424; Vid., al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 241-242.

(406) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 550.

CAPÍTULO IV
RECEPTACIÓN

ARTÍCULO 194.- RECEPTACIÓN

El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.(407)

1. ASPECTOS PRELIMINARES

Los injustos penales que han sido objeto de análisis, páginas atrás, constituyen figuras delictivas que importan una conducta que ataca el patrimonio del sujeto pasivo, quien se ve privada de sus bienes de forma ilegítima, con ello mermado de forma significativa el ejercicio de los derechos reales inherentes a la propiedad; modalidades típicas que suponen el despojo del objeto de la esfera de custodia de la víctima, mediando una actividad típicamente de sustracción, de apoderamiento en el caso del Hurto y, en el Robo, el añadido del injusto típico, es la violencia y/o amenaza que emplea el agente para vencer la resistencia del ofendido. Por su parte en la Apropiación Ilícita, se advierte un modo de recepción del bien diferenciado, con respecto a los delitos antes mencionados, pues ésta ingresa de forma legítima, el desvalor de la acción, surge *a posteriori*, cuando el agente, se niega a devolver el bien a su legítimo propietario.

Dicho lo anterior sólo podrá ser considerado autor, quien de forma material ejecuta la acción típica (autor inmediato), quien utiliza a un tercero instrumento para hacerse del bien, en base al dominio de la voluntad del hombre de adelante (autor mediato) o, quienes conciertan voluntades

(407) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013.

criminales, mediante una división del trabajo, dando lugar a un co-dominio funcional del hecho (coautores), v. gr., mientras que A despliega una fuerza física bastante sobre la víctima, B se encamina a la apropiación de sus bienes muebles, por lo que se configura una imputación recíproca del hecho como una unidad indivisible.

Ahora bien, las formas de participación, son variantes dependientes de la actuación del protagonista del suceso delictivo (autor), colaborando, coadyuvando u aportando con una determinada colaboración, amén de garantizar el éxito del plan criminal, de lograr la perfección delictiva. Se dice por tanto, que la participación (instigación y complicidad), sólo puede admitirse en las etapas preparatoria y ejecutiva del *iter criminis*, por lo que consumado el delito, ya no es posible que puedan hablarse de «complicidad» o de «instigación».

Hemos sido de la opinión, que los delitos de Hurto, Robo y Apropiación ilícita adquieren su realización típica, cuando el agente se apropia del bien mueble y, puede así realizar actos de disposición sobre el objeto. Entonces, la pregunta sería la siguiente ¿Qué sucede con todos aquellos individuos, cuya actuación se manifiesta después de consumado el delito, cuando reciben el bien hurtado, robado o apropiado ilícitamente? El legislador, de común idea con la legislación comparada, ha dado una respuesta político criminal, tipificando una figura delictiva, que ha de comprender todos aquellos comportamientos dolosos, que ingresan en el circuito delictivo de los delitos patrimoniales ya comentados, siempre que éstos no hayan actuado en el delito «antecedente» como autores y partícipes, no se puede penalizar de ninguna manera los actos por los cuales el ladrón cautela su impunidad.

Como una vía de cerrar espacios de impunidad y, de prevenir las conductas delictivas periféricas, aparece el tipo penal de «Receptación»; pues es de recibo, que no se producirían muchos Hurtos y Robos, si es que no existieran personas dispuestas ha adquirir los bienes que se obtienen como resultado de la perpetración de dichos injustos. Se trata de un mercado, donde rige la oferta y la demanda; v. gr., el robo de incesante de automóviles (camionetas), que se observa en la actualidad, emerge ante una demanda de receptadores que comercializan los auto-partes en varios puntos de la ciudad.

Existe un mercado negro muy fuerte y expansivo, donde ingresa toda la mercadería de procedencia ilícita, desde teléfonos celulares hasta armas de fuego; emporios comerciales que regentan estos bienes a vista y paciencia de las autoridades, donde la círculo de receptadores se extiende a gran escala. Es normal ver día a día a ciudadanos "honestos", desplazarse a dichos mercados, para adquirir bienes, que bien se sabe tienen una procedencia dudosa. Intervenir estas conductas con el Derecho Penal sería inimaginable, máxime si la informalidad campea en muchos comercios de las grandes ciudades, donde la compra y venta de objetos carece por lo general de la debida documentación contable y/o tributaria. Por lo general, dicha situación hay que explicarla también de acuerdo a las ingentes cifras de mercancía de

contrabando que ingresan diariamente por las diversas zonas fronterizas del país.

Para ser sinceros las redes de punición recaen, sobre todo, en quienes participan activamente en los hurtos y en los robos, la persecución penal en el caso de los receptadores, no tiene una gran incidencia. Son pocas las sentencias condenatorias que emite el órgano jurisdiccional contra estos furtivos agentes y si son aprehendidos en flagrante delito son inmediatamente puestos en libertad, en la medida que la pena del tipo base de receptación es no menor de uno ni mayor de tres años de pena privativa de libertad, por lo que no se solicita la prisión preventiva, como medida de coerción procesal (personal). Este aspecto penológico demanda una mayor severidad de los marcos penales con el fin de ejercer un ejercicio más intenso de prevención general negativa (intimidación punitiva). Sin embargo, somos conscientes también que el rol informador de la norma jurídico-penal no rendirá los frutos esperados si no se aparejan otras medidas de prevención y persecución penal, dando lugar a una política criminal realmente "integral" que sea capaz de poner frenos a esta incontenible delincuencia.

Por otro lado, debe ponerse de relieve, que la política criminal del tercer milenio ha adquirido un matiz más apegado a la penalización de una mayor gama de comportamientos, incluyendo nuevos supuestos delictivos como circunstancias agravantes y la incorporación de nuevas figuras delictivas. Tomando una orientación especial en el caso de delitos como el narcotráfico y el terrorismo, en virtud de sus efectos sumamente perjudiciales para las bases existenciales de un Estado Democrático de Derecho, lo que ha provocado una intensificación en la respuesta punitiva, con penas más severas así como la sanción de Leyes Penales Especiales, en cuanto a la tipificación de conductas, que se encuentran conectadas con estos delitos; cuya represión es importante a efectos de combatir duramente los delitos precitados. Con fecha, 27 de junio de 2002 se sancionó la Ley N° 27765[408] – El Lavado de Activos, cuyo antecedente eran los tipos penales sobre Lavado de dinero (blanqueo de capitales), que se encontraban contempladas en la Sección Segunda del Capítulo III del Título XII del C.P., delitos contra la Salud Pública. Ley especial que tiene especial repercusión en el delito que estamos examinado, al revelar una similitud en sus elementos que componen ambas estructuraciones típicas, pues tienen como sustantividad un delito precedente, tal como se desprende del artículo 194° y de los artículos que se han compaginado en la Ley N° 27765. Similar postura ha acogido el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 - "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado" de abril del 2012, que deroga la Ley

(408) Modificado por el Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio del 2007.

N° 27765. Punto en cuestión que puede incidir en un conflicto aparente de normas penales, como se verá más adelante.

Receptación es un término que significa guardar o comprar objetos sustraídos[409].

Se confundía este delito, con los ilícitos penales que atacan la Administración de Justicia, el Encubrimiento concretamente, que algunas codificaciones penales la han incluido como una variante de responsabilidad criminal[410]; pero es que, en este caso, el autor sólo pretende sustraer el autor de un delito de la persecución penal, mas en la Receptación, el agente recibe el bien para obtener un provecho, pese a que la *lege lata* no haya hecho mención a un ánimo específico que impulsa al autor, como se ha recogido en la legislación comparada.

La vieja figura del receptador o perista ha ido cediendo paso a técnicas complejas de introducción en el mercado de los bienes o ganancias procedentes de actos ilícitos, lo cual ha determinado también una ampliación de la incriminación hacia todas estas actividades de transformación[411]. El Estado busca, afanosamente, nuevas medidas y técnicas de identificación, de aquellos capitales que provienen de una actividad delictiva, con mayor énfasis, cuando se trata del narcotráfico, pues es sabido que dicha criminalidad ha de sostenerse con las mafias de lavadores de dinero que actúan en un marco de aparente licitud. Claro que dicha actividad es reprimida con una pena más severa que la Receptación, lo que es lógico, en vista de la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y BIEN JURÍDICO

Como se ha sostenido, el delito de Receptación importa la continuación de un delito precedente, esto es, quien toma la cosa de quien la ha sustraído de su legítimo titular, obviamente conociendo dicha procedencia, por lo que el ligamen con los otros injustos, que atacan el patrimonio sería evidente.

Para Bustos se trata de una ampliación de la protección en virtud de una consideración preventiva general, que trata de abarcar todos los actos, aun posteriores, que están referidos al bien jurídico protegido (planteamiento que también se observa en las falsedades, o en los delitos contra la salud pública)[412]. Se dice también que el bien jurídico protegido en los delitos de

(409) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 252.

(410) Vid., al respecto Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 248.

(411) Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 930.

(412) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 239.

receptación es el mismo que ofendan los delitos que previamente se hayan cometido, y que el receptador conoce y aprovecha[413].

La concepción mayoritaria lo concibe como un delito de referencia, en el sentido de que necesita de la previa realización de otro al que se vincula de manera necesaria[414].

A consideración de González Rus, el castigo de la receptación no debe encontrar su fundamento en el delito anterior, sino en el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial y económica, en la medida en que posibilitar que el autor vea satisfecho el lucro pretendido con el delito es un factor decisivo en el desarrollo de este tipo de criminalidad[415]. Postura que se acerca a lo que apuntamos al principio de este análisis, de que penalizar a todos aquellos que reciben en venta, guarda y otros, bienes de procedencia ilícita, tiende a proteger de forma más intensa a la sociedad de los delitos precedentes, en el sentido, de que al cerrar el circuito delictivo patrimonial, habrá de incidir en los cometidos de prevención general de la pena.

Como dice, Bajo Fernández, la creación del delito de receptación no sólo se explica por la lesión del bien jurídico, sino por una consideración político criminal consistente en la peligrosidad que encierra el comportamiento del receptador como promoción de futuros delitos contra los bienes[416].

El C.P. español a diferencia de nuestro texto punitivo, ha ubicado esta figura en el marco de los delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico, por lo que ha de reconocerse un bien jurídico supra-individual, a diferencia del Derecho positivo vigente que sólo ha de reflejarse bajo la idea del Patrimonio; entonces, lo que ha de tutelar el tipo penal previsto en el artículo 194°, es la propiedad de los bienes, pero de forma conexa, quiere decir esto, incidiendo en la cadena delictiva, evitando con ello, la comercialización de los bienes de procedencia ilícita.

Para que se éste frente a una receptación es necesario la existencia: de un hecho previo y la inexistencia de una promesa anterior al delito[417].

---

(413) Quintero Olivares, G:, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal,* cit., p. 932.

(414) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX),* cit., p. 843; Así, Suárez González, C.J.; *Receptación y blanqueo de Capitales,* cit., p. 558; Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (y XIII),* cit., p. 625.

(415) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX),* cit., p. 843.

(416) Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 332; Así, Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...,* cit., p. 625.

(417) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 254.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

En principio se podría decir, que puede ser cualquier persona, no obstante nótese algo particular: que el receptador no puede ser aquél que haya intervenido sea como autor sea como partícipe en el hecho punible «antecedente», de no ser así se estarían penalizando injustamente los actos posteriores a un delito, que en definitiva no pueden ser objeto de punición.

En cambio, tienen la calidad de sujetos activos, el propietario del bien receptado, cuando éste estuviera legítimamente poseído por otro: a título de prenda, comodato, etc.; asimismo, es sujeto activo, el receptador inicial, en caso de reiteración en el delito estudiado, llamada también receptación sucesiva[418]; podrán haber entonces tantos receptadores, conforme tantas traslaciones del bien se produzcan de forma continua en el tiempo. Y, esto requiere de una ulterior aclaración, en el sentido de que el tipo penal contenido en el artículo 194° del CP, ha sido pensado *(ratio de la norma)* en una persona distinta a la que intervino en el delito previo (Hurto, Robo, Apropiación ilícita, etc.), pues una vez que dicho se agente se desprendió del bien -que obtuvo ilícitamente-, al comercializarlo a una tercera persona *(coloca en el mercado negro)*, que no participó en el evento delictivo anterior. Por tanto, al haberse agotado la materialidad del injusto penal previo, el desvalor se desplaza a otro acto *(subsiguiente)*, atribuible al receptador, justamente por tal situación es que resulta difícil admitir dogmáticamente, que en el delito de Receptación tienda a tutelar el patrimonio personal del sujeto pasivo que sufrió un acto típico de desapoderamiento. Como anota Mir Puig, los actos posteriores impunes o copenados, son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo[419]. No sólo es el principio de consunción que puede fundar válidamente dicha impunidad, sino razones de justicia racional, de que el tipo del injusto haya de arrastrar únicamente aquella conducta que encaja de forma primera la descripción fáctica, y no aquellas que sobrevengan, como una especie de limitación al ejercicio del *ius puniendi* estatal

Siendo así, conforme los mismos términos normativos del articulado lo indican, ha de ser otro agente quien ha de emprender la conducta típica -acá descrita-. Una posición en contrario, importaría punir los actos de agota-

(418) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 256; Así, Suárez González, C.J.; *Receptación y blanqueo de Capitales*, cit., p. 559.

(419) Mir Puig, S.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 672.

miento del delito; dicho así: *no sólo se sancionaría punitivamente el acto de desapoderamiento y/o o sustracción del bien, sino también los actos encaminados al goce y disfrute del objeto material del delito,* lo cual resulta a todas luces irracional y desproporcional, es como así al Asesino, se le responsabilice, tanto por haber dado muerte a su víctima, como por esconder el cadáver, tal como es de verse en el examen jurídico del delito de «Encubrimiento Real»[420]. Tal inferencia no tiene porque extraerse de la literalidad normativa, bastando para ello de una deducción interpretativa que así lo sustenta. Fundamento que en el caso del delito de «Lavado de Activos», ha adquirido una orientación de política criminal particularizada, mediando la acriminación positiva de la modalidad delictiva del «Auto-lavado», que se desprende, tanto desde la modificatoria sufrida por el artículo 6° de la Ley N° 27765, así como por la Ley que la deroga - Decreto Legislativo N° 1106.

3.2. Sujeto pasivo

Lo será aquel titular del bien (propietario y/o poseedor legítimo), que fuese desposeído por obra del hecho punible antecedente, quien ve más remotas sus posibilidades de recuperar el objeto, al alejarse cada vez más de su esfera de custodia, pudiendo tener la calidad de persona natural o de persona jurídica. Sin embargo, no debe dejarse de anotar, que éste a su vez sería víctima de dos hechos punibles distintos, v.gr., de hurto y de receptación, lo cual es en realidad incompatible, en la medida que ésta sólo puede ser víctima de la sustracción de que fue objeto, en realidad, el sujeto pasivo sería reconducido desde una perspectiva supraindividual, en lo que respecta a la legalidad de la mercadería que se oferta en el mercado, por ello, sería un delito que afecta al orden socio-económico y no el patrimonio desde una visión individualista. Por tales motivos, el sujeto pasivo sería la «colectividad», lo cual incide también en el aspecto procesal, pues en la mayoría de los casos para las agencias de persecución no es factible identificar a la víctima del delito anterior.

3.3. Modalidad típica

3.3.1. Hecho punible como antecedente

Primer dato a saber, en cuanto a la materialización de este injusto típico, es la remisión necesaria al hecho punible «precedente», debe verificarse que la tenencia del bien, sea en cuales fuera de las formas que se hace alusión en este apartado delictivo, provenga de un delito, puesto que si el

(420) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. VI, cit., ps. 256-258.

autor arrebata el objeto directamente de su propietario se configura el delito de Hurto y, no la figura que estudiamos.

Entonces, debemos fijar la conexión delictiva, de figura antecedente, a un injusto penal, por lo que hemos de descartar de forma rayana, que el objeto provenga de la comisión de una falta; eso sí, al decir un «injusto», hemos de verificar la tipicidad –tanto objetiva como subjetiva– de la conducta, en cuanto a su ofensividad así, como la no presencia de causas de justificación, sí el hecho delictivo precedente, estuvo guiado por la concurrencia de un precepto permisivo, por ejemplo un estado de necesidad justificante; v.gr., en el supuesto de quien se llevó el vehículo para trasladar a su esposa a un hospital y luego lo abandona en la calle, será constitutivo de un delito de Hurto su apropiación por un tercero, al no acreditarse ninguna de las formas de entrega que se mencionan en el artículo 194°. Lo que queremos decir en todo caso, es que quien cometió el delito precedente revestido por una causa de justificación, por lo general no realizará una actuación a posteriori que pueda dar lugar a la receptación, aunque no lo podemos negar a rajatabla; por lo que no se exige, que se cumpla con la condición de un verdadero injusto penal.

No puede tratarse de un delito de imposible realización, en el sentido de que no podrá hablarse de facticidad para que se pueda cometer el tipo penal del artículo 194°, tampoco en el caso del delito tentado, pues si el agente del Robo, a pocos metros del lugar donde se apropió ilegítimamente del bien, es aprehendido *in situ*, ya no tendrá oportunidad de realizar de entregar el bien a un receptador. Siendo así, debe el delito previo haber llegado a su consumación.

El aspecto de la imputación individual, de si el autor del hecho punible antecedente, cuenta con los requisitos para ser declarado penalmente responsable, en cuanto a defectos de motivación normativa, resultan a este nivel indiferentes; si alguien recibe un bien en venta, o sólo lo guarda, por parte de un inimputable, de igual forma hemos de admitir el delito. La reacción punitiva que haya de recibir el primer autor, no es un dato que repercuta en la imputación delictiva en análisis.

Aspecto que podría llevar a confusión, es el referido a los menores de edad, pues según se dice en la doctrina y de conformidad con la normatividad especial (CNA), éstos no cometen delitos, sino «infracciones a la Ley penal», lo cual a nuestra consideración no tiene porque incidir en el marco del juicio de tipicidad penal por Receptación, en tanto que lo único relevante es la adecuación del hecho precedente en otro tipo penal que haya de generar ganancias para su autor, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26° del C.P. - PG (Incomunicabilidad de las circunstancias personales); v. gr., el hecho de que uno de los coautores haya de ser considerado como un inimputable, no enerva dicha condición en los otros, quienes responden por la

imputación delictiva sin reparo alguno. Posición que no habría de colegirse, si es que asumiéramos que por delito, debe tenerse en cuenta una "acción u omisión típica, penalmente antijurídica, imputable a una persona penalmente responsable y, en ciertos casos punible".

Lo que sí es importante es delimitar los injustos penales «precedentes». La doctrina nacional más representativa, era de la opinión que el objeto del delito recae sobre bienes que no necesariamente se refieren a la propiedad o al patrimonio sino también a otros de carácter económico como es el caso de la malversación de fondos. Se puede receptar también objetos provenientes de delitos contra los deberes de función, deberes profesionales como la concusión el peculado, etc.[421] En principio debe decirse, que el objeto material pueden ser cosas no fungibles y fungibles como el dinero, lo importante a todo esto, es que sean susceptibles de valoración económica y que puedan ser desplazados de un lugar a otro; no hay necesidad de remitirse al valor del bien, pues al haberse señalado que los bienes que se recibe deben tener procedencia «delictuosa», dicha propiedad lleva insita dicha estimación. Aspecto que tiene mayor envergadura, es el tema del delito antecedente, como se desprende de lo antes señalado, hechos punibles que afectan a bienes jurídicos como la Administración Pública o la Hacienda Pública, podían cumplir dicha condición, toda figura delictiva que reportará un beneficio económico, que pudiese dar lugar a los actos constitutivos de Receptación, con la única excepción de los injustos de tráfico ilícito de drogas, tal como se desprendía de los artículos 296°-A y 296°-B (Lavado de dinero), derogados en su redacción originaria en virtud de la sanción de la Ley N° 27765.

La Ley N° 27765 – Ley de Lavado de Activos, ha repercutido en la estimación antes anotada. Es de verse en su artículo 6° (Disposición común), que el conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente Ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, contra el patrimonio en su modalidad agravada[422]; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código Penal. Así, el Decreto Legislativo N° 1106 -que deroga la ley mencionada-, al indicar a la a la letra que: *"El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra*

(421) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 254; Así, Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 791.

(422) Modalidades delictivas incluidas según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007.

la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso". Con ello la delimitación del hecho punible precedente, a lo que el delito de Receptación se refiere se reduce de forma ostensible, en tanto que delitos como los que se cometen en el aparato del Estado como otros como el contrabando, deben ser anexados al Lavado de Activos.

¿Con qué delitos podemos hacer entonces la remisión previa? Con los injustos de Hurto, Robo simple, Hurto de Abigeato, Apropiación ilícita en todas sus modalidades, menos las figuras agravadas; así también, delitos como la Extorsión, el Chantaje, Libramientos Indebidos, contra los Derechos Intelectuales, contra la Propiedad Industrial, contra el Patrimonio Cultural, contra el Orden Financiero y Monetario, etc. Lo problemático a todo eso, resulta de la fórmula abierta que ha previsto el legislador en la redacción del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, cuando se refiere a *"cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales"*. Cláusula abierta que puede ofrecer dificultades al juzgador, para optar entre uno y otro delito, hubiese sido mejor que se haya cerrado el círculo de delitos precedentes al tráfico ilícito de drogas y a los cometidos contra bienes jurídicos institucionales, en el caso del Lavado de Activos.

A nuestro entender, si estamos frente a un delito estrictamente «patrimonial», los delitos «precedentes», han de ser también de dicha naturaleza, de modo que los casos de lavado de activos tengan que ver exclusivamente con aquellos que se perpetran en el ámbito del crimen organizado. En este sentido, los delitos precedentes en los artículos 194° y 195° del CP han de ser aquellos comprendidos en los Títulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Código Penal, extendiéndose a aquellas ilicitudes penales comprometidas con el orden socio-económico (delitos contra la propiedad intelectual, industrial, económicos, financieros, monetarios, etc.). Esta indicación debe regularse de forma expresa a fin de evitar calificaciones jurídico-penales contradictorias. De esa manera, en la estructura normativa del Decreto Legislativo N° 1106, han de quedar únicamente los delitos patrimoniales en su modalidad agravada, conforme a los criterios antes esbozados (crimen organizado).

El artículo 298° del C.P. Español, dispone textualmente que el conocimiento, debe ser de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico.

Ahora bien, el delito precedente, puede o no haber prescrito, sin que ello no repercuta en la tipificación por el delito de Receptación, cuya valoración jurídico-penal se da de forma autónoma e independiente. Ello importa a su vez, que no se requiere que el hecho punible antecedente, haya tenido

que ser objeto de una persecución penal, que de ella se haya podido culminar con una sentencia de condena; lo que en realidad importa, es que en el proceso penal por Receptación, el persecutor público puede ofrecer prueba suficiente acerca de la procedencia delictiva del bien que fuese detectado en la esfera de custodia del receptador. Lo único que se exige que el hecho precedente constituya delito(423).

En la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 722-95-Lima, se dice así: "*Resulta fehaciente la comisión del hecho en razón que la autora no ha podido demostrar ni probar la propiedad de los bienes incautados, los mismos que forman parte del stock de distribución entregado al agraviado para su venta o distribución en el sector por la compañía embotelladora*"(424).

3.3.2. Formas comisivas

Primero, se habla en la redacción normativa de «adquisición» del bien de procedencia delictuosa; se adquiere un bien mediando las formas contractuales que se regulan en los dispositivos legales comprendidos en el Código Civil, de forma concreta de una compraventa, según lo previsto en el artículo 1529°. Requiere por tanto la obligación mutua y recíproca de prestaciones de dar y recibir, mientras el vendedor se obliga a transferir la propiedad del bien así como su entrega física, el comprador se compromete al pago de un precio. Relación jurídico-obligacional que se perfecciona con la mera voluntad de las partes, es esencialmente consensual.

Claro, que en este caso, ocurre algo muy particular, que el comprador debe saber o presumir, que se trata de un bien de procedencia delictuosa; v. gr., por el precio muy por debajo del valor promedio de mercado, o por el modus vivendi del vendedor, que se sabe se dedica a comercializar objetos de origen delictivo.

Importa un acto jurídico viciado con una causal de nulidad, al ser manifiesto el fin ilícito; vayamos a ver los efectos que puedan darse de un tercero adquirente de buena fe (principio de fe pública registral).

La recepción o adquisición puede ser indirecta, por ejemplo, ordenando que la entrega se haga a otra persona, con o sin connivencia con el receptador(425).

Segundo, se habla de recibir en «donación o prenda» el bien de procedencia delictuosa; la donación es una variante contractual prevista en el artículo 1621° del CC, mediante el cual el donante se obliga a transferir gra-

(423) Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 791.

(424) Gómez Mendoza, G.; *Código Penal*, cit., p. 135.

(425) Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 933.

tuitamente al donatario la propiedad de un bien. Principal característica de esta modalidad contractual, es que no existe un precio de por medio, para que tome lugar la transferencia de propiedad del bien, importa en realidad un desprendimiento del dueño de la cosa. La donación de bienes muebles, puede hacerse verbalmente cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento de la celebración del contrato, tal como se señala en el artículo 1623° del CC y, si el valor, del bien mueble supera dicho valor, ésta deberá celebrarse necesariamente por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad (artículo 1624° *in fine*). La donación supone en este caso, que el agente recibe a título gratuito el bien mueble por parte del hurtador, por ejemplo, de recibirlo y darle un uso, para la obtención de un provecho.

Por su parte, la «prenda» ha de consistir en la entrega física de un bien mueble por parte de un deudor, al denominado acreedor prendario, a fin de garantizar el pago de una obligación principal. Debiéndose observar para su validez, los requisitos glosados en el artículo 1058° del CC, así como la formalidad de que la prenda conste en documento de fecha cierta para tener efectos contra terceros, como se desprende del artículo 106° del CC, que debe ser entendido de común idea con lo previsto en el artículo 1062° (*in fine*).[426]

Tercero, dice el precepto «guardar o esconder» el bien de procedencia delictuosa; por el primer verbo rector, comprendemos todos aquellos actos destinados a colocar el bien mueble en una localización determinada, a fin de que no sea detectado; desplazarlo a un espacio físico donde no pueda ser descubierto por terceros, incluida la policía.

En la doctrina se asimila el término esconder con ocultar. La ocultación equivale a esconderlos, aunque siguen siendo de quien los entregó[427]. Mediante la acción de esconder, el autor pone a buen recaudo el bien sustraído o robado, lejos del alcance de quienes lo están reclamando como suyo; situarlo en un lugar, que sólo éste conoce.

Punto a destacar, es que ha de observarse una zona de intercesión, con la conducta prohibida, contemplada en el artículo 405° del C.P. (Encubrimiento real), que se configura cuando el agente dificulta la acción de la justicia, procurando la desaparición de huellas o prueba del delito o ocultando los efectos del mismos. ¿Cómo podemos, entonces, distinguir ambas tipificaciones?, en cuanto a los móviles que guían la conducción delictiva del autor, cuando éstos sólo se dirigen a la ocultación de los bienes de procedencia delictiva, amén de que la persecución penal no cuente con medios probatorios incriminatorios de culpabilidad, será constitutivo de un Encubrimiento Real, un atentado contra la Administración de Justicia, pero cuando el móvil del agente es la obtención de un provecho económico o de índole

(426) Cit; artículos derogados por la Ley N° 28677.

(427) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., p. 844.

semejante, se deberá calificar como una acción de Receptación. Temática en cuestión que habría de resolverse de forma más clara, si es que el legislador se hubiese animado a incluir en la redacción normativa el «ánimo de lucro», como elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente.

Cuarto, «vender o ayuda a negociar». Vender equivale a transferir el título de propiedad de un bien mueble, a cambio de un precio; importa un acto típico de enajenar, como característica inherente al derecho de propiedad. El agente, por lo tanto, es el encargado de poner a la venta el bien mueble, sin que ello obste, a que el autor del hecho punible precedente, también intervenga. No basta en nuestra opinión de sólo colaborar con ciertos datos, sino que ha de ser decisiva la intervención de éste, para la celebración del contrato (ilícitos). Mientras que ayudar a negociar, significa ejercer actos de intermediación, es una actividad más baja que la anterior, conseguir los posibles adquirentes del bien, mediando una serie de actividades. La modalidad consistente en ayudar entraña la prestación de un auxilio o colaboración para que el responsable de un delito se beneficie de los efectos del mismo[428]. Colaboración que para ser punible, debe haber sido idónea, eficaz y útil, para lograr la venta del bien; aquella desde un principio irrita o inocua, para conseguir los resultados esperados, debe desecharse en términos de relevancia típica.

Quien ayuda directamente a que el autor del hecho principal precedente, pueda hacerse de la cosa, es un partícipe de Hurto, dependiendo de las características del caso, mas no es un receptador.

Cuando el tipo penal se refiere a vender o ayudar a negociar un bien, ha de tratarse necesariamente de un bien no fungible y, a su vez de lícito comercio; si la apropiación versa sobre dinero falsificado, a nuestro entender no podemos hablar de Receptación, al margen de otros hechos punibles que se hayan podido cometer. Así tampoco derechos inmateriales, pues para ello se cubre con la incriminación de los derechos autorales y/o industriales.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine*, recoge dos variantes para dar por verificado el tipo subjetivo del injusto: primero, cuando el agente «tenía conocimiento que el bien tenía procedencia delictuosa» o cuando «debía presumir dicho origen».

Es de recibo que un tipo penal así concebido, requiere de un conocimiento efectivo y actual del agente, en cuanto a la procedencia delictuosa (ilícita) del bien que adquiere o ayuda a negociar, pues de no ser así, estaríamos penalizando meras conductas imprudentes. Dicho así: *el dolo del autor debe cubrir un conocimiento certero de que los bienes muebles que ingresan a su esfera de custodia, son de procedencia delictiva, sin necesidad de que*

(428) Suárez González, C.J.; *Receptación y blanqueo de Capitales*, cit., p. 558.

ello suponga con exactitud cuál ha sido el delito cometido, así como sus circunstancias u otros pormenores.

El conocimiento lo adquiere de diversas circunstancias que median al hecho: clandestinidad de la transmisión, precio exiguo, advertencia del transmitente, antecedentes y posibilidad de que éste no sea dueño de los bienes, etc.[429] Así también, cuando el agente adquiere el bien mueble en un mercado (negro), donde es conocimiento público, que los comerciantes de dedican a vender objetos de procedencia delictiva, v. gr., intervenciones policiales que se efectúan en el lugar; se compra bienes de vendedores ambulantes, que ofertan bienes muy por debajo del precio promedio del mercado[430].

El hecho de que la venta se efectúa sin entregar boleta de pago o sin factura, no necesariamente debe llevar a dicha conclusión cognoscitiva, en el sentido de que dicha modalidad de transferencia caracteriza a quienes estilan defraudar a la hacienda fiscal; o también en el caso, de quien vende sus pertenencias a bajo precio, por encontrarse en un estado de necesidad.

A decir de González Rus, la prueba de que el sujeto conoce de los efectos provenientes de un delito anterior, en cuanto elemento anímico que no es fácil que el imputado declare abiertamente, tendrá que deducirse de los hechos externos, indiciarios y circunstanciales, con los que pueda establecerse un nexo causal y lógico[431].

No puede tratarse de una sospecha, puesto que el conocimiento implica una conciencia exacta, en cuanto a la seguridad que deba tener el agente, sobre la procedencia delictiva del bien. Como estado psicológico (la sospecha[432]), es el recelo o la desconfianza que con relación a algo o alguien se forma en el ánimo, debido a las conjeturas que se elaboran tomando como base ciertos datos reales[433].

El conocimiento de ese origen ha de ser anterior o coetáneo a la acción, pues en la receptación no existe una figura de «adquisición de buena fe con posterior tráfico a conciencia del origen delictivo», por lo que la aparición ulterior del conocimiento no basta para transformar en delictiva la conducta en nombre de un supuesto dolo «subsequens»[434].

---

(429) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 260.

(430) El precio, es en realidad, relativo, puede en algunos casos, que el agente oferte el bien por encima del precio promedio del mercado, revistiéndole de ciertas propiedades que se condicen con su real naturaleza, por lo que se advierte un engaño. Lo que nos podría en la hipótesis de si el receptador puede ser sujeto pasivo de una estafa por parte del autor del hecho punible precedente, a la vez autor de este delito, cuando vende el bien a un tercero.

(431) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., p. 847.

(432) Lo subrayado es mío.

(433) Jauchen, E. M.; *La prueba en materia penal*, cit., p. 45.

(434) Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 935.

La problematización de este apartado delictivo, ha de fijarse cuando se señala que basta que el agente «debía presumir el origen delictivo del bien»; con ello estamos hablando de un estado cognitivo que no corresponde con un estado de real certeza, más aún se añade el deber de presunción, lo que significa que en este caso no ha de probarse que el autor presumía dicha condición, sino que según ciertos datos, era su deber haberse puesto en dicha situación subjetiva. En otras palabras, lo que se reprime es la infracción del deber, de la debida diligencia, por no haberse informado adecuadamente acerca de la procedencia delictiva del bien.

Primero, habrá que decirse que la primera hipótesis del tipo subjetivo, nos puede conducir tanto a un dolo directo como a un dolo eventual(435), lo importante es el conocimiento del riesgo típico ex –ante y, éste lo tendrá, tanto quien dirige con voluntad su conducta, como quien acepta las consecuencias de su obrar, sabiendo de su verdadera naturaleza y alcance. Segundo, si estamos hablando acá, de un estado presuntivo acerca de un deber de cognoscibilidad, lo que arribamos es a una infracción de ciertos deberes, que sólo puede configurar un delito culposo(436).

En resumidas cuentas, el legislador ha optado por una fórmula del tipo subjetivo, que por su ambigüedad y poca claridad, puede resultar lesiva al principio de culpabilidad y al principio de legalidad; pudiendo dar lugar a resoluciones que pueden colindar con un marco de irrazonabilidad. La ejecutoria recaída en el Exp. N° 3223-98-Lima, se señala que: "*Habiéndose probado que algunos de los procesados recibieron en depósito los bienes, con el fin de custodiarlos, y los otros lo recibieron en prenda; bienes de cuya procedencia ilícita era posible presumir, se halla acreditado el delito*"(437).

En la doctrina nacional, Bramont-Arias Torres y García Cantizano, escriben que resulta criticable el que, para la configuración de un delito, sea suficiente la simple presunción que el bien proviene de un delito, puesto en la gran mayoría de los casos podría realizarse tal presunción, lo que elimina cualquier garantía para los ciudadanos(438).

Finalmente, ha de decirse, que este delito no exige la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, como el ánimo de lucro, que sí ha sido incluido en otras legislaciones. Basta por tanto, sólo el dolo. Sin embargo, a fin de dotar de una mejor precisión normativa, pensamos que debe incluirse un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, en el sentido de que el agente reciba el bien con la finalidad de obtener un pro-

(435) En contra de forma parcial, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 261.

(436) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 266.

(437) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, T. III, cit., p. 299.

(438) Bramont-Arias Torres/ García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 34.

vecho para si o para otro; sabedores, que este es un matiz importante, en orden a incriminar esta clase de conductas, en tanto el ocultamiento del bien, puede ser encaminado a evitar la persecución penal del comportamiento, dando lugar al tipo penal de «Encubrimiento Real». Máxime, cuando la Corte Suprema, vía el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 ("El Delitos de Lavado de Activos"), ha dejado sentado en el Fundamento 27, que en la actual legislación peruana, la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos no demanda que su autor lo haya realizado con ánimo de lucro. Ello permite establecer una mejor diferencia entre los actos de lavado de activos y el delito de receptación patrimonial del artículo 194° del Código Penal. Distinción, que para sea respetada con todo rigor interpretativo, debe estar expresamente prevista en la ley penal, con arreglo al principio de legalidad.

No enerva la tipicidad de la conducta, si el receptador, luego de adquirir el bien lo destruye.

5. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Las modalidades típicas que se contemplan en el artículo 194°, adquieren perfección delictiva, cuando el agente ingresa a su esfera de custodia, el bien de procedencia delictiva, cuando lo adquiere o lo recibe en donación o lo esconde, al margen de la perfección de los contratos que ello pueda suponer; o cuando logra venderlo, entregando el bien a un tercero y, ejecutando actos de colaboración para la negociación del bien.

Estaremos ante un delito tentado, cuando por ejemplo, no se llega adquirir (o vender) el bien, puesto que la policía interviene al autor del hecho precedente, antes de su entrega. El injusto de Receptación es de naturaleza instantánea, por lo que se hace difícil en algunos casos, fijar la aparición de la tentativa; aunque de efectos permanentes, dado que después de su ejecución continúa la detención abusiva y dolosa de los bienes[439].

Con arreglo a lo sostenido en el acápite anterior, la realización típica de este delito, no está condicionado a que el receptador obtenga de forma efectiva un provecho patrimonial o de otra índole[440]; lo que sí es necesario es que ingrese a su poder real, es decir, que se haga de la tenencia de la cosa.

No puede desecharse la posibilidad de una participación en este delito, bajo la figura de la complicidad, cuando un tercero le proporciona un lugar al receptador para que guarde el bien. Así, también cabe perfectamente la Inducción, y la autoría mediata, cuando el hombre de atrás, instrumentaliza al hombre de adelante, para que adquiera el bien, cuando el instrumento es un impúber.

---

(439) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 261; Vid., al respecto, Suárez González, C.J.; *Receptación y blanqueo de Capitales*, cit., p. 561.

(440) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., p. 848.

ARTÍCULO 194-A.- DISTRIBUCIÓN DE SEÑALES DE SATÉLITES PORTADORA DE PROGRAMAS

El que distribuya una señal de satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días multa.

1. FUNDAMENTOS DE INCRIMINACIÓN

Según la ubicación normativa otorgada al artículo 194°-A, da lugar, en principio, a que esta figura delictiva sea reputada como una modalidad especial de «Receptación», en el sentido de considerar dichos actos, como conductas típicas posteriores a un «delito antecedente», en este caso el tipo penal de «Dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas», previsto en el artículo 186°-A.

Se entiende que se configura el delito de receptación, cuando el agente (receptador), recibe en prenda, donación, guarda, el bien mueble de procedencia delictuosa o los esconde, vende o ayuda negociar. Dicho comportamiento no constituye una complicidad primaria del autor de un delito de Hurto o de Robo, tampoco encaja en la figura el encubridor; primero, porque la intervención del autor toma lugar cuando el delito precedente ha sido ya consumado, de forma, que ya no se admiten formas de participación delictiva y, segundo, el encubrimiento es un hecho delictivo que sólo atenta al bien jurídico «Administración de Justicia», en la medida que el autor oculta las pruebas, evidencias y otros, de la comisión de un delito atribuible a un tercero; en cambio en el delito de Receptación, lo que incrimina son aquellas conductas que propician la realización de actividades penalmente ilícitas, pues mientras la operatividad de los receptadores vaya creciendo, esto a su vez, incidirá en una mayor frecuencia delictiva de los delitos patrimoniales convencionales.

Si bien el legislador ha incluido al delito de Receptación en la nomenclatura de aquellos tipos legales que atentan contra el Patrimonio desde una visión individual, no es menos cierto que dicho bien jurídico debe ser entendido desde una perspectiva supraindividual(441).

Entonces, se supone que el objeto material del delito, en el caso puntual: «una señal de satélite portadoras de programas», debe detentar una procedencia delictiva, en la medida, que su obtención haya obedezca de una sustracción ilegítima de una apropiación ilícita o de la realización de un acto de amenaza y/o violencia, idóneo para que el propietario de la señal se la entregue al autor del robo. Punto en cuestión que no identifica en la redacción

(441) Vid., más al respecto, T. II, cit., p. 316.

normativa del artículo 194°-A, en tanto, el autor distribuye una señal satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada, al haber adquirido, rentado o comprador, el dispositivo o sistema tangible o intangible, que precisamente empleó para poder decodificar la señal satélite portadora de programas.

En resumidas cuentas, esta modalidad del injusto típico, nada tiene que ver con el delito de Receptación, sino que constituye parte del circuito delictivo que atenta contra los «derechos intelectuales», tal como se sostuvo en el análisis del artículo 186°-A, cuya diferencia estriba esencialmente, es que el autor de este delito, es quien distribuye de forma directa ya la señal satélite portadora de programas decodificada, es decir, lista para ser a su vez ofertada a los consumidores del mercado de negro de la TV por cable. Por consiguiente, su inclusión en el catálogo delictivo no es coherente con el criterio sistematizador del bien jurídico tutelado.

Esta modalidad disvalorada, a mi entender revela una mayor lesividad material que la modalidad anterior. La señal de satélite descodificada se encuentra lista para ser comercializada y así poder reportar beneficios económicos a sus distribuidores y a la vez mermar de forma significativa los ingresos del distribuidor legal de la señal, sin embargo, el legislador ha fijado una penalización más benigna, conforme es de verse de su marco penal: no menor de dos años ni mayor de seis años.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto pasivo

Víctima será el distribuidor legal de la señal de satélite portadora de programas, tanto una persona natural como una persona jurídica. Calidad jurídico-penal que no tienen los distribuidores de la señal de satélite portadora de programas, que no cuentan con la autorización estatal respectiva.

2.2. Sujeto activo

Agente del delito será el distribuidor de la señal de satélite portadora de programas, que ha sido decodificada sin autorización del distribuidor legal de dicha señal; quien interviene en esta conducta, no puede a su vez ser visto como responsable del comportamiento contenido en el artículo 186°-A. Sin embargo, a diferencia de lo que acontece con el receptador que no puede a su vez ser catalogado como hurtador[442], en la presente hipótesis, la distribución de la señal de satélite portadora de programas

(442) Vid., al respecto, T. II, p. 315.

decodificada, importa un hecho desconectado, por ejemplo: de la fabricación de los dispositivos electrónicos que descifran la señal, constituyendo en verdad un acto preparatorio; por tales motivos, no hay obstáculo para que pueda darse un concurso real de delitos entre el artículo 186°-A y el artículo 194°-A.

Quienes coadyuvan al autor del delito, a distribuir la señal de satélite portadora de programas decodificada, serán responsables a título de partícipes (complicidad primaria y/o secundaria).

Cuando el agente es una persona jurídica, se deberá identificar a los verdaderos sujetos actuantes, es decir, a todos aquellos que asumen sus órganos de representación, tanto desde un plano objetivo como subjetivo.

2.3. Modalidad típica

Primer presupuesto a saber, es que la conducta, para ser típica, no debe contar la autorización del distribuidor legal de la señal de satélite portadora de programas; por ende, cuando se cuente con su autorización el comportamiento deviene en atípico.

¿Cuándo se cuenta con la autorización del distribuidor legal? En la medida que el agente haya suscrito un contrato como proveedor del servicio con el distribuidor legal y, que a la vez, su distribución se sujete a los parámetros fijados en las cláusulas contractuales.

Segundo presupuesto a saber, es que la señal de satélite portadora de programas se debe encontrar decodificada (descifrada), pues de nada valdría pretender distribuir una señal que aún está codificada, no hay posibilidad alguna de acceder a la señal, por tanto, no se puede entablar negocio alguno.

Tercer presupuesto, la «distribución», debe exteriorizar una efectiva conducta, en el sentido de repartir a varios usuarios la señal de satélite portadora de programas decodificada, para que ingrese al ámbito de protección de la norma y, así colocar en un estado de aptitud de lesión al bien jurídico protegido.

Si la distribución tiene que ver con el dispositivo electrónico decodificador de la señal de satélite, su actor será reprimido según los alcances normativos del artículo 186°-A.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva de esta modalidad del injusto, se alcanza cuando el agente logra distribuir la señal de satélite portadora de programas decodificada, cuando activa dicha señal y, el usuario la capta de forma efectiva. Aquel acto que se dirige a tal fin, pero por motivos ajenos a la voluntad del

agente no se materializa, ha de ser calificado como un «delito tentado». La fabricación del dispositivo electrónico decodificador nada tiene que ver con esta modalidad típica, al configurar la conducta descrita en el artículo precedente.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine* únicamente resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que está distribuyendo una señal de satélite portadora de programas decodificada, sin autorización del distribuidor legal; por tanto, debe conocer que se trata de una señal de satélite decodificada y que su decodificación no se realizó con la autorización del distribuidor legal. Si el agente distribuye la señal de satélite decodificada, creyendo equivocadamente que su decodificación fue autorizada por el distribuidor de la señal, estará incurso en un error de tipo.

A diferencia del tipo penal base de Receptación, el tipo subjetivo del injusto no incluye la presunción del conocimiento, lo que no quiere decir, que la figura en cuestión no pueda ser cometida a título de «dolo eventual»[443], pues lo que importa en todo caso es el grado de «cognoscibilidad del riesgo típico».

ARTÍCULO 195°.- RECEPTACIÓN AGRAVADA[444]

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y de sesenta a ciento cincuenta días-multa:

1. *Si se trata de vehículos automotores, sus autopartes o accesorios.*
2. *Si se trata de equipos de informática, equipos de telecomunicación, sus componentes y periféricos.*
3. *Si la conducta recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.*
4. *Si se trata de bienes de propiedad del Estado destinado al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social.*
5. *Si se realiza en el comercio de bienes muebles al público.*

La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de robo agravado, secuestro, extorsión, trata de personas y trabajo forzoso.

(443) Vid, al respecto, ver T. II (PG), cit., ps. 323-324.

(444) Artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1215, publicado el 24-09-2015.

1. COMENTARIO

El artículo 195° del C.P., ha sido objeto de sucesivas modificaciones, pues es de verse que en su redacción original contemplaba dos circunstancias agravantes: la primera, referida a la habitualidad del agente, a la comisión de este delito y, la segunda, referida a la naturaleza estatal de los bienes o de su finalidad, para con un servicio público.

Seguidamente, de conformidad por efectos de la sanción de la Ley N° 25404, la redacción del articulado quedo de la siguiente forma:

1. *No menor de 02 ni mayor de 06 años y treinta a noventa días multa, cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinados al servicio público o cuando el agente se dedica al comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas no comprendidas en el inciso 2).*

2. *No menor de 06 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días multa, e inhabilitación, conforme al Artículo 36, incisos 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo.*

A posteriori, mediando la dación del artículo 2° del DL N° 25428 (Ley de Lavado de dinero)[445], quedó derogada la Ley N° 25404, por lo que el artículo 195° tuvo como consecuencia su derogación.

Finalmente, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, vuelve a recobrar vigencia normativa el artículo en análisis, pero bajo otra redacción, tal como se desprende de su contenido legal.

Ahora bien, el precepto nos dice que aquellos bienes que provienen de la comisión de la comisión de los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas, constituyen circunstancia agravante del tipo base, previsto en el artículo 194°.

Al igual que en otras reformas penales emprendidas por el legislador, no se ha tomado en cuenta que la Ley N° 27765 – de Lavado de Activos, modificado por el Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007, comprende en el marco normativo de su artículo 6° (Disposición Común), una serie de delitos precedentes, como el secuestro, la extorsión y la trata de personas, que debe conocer el agente; por tales motivos preexiste una superposición de lo normado en el artículo 195° con la Ley precitada, mejor dicho si es una Receptación Agravada o un Lavado de Activos. Lo sorprendente en todo caso, es que la sanción del Decreto Legislativo N° 982 se materializó en el mismo paquete legislativo que incluyera el Decreto Legislativo N° 986.

(445) Ley que incorpora al texto punitivo los artículos 296°-A y 296°-B.

Un conflicto aparente de normas, que según podemos rescatar de la ratio de la de la Ley N° 27765 como de la normativa vigente - Decreto Legislativo N° 1106, era de recoger como hecho punible antecedente, los injustos que se ponen de relieve ahora en el artículo 195°; por lo que su evidente oposición, no queda más remedio que concluir que la nueva construcción típica de la figura de la Receptación agravada no tiene efecto alguno en el Derecho Positivo vigente. Lo único que genera es confusión y oscuridad al momento de interpretar las normas jurídico-penales, técnica legislativa deficiente que ya no es sólo privativa del legislador.

Cabe indicar, que la construcción de las circunstancias agravantes del injusto penal –in examine–, toma como base la entidad material del hecho delictivo *precedente*, tal como se observa de su redacción normativa, al incluir a los delitos de: Secuestro, Extorsión y Trata de Personas, es decir, será el grado del desvalor del injusto típico así como la jerarquía del bien jurídico protegido, los datos a tener en cuenta para legitimar una reacción penal más intensa. Elemento de definición que no advertimos en el supuesto de: *Vehículos automotores o sus partes importantes*, pues como se indicó párrafos anteriores, la naturaleza del objeto material del delito no revela tal importancia como para justificar la sanción de un injusto agravado. De todos modos cabe indicar, que el artículo 195°, vía la modificación producida por la Ley N° 29407, implica la vigencia fáctica de dicho articulado, en la medida que la dación del Decreto Legislativo N° 986 del 22 de julio de 2007, supuso una modificación importante en la Ley N° 27765 – Ley de Lavado de Activos (derogada por el Decreto Legislativo N° 1106) de Lavado de Activos, comprendiendo una mayor gama de delitos precedentes.

COMENTARIO AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1215

Predicado común de las recientes reformas penales en el Perú, es la extensión de los supuestos delictivos, de ampliar considerablemente el ámbito de protección de la norma, cobijando con ello nuevas modalidades típicas, con el evidente propósito de reforzar la protección jurídico-penal de los *bienes jurídicos más importantes de la persona humana y la sociedad*; política criminal adscrita en el contexto de la «Inseguridad Ciudadana».

En dicha descripción criminológica, los delitos contra el Patrimonio asumen un indudable protagonismo, en razón de la alta incidencia delictiva de Hurtos, Robos, Extorsiones, etc. Nadie se salva de esta desalmada delincuencia, que en su ilícito proceder emplean una serie de técnicas, artificios, destrezas de toda índole, para hacerse de un patrimonio ajeno, a costa de sus ocasionales víctimas. Entonces, en este escenario se advierte primero, aquellos agentes encargados de apropiarse directamente del bien ajeno, sea mediante ardid, sustracción, violencia y/o amenaza (sobre las personas) y con el fin de obtener el provecho patrimonial –que motiva su accionar-, negocian,

comercialización y entregan el objeto material del delito a un tercero, este agente que se encarga de colocarlo en los mercados "negros", con el afán de comercializarlos, mediando una serie de transacciones económicas (perista). Fluye en estos mercados una dinámica e incesante oferta y demanda de una serie de bienes, objetos y valores de la más variada especie. Este proceso de compraventa de bienes de procedencia delictiva, da cuenta del delito de Receptación; hecho punible de ala frecuencia delictiva en el país, desbordando los márgenes operativos de los órganos de persecución penal. De ahí, la preocupación del Poder Ejecutivo, que se plasma en la dación del Decreto Legislativo N° 1215, de potenciar el control y supervisión de ciertos bienes, objeto de mayor *incidencia delictiva en la comisión de delitos contra el Patrimonio en el mercado informal.* El artículo 1° (*in fine*), dispone que: "*El presente decreto legislativo tiene por objeto establecer mecanismos para brindar facilidades a los ciudadanos en la recuperación de artículos electrodomésticos, equipos de telefonía móvil, bienes de uso personal u otros bienes similares sustraídos por la ejecución de un delito, una falta o por pérdida*".

La situación descrita obedece a una serie de factores, entre éstos la ausencia de controles rígidos en los mercados informales por parte de las autoridades locales competentes como la corrupción funcional que cunde en algunos de estos agentes del Estado. De hecho, el aumento considerable de Hurtos y Robos en el territorio nacional alimenta la mayor estadística criminal de la Receptación, lo que ha definido con la presente Ley, una ampliación de las hipótesis de agravación, conforme se aprecia de la nueva redacción normativa del artículo 195° del CP.

Ahora bien, de las innovaciones al artículo 195°, hemos de ver las siguientes:

Primero, derivar la agravación de la Receptación, de todos aquellos *equipos de informática, de telecomunicaciones, sus componentes y periféricos*; parece advertirse acá, una singular importancia, que ha adquirido en la sociedad actual (*moderna*) la informática y las telecomunicaciones, en cuanto a los medios preferidos por los ciudadanos para comunicarse con el resto. Vías comunicativas que permiten la interconexión entre las personas, de forma inmediata y dinámica sin interesar la lejanía territorial entre los interlocutores. Por «Sistema Informático», se dice, comprende tanto objetos materiales, como actividades, técnicas y protocolos que permite la tecnología digital. Entre los primeros figuran los ordenadores y terminales, sus accesorios, el hardware y el software, y los canales físicos de comunicación y acceso y uso de ordenadores, terminales y redes, la comunicación entre equipos, la oferta, distribución y consulta de información, la creación, uso y distribución de programas informáticos, el comercio en la Red, etc[446]. Claro está, solo

(446) Flores Prada, I; *Criminalidad informática*, cit. ps. 54-55

podremos estar ante esta figura del injusto agravado de Receptación cuando se trata de objetos materiales (físicos), aprehensibles de ser apoderados. Si estos son de orden inmaterial, la conducta se desplazas a los delitos contra la Propiedad Industrial. Por su lado, los equipos de telecomunicaciones, tiene que ver con la infraestructura física a través de la cual se desplaza la información desde la fuente hasta el destino, y con base en esa infraestructura se ofrecen a los usuarios los diversos servicios de telecomunicaciones.

Segundo, si *se trata de bienes de propiedad del Estado destinados al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social*; el mayor desvalor de la conducta radica en la naturaleza del bien, de propiedad *estatal,* teniendo como fin la satisfacción de servicios públicos, esto es, en exclusivo bienestar de la población; sostén axiológico de los servicios públicos, según los postulados de un Estado Social de Derecho. Fines «asistenciales», en cuanto cubrir las demandas básicas de los estratos socio-económicos más bajos de la sociedad, capas empobrecidas que se constituyen en los destinatarios naturales de los programas asistenciales y de apoyo social, según los lineamientos del Estado de Bienestar. Siendo así, su aplicabilidad dependerá de que el agente conozca esta naturaleza y fines del objeto material del delito, pues si yerra sobre uno de ellos, podrá darse un Error de Tipo, definiendo la tipicidad por el tipo base.

Tercero, si *se realiza en el comercio de bienes muebles al público*; esta agravación redunda en el contexto, en el lugar donde toma lugar el comercio ilícito de bienes. El Perú revela todo un emporio comercial, donde algunos comerciantes han accedido a la formalidad, gracias a ciertos incentivos legales tributarios, más otro porcentaje –nada insignificante-, trabajan en una notoria informalidad. En este último caso, emerge una actividad comercial dedicada básicamente a la comercialización de bienes de procedencia ilícita, en un escenario que no se caracteriza por la *clandestinidad, como opera en otras formas criminosas.* De ahí, que no estemos convencidos de la justificación de esta hipótesis de agravación de Receptación, dada las circunstancias normales que rodean la realización de esta ilícita actividad.

ANÁLISIS MODIFICATIORIA LEY N° 30924

La aplicabilidad del delito de «receptación agravada», ha ido reduciéndose ostensiblemente en los últimos tiempos, producto, -primero-, de la mayor cobertura legal que se le ha otorgado al delito de Lavado de activos (Decreto Legislativo N° 1106), en un contexto muy llevado a la persecución y sanción a integrantes de organizaciones criminales; segundo, ante un sistema de justicia, conocedor de un reducido número de causas por delito de receptación y sus formas agravadas. De hecho, la persecución penal en el ámbito de los delitos patrimoniales, pone mayor énfasis y atención en el delito precedente, en los delitos de hurto, robo y apropiación ilícita,

dejando de lado, la enorme potencialidad político criminal que despliega en la actualidad el delito de receptación.

Es precisamente, el último párrafo del artículo 195° del CP, cuya estrechez regulativa, es consecuencia de la cláusula omnicomprensiva del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. Cuando se está ante delitos muy graves, como el robo agravado, el secuestro, la extorsión, de cuya perpetración se origina la fuente ilícita patrimonial, se da preferencia al delito de Lavado de activos, merced a los efectos socio-cognitivos-promocionales, que se genera ante el público. De recibo, se debería establecer de *lege ferenda,* una suerte de delimitación normativa, entre uno y otro delito, ante su entrecruzamiento normativo (*conflicto aparente de normas penales*).

En lo que a la modificatoria concierne, se amplía su cobertura legal, al delito de «trabajo forzado», en cuanto a la procedencia de los activos, del dinero, del patrimonio que mueve el receptador en el mercado negro, con el propósito de darle un revestimiento legal de aparente «licitud». Como siempre, el legislador cae en los vacíos, en los claroscuros, pues así como el delito de trata de personas, y el trabajo forzado, con el Decreto Legislativo N° 1323, se incorporaron los delitos de Explotación sexual y laboral, en los artículos 153°-B y 153°-C respectivamente[447], como una forma correcta de cerrar el circuito de la trata de personas, sin embargo, han sido dejados de lado, por lo que abogamos en su pronta inclusión desde una perspectiva de *lege ferenda*.

(447) Vide, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, 4ta. edición, IDEMSA, Lima, 2019.

CAPÍTULO V
ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES

ARTÍCULO 196.- ESTAFA

El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

1. A MODO DE APROXIMACIÓN

Hasta el momento hemos tenido oportunidad de analizar aquellos injustos que atentan contra el patrimonio, concretamente la propiedad de los bienes, cuando el sujeto activo es desposeído del objeto material del delito, mediando una actividad típica de desapoderamiento, sea por destreza, con fuerza en las cosas o, cuando el autor despliega una fuerza física intensa o grave amenaza contra la víctima, para poder reducir al máximo sus mecanismos de defensa; dando lugar a los delitos de Hurto y Robo.

En tanto, que en la Apropiación Ilícita, la posesión del bien ingresa a la esfera de custodia del sujeto activo de forma lícita, el injusto típico deviene a posteriori cuando éste se apropia del bien, rehusándose a entregarlo a su legítimo propietario; mientras que el tipo penal de Receptación, incrimina aquella conducta, de quien recibe un bien de procedencia ilícita, intensificando con ello el agravio al propietario del bien, a su vez generando una mayor incidencia criminológica del resto de figuras delictivas que atentan contra el patrimonio.

Mas, es de verse que la obtención de un beneficio ilícito, el incremento del acervo patrimonial de una persona así como hacerse de una suma determinada de dinero, puede provenir también de otra clase de conductas, que ya no pueden ser calificadas como de «apropiación», puesto que la víctima

entrega voluntariamente el bien al agente. Lo particular en este caso, son los medios que se vale el autor, para lograr el desplazamiento del bien a su esfera de custodia, son métodos vedados, en el sentido de su naturaleza fraudulenta, al valerse de ardid, engaño, mentira, etc., para poder convencer a su potencial víctima. Se atenta también contra el patrimonio, en la medida que como resultado del evento típico, el sujeto pasivo ve mermado de forma significativa su patrimonio, al exigir el tipo penal genérico del artículo 196°, la producción del perjuicio de un tercero.

Punto importante a saber, es que en este tipo de injustos, existe una zona no muy clara de delimitación, con el incumplimiento de las obligaciones jurídico-civiles, con la presencia de ciertos contratos, que también pueden provocar efectos nocivos en el acervo patrimonial de una persona. Para ello, resulta en realidad importante, fijar normativamente ciertos criterios de interpretación (imputación objetiva), para dejar de lado conductas infractoras solamente del Derecho Privado, a fin de no desbordar el plano de legitimidad del Derecho Penal, en cuanto a su sujeción a los principios de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, subsidiariedad y de *ultima ratio*[448]. No podemos admitir la criminalización *per se* de ciertas figuras contractuales, amén de no ingresar a ámbitos que no corresponde intervención alguna al *ius puniendi* estatal.

Se advierte en la actualidad, una proliferación de una serie de prácticas en el mercado de bienes y servicios, que de cierta forma, linda con el terreno del engaño y del ardid; pero es que ese mismo mercado tolera determinados usos de mercadotecnia y de publicidad a fin de captar a los consumidores potenciales y, ello no puede ser reputado como actos constitutivos de «Estafa». Máxime hoy en día, se ha puesto en vigencia en nuestro país, toda una frondosa legislación administrativa, que sanciona aquellos comportamientos que han de ser calificados como "publicidad engañosa". No obstante, también se advierten nuevas modalidades engañosas, mediando técnicas sofisticadas y de las más ingeniosas, que permiten la obtención de dividendos económicos ilícitos.

Por lo antes dicho, hemos de estar atentos, en evitar interpretaciones forzadas y antojadizas, del ámbito de protección del artículo 196° del C.P., sólo aquellas conductas que desde un inicio revelan un contenido engañoso, fraudulento, etc.; son aquellas que deben caer bajo las redes de represión penal. No aquellas que por nimias, inocuas e insignificantes, pueden provocar la suscripción de contratos lesivos para los intereses económicos de una de las partes. El Derecho en sí, así como el derecho punitivo no tienen por función proteger a los individuos poco diligentes y nada precavidos, en un

(448) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 652.

mundo de los negocios, que cada vez acoge figuras contractuales caracterizadas por el riesgo de perder la inversión abonada.

El verbo defraudar empleado en sentido propio y común de los delitos contra el patrimonio, hace referencia a un perjuicio de naturaleza patrimonial logrado por medios fraudulentos, especialmente, por medios que actúen sobre la voluntad de un sujeto, determinando una resolución tomada libremente, pero encontrándose aquél en error acerca del significado de lo que decide(449).

Se trata fundamentalmente del uso del engaño, del abuso de confianza o de procedimientos semejantes que impliquen la elaboración de una determinada maquinación del sujeto activo en contra el patrimonio de otro(450); en otras palabras el fraude que emplea el autor, a partir de un sinfín de modalidades, para hacerse de un patrimonio de forma ilícita(451).

El C.P., en cuanto a la tipificación de estas figuras, sigue la orientación de criminalizar una fórmula normativa de tipo abierta, tal como subyace en el marco del artículo 196°, dando lugar a la Estafa genérica, en la cual ha de cobijarse cualquier tipo de comportamiento perjudicial, que cumpla con los presupuestos que exigen para afirmar su punición, para seguidamente en el artículo 197°, glosar una serie de conductas típicas, que se supone guardan una relación delictiva con la primera de las figuras nombradas. Se pude decir, en una primera línea de argumentación, que los supuestos normativos del artículo 197°, han de contar con todos los elementos de tipicidad objetiva que se ponen de relieve en el artículo 196° (engaño, error, desplazamiento patrimonial, perjuicio económico); agregando otros datos que le revisten de una cierta especificidad(452). Lo que no necesariamente es así, puesto que algunas de estas Defraudaciones siguen ciertos parámetros que las dotan de una sustantividad penal particularizada. No se puede sostener tampoco, que las figuras criminosas del artículo 197°, constituyan figuras atenuadas con respecto al tipo básico de Estafa, en la medida que modalidades como el Fraude Procesal no sólo atentan contra el bien jurídico «patrimonio», sino también contra la «Administración de Justicia», lo que implica un mayor desvalor del injusto típico. Sin embargo, el legislador ha sancionado con menor pena, dichos injustos a comparación de la Estafa Genérica que puede llegar hasta una pena de seis años de privación de la Libertad.

---

(449) Soler, S.; *Derecho Penal Argentino,* T. IV, cit., p. 331.

(450) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 225; Así, Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I). Las Estafas,* cit., p. 339.

(451) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., ps. 293-294.

(452) Cfr., Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 662.

¿En qué estriba la diferencia entre un delito de Estafa y uno de Hurto?, en la forma de cómo ingresa el bien a la esfera de custodia del agente. En el Hurto se produce a través de una sustracción, pues por lo general el autor de propia mano toma la cosa y la coloca en un lugar, fuera del alcance del sujeto pasivo; sin embargo, puede que en algunos casos medie una modalidad fraudulenta; (...) puede ir acompañado de artificios engañosos (...)[453]. Visto a modo de ejemplo, quien se hace pasar por un servidor de una empresa de energía eléctrica, con una identificación falsa, ingresa al inmueble y se lleva un aparato de música, se dará un Hurto y no una estafa. De igual forma quienes ingresan a un supermercado con la apariencia de ser solventes, para luego aprovechar el descuido de los vigilantes, para ocultar en sus prendas productos de cualquier índole, no podrá ser un delito de Estafa, por más que una impresión primera lleve a dicha conclusión. La Estafa en su configuración típica, supone que el engaño, incida directamente en la psique del sujeto pasivo, guiándola en determinado sentido, para que decida aceptar un trato comercial, por lo que ella finalmente es quien le entrega el bien (dinero), al sujeto activo. En el mismo caso del cliente del supermercado, cuando al llegar a la caja, emplea una tarjeta de crédito que en realidad pertenece a otra persona-

Entre el injusto de Apropiación Ilícita y la figura de Estafa. La distinción se basa fundamentalmente en las vías por las cuales el autor se hace tenedor del bien mueble, de la forma de cómo ingresa a su patrimonio el objeto material del delito[454]. En el tipo penal previsto en el artículo 190°, el bien ingresa de forma lícita (justo título), con plena voluntad de la víctima, el desvalor del injusto recién aparece después, cuando el agente decide apropiarse del bien; mientras que la construcción típica del artículo 196°, determina que esa misma voluntad que se advierte en la Apropiación Ilícita, del ofendido de entregar el bien, se encuentra viciada, pues ésta ha sido influida por una serie de maquinaciones generadas por el agente, para revestir de apariencia falsa un hecho que no se condice con su verdadera naturaleza. La entrega de un determinado lotes de mercadería a una mandatario por parte del mandante, para que los distribuya en el mercado, siendo empleados para fines personales del primero, es constitutivo de la tipicidad penal descrita en el artículo 190°.

La típica conducta de quien ingresa a un restaurante determinado, fingiendo ser una persona solvente, y luego traída la cuenta, éste rehúsa pagarla, habría que ver si la apariencia que éste revela al mozo, es idónea para generar el error, de creerse que cuenta con los fondos económicos suficientes. No negamos, por tanto, la tipicidad de Estafa de este tipo de comportamientos. Empero, parece que el legislador optó por calificarlas como una

(453) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 654.

(454) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 654; Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 440.

«falta», conforme es de verse del artículo 445° inc. 2) del C.P., muy a pesar de que en algunos casos el perjuicio económico puede ser significativo.

Finalmente, es de verse que la Estafa por lo general concurre con otras figuras delictivas, sobre todo, con los tipos penales que lesionan la Fe Pública, a partir del empleo de documentos apócrifos; dando lugar a un concurso «medial» (medio-fin). Descartándose, eso sí, una posible concurrencia con las hipótesis delictivas que se glosan en el artículo 197°, pues ello configura un conflicto aparente de normas. En resumidas cuentas, el delito de «Estafa», previsto y reglado en el artículo 196° de la codificación punitiva, importa un injusto penal que atenta directamente el patrimonio –desde una consideración eminentemente personal-, cuya contemplación en la ley penal deriva de una constatación real de las cosas, en el sentido de que no son pocas las personas, que emplean el ardid, el fraude, el engaño, etc., -como medios comisivos-, para hacerse ilícitamente de un patrimonio. Supone un delito de resultado, pues su verificación de realización típica, requiere necesariamente que se haya producido una afectación al acervo patrimonial del sujeto pasivo, en cuanto a una disminución de sus activos y un incremento en los activos del sujeto pasivo. De ahí, que resulte necesario, realizar un examen riguroso –de orden secuencial-, a fin de delimitar con toda exactitud que se trata de un hecho punible de Estafa y, no las características de un mero incumplimiento contractual; es así que convenimos que debe concurrir, primero el engaño (medios fraudulentos), el error en el sujeto pasivo que genera el desplazamiento del objeto material del delito, de la esfera de custodia de la víctima a la esfera de custodia del agente, desencadenando un perjuicio de orden patrimonial en las arcas del ofendido. Siendo que el fundamento material de esta figura delictiva, radica esencialmente en los medios que se vale el agente para lograr la obtención de la ventaja patrimonial, aquellas vías encaminadas a engañar a la víctima, susceptibles de incidir en factores de riesgo –no permitidos-, que hayan sido susceptibles de provocar el error en la mente del sujeto pasivo y, así que aquélla proceda a entregar el dinero al autor, en términos de imputación objetiva.

Eso sí, puede apreciarse Estafa, en aquellos clientes que prometen al Abogado defensor, el pago a resultas de la culminación del proceso, que terminado aquél de forma favorable no cumplen con su prestación pecuniaria, siempre que dicha actividad fraudulenta (ardid, astucia), se haya advertido desde el inicio de la contratación, no cuando por causas sobrevivientes el cliente debe disponer su patrimonio para otros fines.

El engaño, constituye, que duda cabe, el medio por el cual se sirve el agente para provocar el desplazamiento patrimonial de forma voluntaria, pero viciada, por parte de la víctima. Importa el falseamiento de la realidad, es decir, los hechos que son revestidos de un determinado ropaje, para dar aparecer ciertas características de las cosas, que no se condicen con su verdadera naturaleza; lo que debe tener como desenlace la provocación del error. Entonces, el error, al cual se encuentra sometida el sujeto pasivo, es

producto de un engaño, cuando el agente incidió de forma positiva en los juicios que han de valorarse en la esfera decisoria, al haber creado una imagen deformadora de la realidad, configurando una facticidad que no se corresponde con la realidad de las cosas.

2. BIEN JURÍDICO

No hay objeción alguna en la doctrina especializada, que el delito de Estafa ataca el patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. De ningún modo, el artículo 196°, ha de tutelar el derecho a la verdad ni la buena fe de los agentes del mercado, en virtud de su contenido etéreo, carente de base material[455].

Se dice que el concepto de patrimonio emerge demandado por la estafa y son las propias exigencias de la estafa el desarrollo que alcanza esta figura delictiva. De ahí la necesidad imperativa de analizar el concepto de patrimonio que tiñe y configura la estafa[456].

Bien jurídico protegido común a todas las modalidades de estafa, escribe Muñoz Conde, es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc., que puede constituir el objeto material del delito. Esto no quiere decir, agrega el autor, como entiende algún sector de la doctrina, que en la estafa sea el patrimonio como un todo el bien jurídico protegido, sino solamente que, salvo en alguna modalidad típica concreta (por eje., estafa inmobiliaria), la estafa pueda incidir en cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio (...)[457].

Como apunta Bustos, se trata de un bien jurídico complejo[458]. A diferencia de los Hurtos y los Robos, el estafa puede atacar cualesquiera de los derechos subjetivos que se comprenden en el aspecto global entendido como «patrimonio»; v.gr, la propiedad, la posesión (usurpación), la tenencia, el uso, el usufructo, acciones cambiarias de títulos valores, los derechos crediticios, titularidad de pensiones, las obligaciones alimenticias, etc[459]. Es por ello, que ha de diferenciarse el objeto material, sobre el cual recae la conducta prohibida, con el contenido del bien jurídico protegido; en el senti-

---

(455) Así, Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 265; Cfr., Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...,* cit., ps. 442-443.

(456) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 275.

(457) Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 359-360; Cfr., Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico,* cit., ps. 474-475.

(458) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 225.

(459) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., ps. 287-288.

do de que si bien el derecho atacado, puede ser un elemento integrante del patrimonio, no es menos cierto que el desvalor del resultado ha de ceñirse a una contemplación del patrimonio como una "totalidad". Ello significa que el ataque a un elemento específico del patrimonio será constitutivo de estafa en la medida en que de él derive una disminución del valor económico del patrimonio, pero no si se produce una compensación económica o un beneficio económico[460]. De ahí que coincidamos con un sector de la doctrina, que estima que el patrimonio es protegido desde una consideración de «*universita iuris*». En palabras de BAJO FERNÁNDEZ y otros, la estafa no persigue la protección de la propiedad, la posesión o el título del crédito (amparados ya de sus ataques más adecuados, por otros tipos) sino la protección de los valores económicos que se encuentran bajo la relación de señorío de una persona. Si la estafa se consuma en cuanto existe un perjuicio patrimonial –no cuando se lesione un derecho o elemento integrante del patrimonio-, es obvio que las miras del legislador están puestas en la totalidad del patrimonio, ya que solo valorando éste antes y después del ataque delictivo puede llegarse a un conocimiento del valor económico del perjuicio[461].

Es de verse que según nuestro derecho positivo vigente, se especifica en el tipo penal del artículo 196°, que la punición de dicha conducta se encuentra condicionada la causación efectiva de un perjuicio, que debe ser de índole económica y, para ello resulta ineludible remitirse a la unidad del patrimonio antes del ataque antijurídico, con su integridad ex –post y, así poder verificar si se ha cumplido con la efectiva lesión del bien jurídico protegido[462]. Si alguien sufre un engaño, para provocar el desplazamiento patrimonial, pero ello le ha reportado un beneficio económico, no podemos hablar de una conducta de relevancia típica. En cambio, en los delitos de Hurto y Robo esa consideración es dejada de lado, en tanto no se exige la producción de un perjuicio en el acervo patrimonial del sujeto pasivo.

En lo que respecta al concepto de «patrimonio» a emplear, en el ámbito de estos injustos patrimoniales, seguimos la postura adoptada al inicio del Título V, esto es, la posición mixta (jurídico-económica); en virtud de la cual el patrimonio es el conjunto de valores, de bienes, de derechos patrimoniales, susceptibles siempre, de ser cuantificados económicamente en el mercado, que se encuentran atribuidos a una determinada persona, en cuanto revistan una apariencia jurídica, es decir, una protección legal que no necesariamente debe lindar con estado de certeza[463]. Definición que despliega repercusiones de importancia, en cuanto a la calidad de sujeto pasivo.

---

(460) Pérez Manzano, N.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 441.

(461) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 266.

(462) Cfr., PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 277.

(463) A más detalle, ver los comentarios dogmáticos al comienzo de esta titulación.

Un concepto penal de «patrimonio», que permite delimitar el ámbito de la protección de la norma conforme a los principios de ofensividad, lesividad, culpabilidad, etc.; evitando de este modo la aplicación extensiva de este tipo penal a conductas que no merecen ser alcanzados por una pena.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

El tipo penal en cuestión, no exige una cualidad específica (funcional), para ser considerado autor a efectos penales; de todos modos, cabe especificar que sólo puede serlo la persona psico-física considerada, quien a través de una actividad engañosa, engendra un error en la psique de la víctima, a fin de que ésta efectúe el desplazamiento patrimonial.

Quien utiliza a un tercero para que se apropie de los bienes muebles de un tercero (instrumento), da lugar a una autoría mediata de hurto; en el caso de la Estafa, será muy difícil que pueda admitirse una autoría mediata, pues la persona que actúa como autor inmediato debe engañar al sujeto pasivo, mediante actos concretos que incidan en su juicio decisorio, dando lugar a la disposición patrimonial; aunque puede éste no saber que está engañando a alguien, quien es utilizado por un consorcio de venta de automóviles, para que venda un auto inexistente.

3.2. Sujeto pasivo

No se exige una cualidad específica para ello, pero debe ser el titular del patrimonio, sobre el cual incide, los efectos perjudiciales, de la conducta penalmente antijurídica. Se dice en la doctrina que el delito de Estafa sólo ha de tutelar, el patrimonio de los particulares, pues cuando se atenta contra el erario público, el radio de tipicidad penal se rige por los ilícitos penales que vulneran la Administración Pública, en su faz patrimonialista (peculado, malversación de fondos, colusión, etc.).

Para poder ser presa del engaño inducido por el agente, debe tratarse necesariamente de un sujeto con capacidad de discernimiento, debe poder comprender con corrección la naturaleza de los actos (jurídicos), que pueda suscribir con terceros; en tal virtud, un inimputable, que no goza de una conducción volitiva suficiente, no puede ser sujeto pasivo. Todos aquellos casos, por los cuales, un privado de discernimiento le entrega un bien mueble, a quien lo determina a hacerlo, sin violencia, son constitutivos de Hurto.

Podemos hacer una distinción del sujeto pasivo, conforme a la siguiente consideración: sujeto pasivo del engaño, es aquella persona a la cual el agente, induce mediante ardid, fraude y otras maquinaciones, para que reali-

ce el acto de disposición patrimonial y, el sujeto pasivo titular del patrimonio, que se ve perjudicado en su acervo patrimonial; v.gr., el apoderado u administrador de un patrimonio ajeno (fideicomiso), que es objeto de engaño por el agente. Cualidad distintiva, que no siempre ha de concurrir, al poderse refundir ambas cualidades en una sola persona.

¿Qué pasa con el ladrón, con el hurtador, puedan ser objeto de una estafa, aquellos podrán ser sujetos pasivos de este delito? Todo dependerá de la concepción de patrimonio que se postule; si es la acepción mixta la elegida, en cuanto a bienes susceptibles de cuantificación económica, que tengan en apariencia «protección jurídica», habríamos de concluir que dichas personas sí pueden ser víctimas de este injusto, mientras que procesalmente no haya sido declarada la naturaleza ilegítima de dicha posesión, no habrá otra alternativa que sean consideradas como víctimas de una estafa. Con ello, no se quiere decir, que el ladrón deba ser perdonado de su ilícito accionar, solamente el reconocimiento de una calidad jurídico-penal, conforme a la naturaleza del bien jurídico tutelado. En realidad, resulta difícil sostener que el sujeto pasivo en estos casos sea el propietario original, ya que no resulta perjudicado, al menos tal y como se entiende el perjuicio en el delito de estafa[464]; es que éste no puede ser doblemente considerado como sujeto pasivo de dos injustos a la vez, primero, cuando es privado de la propiedad del bien, en el caso del hurto y, segundo cuando se produce el perjuicio patrimonial.

3.3. El engaño

El engaño, constituye, que duda cabe, el medio por el cual se sirve el agente para provocar el desplazamiento patrimonial de forma voluntaria, pero viciada, por parte de la víctima. Importa el falseamiento de la realidad, es decir, los hechos que son revestidos de un determinado ropaje, para dar aparecer ciertas características de las cosas, que no se condicen con su verdadera naturaleza.

Engaño es la falta de verdad en lo que se dice, o hace de modo bastante para producir error e inducir el acto de disposición patrimonial[465]; esto quiere decir, que el engaño debe ser idóneo y suficiente para engrandar el error en la psique del sujeto pasivo y, así provocar el desplazamiento del objeto material.

A los efectos del medio engañoso en la estafa, sólo vale la pena lo que se persigue hacer creer, sabiendo que es falso, puesto que la falta de verdad en lo que se piensa coloca en situación de engaño al propio autor, de modo

(464) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 297-298.

(465) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 274.

que es él quien está en error, entonces no existe el elemento subjetivo caracterizado por el propósito de inducir a error al sujeto pasivo(466).

Definitivamente, el engaño es más que la mentira, pues la segunda dependerá ya de los juicios de valor de la persona, que incide mas que todo en la presunción de buena fe del obrar del prójimo; en cambio, el engaño supone que lo que se dice o afirma, viene acompañado con ciertos datos objetivos, que tienden a inducir a la creencia de algo que no se corresponde con la verdad.

En la doctrina española, en cuanto al engaño, se dice que no basta con mentir de cualquier modo, sino que sólo adquiere relevancia típica aquel engaño que, con palabras de la ley, es "bastante" para producir error en otro y a la vez inducirlo a realizar un acto de disposición patrimonial(467). Si bien, nuestra ley positiva no ha acogido dicha adjetivación ("bastante"), el «engaño», ello no es óbice para que su interpretación, a efectos de calificar la relevancia típica de la conducta, haya de acoger baremos de idoneidad, suficiencia y aptitud para provocar el error en el sujeto pasivo`, en cuanto el desborde de niveles de permisión en el mercado.

Peña Cabrera, diferencia lingüísticamente los tres términos que utiliza el art. 196; *ardid* es un medio empleado hábil y mañosamente para el logro de un algún intento; *astucia* es la habilidad, carácter mañoso y audaz con que se procede para conseguir un provecho ilícito creando error en la víctima; y, finalmente, *engaño* indica la falta de verdad en lo que se dice, cree, piensa o discurre(468).

En resumidas cuentas, los verbos empleados en la tipicidad objetiva, apuntan hacia lo mismo: generar un error en la persona del sujeto pasivo, incidiendo en un plano de configuración determinado que no se corresponde con la realidad de las cosas, que el agente pretende mostrar como tal.

Se ha estimado importante, fijar ciertos criterios –subjetivos y objetivos-, a fin de delimitar el engaño capaz de provocar el error en la víctima; v.gr; primero estimando un carácter generalizador del «hombre medio», de ciertos márgenes de racionalidad y ponderación, con la que debe actuar todo individuo en el mundo del comercio y de los negocios así, como el análisis del hombre concreto que se sitúa frente al engaño(469). Modo de proceder que deber ser abandonado y sustituido por el juicio de pronóstico posterior objetivo, conforme al cual se enjuicia, según la doctrina mayoritaria, la idoneidad objetiva de un comportamiento para producir un determinado resultado(470).

---

(466) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 485.

(467) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...,* cit., p. 443.

(468) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 284.

(469) Vid., González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V),* cit., p. 659.

(470) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 275.

Por otro lado, la necesidad de desechar, aquellas conductas, que por trasnochadas, inocuas, sobrenaturales y mágicas, no pueden ser abarcadas por este concepto normativo; vg.r., quien paga una suma de dinero para que se dé por terminada la vida humana sobre la tierra. Las creencias, supersticiones y la ignorancia como factores generadores del error, dejan de lado que sea el engaño el creador de dicha esfera subjetiva. Como expone, Pérez Manzano, la ausencia de idoneidad objetiva –falta de adecuación o peligrosidad objetiva del engaño para producir el error- es lo que permite excluir como conductas típicas de estafa, en primer lugar supuestos como el de quien paga cantidades de dinero a un *curandero*, exorcista o brujo para conseguir cura una determinada enfermedad, por ejemplo(471). Así, según nuestra realidad el ciudadano que acude a los denominados "shamanes", para que lo curen de la mala suerte o que atraigan a la persona amada o, en la lectura de la mano por parte de las gitanas. Cuestión distinta es de verse en los juegos de azar, no es una estafa, sino no gana dinero alguno, puesto que el cliente, a propia voluntad, coloca su patrimonio a una expectativa incierta y aleatoria.

El engaño, que nos sirva para definir la tipicidad es aquel que viene determinado normativamente, el adecuado para generar el «error» en la psique del sujeto pasivo, amén de generar la disposición patrimonial. Esto es, la delimitación del engaño típico debe obedecer a criterios normativos, entre los que se encontrará, desde luego, su adecuación concreta, para mediante el preceptivo acto de disposición, dañar el patrimonio(472).

A lo que debemos llegar a es a lo siguiente: *El engaño debe generar un error, que importe la creación de una conducta que sobrepase el riesgo permitido, con aptitud de lesión al patrimonio del sujeto pasivo, concretamente la disposición patrimonial desencadenante del perjuicio, el cual debe ser concreción directa de dicho error y no como consecuencia de otros factores causales concomitantes.*

Eso sí, el engaño debe ser anterior al error, si éste último aparece de forma previa, debemos negar la tipicidad penal por el delito de Estafa. Así, el sujeto que ha pagado con anterioridad una mercadería de determinada calidad y posteriormente su proveedor (que a consecuencias de un hurto ha quedado sin esta clase de mercadería) mediante engaño le entrega una de calidad inferior, no podría plantearse estafa, sino sólo un engaño civil(473).

No se puede hablar de «estafa», en el supuesto del deudor que luego de contraer una deuda, que debe pagar en cuotas periódicas, se ve impedido

(471) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 444.

(472) Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 144.

(473) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 227.

a honrar su compromiso, al sobrevenir factores ajenos a su propia voluntad, no aparece pues el engaño; una consideración contraria, importaría criminalizar los meros incumplimientos contractuales, dando lugar a una regresión al mandato constitucional de no prisión por deudas. En el marco jurídico-obligacional, para que podamos identificar una conducta típica de estafa, la intención de engañar ha de reflejarse en la constitución de la relación contractual.

3.3.1 El Riesgo no permitido

La sociedad moderna caracterizada por la incesante realización de una serie de actividades, en diversos ámbitos sociales, culturales, deportivos y laborales, pone en relieve la actuación de conductas humanas, que de por llevan intrínsecamente un riesgo, un peligro que si es concretizado, puede generar una lesión efectiva a un bien jurídico –penalmente tutelado-. Riesgos que son tolerados, permitidos y autorizados, en la medida que son necesarios para el desarrollo socio-económico de una determinada comunidad social; la ciencia y la tecnología hoy en día han adquirido una avance extraordinario, dando lugar a la invención de una serie de mecanismos, instrumentos que han hecho más fácil la vida del hombre, pero que a su vez han supuesto la creación de armas de destrucción masiva.

No podrían prohibirse dichos comportamientos, so pena de paralizar el despegue económico de nuestras comunidades, por lo que son autorizadas, siempre y cuando sean ejercidas en sujeción a los parámetros de legalidad.

Conforme a lo señalado, si dichas actividades humanas, llevan insito un riesgo, éstas deben ser positivamente reguladas, a fin de no propiciar la generación de peligros con aptitud de lesión para los intereses jurídicos fundamentales. Normatividad que de forma específica debe guiar la conducción de estas conductas, por lo que si una lesión es producto de un riesgo permitido, habrá que negar la imputación delictiva; sólo si el comportamiento humano genera un riesgo no permitido con aptitud de lesión, y éste es la concreción del resultado lesivo producido, es que podemos hablar de «imputación objetiva» y es que la entidad del engaño, susceptible de provocar el error en el sujeto pasivo, debe ser tal, que genere el denominado «riesgo no permitido»; en palabras de Torio, la acción que se mantiene dentro de los límites de los socialmente permitido en un ámbito concreto no puede, en principio, estimarse antinormativo en el sentido de la estafa(474).

Nos inclinamos, entonces, por delimitar la relevancia típica de la conducta prohibida del delito de Estafa, según los criterios que se aglutinan en

(474) Citado por Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 279.

la moderna teoría de la imputación objetiva; dejando de lado fundamentos privativos de las leyes de la naturaleza (causalidad).

A decir de VALLE MUÑIZ, sólo el engaño que cree un riesgo jurídico-penalmente desaprobado de lesión del bien jurídico, esto es del patrimonio ajeno, le puede ser imputado el resultado posterior que, además, deberá ser, precisamente, la realización concreta de ese riesgo(475).

Cuando la relación entre el sujeto activo y el pasivo se produce en un ámbito en el que el patrimonio está sometido a un cierto peligro, consustancial a la actividad en la que se desenvuelven ambos (la competencia, el beneficio económico, el riesgo comercial, etc.), engaño bastante será el que aumenta el peligro implícito a la relación y que no provenga de procedimientos usuales o tutelados en ese tipo de tráfico(476).

El mercado de consumo, se mueve hoy en día, en base a la idea de la fantasía, la exageración, la ilusión, como métodos lícitos, para que los proveedores puedan captar a sus potenciales clientes; para tales efectos se emplean avisos publicitarios, propios de técnicas de marketing, en los cuales se sobredimensionan las propiedades del producto en cuestión, lo cual no determina su calificación como una conducta típica de Estafa(477); v.gr., cuando en los comerciales de cigarrillos, cerveza, perfumes y otros productos de consumo masivo, se tiende a pensar que el uso de los mismos, permite al varón conquistar mujeres bellas, hacerse de una gran riqueza o tener una mejor suerte en la vida, lo que en definitiva no tiene por qué condecirse con la realidad de las cosas; son exageraciones en sí permitidas y/o toleradas por el mercado. Situación distinta se dará, cuando se oferta un producto, resaltando una determinad propiedad, que precisamente es la que toma en cuenta el consumidor, para decidirse por la adquisición del mismo; v.gr., un producto para adelgazar que se ofrece en la televisión a un precio meridianamente caro o unos accesorios para vehículo, que finalmente, en su uso se advierte que no tienen dichas características, pues la mujer no bajó ni un gramo luego de tres meses de empleo, por lo que serían una conducta constitutiva de estafa.

Claro está, la determinación de la relevancia típica, debe analizarse conforme a ciertos aspectos, como el lugar donde se adquiere así como el precio; en el caso de quien compra una supuesta cadena de oro en la calle, a un vendedor ambulante a un precio ínfimo, no puede hablarse de un engaño, si ésta es bañada, en la medida que nadie podría pedir garantía alguna en una compra de esa naturaleza así, también quien adquiere un can de raza,

---

(475) VALLE MUÑIZ, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 165.

(476) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 660.

(477) Cfr., VALLE MUÑIZ, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., ps. 167-168; PÉREZ MANZANO, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 448; SOLER, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 353-354.

a un precio muy por debajo del valor promedio, en un circuito ambulatorio. No se puede conceder protección legal, a quien no fue precavido con sus propios negocios, menos la punitiva.

Tampoco procede la calificación de estafa en aquellos supuestos en que a pesar de la idoneidad del engaño el sujeto pasivo termina siendo consciente del ardid pero en los que, por pura liberalidad, por ejemplo, realiza los actos de disposición[478].

El Decreto Legislativo N° 716 – Ley de Protección al Consumidor, contiene disposiciones legales, que importan una serie de exigencia para los proveedores frente a los consumidores, en cuanto a los productos que ofertan en el mercado.

El inc. b) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716, dispone que los Consumidores tienen el derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuados de los productos o servicios; mientras que el artículo 8° de la normatividad precitada, establece que los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben en los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde. Por su parte el artículo 15° del mismo cuerpo normativo, señala que el proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos o servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes, quedando prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

En tal sentido, se sanciona la publicidad engañosa o aquella que induzca a error al consumidor (...), en donde se prohíbe expresamente toda manipulación de información que pueda confundir al consumidor, sobre la calidad, el precio, peso, etc., para que no realice una adquisición de acuerdo a sus necesidades e intereses[479]; lo que se quiere tutelar, es que el consumidor pueda tener una elección libre, conforme las expectativas que espera colmar con la adquisición del producto, por ello la veracidad en la información es indispensable para que no se puedan ver frustradas dichas expectativas.

---

(478) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 284-285.

(479) Espinoza Espinoza, J.; *Ley de Protección al Consumidor*, cit., p. 152.

Empero, para que se pueda tipificar la conducta por el delito de Estafa, debe relevarse una actividad fraudulenta (ardid), que desde un primer momento se dirija a inducir a error a la víctima, generando la disposición patrimonial, que pueda incidir en la producción de un perjuicio para su patrimonio; para lo cual debe verificarse también el dolo del agente, conciencia y voluntad de realización típica. Elemento subjetivo del injusto que no resulta necesario acreditar en el marco de una infracción administrativa, pues la imputación de responsabilidad responde a una naturaleza meramente objetivada.

Por otro lado, si de productos alimenticios se trata y, las consecuencias en cuanto a su adulteración, que puedan reputarse como una conducta engañosa, linda también con aquellos injustos que atentan contra la Salud Pública.

En resumidas cuentas, el mercado de hoy en día, en vista de su dinámica contractual, advierte riesgos para los consumidores y los contratantes, los cuales serán permitidos, siempre y cuando no desborden ciertos planos de legitimación. Como explica VALLE MUÑIZ, dibujan en la dinámica contractual una especie de tensión dialéctica entre el necesario respeto a la autonomía de la voluntad de las partes y la inevitable defensa de los particulares intereses en lucha. Sólo las conductas engañosas que desproporcionan sensiblemente la tensión apuntada serán consideradas como típicas(480).

3.3.2. Auto puesta en peligro

En el marco de los criterios que se comprenden en la moderna teoría de la imputación objetiva, se ha puesto especial atención, a la participación de la víctima en la perpetración del injusto; concretamente, de su ámbito de intervención fáctica, en cuanto a la realización típica, que ha de procurarse el autor, para poder lograr su propósito delictivo. Dicho en otras palabras: *si la efectiva lesión del bien jurídico, obedeció a la asunción de un riesgo, al cual de forma voluntaria se sometió la propia víctima, no cabe entonces formular el juicio de imputación delictiva al tercero, pues sólo aquella será responsable por los defectos de su esfera de competencia organizativa*; v.gr., quien se decide por saltar en paracaídas, a pesar de no estar adiestrado para ello, no puede generar responsabilidad a quien sólo le deslizo la idea.

Algunas figuras delictivas no pueden ser explicadas, criminológica y dogmáticamente, al margen de la intervención del sujeto pasivo del delito, es que la comisión de aquéllos sólo puede ser alcanzada, cuando la víctima contribuye de forma decidida en su configuración; dando lugar a los denominados «delitos de participación necesaria», que tienen una especial importancia, en orden a delimitar los ámbitos de responsabilidad de los sujetos intervinientes.

---

(480) VALLE MUÑIZ, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 172.

En lo que al delito de Estafa se refiere, la participación de la víctima resulta esencial para que este injusto pueda materializarse en la vida cotidiana; no olvidemos que es el sujeto pasivo del «error», quien con sus propios actos, genera la disposición patrimonial, que ingresa a la esfera de custodia del agente, por lo que si el autor, no logra convencer al ofendido, no podremos hablar de delito alguno, al margen que se puedan calificar dichos actos como una tentativa. La estafa, como escribe González Rus, es un delito con víctima colaboradora, que juega un papel central en la dinámica comisiva(481). Siendo que ésta será siempre el sujeto pasivo de este delito, lo que se tutela en el artículo 196° es su patrimonio, de forma individual, a diferencia de algunas ilicitudes penales que atentan a la Administración Pública. Pero, lo importante a todo esto, es el análisis que de forma pormenorizada debe efectuarse, sobre la naturaleza de esa contribución y bajo que circunstancias tomo lugar; a fin de fijar con corrección, cuando el desplazamiento patrimonial debe ser atribuido únicamente a la esfera de competencia de organización de la víctima y, no a la esfera de competencia del supuesto autor (delimitación de esferas de responsabilidad).

Por lo antes dicho, nos debemos remitir a las particularidades que presenta el ofendido, al momento de la comisión del hecho punible; no será lo mismo el empresario textil que participa en un contrato de *joint venture*, de aquel campesino que recién llegado a la ciudad cae en las redes de unos estafadores, bajo el cuento de la venta de terrenos, que eran propiedad del Estado. Es partir de estos datos, que podemos arribar a una conclusión acertada, de que si la lesión patrimonial, que sufrió la víctima, puede o no generar un juicio positivo de imputación delictiva.

En una comunidad –jurídica y políticamente organizada-, los individuos –como sujetos libres y responsables-, han de conducirse en sociedad, conforme a los roles que desempeñan, de acuerdo a sus ámbitos de organización, por lo tanto sólo ellos pueden ser responsables, de los defectos que puedan derivarse de dicha actuación y; si ellos no son diligentes, no son precavidos en los negocios y/o contratos que puedan gestionar con terceros, no pueden esperar que el Estado, a partir de la violencia institucionalizada que significa el Derecho Penal, haya de reprimir esa clase de conductas. El engaño, por ende, determina un baremo generalizador, de que el hombre medio en la situación concreta, se haya comportado de cierta manera; v.gr., el caso de quienes tramitan las visas para USA, a través de intermediarios, que instalan oficinas, agenciándose así de una gran cantidad de clientes, ofreciendo su segura obtención, no pueden decir de ningún modo que son «víctimas» de engaño alguno, saben con exactitud que sólo la Embajada de dicho país, es la única autorizada para expedir dicha documentación y, que no cuentan con interpósitas personas y, aún así pagan altas sumas de

(481) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 667.

dinero a dichos "tramitadores". Por consiguiente, se trata de una auto-puesta en peligro, al margen de los otros delitos, en los cuales puedan incurrir estos inescrupulosos sujetos.

3.4. El Error

El engaño, tal como se desprende de la redacción normativa del artículo 196°, debe provocar un «error» en la persona del sujeto pasivo, a fin de que ésta proceda a la disposición patrimonial.

Sin error, dice Soler, no hay estafa, así como no lo hay sin ardid, aún cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido(482). Si la víctima, a quien se le pretendió engañar, pero de forma inútil, es plenamente consciente de que el automóvil que va a comprar no vale ese precio y, aún así desembolsa el dinero, no puede ser sujeto pasivo de estafa y, no se consiguió ello, puede dar lugar a una tentativa(483).

El error es un conocimiento viciado de la realidad, una falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño que motiva el acto dispositivo. Es un vicio en el que incurre el sujeto pasivo, quien adquiere nociones e ideas deformadas sobre una cosa, sobre un proceso cualquiera, de modo que una es la verdad y otra su apariencia(484).

Señala Bustos, que no hay estafa, a pesar de que haya error, si éste proviene de las creencias, valoraciones, costumbres o usos propios del sujeto (...), salvo que se lleven a cabo maquinaciones especiales para crear en cualquier persona una falsa idea de la realidad(485).

Entonces, el error, al cual se encuentra sometida el sujeto pasivo, es producto de un engaño, cuando el agente incidió de forma positiva en los juicios que han de valorarse en la esfera decisoria, al haber creado una imagen deformadora de la realidad, configurando una facticidad que no se corresponde con la realidad de las cosas.

Valle Muñiz, sostiene que el papel que el error juega dentro del tipo de estafa es doble. De una parte, no sólo debe ser consecuencia de un engaño, sino que la caracterización típica de éste va a depender de su capacidad para producir error. Pero es que, además, el error debe motivar la disposición patrimonial perjudicial(486).

---

(482) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 350.

(483) Así, Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 449.

(484) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 290.

(485) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 227.

(486) Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 189.

La aparición del error, va a determinar si es que el engaño tuvo la suficiente idoneidad, para poder crear una aptitud de lesión para el bien jurídico, puesto que seguidamente debe exteriorizarse la disposición patrimonial, que en definitiva provocara el perjuicio, como resultado inherente al delito de estafa. De esta forma, no cabe duda, el error cumple la función restrictiva de las conductas engañosas típicamente relevantes[487].

Por lo antes dicho, podemos definir el «error» como el estado psicológico en que se encuentra la víctima, luego de producido el engaño, desencadenando el acto de disposición patrimonial. Debe tratarse de un estado de certeza y no de una duda, pues ante ésta última, siempre habrá posibilidad de vencer el error.

El error debe derivar directamente de las falsas apariencias presentadas por el sujeto, de modo que provenga de la falsa representación suscitada y no de la simple inexactitud del juicio fundado en un puro desconocimiento[488].

La negligencia de la víctima le hace imputable el error porque excluye la eficacia real del fraude en el caso concreto, si la observancia de una diligencia mínima lo hubiera evitado, ya que su omisión demuestra su indiferencia frente al posible engaño[489]; como se dijo conforme niveles de índice de riesgo, puede excluirse la imputación objetiva del resultado.

Dice la tipicidad objetiva, que el error puede haber sido provocado (inducido) por el autor o, cuando éste lo mantiene en un error ya «preexistente».

3.5. Modalidad Omisiva

La estafa puede configurarse cuando el agente induce a error a la víctima, esto es, cuando incide de forma directa en la psique del sujeto pasivo, para que ésta (engañada), disponga de su patrimonio, mediante astucia, ardid u otra forma fraudulenta, todas aquellas maquinaciones susceptibles de deformar la realidad de forma objetiva, descartándose la simple mentira. Induce en error el que crea en la imaginación del despojado el interés por cualquier resultado aparente favorable, el que lo anima para trate de obtenerlo[490]; si el inducido es el juez, la tipicidad habrá que reconducirla a la figura de la «estafa procesal», prevista en el artículo 197° del C.P.

---

(487) Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 190.

(488) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 353.

(489) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 299.

(490) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 291.

Pero, es que la estafa también puede cometerse vía actos concluyentes «omisivos», de mantener en error a la víctima, cuando existía el deber por parte del agente de informarle ciertos aspectos, datos, elementos de juicio que eran esenciales y determinantes para adoptar la decisión en uno u otro sentido.

Bajo esta hipótesis la víctima se encuentra en un estado psicológico de «error», cuya presencia no ha sido obra del sujeto activo pero, que éste debe esclarecer mediante actos positivos. Se configura cuando sabiendo el agente que una persona tiene una falsa representación de la realidad, realiza algún acto fraudulento con capacidad suficiente para hacer que aquella no salga de su error y de ese modo se desprenda de su patrimonio, señala SALINAS SICCHA. Se exige que el agente con su actuar engañoso determine la continuación de la falsa representación de la realidad(491).

Podemos estar ante una manutención de error, cuando el cajero recibe una cantidad de dinero por parte de un usuario, que no se corresponde con la suma real que pretende depositar, advirtiendo dicho hecho, el agente calla, por lo que evita que sea vencido, siempre y cuando existía el deber de informar (garante), si el vuelto que se entrega es menor, será absoluta responsabilidad del cliente, pues éste debía contarlo antes de salir de la ventanilla.

NÚÑEZ en cuanto al silencio, escribe que el deber de manifestar, cuya violación conduce al engaño defraudatorio, puede, (...), contraerse por una convención expresa, como si el cliente se obliga a tener al tanto a su proveedor acerca de una determinada operación de crédito; o de manera implícita, si deriva del objeto del pacto, según sucede *verbi gratia*, con la obligación del asegurado de manifestarle al asegurador su condición de autor del siniestro, o la del dueño del negocio de comunicarle sus extracciones de caja al cajero obligado a responder por el déficit(492). Quien pretende cobrar el seguro del SOAT, sin comunicar que al momento de accidente, se encontraba en estado de ebriedad.

Para la obtención de ciertas pensiones se debe cumplir con ciertos requisitos; las pensiones de viudez sólo han de permanecer, mientras la viuda no se vuelva a casar, por lo que si esto sucede está en la obligación de dar conocimiento a la entidad estatal competente y, si no lo hace, siempre que esté actuando con dolo, estará incursa en el delito de Estafa. Quien

(491) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., ps. 279-280.

(492) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., ps. 301-302; En opinión de Pérez Manzano, en todos aquellos casos en los que se ocultan datos relevantes en el momento de concluir un contrato bilateral, son en realidad engaños activos; en ellos cuando una parte omite cierta información, está realmente afirmando la inexistencia de la misma o la existencia del vicio; de manera que existe engaño activo, que será típico en la medida en que sea idóneo objetivamente para inducir a error; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., ps. 446-447.

dejó de trabajar una institución, por diversos motivos, y no da aviso esto, a recursos humanos, por lo que sigue recibiendo un sueldo mensualmente, también incurrirá en este delito, siempre y cuando estuviese en la obligación de comunicarlo, pero si este hecho obedeció a errores propios del sistema o del personal a cargo, no puede decirse que sea una Estafa. Cuando el dinero ingresa por error a la cuenta corriente de una persona, se dará el tipo penal previsto en el artículo 192°.

Para que el silencio sea capaz de producir error e inducir al acto de disposición debe manifestarse como concluyente, afirma Valle Muñiz. Ello ocurrirá, desde luego, cuando el silencio aparezca en el seno de un comportamiento complejo positivo, donde cobra relevancia no tanto la mera omisión, cuanto la acción concluyente que toda la conducta supone(493).

Se debe fijar claramente las zonas de intersección entre los vicios de la voluntad que pueden darse en el Derecho privado, en cuanto a los vicios de la voluntad, que según lo dispuesto en el artículo 201° del C.C., el error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte, el cual debe ser entendido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202° (*in fine*). Son determinados aspectos que recaen en el aspecto de fondo del acto jurídico, que son sancionados con nulidad. No sólo la acción dolosa, produce efectos jurídicos, sino también la omisión intencional, según se contrae del artículo 212° del CC. Debemos partir, de criterios de objetividad, en el cual se trate de inferir la infracción de ciertos deberes, que de forma concluyente hayan incidido en la suscripción del negocio jurídico, unido al dolo criminal.

La admisión de la modalidad omisiva no es pacífica por la doctrina, por lo que se postula su incidencia en grado reducido. Dice Bajo Fernández que la omisión sólo será típica si el omitente tuviera un deber especial de eliminar el error en que incurre el otro por la inactividad de aquel. Ello sucederá sólo en casos excepcionales, dado que la creación de deberes de garante debe ser muy restringida en este ámbito, puesto que la protección del bien jurídico patrimonio, no permite fundamentar, desde la perspectiva del principio de intervención mínima, posiciones de garante con la misma amplitud que la protección de la vida(494).

---

(493) Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 178.

(494) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 280; Cfr, al respecto, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., ps. 664-666; Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., ps. 445-446; Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 486.

3.6. Acto de disposición patrimonial

Siguiendo la secuencia de los elementos que de forma conjunta describe la tipicidad objetiva del delito de Estafa, seguidamente del error que se genera en la psique del sujeto activo, debe aparecer el «acto de disposición patrimonial» por parte de la propia víctima; a diferencia del delito de Hurto, donde el agente se hace del objeto mediante una acción típica de sustracción. En efecto, debe existir un acto voluntario, aunque con vicio del consentimiento a causa del engaño y el error[495]; lo que importa que el objeto material del delito, ingrese de forma efectiva a la esfera de custodia del agente, que el dinero se deposite en su cuenta bancaria.

Es algo que puede ser un simple hecho, por ejemplo, realizar sin la debida compensación un trabajo pecuniariamente valioso; o puede ser un acto jurídico de transferencia de la propiedad o de renuncia a ella[496].

El acto de disposición patrimonial no tiene porque venir revestido con las propiedades que se disponen en el Derecho Civil, en cuanto a la configuración del acto jurídico o a la validez del contrato, en lo que se refiere a las formalidades esenciales, lo que importa a todo esto es la facticidad (actos y omisiones), la idoneidad del acto, para provocar el desplazamiento dinerario.

El acto de disposición penalmente relevante, debe ser entendido, entonces, genéricamente, como aquel comportamiento, activo u omisivo, del sujeto inducido a error que conllevará de manera directa la producción de un daño patrimonial en sí mismo o en un tercero[497].

Comete estafa quien logra, mediante engaño bastante e idóneo obtener un servicio de un médico con el ánimo de no pagar. El servicio del médico es un acto de disposición patrimonial porque implica la realización de un comportamiento con valor económico[498].

Engañado y disponente han de ser la misma persona («error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición»), pero pueden ser distintos el engañado y el perjudicado (...)[499].

---

(495) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 293.

(496) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 286.

(497) Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 214.

(498) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 284.

(499) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., ps. 668-669; Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 228.

3.7. El perjuicio

Si hemos señalado en el apartado correspondiente, que lo que protege la Estafa Genérica es el patrimonio, a partir de una consideración global, hemos de convenir que el «perjuicio» debe significar una merma del acervo patrimonial del sujeto pasivo, una lesión a sus activos, bienes o derechos, desde una comparación ex –ante; de tal manera, que dicho perjuicio debe ser susceptible de ser cuantificado económicamente[500], importante a efectos, de que el juzgador puede fijar un monto por concepto de Reparación Civil, proporcional a los efectos perjudiciales de la conducta penalmente antijurídica.

Quien sufre el engaño, sobre quien recae el error, debe ser necesariamente el disponente del patrimonio, pero quien sufre el perjuicio puede que no sea la misma persona quien sufrió el error; v.gr., el administrador de una tienda, quien efectuó el desplazamiento del dinero en el marco de un contrato, siendo objeto de un engaño, es el sujeto pasivo del error, mas, el sujeto perjudicado es el dueño del patrimonio. Lo importante es la relación de consecuente a antecedente entre el perjuicio y la disposición patrimonial, de modo que si el perjuicio se produce por motivaciones propias del sujeto, aunque haya engaño, error y disposición patrimonial no hay estafa (quien se hace pasar por entendido en carrera de caballos y da un falso dato, que otro al escuchar sigue, no comete estafa desde el punto de vista objetivo sin entrar a analizar el aspecto subjetivo).

El perjuicio, como elemento típico de la estafa estriba, pues, en la diferencia de valor entre lo que se le atribuye al autor, merced al acto de disposición y lo que la víctima recibe a cambio[501].

Si siguiéramos a toda consecuencia, la concepción «personal» del patrimonio, en virtud de la cual se postura que el objeto de tutela son las legítimas expectativas del titular del bien, conforme al uso y/o empleo que éste persiga, el perjuicio no habríamos de estimarlo económicamente, sino de acuerdo a las expectativas frustradas de su titular, pues pese a haber recibido un bien con otras características, pero de igual valor económico, tendría que reputarse su configuración típica. Perspectiva que no se condice con la línea argumental antes esgrimida por nosotros[502].

La compensación económica elimina, por tanto, la posibilidad de verificar el perjuicio. No hay compensación en el simple nacimiento de un derecho (derecho a recuperar la cosa) correlativo al perjuicio sufrido, ya que es menos tener un derecho a la cosa que tener la propia cosa (*minus est actionem ha-*

---

(500) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 484; Valle Muñiz, J.M.; *El delito de Estafa,* cit., p. 226.

(501) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 294.

(502) Vid., al respecto, Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...,* cit., p. 451.

bere quam rem)[503]; en definitiva no es lo mismo un derecho *expectaticio* –aún de incierta realización-, que contar de forma efectiva con el poder de la cosa.

No pueden ser tomados como perjuicios, el desgaste que se produce como consecuencia del uso del bien, más aún si aquello no viene precedido por engaño alguno.

Como se dijo antes, el patrimonio (tutelado) que puede verse configurado, como repercusión de la conducta típica, puede verificarse también en aquel que obtuvo su posición de forma antijurídica, el hurtador en este caso, en base a la concepción mixta de patrimonio acogida en la monografía.

El perjuicio debe acaecer de forma inmediata, como consecuencia directa de la disposición patrimonial; pues si éste aparece mucho tiempo después, podría resultar que éste no sea consecuencia del supuesto error en que incurrió el sujeto pasivo, sino de un factor sobreviniente.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

El tipo penal previsto en el artículo 196°, adquiere perfección delictiva, cuando ha de constarse el perjuicio económico, que comúnmente se produce como consecuencia inmediata de la disposición patrimonial; por lo que se dice que la Estafa es un delito de resultado. No se requiere para dar por consumada la conducta, la obtención del beneficio económico o de otra índole[504]; a pesar de que pueda pensarse ello, desde una interpretación literal, en tanto, el provecho propio o de tercero, es la finalidad a que punta el autor con su conducta, que viene aparejado en el dolo del autor, careciendo de rigor sistemático, lo expuesto por Salinas Siccha, al escribir que el delito se perfecciona cuando realmente el agente a logrado su objetivo último cual es obtener el provecho indebido[505].

Podremos observar un delito tentado, cuando el agente dirige actos revestidos de fraude para tratar de convencer al sujeto pasivo, sin lograr el desplazamiento patrimonial. Al requerir la estafa la colaboración de la víctima, afirma Bajo, no se puede considerar que se han realizado "todos" los actos tendentes al resultado hasta que el autor no consigue de la víctima el acto de disposición[506].

---

(503) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 286.

(504) Así, Bramont-Arias Torres, L/ García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 355.

(505) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 285.

(506) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 291.

Existirá tentativa inidónea en los casos de engaños burdos[507]; cuando el medio empleado resulta plenamente ineficaz para lograr el convencimiento de la víctima.

En la presentación de documentos en juicio con propósito de arrancar una sentencia favorable, todavía se esta en la etapa de la mera tentativa[508].

Coautores serán todos aquellos que tienen el co-dominio funcional del hecho, que hayan dado una prestación insustituible e imprescindible para la realización típica en la etapa ejecutiva del mismo.

Quienes aparecen en escena, cuando el autor ya logró su propósito, es decir, la disposición patrimonial de la víctima, a fin de poner a buen recaudo el objeto o para negociarlo, serán pasibles de incurrir no en el delito de Estafa, sino en el injusto de Receptación.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La Estafa sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor debe dirigir su conducta, mediante ardid, fraude o engaño, dando una apariencia ficticia a un hecho que no se corresponde con la realidad de las cosas. Basta con la conciencia del riesgo típico.

La conciencia que exige el dolo, supone que el autor sabe que esta actuando con fraude, lo que no puede decirse en el caso, de la manutención del error, cuando no existía deber jurídico alguno de que el agente comunique cierta información al supuesto sujeto pasivo.

El autor, con su conducción fraudulenta, pretende obtener un provecho ilícito para sí o para otro; provecho que puede afirmar con la mera apropiación del objeto, pues ya le da la posibilidad realizar actos de disposición.

Se añade por parte de la doctrina, la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente (el lucro)[509]. El lucro en la estafa, al igual que en los delitos de apoderamiento es un elemento intencional dirigido a una finalidad ajena al tipo[510].

Si hemos de analizar en detalle la construcción típica en cuestión, hemos de arribar a la idea, que el denominado «ánimo de lucro», se encuentra ya insito en el dolo del autor, al abarcar dicha conciencia que la conducta

---

(507) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 453.

(508) Peña Cabrera, R:, *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 297.

(509) Cfr., González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 672; Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 284.

(510) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 288.

engañosa, ha de realizarse para procurar la obtención de un provecho para sí o para un tercero. Nadie podría decir, que quien efectúa dichas maquinaciones no la hace, para obtener un provecho; sin embargo autores como VALLE MUÑIZ, da el siguiente ejemplo: unas maniobras engañosas en el seno de una determinada relación contractual sin ánimo de lucro (con propósito, por ejemplo, de ridiculizar a la otra parte), no serán ciertamente, constitutivas de estafa, pero semejante comportamiento será objeto de calificación como ilícito civil y, en consecuencia, la parte dañada podrá interponer la acción de anulabilidad del vínculo y, en su caso, exigir el resarcimiento por daños y perjuicios(511).

ARTÍCULO 196-A.- ESTAFA AGRAVADA

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

1. *Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
2. *Se realice con la participación de dos o más personas.*
3. *Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.*
4. *Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.*
5. *Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.*
6. *Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima*(512).

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

El mayor desvalor del injusto típico como el reproche de imputación individual (*culpabilidad*), que recae sobre el autor del mismo, se construye a partir de criterios que justifican una reacción sobredimensionada del Derecho penal; esto quiere decir, que resulta plenamente válido, que el legislador acuda -a ciertos datos a saber-, que le permitan elaborar las denominadas «circunstancias de agravación». Y es esta técnica legislativa, que acostumbra emplear en el ámbito del «Derecho Penal Nuclear», en cuyo núcleo se tutela los bienes jurídicos fundamentales de la persona humana; así también, en algunos intereses jurídicos colectivos como la Salud Pública, conforme es de verse del listado agravado, contenido en el artículo 297° del CP y en

(511) VALLE MUÑIZ, J.M.; *El delito de Estafa*, cit., p. 275.

(512) Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1351, de enero de 2017.

el artículo 305° (*in fine*), que engloba los comportamientos más graves del delito de Contaminación Ambiental.

En el marco de los delitos «patrimoniales», observamos que el legislador ha normado una extensa variedad de hipótesis de agravación, de forma específica en los delitos de Hurto, Robo y Extorsión, en la medida que estos injustos manifiestan un proceder conductivo, cuyo emprendimiento delictual involucra los bienes jurídicos fundamentales de la víctima, con las particularidades que puede detraerse del tipo penal de Hurto agravado; no en vano, son delitos *pluriofensivos*; tanto en el Robo como en la Extorsión, el apoderamiento del bien mueble ajeno como la obtención de la ventaja patrimonial indebida, son producto de una acción violenta del agente, quien no duda en poner en riesgo la vida, cuerpo, salud y libertad de la víctima. Se podría decir, que esta criminalidad patrimonial, revela de por si una insita violencia en su realización típica. Es a tal efecto, -que resulta legítimo-, que el legislador tome en cuenta el modo, medio, circunstancias, características del agente (su pluralidad) así como las particularidades del sujeto pasivo, para elaborar las «circunstancias agravantes».

Dicho lo anterior, el delito de «Estafa», se diferencia notablemente de los delitos de Robo y Extorsión, primero, porque el desplazamiento patrimonial lo efectúa la propia víctima, por lo que no se exterioriza un acto típico de sustracción y/o apoderamiento y, segundo, al no tomar lugar un acto de amenaza y/o violencia sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima; esto quiere decir, que este injusto patrimonial, tiene una singular lógica procedimental, donde el agente se vale de la astucia, del ardid, del fraude, manipulando así la esfera decisoria del ofendido, para lograr de aquél el desplazamiento de su patrimonio y así obtener una ventaja económica indebida.

Siendo así, es que mostramos ciertos reparos, a que el legislador –vía la dación de la Ley N° 30076, haya incorporado al texto punitivo el artículo 196°-A - «Estafa agravada», que si bien puede tener un sustento criminológico, dogmáticamente puede develar ciertas inconsistencias, como lo indicaremos líneas más adelante. Resultando que estas circunstancias, son conminadas con una pena no menor de cuatro ni mayor de ocho años, lo que significa una mayor posibilidad de que la judicatura imponga penas de reclusión efectiva, a estos agentes delictuales.

Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor; el delito de Estafa importa una acción u omisión deliberada del agente, quien mediante el empleo del *engaño, fraude y/o ardid, genera une error jurídicamente relevante en la psique del sujeto pasivo, logrando así, enrostrar una situación deformante de la realidad, para que esta última le otorgue una ventaja patrimonial.* Según dicho esquema conductivo, lo que hace el autor es incidir en los facultades decisorias de la víctima, manipulando la realidad de las cosas, logrando así

convencerla a que suscriba un determinado negocio jurídico, que significa para el primero la obtención de un patrimonio y para la segunda, un perjuicio económico. Así, en la doctrina nacional cuando se apunta que el engaño típico requerido para la verificación del delito de estafa, va más allá de la sola mentira, es necesario desplegar un engaño que sea suficientemente relevante para determinar una falsa representación en la realidad de un sujeto[513]. Este es el primer dato a saber, para verificar la configuración del delito de Estafa, pues es sabido, que se requiere también, valorar las características de la persona engañada así como su actitud frente a los negocios que emprende en la vida cotidiana; de ahí, que se ponga el acento, en la diligencia que aquélla muestra al momento de disponer de su patrimonio. Si estamos ante una persona, libre y responsable (adulta), con toda la capacidad para discernir correctamente, el Derecho penal no puede intervenir cuando ésta no ha desarrollado correctamente su ámbito de libre configuración, esto es, los defectos que haya podido presentar, que circunscriben a su ámbito de incumbencia, no pueden ingresar al ámbito de protección de la norma. De recibo, pueden existir ciertas personas, portadores de ciertas debilidades, que la hacen más propensa a caer en las falsas representaciones del timador, y ello en el Perú, debe tomarse en cuenta, debido a la diversidad cultural, social e ideológica que nuestra Nación reconoce en su texto ius-fundamental. Es así, que podemos estar ante víctimas especialmente «vulnerables[514]», no por ser menores de edad o inimputables, sino por su escaso nivel educativo y cultural; esto significa en otras palabras, que sujeto pasivo del delito de Estafa sólo lo puede ser aquella persona física, portadora de conciencia, libertad e inteligencia, susceptible de ser engañada, por tanto de verse afectada por la conducta deliberada del agente delictual; bajo tal consideración, un niño de cinco o diez años así como el discapacitado mental, no pueden ser víctimas del delito de Estafa, por la sencilla razón de que no pueden ser objeto de un engaño, al no contar con un discernimiento que pueda ser manipulado por el agente. Así, en la doctrina argentina, cuando se estima que para que pueda afirmarse el delito de estafa es imprescindible una mínima capacidad de entendimiento y comprensión por parte de la víctima del engaño, No hay que olvidar que el tipo exige un acto de disposición "voluntario" de quien ha sido inducido a error[515]. Siendo así, un infante o un discapacitado mental, aquel privado de discernimiento, no puede ser víctima del delito de Estafa,

(513) Reátegui Sánchez, J.; *Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal*, cit., p. 207.

(514) Como dice Reátegui Sánchez, por debilidad a los efectos de que aquí interesa, ha de entenderse no solo a la falta de información suficiente para llevar a cabo libremente el acto de disposición patrimonial, sino que aquel estado de vulnerabilidad de la víctima derivado de aquellas particulares condiciones que la tornan especialmente propensa a realizar el acto dispositivo en una situación de déficit cognitivo, esto es, instrumentalizada por el autor; *Los Delitos Patrimoniales...*, cit., p. 220.

(515) Donna, E.A./ De La Fuente, J.E.; *Aspectos generales del tipo penal de Estafa*. En: Estafa y otras Defraudaciones, cit., p. 84.

por lo que la calificación jurídico-penalmente correcta será el delito de Hurto. En la doctrina especializada, se sostiene que el requisito de la capacidad deberá determinarse en vista de las exigencias de la figura delictiva y, conforme a ellas, lo decisivo será si el sujeto pasivo tenía en el caso concreto el grado de madurez y sanidad mental necesarios para conocer de los hechos brindados a su conocimiento, y para tomar resoluciones de acuerdo con ese conocimiento(516). Mas una cosa, es inducir a error, mediante engaño a un adolescente de 16 años de edad, quien ya es portador de una capacidad cognitiva y psíquica suficiente, para saber los alcances y contenido del acto que está realizando; por tales motivos, es que al menos, se debió fijar una edad límite de 14 años de edad(517). Así también, ante un inimputable relativo, que aún cuenta con un mínimo de capacidad cognitiva y volitiva, para conocer la naturaliza de los actos que está emprendiendo. No debe descartarse la estafa cuando la acción recae sobre personas que sólo tienen algunas insuficiencias psíquicas o son parcialmente incapaces pues, en tales casos, existe una capacidad psíquica para disponer, que puede ser objeto del engaño(518). Ante mujeres en estado de gravidez, creemos que no es una condición suficiente, para ser consideradas como personas vulnerables, al menos que se acredite que el embarazo las haya afectado de manera, que haya debilitado sus facultades psíquicas, y así fundamentar la mayor penalidad; el caso del «adulto mayor», quienes son mayores de 60 años no necesariamente son personas en especial estado de vulnerabilidad, son individuos que poseen intacta su intelectualidad, lo que definiría dicho estado es un análisis médico-clínico-psicológico, que los haga ver como personas psíquicamente disminuidas, mas no al extremo de perder por completo dichas facultades, pues de ser así, ya no serían pasibles de ser víctimas del delito de Estafa.

Se realice con la participación de dos o más personas; la pluralidad de agentes en la perpetración del injusto penal, es un dato importante a saber, en el marco de delitos patrimoniales como el Hurto o el Robo, en tanto la concurrencia de una pluralidad de agentes, importa colocar en un mayor estado de indefensión al sujeto pasivo, incidiendo a su vez, en una mejor posición de los sujetos activos, para lograr el éxito del plan criminal. Concurriendo más de dos en un evento delictivo como el Robo, las probabilidades de que el sujeto pasivo, sea vea afectada en sus bienes jurídicos elementales será mayor, por ende, una penalidad más intensa, se encuentra plenamente justificado. Empero, en el delito de Estafa, esa peligrosidad, que se advierte cuando concurren más de dos persona en el evento, no es tanto así, en tanto la lógica que sostiene su realización típica, define una especial destreza del

(516) Antón Oneca; citado por Donna, E.A. y otro; *Aspectos generales del tipo penal...*, cit., p. 85.

(517) Así también, en los delitos de Hurto y Robo agravado y en la Extorsión.

(518) Donna, E.A. y otro; *Aspectos generales del tipo penal...*, cit., p. 85.

agente, para lograr convencer a su víctima, de la suscripción de un determinado negocio jurídico; de hecho, que el agente, por ejemplo, vendedor de autos de segunda mano, se apoyará en otras personas, para asegurar el éxito del negocio, reforzando la confianza en el sujeto pasivo, de que esta ante personas serias y responsables; mas, este dato, de procurar el éxito del plan criminal, no puede ser visto como una circunstancia agravante. Lo que sí puede valorarse, es que estas personas (dos o más), se hayan agrupado de forma permanente y duradera, en base a una jerarquía (horizontal y vertical), para cometer una serie de delitos; estamos ante una verdadera organización delictiva, susceptible de desestabilizar la Paz Pública, conforme se advierte de la tipificación penal contenida en el artículo 317° del CP[519]. Consecuentemente, si se comprueba que estos agentes, se han unido, conformando una aparato criminal, de cierta envergadura, que les permite cometer una serie de delitos, como la Estafa, basados en la división de roles y de la jerarquía que permite su permanente operatividad, se estaría ante un Concurso ideal de delitos, con el artículo 196°, pudiéndose aplicar una pena muy severa, según los contornos normativos del artículo 48° del CP.

Se cometa en agravio de una pluralidad de personas, de hecho que este numeral (3), recoge una realidad criminológica, donde la praxis judicial demuestra que estos agentes del delito, conforman verdaderas organizaciones delictiva, para estafar a una pluralidad de víctimas; así, el cuento de la venta de automóviles o de la casa propia, que requiere de todo un montaje escénico y operativo, para poder engañar a una gran cantidad de personas. Situación similar sucedió en el caso CLAE o de otras entidades informales bancarias y/o financieras, que captan dinero del público, ofertándoles una óptima tasa de interés, pero luego de llevan el capital acumulado, provocando un Estafa masiva. Dicho estado, fue valorado en el CP de 1991, cuando en el artículo 49°, se estatuyo el denominado «Delito Masa», cuando el agente *con varias violaciones de la misma ley penal, hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, donde la pena es aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave*; en tal sentido, la pluralidad de víctimas, en el caso de una Estafa, ya permitía al juzgador imponer una pena más drástica, en aplicación del artículo 49° del CP, que igual podría llegar a los ocho años de pena privativa de libertad, sin embargo, el legislador, dando prioridad de los efectos de policitación de la Parte Especial, recoge ya de forma expresa dicha situación en el artículo 196°-A, definiendo la imposibilidad de que el juzgador pueda valorar ambos preceptos, en el proceso de determinación e individualización de la pena.

Se realice con ocasión de compraventa la de vehículos motorizados o bienes inmuebles; como se sostuvo en el numeral anterior, el anhelo del auto o casa propia de muchos peruanos, es aprovechado por estos facinerosos,

(519) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV.

para engañarlos y así despojarlos de su patrimonio. Suponen una de las modalidades de Estafa más concurrentes en el Perú, pero no son las únicas, sabedores que el estafador, siempre ira buscando nuevas formas y modalidades, de hacerse de un beneficio patrimonial indebido; v. gr., la obtención de créditos así como la creación de personas jurídicas, pueden recalar también en el ámbito de protección de la norma. Es decir, se puede ser muy reductivo, al momento de recoger ciertas modalidades delictivas de Estafa, que en puridad no indican un mayor desvalor, para justificar la regulación de una circunstancia de agravación. Por lo general, en estos actos, concurren una pluralidad de agentes y a su vez, se identifica una pluralidad de víctimas, por lo que esta conducción delictiva, puede encajarse sin problema alguna, en los numerales 2) o 3) del artículo 196°-A.

Se realice para sustraer o acceder a datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario; el legislador, en la premura y el afán, por ejercer un plan decididamente «criminalizante», no advierte las incongruencias terminológicas en que puede incurrir, cuando construye la modalidad del injusto típico y, ello lo puntualizamos, pues si seguimos en estricto la secuencia lógica delictual de la Estafa, llegaríamos a lo siguiente, conforme lo descrito en el numeral 59; de que *el agente, mediante algún tipo de fraude, ardid y engaño, engendra el error en la psique de la víctima y, así ésta procede a entregarle una ventaja patrimonial, para sustraer o acceder a datos de tarjetas de ahorro o de crédito del sistema bancario o financiero*. Vemos, que el legislador ha hecho uso de la proposición «para», ello significa apelar al propósito ulterior que motiva al autor, la realización de la conducta prohibida, empero, como se ha dicho en la investigación sobre el tema, este móvil –que por lo general será el lucro-, no puede confundirse con la modalidad que el agente delictual emplea para obtener, precisamente dicha finalidad. Mediando esta apreciación, indicamos que no podría llegarse a la inferencia, de que una vez obtenida la ventaja patrimonial indebida, el autor *sustrae o accede a una base de datos*; es así, que la equivocidad en los términos usados por el legislador, deben ser correctamente interpretados[520], no sólo desde la ratio de la norma en cuestión, sino también desde la naturaleza de la conducta típica, definiendo que lo previsto en este numeral, sólo puede ser entendido como una información que hace uso el agente, para poder acometer la Estafa, esto quiere decir, que el numeral 5) del artículo 196°-A, hace alusión a un acto anterior, al que se desprende del tenor literal del artículo 196° del CP. Dicho esto con un ejemplo, el autor, primero accede a una base de datos bancario, donde recoge información sobre el titular de una cuenta bancaria (ahorros), con dichos datos, lo que hace es hacerse pasar como dicha persona, en determinados negocios jurídicos, incidiendo así en un error en la persona con quien entabla dichos actos, para que ésta

(520) Los verbos "sustraer" y "acceder", nada tienen que ver con la sustantividad material del delito de Estafa.

última, le otorgue un determinado acervo patrimonial. Según este esquema lógico-conceptual, advertimos, un Concurso real de delitos, que puede darse con el tipo penal contemplado en el artículo 207°-A[521], o con el novísimo tipo penal, contenido en el artículo 207°-D[522], incorporado por la Ley N° 30076.

En resumidas cuentas, el legislador en la intención de recoger una descripción criminológica ocurrente en el país, lo llevo a elaborar una circunstancia de agravación, que en realidad responde a un acto anterior e independiente, al constitutivo de Estafa, determinando la valoración de un comportamiento, susceptible de ser encuadrado en otra figura del injusto penal.

ANÁLISIS - DECRETO LEGISLATIVO N° 1351

El referente criminológico que adscribe nuestra sociedad, tiene en los delitos patrimoniales una abultada cifra de la delincuencia, que crece de forma geométrica en un mercado donde circula gran cantidad de bienes y servicios. Situación que avizora no pocos individuos que protagonizan estos actos luctuosos y, por otro, una masa significativa de sujetos pasivos. Estado generador de inseguridad ciudadana, la angustia de todo ciudadanos de ser víctima de esta feroz delincuencia, dispuesta a todo, con tal de obtener la ventaja o provecho patrimonial que persigue en su ilícito accionar. Un núcleo importante de esta criminalidad, es la que emplea el ardid, la artimaña, la astucia, para engañar a su víctima ocasional, para hacerse de un bien o un activo. La estafa, pues, define una estructura delictiva, propia de los tipos penales de encuentro, por un lado el timador que influencia decididamente en la esfera decisoria de la víctima, dándole una apariencia falsa a la naturaleza de las cosas y, por otro, el sujeto pasivo que voluntariamente se deprende de un patrimonio y su lo entrega al autor. El legislador, viendo que esta conducta fraudulenta podía ir revestida de una mayor dosis de gravedad así como provocar un resultado antijurídico de gran escala, es que a través de la dación de la Ley N° 30076, incorpora el delito de estafa agravada en el artículo 196°-A al CP. Así, el primer numeral del articulado al estipular que es agravante cuando el delito se comete en «agravio de menores de edad personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor». Son ciudadanos, que por diversas circunstancias psico-orgánicas, se muestran más indefensos o dígase vulnerables de ser víctimas de una estafa, por tanto, se advierte una duplicidad reiterativa con el numeral 6) incorporado con la dación del Decreto Legislativo N° 1351. Por lo demás, cuando la víctima es una persona menor de catorce años, ésta es inidónea para ser calificada como víctima de estafa; al no poseer un desarrollo intelectivo lo suficiente-

(521) Derogado por la Ley N° 30096 – "Ley de Delitos Informáticos".

(522) También derogado por la Ley N° 30096.

mente maduro, no se requiere de un ardid o fraude como se exige en este delito, para que ésta entregue la ventaja patrimonial que el agente pretende alcanzar, por lo que es hurto y no estafa. Por consiguiente, esta inclusión normativa es a todas luces dogmáticamente innecesaria.

OTRAS DEFRAUDACIONES

1. GENERALIDADES

En el desarrollo dogmático de la Estafa genérica, hemos tenido oportunidad de apreciar, las variadas formas por las cuales una persona puede hacerse ilícitamente de un patrimonio ajeno, a partir de la materialización de una serie de medios fraudulentos (ardid, simulación, fraude, etc.); dando lugar a comportamientos que atentan la libre voluntad del sujeto pasivo, pues el sujeto pasivo, procede a la disposición patrimonial engañado, es decir, el agente configura una situación (aparente), que no ajusta a la verdad de las cosas. Lo que da fundamento al desvalor del injusto típico, son las vías ilícitas, por las cuales el autor logra el desplazamiento patrimonial por parte de su víctima.

Es de verse también, que el legislador no sólo ha tipificado una fórmula abierta, a fin de cobijar las conductas que puedan adecuarse a sus alcances normativos, sino que también ha regulado de forma específica, modalidades particulares, por las cuales el autor puede lograr una disposición patrimonial, que por revelar ciertos aspectos de sustantividad, son acogidos en los diversos supuestos típicos que se han glosado de forma enumerada en el artículo 197° del C.P..

Si uno sigue el patrón denominador que el legislador emplea, en cuanto a las construcción de conductas que se derivan de un tipo base, habría que llegar a la conclusión que los comportamientos que se describen como «otras Defraudaciones», responden a circunstancias agravantes del delito de Estafa Genérica, lo cual no dista de ser verdad, tomando en cuenta los elementos que conforman el desvalor de estos injustos. Sin embargo, lo sorprendente, es que estas modalidades delictivas reciban una pena menor que la que se ha fijado en el artículo 196°, lo que no se corresponde con su real naturaleza; dando entender, entonces, que se trataría de figuras atenuadas. Declaración incompatible con lo antes anotado[523].

En la legislación comparada, en el artículo 250° del C.P. Español, se han comprendido a supuestos aludidos como «circunstancias», tipos cualificados del delito de Estafa; mientras que en la codificación penal argentina,

(523) Cfr., al respecto, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 289-290.

en el artículo 172°, se describen casos especiales de estafa[524]. De igual forma, que en nuestra Ley Positiva, al ser considerados como circunstancias (atenuantes o agravantes), implica que estas modalidades deben contener los mismos elementos de aquellos que se contienen en el artículo 196°: engaño, error, disposición patrimonial y el perjuicio económico, desde una posición secuencial. Lo que no quiere decir de ninguna manera, que no vayamos a identificar elementos nuevos, en estos supuestos de desvalor típico.

Para Bramont-Arias Torres y García Cantizano, refiriéndose a las Defraudaciones específicas, señalan que al configurarse como tipos autónomos de defraudación, distintos del delito de estafa, no es preciso que en su estructura típica aparezcan los elementos característicos de dicho ilícito penal[525].

En resumidas cuentas, al constituir figuras afines a la Estafa, no podrán concurrir delictivamente, dando a configurar un conflicto aparente de normas, que deberá resolverse conforme a los principios interpretativos que la doctrina ha formulado al respecto.

ARTÍCULO 197.- ESTAFA PROCESAL

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

1. Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal.

1. BIEN JURÍDICO

Si hemos afirmado que las Defraudaciones, son modalidades específicas de Estafa, hemos de convenir que el bien jurídico tutelado sea el mismo, el patrimonio considerado desde una visión global, que se ve afectado mediante la conducta que el legislador ha comprendido en el inc. 1) del artículo 197° del C.P.

Siendo preciso añadir algo más, en esta modalidad se expresa una forma de mayor gravedad, para que el agente puede hacerse ilícitamente de un patrimonio ajeno, al utilizar a la Administración de Justicia para concretizar su propósito delictivo, como dice su tenor literal el autor simula un juicio en connivencia con un tercero o, induce a error al magistrado, para que resuelva a su favor; por tales motivos la conducta prohibida también atenta contra el bien jurídico antes anotado[526].

---

(524) Vid., Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 496.

(525) Bramont-Arias Torres / García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 356.

(526) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., ps. 307-308; Bajo Fer-

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, a condición que emplee un juicio simulado u otro fraude procesal, para hacer de un patrimonio ajeno de forma ilícita, es decir, el agente logra la disposición patrimonial mediante el dictado de una resolución jurisdiccional.

En un proceso judicial, se puede tener la calidad de demandante, demandado (reconvención) así, como las figuras de los litosconsorte (activo o pasivo) u (necesario o facultativo). Si este es apoderado u administrador de un tercero (persona natural o jurídica), puede ser un instrumento siempre y cuando pruebe que no actuó con dolo y, que su voluntad fue dominada por el hombre de atrás (autor mediato), pues si obró con conciencia y voluntad deberá ser considerado como un verdadero autor inmediato.

2.2. Sujeto pasivo

Siguiendo la pauta del delito de Estafa, sujeto pasivo será el titular del patrimonio, sobre quien recaen los efectos perjudiciales de la conducta antijurídica; sin embargo, en algunos casos, puede que el engaño, por tanto el error lo sufra una persona ajena al titular del patrimonio; v.gr, apoderado, un administrador de una persona jurídica.

Así en la doctrina, se hace una distinción entre la «estafa procesal impropia» y la «estafa procesal propia»; por la primera el autor genera un error a la parte contraria (adversaria), mediante engaño, haciendo que el juzgador disponga en su resolución, que ésta efectúe una disposición patrimonial. Mientras que por la segunda, sujeto del engaño es el juzgador, pero quien sufre el menoscabo patrimonial, es la parte vencida.

Por último, sujeto pasivo de este delito puede ser una tercera persona cuando ambas partes en el proceso se coluden para perjudicar a éste(527).

2.3. Modalidad típica

La materialización del comportamiento prohibido que se hace alusión en este apartado legal, puede tomar lugar en base a dos supuestos: mediando simulación de juicio o el empleo de otro fraude procesal.

NÁNDEZ, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 314; GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V),* cit., p. 678; BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 234.

(527) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 308.

Punto importante a saber, es que el legislador no ha especificado qué clase de proceso se trata, entonces, no sólo del proceso judicial (civil, penal, contencioso-administrativo, constitucional, familia, laboral) puede ampararse en este supuesto, sino también un procedimiento de naturaleza administrativa; no habría razón valedera para negar esta hipótesis, donde también puede cometerse este tipo de actividad fraudulenta.

Se dice que habrá estafa procesal, (...) cuando el Juez es inducido –tanto de forma directa como cuando lo es de forma indirecta a través de la inducción al adversario procesal que determina necesariamente el acto de disposición, apunta Bajo Fernández. Igualmente, habrá estafa procesal cuando media colusión entre las partes, es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo para engañar al juez en perjuicio de tercero[528].

¿Cuándo se puede hablar que existe una «simulación de juicio»? en tanto, se promueve ante las instancias jurisdiccionales una acción que en realidad no cuenta con legitimación para invocar la tutela jurisdiccional efectiva, quiere decir, que no hay una causa real, que amerite un pronunciamiento jurisdiccional, en cuanto a la extinción, modificación o reconocimiento de un derecho subjetivo. Simular un pleito es provocar la iniciación de un procedimiento judicial sobre la base de una pretensión fingida[529].

En la doctrina nacional se señala que aquí existe un montaje del sujeto activo para engañar al tercero mediante el aprovechamiento del respeto, autoridad y credibilidad que otorga la justicia, mas el engaño no está referido al Juez, sino directamente al tercero[530].

Por lo general estas conductas fraudulentas habremos de observarlas, cuando un individuo pretende evadir su obligación pecuniaria frente a un tercero, empleando un proceso simulado, en el cual se hace embargar parte de su patrimonio, para no satisfacer su deuda. Se iniciará un proceso de obligación de dar suma de dinero, un proceso ejecutivo, con documentos de fecha anterior, a la garantía real, para que se le ejecute el patrimonio y, así eludir la legítima acreencia y, hacerse pasar por insolvente; modalidad que irá acompañada por falsificación de documentos. Así, en la ejecutoría recaída en el Exp. Nº 1583-97, al señalarse lo siguiente: *"Se configura el delito*

(528) Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 314-315; Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...,* cit., p. 465.

(529) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V),* cit., p. 679.

(530) Bramont-Arias Torres/García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 357.

en el presente caso, al haber los procesados simulado la realización de un proceso civil de pago de dinero con el fin de perjudicar al agraviado"[531].

La simulación se da, por tanto, ante una connivencia por las partes, para defraudar a un tercero, en cuanto el reconocimiento de una acreencia, como por ejemplo, cuando el agente es acreedor alimenticio de su menor hijo y, en concierto de voluntades con su madre, simulan un juicio de alimentos, por el cual el primero se allana al contenido de la demanda. Aunque es de verse que esta conducta ingresa a un concurso ideal con el tipo penal de Omisión de Asistencia Alimenticia, en su segundo párrafo; al afectar bienes jurídicos de diversa naturaleza, se allana el camino para un concurso delictivo.

En lo que respecta a la «estafa procesal», aquella supone la inducción al juzgador, mediando una serie de artificios, ardid, fraude y otros, para que éste disponga en su resolución la disposición patrimonial que haya de efectuar la parte vencida (demandado); por lo que el sujeto engañado es el juez, pero el perjudicado una de las partes. Puede darse en el siguiente caso: el demandante que haciendo pasar por el propietario de un bien inmueble, mediante un documento apócrifo, acciona contra su legítimo poseedor, vía una Acción Reivindicatoria. Asimismo, en el marco de una persecución penal, quien denuncia penalmente a otro, a fin de verse beneficiado con la Reparación Civil y, si se muestra su mendacidad, puede entrar en concurso con el tipo penal del artículo 402º (Denuncia falsa), siempre y cuando el juez condene al acusado. En el caso del Fiscal de ningún modo, pues éste nunca podrá verse beneficiado económicamente con la sentencia judicial, a lo más cometerá el delito de Prevaricato.

Se presentará este supuesto ilícito por ejemplo, cuando el agente con la intención firme de adjudicarse un inmueble del agraviado en un proceso de ejecución de garantía, en connivencia con los peritos nombrados en autos, hace presentar un peritaje un 30% menos del que realmente tiene en el inmueble a rematarse[532].

Núñez escribe que la "estafa procesal", que no es simplemente una estafa cometida en un proceso, sino la perpetrada mediante un engaño al juez, requiere de un fraude en los elementos que pueden motivar la resolución judicial[533].

---

(531) La Rosa Gómez de la Torre; *Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario*, cit., p. 225.

(532) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 291.

(533) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 310.

Existirá estafa procesal propia también en los casos en que medie colusión entre las partes, es decir, cuando las partes se ponen de acuerdo para engañar al juez en perjuicio de un tercero(534).

La estafa procesal propia, debe provocar necesariamente un desplazamiento patrimonial, que desencadena el perjuicio para el titular del mismo.

El engaño para poder ingresar al ámbito de protección de la norma, debe ser idóneo y eficaz, para poder provocar el error en el sujeto a engañar (juez), pues sino estaremos ante conductas inidóneas, que por su imposibilidad de realización típica, no pueden ser objetos de punición; cuestión muy distinta, es que el documento que emplea el agente es inmediatamente detectado por el juzgador, en cuanto a su evidente falsedad, lo que podría dar lugar a una tentativa.

¿Cuál sería su distinción con el delito de Inducción a error a funcionario y/o servidor público, contemplado en el artículo 416° del C.P.? Los tipos penales del artículo 197° inc. 1) (estafa procesal) y el supuesto de hecho previsto en el artículo 416° (inducción a error a funcionario público), manifiestan conductas típicas de gran similitud comprensiva; cuya delimitación no es en realidad de mayor simpleza; en el primero de ellos, el agente introduce a un proceso judicial documentación falsaria a fin de inducir al juzgador, a dictaminar una resolución judicial favorable a sus intereses, que suponga necesariamente el desplazamiento patrimonial de un tercero o la imposibilidad de que se vea gravado en su acervo patrimonial, incidencia delictiva que también afecta a la administración de justicia, pues se utiliza la judicatura de forma ilegal para la obtención de un beneficio de por sí ilícito (delito pluriofensivo); mientras que la segunda de las conductas implica la conducta maliciosa del autor, de provocar en el juzgador (jurisdiccional o administrativo) el dictado de una resolución, mediante la introducción de instrumentos de prueba apócrifos o mediante declaraciones de voluntad no concordantes con la realidad(535).

En ambas modalidades típicas se manifiesta el error como elementos nuclear que da vida al Injusto, donde la delimitación deberá centrarse en la incidencia antijurídica que recae en mayor medida en alguno de los bienes jurídicos tutelados, pues si es el patrimonio de un tercero el afectado de forma preponderante, será la figura preferible el tipo penal de Estafa Procesal, pero si es la majestad de la administración de justicia la más afectada, habrá que optar por el delito de Inducción a Error a Funcionario Público. De todos modos, consideramos que existe un elemento que da una especificación clara en uno u otro sentido, si el hecho no da lugar a la expedición de resolución alguna, no podrá ser el tipo penal del artículo 197°, pues es un

(534) Bajo Fernández, M.; ob.cit., p. 195.

(535) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 663.

delito de resultado, mientras que el segundo es un tipo distintivo de peligro concreto, no pudiendo descartarse la tentativa de estafa procesal, siempre y cuando la intención deliberada del agente haya sido la obtención de un beneficio patrimonial ilícito; mas en el caso del artículo 416°, basta para la realización típica de cualquier artificio destinado a provocar el error en el funcionario público, sin la necesidad de un fin lucrativo(536).

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La modalidad delictiva comprendida en el inciso primero del artículo 197°, adquiere perfección delictiva, cuando el autor logra engañar de forma efectiva a la otra parte o, directamente al juzgador de la causa y, éste último mediante una resolución ordena la disposición patrimonial a favor del agente, en evidente perjuicio del titular del patrimonio. Fijación del momento consumativo, que de verse tanto en el caso de la simulación de juicio como en la estafa procesal.

El hecho de que la resolución jurisdiccional que ordene la disposición patrimonial, fue impugnada, inclusive con efectos suspensivos, en nada enerva la antijuridicidad penal de la conducta así como su perfección delictiva; por tanto, no se requiere de que la resolución tenga la calidad de consentida y/o ejecutoriada. Por tales motivos, no creemos posible que en esta hipótesis, la consumación exija la obtención efectiva de un provecho.

Habrá de identificar el delito tentado, cuando el agente presenta en el proceso documentación falsaria, que al ser detectada dicha naturaleza por una pericia, es un medio de prueba inválido, por tanto el juzgador ya no la tomará en cuenta a fin de emitir su fallo.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva en cuestión sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta engañosa, a que la parte procesal contraria o el juez, asuman un hecho que no se condice con la realidad, con ello, lograr que la resolución judicial ordene un acto de disposición patrimonial y, así poder verse beneficiado de forma ilegítima. Basta con el dolo eventual.

Aparte del dolo, no se condiciona la verificación del tipo subjetivo a la concurrencia de otro elemento, si bien se dijo en la estafa, que se habla del ánimo de lucro, éste en realidad se encuentra insito en el dolo del autor.

---

(536) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 663.

ARTÍCULO 197.- ABUSO DE FIRMA EN BLANCO

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

2. *Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.*

1. BIEN JURÍDICO

Al igual que en las modalidades delictivas –antes reseñadas-, el bien jurídico no puede ser más que el patrimonio, desde una consideración unitaria, que ha de verse menoscabado como consecuencia de la perpetración de la conducta que se pone de relieve en el inc. 2) del artículo 197°, cuando el agente logra quebrantar la confianza depositada por la víctima, para hacerse ilegítimamente de un beneficio económico o de otra índole.

Sin embargo, esta figura delictiva, a diferencia de la Estafa Genérica presente una particularidad, que en realidad debería repercutir en una circunstancia agravante, pues se presenta una defraudación a concretas relaciones de confianza, que ha de verificarse en este hecho criminoso[537]; conformando con ello, un desvalor del injusto típico con sus propios matices, cuya sustantividad exige un análisis pormenorizado, a fin de distinguirlo con conductas típicas afines. Existe un aspecto de falsedad en esta tipicidad penal, que lo puede llevar a zonas de conflicto con las conductas que atentan a la Fe Pública.

El abuso de firma en blanco, en opinión de Soler es, por lo tanto, un delito en el cual confluyen sucesivamente las dos formas típicas y fundamentales de la defraudación: el abuso de confianza con el que la actividad delictuosa comienza, y la inducción en error, con se determina la prestación consumatoria del perjuicio. Es, a un tiempo, abuso y confianza[538].

Una firma se da en blanco si el signatario o quien está autorizado para hacerlo por él, entrega en confianza a otra persona, un pliego con la firma del primero, para que sobre ella extienda el texto de un documento, determinado o no, o complete el ya extendido[539].

(537) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 315.

(538) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 385; Cfr., Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 235.

(539) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 336.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

No considero que pueda ser cualquier persona, pues tal como se desprende de la redacción normativa de esta modalidad de defraudación, se exige una particular relación con el sujeto pasivo, una vinculación comercial, financiera, empresarial, laboral etc., que a su vez determina su distinción con los tipos penales de falsedad, como veremos más adelante.

2.2. Sujeto pasivo

Será sólo el firmante, el signatario del documento con la firma en blanco, que se lo extiende al autor, para que éste lo llene conforme a su voluntad; a su vez se exige, que éste sea vea perjudicado en su acervo patrimonial, producto de la perpetración del hecho típico.

2.3. Modalidad típica

La materialización del comportamiento en análisis, supone en primer lugar la extensión por parte del firmante de una hoja en blanco, en virtud de la cual, el agente tiene la obligación de llenarla en determinado sentido.

La perpetración de este injusto determina la existencia previa de una relación de confianza entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; una relación comercial, nacida tiempo atrás, en virtud de la cual se ha propiciado una serie de negocios, que por su frecuencia y naturaleza, motivan en uno de ellos, una vinculación tal, que se entrega al autor una hoja con tales características.

Entonces, la víctima entrega al agente un «documento firmado en blanco», en el cual se adviertan ciertos espacios dejados en blanco, que precisamente es aprovechado por el autor, para darle un contenido que no se corresponde a cabalidad con la voluntad firmante. A decir de Peña Cabrera, se trata de un documento firmado en blanco, cuyo contenido deberá ser llenado por el mandatario de conformidad con las indicaciones precisas recibidas del mandante(540). En opinión de Soler, el documento en blanco es un pliego firmado y entregado por el firmante con el fin de que sea llenado con declaraciones de las cuales "la firma es anticipada ratificación"(541).

Cuestión importante a saber, es que no necesariamente el pliego de papel debe estar totalmente en blanco, basta que cuente con determinados espacios, que puedan ser utilizados para el agente, para insertar datos que

(540) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 316-317.

(541) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 388.

no corresponden a la voluntad del signatario[542]. Siempre, naturalmente, que el texto, los añadidos o las modificaciones se hagan en términos distintos a los autorizados por el firmante y de ellos se derive un perjuicio patrimonial para que el suscribe o para tercero[543].

Aspecto trascendental, en orden a determinar la tipicidad de la conducta, es que el documento le haya sido entregado al autor de propia mano del firmante[544] o por interpósita persona, pues a partir de dicho dato podemos inferir el «abuso de confianza», presupuesto que no podemos advertir, cuando el individuo, simplemente aprovechándose de una posición fáctica, el empleado de una casa por ejemplo, rebusca en las gavetas del dueño y, en dicho ínterin encuentra el documento firmado en blanco y, lo llena a propia voluntad, declarándose como titular de un derecho.

En el caso antes propuesto no se puede hablar de un caso típico de abuso de firma en blanco, pero ello no significa que el comportamiento quede en la impunidad, al poder ser subsumido a los alcances normativos del tipo penal de Falsedad Material[545]; como se desprende de la redacción típica contenida en el artículo 427° del C.P.., el agente debe elaborar ,-total o parcialmente-, un documento, cuyo ingreso al tráfico jurídico sea susceptible de lesionar el derecho de un tercero; por tanto, no haya problema alguno de comprender su relevancia típica, cuando la elaboración parcial, implique el llenado de un contenido sobre la firma extendida en blanco. De lo dicho ha de concluirse que no puede darse un concurso ideal entre ambas figuras delictivas, más bien lo que acontece es un conflicto aparente de normas, que ha de resolverse mediante el principio de especialidad[546].

El artículo 250° numeral 4) del C.P. Español, da lugar a un alcance normativo de mayor amplitud, conforme se puede ver de su redacción, al señalarse que puede haber configuración típica, con abuso de firma de otro o sustracción, ocultación o inutilización, de expedientes o documentos. Por su parte el C.P. Argentino, describe la conducta en el artículo 173° lo siguiente: *"El que cometiera alguna defraudación abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero"*.

---

(542) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 511.

(543) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 683.

(544) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 336; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 317; Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 293.

(545) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 511.

(546) Vid., al respecto, Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 319.

Ahora bien, los datos que se insertan no pueden ser cualesquiera, sino que se pretenda reconocer un derecho a favor del agente o del tercero, en perjuicio del firmante, concretamente de su patrimonio. Dicho reconocimiento debe tener eficacia jurídica, en el sentido de que el documento pueda ser utilizado por el autor, a fin de obtener un provecho; el que no se podrá obtener si se hace constar de un título que el firmante no podía conceder, v.gr., la compraventa o donación de un bien, que no es de propiedad del firmante(547). El acto jurídico debe ser idóneo para la finalidad convenida.

No perjudica lo que es un derecho del autor, ni lo que carece de efectos patrimoniales(548).

Sí se dará un abuso de firma en blanco, en el pagaré o en la letra de cambio, que se consigna un cifra dineraria que no se corresponde con la obligación principal (acreencia).

En la jurisprudencia, se ha dejado sentado que los elementos constitutivos del delito (Exp. N° 702-98)(549), son: a) Que el agente reciba un documento en blanco y con la sola firma de la víctima, b) Que la víctima haya entregado voluntariamente tal documento al agente para que sea llenado con un texto determinado fijado de antemano por ambos, c) Que el agente elabore sobre el documento un contenido fraudulento y diferente del acordado, que le otorguen determinados derechos inexistentes a su favor; d) Que tal contenido implique un perjuicio patrimonial para el firmante, o para un tercero y, e) Que como elemento subjetivo exista el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de actuar con fraude.

Se ha dicho, por un sector de la doctrina, que todas las modalidades de Defraudación deben contener todos los elementos de tipicidad objetiva con que cuenta la Estafa Genérica; el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio económico, a partir de una secuencia lógica. No obstante, en el caso típico del Abuso de Firma Blanco no tiene por qué ser así, en la medida, que el engaño puede aparecer en la entrega ya del contrato como a posteriori, puede que en un principio no surja en la mente del agente la intención de hacerse de un patrimonio de forma ilícita, sino después, por lo que existe cierta identidad típica con el tipo penal de Apropiación Ilícita, donde el desvalor del injusto surge recién cuando el autor se apropia de la cosa, es un aspecto muy subjetivo, que no puede fijarse de forma generalizada, que de cierto modo, lo aleja de la secuencia típica del artículo 196°. En la Estafa, la disposición patrimonial siempre debe ser consecuencia el error, que tiene como antecedente el engaño y, en el Abuso de Firma en Blanco, no se puede

(547) Cfr., Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 389.

(548) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 337.

(549) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...,* T. II, cit., p. 328.

decir de forma rayana que la entrega del documento en blanco implique una voluntad viciada del firmante[550].

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La modalidad delictiva en estudio adquiere perfección típica, cuando el agente hace valer el derecho, título que hizo constar en el documento, provocando con ello efectos perjudiciales en el acervo patrimonial de la víctima[551].

El que extiende el documento, encima de la firma dada en blanco, en forma abusiva y aún cuando el escrito quede terminado por completo no se consuma el delito, para ello es menester que lo haya utilizado en alguna forma y que de tal uso se haya derivado defraudación[552].

La frustración del provecho que haya de derivarse del empleo del documento, da lugar a la tentativa, cuando por motivos ajenos a la voluntad del autor, éste lo pierde o es atrapado *in fraganti*.

Puede no coincidir el firmante con la víctima de la defraudación.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura típica sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a insertar datos en la hoja firmada en blanco, que no se ajustan a la real voluntad del signatario, a fin de hacerse de un derecho (de forma ilegítima) que le pueda reportar un beneficio económico o de otra índole, ocasionado un perjuicio en el acervo patrimonial de la víctima.

ARTÍCULO 197.- DEFRAUDACIÓN MEDIANTE ENGAÑO EN LAS CUENTAS O GASTOS

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

3. Si el comisionista o cualquier otro mandatario, altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho.

---

(550) Ver al respecto, Valle Muñiz, J.M./Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., ps. 670-671.

(551) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 389.

(552) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 318-319.

1. BIEN JURÍDICO

Siguiendo el patrón denominador de los injustos ya examinados, en el marco del artículo 197°, la modalidad delictiva en cuestión ha de tutelar el patrimonio como «*universita iuris*», en cuanto a un menoscabo real de la integridad patrimonial del sujeto pasivo, como consecuencia de los actos fraudulentos que en su perjuicio cometen los comisionistas o cualquier otro mandatario.

Es de verse, entonces, que el inc. 3) recoge una particular forma de defraudación, que toma lugar a partir de las relaciones comerciales-financieras, que el sujeto activo realiza a nombre del sujeto activo; quiere decir esto, que lo que se configura en este caso es una «administración o representación desleal», que para adquirir relevancia jurídico-penal, debe revelar una conducta dolosa que produzca los efectos perjudiciales que se requiere para atentar contra el bien jurídico.

En el ámbito de las relaciones comerciales, aparecen figuras contractuales mercantiles, que de forma especifica regulan vínculos jurídicos, establecidos entre dos o más personas, en virtud del cual una o varias de ellas quedan sujetas al deber de entregar a la otra una prestación, correspondiendo a las primeras la condición de deudor o deudores, y a las segundas la de acreedores[553].

Sin duda, el mundo de los negocios, del comercio, advierte hoy en día una perspectiva de particular dinámica, fruto de la emergente actividad económica que toma lugar en una determinada sociedad, que ha de satisfacer las necesidades más elementales, en cuanto a la producción de bienes y servicios así, como la fluidez de las exportaciones e importaciones; en tal virtud, dichas relaciones comerciales requieren es una regulación específica, que en principio fueron reguladas en el Código de Comercio, luego el Código Civil recogió ciertas figuras contractuales del derecho privado, para finalmente sancionarse una normatividad especial, dedicada a las novedosas y modernas figuras contractuales del ámbito empresarial.

Lo que le ha de interesar al Derecho penal en este apartado del glosario delictivo, no lo constituye los meros incumplimientos contractuales (comerciales), sino aquellas conductas lesivas al patrimonio de la víctima, que se configuran mediando la perpetración de comportamientos defraudatorios, de quien se aprovecha de la función encomendada, para alterar en sus cuentas, los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho, es decir, modifica la realidad de los números contables para hacerse ilegítimamente del patrimonio del comitente; consustancial a los principios de subsidiariedad y de *última ratio*.

---

(553) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 157.

La represión penal no se basa en la infracción del deber propiamente dicha, sino en la lesión de los principios que inspiran estas vinculaciones jurídico-comerciales, de tutelar el patrimonio ajeno, que han de verse resquebrajadas cuando se cometen conductas de un alto desvalor (injusto), sólo aquellas que perturban de forma significativa dichas instituciones, pues las que reflejan un menor contenido, debe ser sancionadas bajo los derroteros del Derecho privado.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

No puede ser cualquier personal, la descripción típica exige una cualidad específica, v.gr., comisionista, mandatario o administrador de bienes ajenos; el legislador ha optado por una fórmula abierta, que deberá ser valorada por el juzgador caso por caso, pero en dicha inclusión normativa deberá ser ajustada a las relaciones comerciales que puedan darse entre el autor y su víctima.

A nuestra consideración, la condición de agente no debe estar sujeta a los requisitos, formalidades y otros, que las leyes de la materia regulan al respecto, pues ante mandatos *per se* imperfectos, no cabe negar la tipicidad penal de la conducta.

2.2. Sujeto pasivo

Resulta ser en este caso el comitente, el mandante o cualquier otra persona, vinculada comercial y legalmente, con el sujeto activo, vinculación que debe dar lugar a una serie de derechos y obligaciones para ambas partes.

2.3. Modalidad típica

La materialidad de esta figura delictiva, han de ser analizarlas primero, bajo las figuras contractuales del Derecho privado, que dan lugar a la vinculación jurídico-obligacional pre-existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Primero ¿Qué debemos entender por el contrato de «comisión»?. De lo expresado en el art. 237° (*C de C*) se deduce que el mandato es mercantil si reúne dos requisitos: uno objetivo, o sea, que la comisión tenga por objeto un acto u operación de comercio, que en la mayoría de los casos es encontrar a la persona que, en las condiciones más favorables al comitente, concluya el negocio de comprar o vender en que consiste la comisión; y otro

subjetivo, que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista[554]. Contrato de naturaleza onerosa.

El comisionista puede actuar a nombre propio o del comitente, si actúa en nombre del segundo, deberá manifestarlo por escrito o verbalmente, en la forma que corresponda, así lo expresa el artículo 240° del C de C.

El comisionista tiene la obligación de acatar las instrucciones recibidas (art. 247°), consultando lo no previsto (art. 248°) y el no actuar en ningún caso contra disposición expresa del comitente (art. 249°), lleva consigo la sanción de responder por los daños y perjuicios en caso de incumplimiento, de la que no podrá librarse alegando que procedió de buena fe, creyendo ser lo más provechoso para el comitente[555]. En cuanto a la obligación de rendir cuentas de las cantidades que percibió para la comisión (art. 257°), lleva consigo la de reintegrar al comitente, en el plazo y forma que éste le presenta, el sobrante que resulte a su favor[556].

Previsión legal importante es la siguiente: Las garantías o privilegios a favor del comisionista, consisten en el derecho de retener los efectos recibidos o que conserva en su poder o que se encuentren a su disposición como consecuencia del encargo, hasta que se le haga pago de su anticipaciones, gastos y derechos de comisión, con el producto de los mismos efectos, con preferencia a los demás acreedores del comitente (art. 270°)[557]. El derecho de Retención, que aquí se refiere, podría tener repercusión como causa de justificación, en el marco del tipo penal de Apropiación Ilícita, mas no en el supuesto *in examine*, en la medida, que la tipicidad del inc. 3), implica una conducta fraudulenta, mediando actos concretos que se dirigen a engañar al comitente.

Segundo, debemos definir el «mandato». Dispone el artículo 1790° del C.C., que por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta e interés del mandante; el cual se presume oneroso tal como se desprende del artículo 1791° (*in fine*). En tal virtud, el mandatario no efectúa los negocios jurídicos a nombre propio, sino a nombre del mandante, quien sería el sujeto obligado de las relaciones contractuales que haya de suscribir el primero.

El artículo 1974° del C.C., establece que si el mandatario utiliza en su beneficio o destina a otro fin el dinero o los bienes que ha de emplear para el cumplimiento del mandato o que deba entregar al mandante, está obligado a su restitución y al pago de la indemnización de daños y perjuicios. De ello,

---

(554) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 167.

(555) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 170.

(556) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 171.

(557) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 173.

se colige que ya el Derecho privado prevé una sanción indemnizatoria, en el caso de que el mandante desborde el contenido de su mandato, cuando emplea el dinero o los bienes para beneficio propio; si dicha conducta puede ser catalogada como "delictiva", la indemnización se refunde ya en el proceso penal, a través del pago de la Reparación Civil, según lo contemplado en el artículo 92° del C.P.

También puede el mandatario retener los bienes que obtenga para el mandante en cumplimiento del mandato, mientras no cumpla aquél las obligaciones que le corresponden según los incisos 3 y 4 del artículo 1796°. No remitimos para ello, al análisis efectuado en el caso de la comisión.

Finalmente, el inc. 3) del artículo 1793° del C.C., dispone que el mandatario está obligado a rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante.

2.3.1. Alterar precios o las condiciones de los contratos

Esta situación se refleja falseando las cuentas, alterando los precios señalados en los contratos celebrados con terceros, ora simplemente modificando las condiciones de los contratos[558]. La conducta del autor importa actos concretos (comisivos), que han de exteriorizarse en la documentación (libros), donde consigna los gastos efectuados para cumplir el encargos, referidos a los negocios jurídicos efectuados, modificando las efectivamente realizados, mediante comprobantes de pago, boletas de venta, etc., consignándose precios que no se condicen con la realidad o, presentando estipulaciones contractuales que reflejan condiciones no acordadas por las partes; v.gr, el pago de un servicio, que en realidad era a título gratuito; siempre debe reportar un beneficio a su favor, pues no se podrá hablar de relevancia típica, si es que los precios o las condiciones contractuales importen un beneficio para el comitente. Podrá para ello, coludirse con un contador, para revestir con mayor credibilidad las alteraciones y/o modificaciones efectuadas, este último tendrá la calidad de cómplice primario.

Los números contables que hace constar el autor en los documentos, al momento de rendir las cuentas al comitente o mandante, no se corresponden con las sumas de dineros verdaderamente percibidas; de allí se colige la obtención del provecho económico por parte del agente y, el perjuicio patrimonial de la víctima.

2.3.2. Suponiendo gastos

Según esta hipótesis, el agente incluye en su rendición de cuentas (comitente, mandante), compras de bienes o pago de ciertos servicios, que

(558) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 322-323.

en realidad no ha efectuado. Presenta una factura falsaria de la compra de materiales de construcción o, el pago de remuneración a un profesional por un servicio supuestamente efectuado, como por ejemplo para una asesoría legal. No se trata de simular calidades o precios de cosas sobre los cuales pueden haber realmente existido gastos, sino de simular todo el gasto(559).

2.3.3. Exagerando gastos

En este caso, el autor no simula gasto alguno, en cuanto a la adquisición de un bien o el pago de un servicio, pues en realidad si se ha realizado, la sustantividad estriba en que sobrevalúa el precio de la compra efectivizada, suponiendo egresos mayores a los generados; v.gr, se contrato a un representante de ventas, cuyo pago es significativamente menor, al que hace constar el autor en la documentación que entrega al mandante. Siempre deberá observarse una merma para el acervo patrimonial del sujeto pasivo y, un beneficio dinerario para el agente.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La figura delictiva prevista en el inc. 3) del artículo 197°, adquiere perfección delictiva cuando la alteración de los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo o exagerando los gastos, propician un menoscabo real al patrimonio de la víctima, al recibir una suma de dinero (o bienes), menor a la que debía percibir, según los negocios jurídicos efectuados por el mandatario o comisionista. Se aprecia un remitente a favor del autor, que da lugar al perjuicio exigido por la norma.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La modalidad criminosa *in examine*, sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a obtener un provecho ilícito, mediando la simulación de gastos o exageración de los mismos, provocando un engaño al sujeto pasivo, de la verdadero magnitud de la cifra dineraria recaudada. Basta con el dolo eventual, conciencia del riesgo típico.

ARTÍCULO 197.-ESTELIONATO

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

---

(559) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 324.

4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

1. BIEN JURÍDICO

El patrimonio de una persona puede verse afectado por un sinfín de conductas, las cuales han sido compendidas de forma genérica en el tipo penal de Estafa, sin embargo el legislador ha definido con concreción otros comportamientos en el artículo 197° - Otras defraudaciones, que en el inc. 4), determina una sustantividad propia, exteriorizada a partir de los engaños que se producen en el marco del tráfico inmobiliario y mobiliario, quien venda o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

Las transferencias, enajenaciones, gravámenes y otros que se efectúan en el tráfico jurídico, deben estar revestidos de un máximo de legalidad, en el sentido de cautelar que los negocios jurídico-contractuales se ajusten al principio de buena fe, sobre todo, a la veracidad de las declaraciones que allí se insertan. No cualquiera puede vender un inmueble y, tampoco darlo en arriendo, pues ser requiere contar con ciertas potestades legales, que se enumeran de forma enunciativa en el Derecho privado.

Las relaciones comerciales se rigen por la consensualidad de las partes, en tanto ellas contratan libremente sobre cláusulas previamente convenidas, lo acordado es Ley por las partes (*pacta sunt servanda*), de conformidad con los artículos 1351 y 1352° del CC; pero ello no quiere decir que el Estado no imponga límites a dichas atribuciones legales, entre éstas cuando el interés público está de por medio y, por otra, cuando el objeto sea un imposible jurídico. Una casa que ya fue vendida a un determinado adquirente, no puede ser nuevamente enajenada, al contravenirse el derecho de propiedad –constitucionalmente reconocido-, no pueden coexistir dos propietarios sobre un mismo bien. Es ahí, donde debe intervenir el Derecho penal, cuando se evidencian conductas dolosas, donde se pretende obtener un beneficio económico en detrimento del derecho de otra o varias personas, aprovechándose de ciertos defectos del Sistema Registral o del puro desconocimiento de una situación legal, siempre que se advierta el engaño, el ardid o el fraude.

Ahora bien, se debe resaltar que en el marco de la relaciones contractuales, ciertos actos jurídicos no están *per se* prohibidos, por ejemplo, quien posee un bien inmueble como propietario puede constituir múltiples hipotecas sobre el mismo, con diversos acreedores hipotecarios. No existe prohibición legal al respecto. Lo que sostiene la prohibición penal es el ocultamiento de dicha situación, pues quien omite comunicarlo sabe perfectamente que si dice la verdad, no logrará materializar el negocio.

Por otro lado, resulta imprescindible remitirnos a las normas del Derecho civil y, en el artículo 2014° se regula un principio fundamental de los Registros Públicos: el principio de buena fe registral, por lo que se presume que todos conocen el contenido de los registros que se asientan en el Sistema. Hoy en día se cuenta con un sistema registral más depurado y sistematizado, a comparación de tiempos pretéritos, que permite a cualquier ciudadano, conocer con exactitud los antecedentes regístrales de un bien, por ello, antes de efectuar un contrato de compraventa por ejemplo, lo primero que deberá hacer el futuro adquirente es acudir al registro y solicitar una copia literal de la ficha del inmueble y, allí estará consignado toda su historia (primera de dominio) y, si aún así, lo compra a pesar de que existe un contrato de compraventa anterior, dicha individuo no podrá ser reputado como víctima, mas en lo que respecta al adquirente precedente, la historia será distinta.

Con lo dicho se quiere poner de relieve que el Estado ha puesto en escena un Sistema Registral que permite que el tráfico mobiliario e inmobiliario se realice con una total transparencia, protegiendo a los agentes de cualquier fraude al respecto; de lo cual se colige que los comportamiento típicos que se ajustan en la figura del Estelionato deben ser aquellos en verdad fraudulentos, donde el agente haga uso de mecanismos mendaces para cubrir de un velo determinado, supuestos que se encuentran afectados con las situaciones jurídicas que se contienen en el inciso 4) del artículo 197° y, no otras conductas, en tanto el Derecho penal no tiene porque intervenir cuando la hipotética víctima no fue diligente con sus propios actos, con arreglo a los principios de ofensividad y de *última ratio*.

La doctrina mayoritaria entiende, que los engaños a que hace referencia el precepto en comentario constituyen una defraudación contra el patrimonio, aprovechando de la buena fe de la víctima, quien adquiere los bienes en la creencia de que se encuentran sin ningún tipo de restricción y son de propiedad absoluta del sujeto activo(560).

Siguiendo las pautas antes reseñadas, en el caso del Estelionato, deben concurrir todos lo elementos normativos, propuestos en el artículo 196° (engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio).

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Sujeto activo

Autor de este supuesto puede ser el propietario, el poseedor no propietario, el arrendatario, el sub-arrendatario, el mero tenedor de hecho, el precario, el deudor prendario, el deudor hipotecario, el acreedor prendario; etc.,

(560) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 325-326.

todo aquel que no cuenta con potestad legal para suscribir el acto jurídico o, teniéndolo existe una prohibición que le impide hacerlo.

2.2. Sujeto pasivo

Víctima, será toda aquella perjudicada en su acervo patrimonial, consideramos que debe será sobre quien recayó el engaño, el error y en tal virtud se decidió por aceptar la contratación, no aquella que sabía perfectamente de la situación legal del inmueble. Lo dicho no obsta a que puedan ser identificados sujetos pasivos directa e indirectamente afectados.

2.3. Modalidad típica

La materialización de este injusto típico, requiere de la realización de actos concretos por un lado y de otro, omisivos al ocultar cierta información; todos ellos orientados a poner en venta o gravamen de bienes libres, estando afectados a un litigio, embargados o gravados.

Punto a saber es que el objeto sobre cual incide el hecho punible, es que puede ser tanto un bien mueble como un bien inmueble, la tipificación no lo dice expresamente, pero ha de darse una interpretación lata, no se entendería por qué la tutela penal sólo abarcaría el tráfico inmobiliario y no el tráfico mobiliario, en tal medida, los bienes muebles también están incluidos en el ámbito de protección de la norma[561].

2.3.1. Vender o gravar como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados

Primero se hace alusión entonces a «vender o gravar como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados».

Por la venta[562] el propietario de un bien (mueble o inmueble), transfiere la propiedad por un determinado precio, importa un contrato de prestaciones recíprocas, tal como se desprende del artículo 1529° del CC. Enajenar ha de ser interpretado en el sentido de transmisión de la propiedad de la cosa y no en el sentido de transmisión de la propiedad de derechos- por ej. derechos reales sobre la cosa-[563]. Debiéndose declarar que el otorgamiento de la es-

(561) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 346.

(562) Se deja de lado la donación, en la medida que se trata de un contrato, en virtud del cual se transfiere la propiedad a título gratuito, no se paga un precio, no desencadena la posibilidad de que el donante pueda obtener un provecho económico, plano subjetivo que es característico de los injustos de estafa.

(563) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 471.

critura pública y la inscripción en los registros, no constituye un requisito de contrato de compraventa, pues dicho contrato es de naturaleza consensual. No obstante, su inscripción es garantía de comprobación del acto jurídico y oponible, ante terceros. El artículo 2016° del C.C., establece que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro, en otras palabras "quien es primero en el tiempo es mejor en el derecho" (*prior tempor, potior jure*).

En el caso de la transferencia de bienes inmuebles, la venta se perfecciona con la consensualidad de las partes, no se requiere la entrega física del bien, basta la tradición jurídica.

El gravamen ha de ser comprendido como las cargas que se imponen sobre un bien y, que limitan su libre disponibilidad en el tráfico jurídico. Grava el que constituye sobre el bien un derecho real de garantía, pero no lo hace quien sólo constituye una obligación personal sobre el bien; tampoco constituye gravamen la inhibición general que ha recaído sobre el agente, no la afectación del bien a un privilegio derivado de un acto jurídico cualquiera que no creen derechos reales de garantía (...)[564]. Derechos reales de garantía son la prenda, la hipoteca y la anticresis, según lo dispuesto en los artículos 1055°, 1091° y 1097° del C.C., respectivamente.

Ahora bien, dicho lo anterior, conviene situarnos en la conducta posterior, que determina su configuración típica como Estelionato, esto es, vender o gravar como bienes libres, los que son litigiosos, o están embargados o gravados. Primero que todo, hemos de convenir que la relevancia típica de la conducta debe ir revestida de un fraude, de un ardid exteriorizado por quien ejecuta el acto jurídico, de no ser así meras imperfecciones contractuales serían constitutivas de este delito. Esta figura, (...), como apunta Soler, no puede ser trazada con claridad sin subordinarla totalmente al tipo genérico de estafa. Por lo tanto, la manera correcta de distinguir la operación lícita de la delictual consiste en investigar la concurrencia de los elementos comunes de estafa[565].

Debe tratarse, por tanto, de bienes que son objeto de una litis, de un pleito judicial, es decir, en la vía jurisdiccional se está discutiendo por ejemplo el mejor derecho de propiedad de las partes, puede ser una acción reivindicatoria, una prescripción adquisitiva de dominio, una ejecución forzada por garantía prendaria; situaciones todas ellas, que pone en incertidumbre, la identidad del verdadero propietario, con ello su libre disponibilidad. Dicha cualidad jurídica debe tenerla el bien, al momento de efectuarse su venta o gravamen; debiéndose poner en cuestión, que ello debe ser conocido por el

(564) Creus, C.; Citado por Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 328; Gonzáles Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 689.

(565) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 374.

agente, pues si al momento de perfeccionar la compraventa, aún no se había presentado el litigio, no podemos hablar de estelionato, al no verificar el dolo. Otro aspecto es que el litigio debe ser fijado a partir del auto admisorio de la demanda, antes de ello aún no hay un proceso en trámite, pues ésta puede ser declarada improcedente por el juez que se avoca al asunto.

Segundo, el bien estará «embargado», cuando sobre el bien ha recaído una afectación determinada por una suma de dinero, a fin de garantizar la efectiva ejecución de la obligación principal. El artículo 642° del C.P.C, señala que cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Éste consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la Ley[566]. El embargo como medida cautelar asegurativa y provisoria, puede presentarse fuera y dentro del proceso principal, conformando un proceso autónomo, según lo previsto en los artículos 635° y 636° del C.P.C;[567] de tal manera que habremos de observar la tipicidad penal de la conducta a partir del momento en que el agente haya sido notificado con la ejecución de la medida, de conformidad con el artículo 637° (*in fine*)[568]; ojo, el embargo puede ser también trabado en el curso de un proceso penal, pero es que su regulación sigue la suerte de las previsiones legales del C.P.C. Sólo así, podremos observar el dolo del autor.

Tema a incluir, es que tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que éste resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito, así lo señala el artículo 656° del C.P.C. Lo que trae ciertas consecuencias en el ámbito penal: primero, que si comprador del bien, sabía que se trataba de un bien embargado, no podrá ser calificado como una víctima[569], máxime si el dispositivo legal invocado no prohíbe su enajenación[570]; segundo, si se trata de una medida inscrita en el registro, el adquirente no podrá decir que no sabía que el bien estaba inscrito, a menos que el declarante lo haya consignado en contrario, en el contrato respectivo. En puridad de la verdad, el principio de fe pública registral determina ciertas incidencias en cuanto a la relevancia típica de Estelionato, tomando en cuenta también las estipulaciones contractuales de Saneamiento y Evicción que se obliga a realizar el vendedor, se supone que todos conocen del contenido de las inscripciones registrales.

---

(566) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Teoría General del Proceso...*, cit., p. 265.

(567) Cit; modificado por el D. Leg. N° 1070 del 28/06/08.

(568) Cit; modificado por el D. Leg. N° 1069 del 28/06/08.

(569) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 690.

(570) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 298.

En la hipótesis antes mencionada, siendo que el adquirente actúa conociendo del embargo, al momento de efectuarse la venta, éste no sería el perjudicado.

Consideramos que en el caso del embargo, por lo general, se deberá identificar su no inscripción en el registro, contrario a lo que sucede en el caso de los bienes sometidos a un litigio, que normalmente no son inscritos en el registro (anotación de la demanda, art. 673° del C.P.C).

Finalmente, en lo que respecta al «gravamen», esta cualidad jurídica se presenta cuando se ha constituido un derecho real de garantía sobre un bien mueble e inmueble, a fin de garantizar el pago de una obligación principal.

En cuanto a la prenda, el artículo 1060° del C.C.(571), dispone que un bien puede ser gravado con prenda en garantía de varios créditos y a favor de varias personas sucesivamente, con aviso de los acreedores que ya tienen la misma garantía. Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidas las prendas para el efecto de la preferencia. Por tales motivos, cabe convenir que no está prohibido que sobre un mismo bien mueble pueden recaerse varias garantías prendarias, siempre y cuando se le dé conocimiento al resto de acreedores; ello importa que sólo cuando el acreedor prendario no conocía del resto de acreencias, puede hablarse de Estelionato o, cuando compró el bien, sin saber que estaba gravado con una hipoteca. Sobre un mismo bien inmueble pueden recaer múltiples hipotecas, las cuales tendrán preferencia según la su antigüedad, conforme a la fecha de registro. Empero, en el caso de la hipoteca debe tomarse en cuenta que aquella debe constituirse por escritura pública, salvo disposición diferente de la Ley, como se desprende del artículo 1098° del CC; que por tanto es elevada al registro correspondiente. Nuevamente nos chocamos con el principio de fe pública registral. De ahí la importancia de exigir un fraude o ardid, para ocultar dicha situación.

González Rus, acota que el sujeto silencia la existencia de un gravamen sobre la cosa de la que dispone, lo que constituye un engaño que determina un acto de disposición por parte del adquirente, que de conocer la situación real del bien no hubiera llevado a cabo, o lo hubiera hecho por una cuantía menor(572). Estamos ante una estafa en la que se oculta una condición importante del objeto que normalmente determina su inferior valor en el mercado, e, incluso suele ser determinante para prestar el consentimiento en el negocio(573).

---

(571) Cit; derogado por la Ley N° 28677 del 01/03/06., vid; al respecto, artículo 193°.

(572) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 690.

(573) Pérez Manzano, M.; *Las Defraudaciones (I)...*, cit., p. 471.

2.3.2. *Vender, gravar o arrendar como propios los bienes ajenos*

El inciso 4) del artículo 197°, recoge dos supuestos distintos, cuya particular sustantividad amerita un análisis por separado. En lo que respecta a la compraventa y al gravamen, no remitidos a lo estudiado en la modalidad anterior.

¿Qué debemos entender por «arrendamiento»? en virtud, de este contrato el arrendador dar en uso y disfrute un bien, por un determinado espacio de tiempo a cambio de una merced conductiva, que el arrendatario se obliga a sufragar, con arreglo a los dispuesto en el artículo 1666° del CC. El artículo 1667° del C.C, establece que puede dar en arrendamiento el que tenga esta facultad respecto de los bienes que administra, por lo que no necesariamente debe ser el propietario del bien inmueble, quien da en arriendo el mismo a un tercero. Por su parte, el artículo 1669° (*in fine*), establece que el copropietario de un bien indiviso no pueden arrendarlo sin consentimiento de los demás copropietarios. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.

De lo expuesto se colige que en el caso del arriendo no se ha incluido la terminología apropiada, en tanto una persona ajena al propietario, puede dar un bien en arriendo, contando para ella con una representación válida, un administrador o un albacea por ejemplo, pueden suscribir dichos contratos. Serán típicas sus conductas cuando los títulos por los cuales actuaban se encontraban revocados y/o extinguidos, lo cual debe ser abarcado por el dolo. Los títulos imperfectos, que adolecen de ciertos vicios, no pueden dar lugar a la perpetración del injusto *in examine*.

El copropietario que da en arriendo un bien inmueble, que no se encuentra sujeto a partición y división, sin autorización de los copropietarios, puede incurrir en este delito, pero si los segundos luego ratifican –expresa o tácitamente-, se enerva su contenido antijurídico-, por ende, la conducta deja de ser punible.

¿Quiénes no están autorizados para arrendar un bien?, el poseedor no propietario, el guardián de la casa, el simple tenedor, etc. El arrendatario sí puede subarrendar total o parcialmente el bien arrendado que celebra a favor de un tercero, a cambio de una renta, siempre que cuente con asentamiento escrito del arrendador, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1692° del C.C.

Se dará en este caso, cuando quien en realidad es un simple tenedor, presenta ante un tercero una falsa autorización, haciéndose pasar por el propietario u otro con poder para arrendar y así consigue la suscripción del contrato. Quien contrata con una persona que sobradamente, se le advierte como alguien sin capacidad alguna para arrendar, no puede exigir reacción punitiva alguna; no se ha creado en este caso un riesgo jurídicamente desaprobado, que incida en la tipicidad objetiva.

En la hipótesis del arrendamiento como propio del bien ajeno, el ofendido es el arrendatario que pagó el precio. Su perjuicio reside en que, haya o no recibido la cosa, ha pagado por la adquisición de una situación jurídica que no adquirió[574].

El segundo supuesto implica la venta de un bien como si fuera propio, se entiende entonces, que el agente debe ser una persona ajena al real propietario, pues sólo éste tiene la facultad de enajenarlo, según lo dispone el artículo 923° del CC; constituye sin duda el señorío sobre la cosa que lo distingue de la posesión. Se puede decir, que autor de esta hipótesis delictiva será por lo general el poseedor no propietario. No será constitutivo de este delito, cuando se dan ciertos impedimentos en la persona del enajenante (privado de discernimiento, menor de edad, etc.).

Siguiendo a Peña Cabrera, diremos que aquí se presentan dos casos: uno, cuando el bien ajeno materia de disposición nunca perteneció o estuvo bajo el dominio del sujeto activo del delito, el cual realiza el acto de disposición, como si fuese bien suyo, engañando a la víctima, que actúa de buena fe en la creencia que el bien es de propiedad del autor; y un segundo caso cuando el autor dispone por segunda vez del bien[575]. En el primer caso, el agente no tiene reconocido derecho real de propiedad sobre el bien y, nunca lo tuvo; como se dijo será el poseedor no propietario, el poseedor ilegítimo, el precario. Quien tiene el derecho de usucapir, podrá ser también autor de este delito, para que se le reconozca como propietario, requiere de una resolución jurisdiccional firme y consentida, que así lo reconozca, por tanto, antes de ello, no tiene facultad de poder enajenar el bien. Si la supuesta víctima sabedora de ella, asume la compra del bien, no podrá ser considerada como sujeto pasivo, pero sí el legítimo propietario, si es que la primera toma la posesión del mismo.

En el supuesto anotado, quien se hace ver como propietario, empleará medios fraudulentos, como la presentación de documentos falsificados, un título de falso de compraventa, aprovechando que el bien no se encuentra inscrito en los registros públicos; si se vende un bien de propiedad pública, v.gr., una plaza, un parque, un monumento, considero que a lo más puede darse una estafa genérica, siempre que las características de la víctima así lo permitan (auto-puesta en peligro)[576]. No olvidemos que la compraventa es puramente consensual, no requiere de la tradición fáctica para su revestimiento legal, tampoco de su inscripción en el registro. Se advertirá normalmente un concurso medial con el delito de falsedad material.

---

(574) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., p. 353.

(575) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 330.

(576) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 376.

El posible hecho delictuoso queda, pues, limitado al supuesto de venta de cosa ajena como propia, cuya tradición no puede ser hecha, y en la que el vendedor obra de mala fe y el comprador de buena fe[577]. No se puede hablar de buena fe, cuando el comprador sabía que el vendedor era un poseedor ilegítimo.

El otro supuesto, define a la conducta de un ex-propietario, habiendo vendido el bien inmueble, lo vuelve a enajenar a sucesivos adquirentes. Vamos a ver, el propietario efectúa una primera compraventa, sin perder la posesión del bien, para luego efectuar una segunda enajenación del bien. Sería la segunda la que estaría contaminada de ilicitud. Pero, para que el segundo adquirente sea víctima perjudicada, debe desconocer dicha situación, pues de lo contrario, quedaría claro que actuó de mala fe, lo que puede dar lugar a lo siguiente: que el segundo adquirente de mala fe inscriba su derecho de propiedad en el registro de la propiedad inmueble antes del primer adquirente, por lo que tendrá la preferencia, según lo establece el artículo 1135° del CC. Remarcándose que el contrato de compraventa es consensual, más para oponer derechos reales, sí se necesita de su inscripción en el registro, por lo que el registrador se negará a inscribir el derecho de propiedad del primer adquirente, en mérito a los principios registrales de legalidad y de impenetrabilidad. Entonces, quien se verá perjudicado en realidad es el primer adquirente y no el segundo, más aún si nunca entró en posesión del bien. Cabiendo anotar que igual situación puede acontecer en el caso de que el segundo adquirente actúe de buena fe.

En palabras de Bajo Fernández, cuando el vendedor y el adquirente se aúnen en connivencia para estafar a otro de los compradores, de modo que el adquirente de mala fe inscribe inmediatamente en el registro, perjudicado lo es sin duda alguna, el adquirente de buena fe, con independencia de que la Ley hipotecaria únicamente proteja a quienes inscriben de buena fe. La razón ha de encontrarse en el hecho de que el primer comprador ha de enfrentarse con la presunción de buena fe de la inscripción registral y en las dificultades que tiene para probar su situación y el derecho a la indemnización[578]. Lo primero que deberá hacer es interponer una acción de Nulidad de Acto Jurídico, bajo la causal de fin ilícito. La doctrina apunta que en esta hipótesis, no concurren de forma homogénea y secuencial los elementos propios de la estafa; quien compra el bien ajeno, supuestamente engañado, no ha sufrido un perjuicio económico. El que adquiere el bien mediante precio puede no sufrir perjuicio alguno, y en cambio el perjudicado –por haber diferido la toma de posesión de la cosa, o su inscripción en el Registro- no sufre el detrimento patrimonial a consecuencia de una maniobra engañosa generadora de un acto de disposición viciado, sino por una maniobra posterior del vendedor que recae sobre

(577) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 506.

(578) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 336.

el segundo comprador. No es que exista engaño como elemento nuclear del delito de estafa (...), lo que ocurre es que puede faltar la relación de causalidad entre la maniobra engañosa y el perjuicio producido, en la medida en que éste no derivaría del acto de disposición del sujeto engañado[579].

En resumidas cuentas, el perjudicado debería ser siempre quien compra de buena fe, ante un vendedor que carece de facultad para enajenarlo, pues no es su real propietario, al adquirir un derecho ficticio, que no se encuentra amparado por el orden jurídico. Paga un precio por algo que nunca logra concretar, al margen de las acciones legales que pueda interponer contra el estafador.

El copropietario que vende el bien sin autorización de sus copropietarios, al tratarse de un bien indiviso, con cuotas ideales, también podrá ser pasible de incurrir en este delito, siempre que actúe de forma dolosa y fraudulenta.

«Grava» también un bien, como si fuera propio, es decir, levanta un gravamen sobre un bien (mueble o inmueble), que no le pertenece. Según lo dispuesto en el artículo 1058° del C.C., sólo puede gravar el bien su propietario o quien esté autorizado legalmente, así lo dispone también el artículo 1099° *in fine*, con respecto a la hipoteca. Siendo así, todos aquellos que no contaban con dicha cualidad pueden ser autores de esta modalidad, v.gr., arrendatario, el poseedor no propietario, el mero tenedor, etc.

Quedan al margen de la penalidad, aquellas compraventas efectuadas por el representante, pues éste actúa a nombre de su representado, a menos que ya vencido el poder especial para enajenar, proceda a su venta.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La primera modalidad en cuestión adquiere perfección delictiva, cuando se perfecciona el contrato de compraventa o cuando se llega a constituir el gravamen, produciéndose la disposición patrimonial y, por consiguiente el perjuicio económico del sujeto pasivo. Será reputado como un delito tentado, las tratativas del acto jurídico, siempre y cuando ya hayan revelado una conducta dañosa, con aptitud de lesión al interés tutelado por la norma penal; los actos preparatorios son impunes.

La segunda modalidad por su parte, alcanza su consumación cuando el agente, llega a vender, a gravar o arrendar un bien ajeno, como si fuera propio, receptando un monto de dinero determinado, cuando recibe el precio[580], el dinero del mutuo o la merced conductiva. Si se constituye la hipote-

(579) Valle Muñiz, J.M./Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 682.

(580) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 301.

ca sobre el bien, pero por motivos diversos el agente no recibe el dinero del préstamo, será calificado como una tentativa.

De igual que el resto de conductas –antes analizadas-, no resulta factible apreciar un concurso de delitos con el tipo penal del artículo 196°.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva *in examine* sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a vender o gravar, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados y gravados, conociendo de dicha situación, a fin de obtener una disposición patrimonial de la víctima, que haya de reportarle un beneficio económico y al sujeto pasivo un perjuicio.

En la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2821-97, se señala lo siguiente: "*El delito de defraudación en su modalidad de venta de bienes en litigio, exige como uno de los elementos subjetivos del tipo, el accionar doloso del sujeto activo, quien deberá inducir en error al agraviado, presentándole como libre un bien sujeto a gravamen o que sea objeto de un proceso judicial*"(581).

Puede darse un error de tipo, si es que el agente no conocía con exactitud que el bien estaba era objeto de un litigio; v.gr., cuando el propietario de un bien estaba de viaje y, resulta que le han interpuesto una demanda de obligación de dar suma de dinero, dando lugar a un embargo sobre el bien, siendo declarado rebelde.

La procedencia de un error de prohibición resulta de difícil admisión, aunque podría valorarse en casos muy especiales.

Finalmente, en lo que a una correcta subsunción jurídico-penal refiere, en cuanto a los probables entrecruzamientos normativos que se pueden producir con otras figuras delictivas similares, como el caso concreto del tipo penal de Estafa, es de verse las equivocidades en que pueden incurrir algunos operadores jurídicos, al no identificar correctamente la relación que existe entre este último y el tipo penal de Estelionato, que no se basa en el criterio de «subsunción», sino en el de «especialidad», pues si la descripción fáctica -que sostiene la imputación jurídico-penal-, hace alusión a que el agente se hizo pasar como propietario de un bien inmueble y así procede a transferir la propiedad de éste al sujeto pasivo, deberá optarse por la tipificación penal contenida en el artículo 197° inc. 4 y, no el delito contemplado en el artículo 196°, por la sencilla razón de que el primero de los mencionados, recoge de forma más acabada los datos distintivos del relato fáctico. Se está en un evidente error, cuando se piensa que las modalidades del injusto, glosadas

(581) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 331.

en el artículo 197° del CP, son circunstancias derivadas de tipo penal de Estafa[582], en tanto las primeras se encuentran revestidas de sus propias notas distintivas de tipicidad, que les otorga autonomía legal[583], al margen de la inconsecuente penología que se deriva de sus marcos penales, al merecer en realidad una sanción punitiva de mayor drasticidad.

(582) No son ni modalidades agravantes, ni tampoco modulaciones atenuantes del tipo del injusto.

(583) Vide, al respecto Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., ps. 362-363.

Capítulo VI
FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA

Artículo 198[584].- *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:*

1. *Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*
2. *Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.*
3. *Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*
4. *Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*
5. *Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*
6. *Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*
7. *Asumir indebidamente prestamos para la persona jurídica.*
8. *Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica."*

---

(584) Artículo modificado por la Ley Nº 29307 del 31 de diciembre de 2008.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Llegados al umbral del tercer milenio podemos decir con propiedad, que el universo jurídico ha adquirido concreción material y un depurado desarrollo científico, en el marco del ámbito comercial y empresarial; nos alejamos de los esquemas tradicionales que durante años se fueron cultivando en el Derecho penal y en el Derecho civil respectivamente, que fueron forjados por los juristas más destacados del orbe, a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX respectivamente. Resulta insoslayable, aquella afirmación que entiende a la ciencia jurídica como un haz dinámico y de permanente cambio, producto de las transformaciones sociales, políticas y económicas, que acontecen en los países de la región.

La conducción económica de un país ya no puede ser percibida *per se* como la manifestación de actividades primarias, puramente extractivas de las riquezas naturales, minerales, etc.; hoy en día, somos testigos del imparable despegue de las corporaciones empresariales, fuente generadora no sólo de riqueza para sus propietarios (accionistas), sino también promotora de la creación de puestos de trabajo así también como palanque importante para la obtención de una recaudación tributaria que pueda colmar las necesidades sociales más elementales.

Si estas empresas mueven ingentes sumas de dinero, sobre todo aquellas que extienden su operatividad a un nivel internacional, requieren de una normatividad específica que pueda regular todo lo concerniente a su estructura organizacional, a su vida societaria así como lo referido a sus órganos de gestión y de administración. El derecho positivo habría de recoger este nuevo constructo normativo, dando lugar a la denominación de «persona jurídica», una formulación abstracta e ideal, que se aleja de la idea de la persona psico-física convencionalmente considerando, tomando lugar una estructura normativa con vida propia, distinta a la de sus miembros. Así, lo dispone el artículo 78° del C.C., cuando señala que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas. Dicho en nuestras propias palabras: *las personas jurídicas importan la creación de entes ficticios, idealmente construidos, para que las personas físicas puedan conformar una voluntad corporativa, ajena a sus respectivas individuales, cuyo fin esencial es la satisfacción de fines valiosos, que haya de corresponderse con el objeto al cual ella se dirige; sobre éstas se dirigen modelos de comportamiento auto-referenciales, enmarcadas en su desarrollo societario, en cuanto a la gestión empresarial y/o societarias, mas las normas de conducta que se contienen en las prescripciones jurídico-penales sólo tienen como destinatarios a aquellos que asumen los órganos de representación en el seno de las personas jurídicas.*

Estas grandes corporaciones desarrollan una serie de actividades no sólo de tipo comercial (que es su fin), sino que además, para su existencia y natural desenvolvimiento despliegan una variada gama procedimental al interior, que deberá regirse por sus reglamentos y estatutos. El desgarramiento de dichas reglas necesariamente generan consecuencias de relevancia jurídica, sea en el plano administrativo, civil, penal o en el campo comercial[585].

Dicho lo anterior, aparece primero la constituciones de Asociaciones Civiles *sin fines* de lucro, que se encuentran comprendidas en las disposiciones legales del Código Civil, como personas jurídicas que se crean para la realización de determinadas actividades, a través de la distribución de tareas y roles para la obtención de fines estrictamente altruistas. Se dice que se trata de asociación de personas, cuya base esencial es la naturaleza axiológica que mueve su propia configuración corporativa, a diferencia de las sociedades de capitales, que tiene por objetivo principal: la obtención de lucro y de riqueza.

Nuestra Ley General de Sociedades recoge en su seno una serie de estructuras societarias, cuya conformación estatutaria tiene por fin, aportar bienes y servicios, para el ejercicio en común de actividades económicas, tal como se desprende del artículo 1° de la Ley N° 26887; disponiendo el artículo 2° (*in fine*) que toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetan a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley. La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil.

Las sociedades de capitales, entonces, como la Sociedad Anónima son objeto de mayor atención por el Derecho Positivo vigente, en mérito a la dinámica que imprimen al mercado, dando lugar a la circulación de cuantiosas sumas de dinero, a través de sus agentes, lo que puede propiciar la aparición de «comportamientos socialmente negativos», de conductas disvaliosas, que en alguna de sus manifestaciones más intensas pueden lesionar bienes jurídicos merecedores de tutela penal[586].

Surge así una rama especializada y autonómica del derecho punitivo que ha alcanzado un auge importante estos últimos años, nos referimos al «Derecho Penal de la Empresa» o también llamado «Derecho Penal Empresarial», cuyo ámbito de actuación ha de incidir en aquellas conductas lesivas que se generan a través de estos cuerpos ficticios ideales, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*[587]; tanto sobre aquellos que se

(585) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 343.

(586) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 357.

(587) Vid., al respecto, Tiedemann, K.; *Hacia un Derecho Penal Común para mercados comunes*. En: Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, T. I, cit., ps. 51-62.

exteriorizan, por ejemplo la comercialización de productos alimenticios descompuestos que pueden afectar la salud pública, aquellos que se relacionan con las obligaciones jurídico-tributarias, las que puedan perjudicar el sistema económico en cuanto a las normas que rigen las normas del mercado en un Estado Social, etc. Y desde el otro baremo a saber: aquellas conductas fraudulentas que se cometen desde el seno mismo de la *societas*, por quienes desarrollan y asumen las órganos de gestión, de administración y de representación, que son las que nos interesa para el análisis dogmático y político criminal del artículo 198º del C.P.

En suma, la intervención del Derecho Penal en el ámbito de las personas jurídicas tiene por finalidad dotar de una mayor protección a aquellos intereses patrimoniales frente a sus representantes o administradores, quienes situados en la cúspide, con poderes amplísimos de organismos que abarcan varios sectores de la sociedad moderna con relación a su economía y en la que confluyen conspicuos intereses, pueden, abusar de su posición o violando sus propios deberes, ocasionar daños irreparables a la persona jurídica y por ende, a terceros interesados o al Estado[588]; sin duda, la represión penal ha de dirigirse contra todos aquellos, que abusando del dominio social que ostentan en el plano de los órganos de representación, gestión y/o administración, anteponen sus intereses estrictamente personales sobre los societarios, perjudicando su normal funcionamiento, tanto interna como externamente, mas el Derecho penal sólo ha de ocuparse de los ataques más lesivos, aquellos de menor entidad deben ser asumidos por el Derecho Mercantil. Al Derecho punitivo no ha de interesarle las disputas por la administración de la empresa entre sus directivos, sino cuando se ejecutan conductas engañosas, falsas y otras que comprometen su propia operatividad empresarial.

A decir de Pérez Manzano, en el ámbito societario, el Derecho Penal debería fijar su atención, de forma exclusiva, en aquellas conductas que afectan a la propia vida de la sociedad o a intereses de los socios o terceros cuya protección no haya sido prevista por otros mecanismos jurídicos o habiéndolo sido se haya mostrado ineficaz[589].

De conformidad con lo expuesto en otras figuras delictivas, si bien el Derecho penal ha de nutrirse con los conceptos de otras ramas del Derecho privado (comercial), no es menos cierto que debe construir sus propias definiciones, que le permitan ejercer con corrección la función de tutelar de bienes jurídicos, que le ha asignado el orden jurídico. En primer lugar, porque una mera duplicidad de ilícitos dejaría huérfana de legitimación a la intervención penal; la necesidad de que ésta presente elementos adicionales

(588) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 305.

(589) Pérez Manzano, M.; *Delitos Societarios*, cit., ps. 573-574.

de merecimiento y necesidad de pena mediante la adición en la descripción típica de una especial carga lesiva es irrenunciable. En segundo lugar, porque los principios garantistas que rigen la intervención penal no pueden ser soslayados[590]; de esta forma deben quedar de lado los comportamientos que sólo pueden ser reputados como injustos privados y/o comerciales, que no pueden ser pasibles de una pena.

El Derecho Penal Empresarial, entonces, ha de ocuparse de todos aquellos comportamientos, que tienen como protagonista a un persona jurídica, mejor dicho a estructuras corporativas empresariales, que a partir de la materialización de sus múltiples actividades socio-económicas, pueden lesionar bienes jurídicos, tanto fuera como dentro de la *societas*; empero, si bien hablamos de un Derecho Penal de la Empresa, no por ello podemos confundir el sujeto pasible de imputación jurídico-penal, con el instrumento conductor de dicha conducción antijurídica. No queremos enfrascarnos con la discusión dogmática que aún trasciende en el foro académico, pero creo que es preciso dar en detalle una línea argumental que permita dar una postura, sobre la pretendida responsabilidad penal de las personas jurídicas; posibilidad para nosotros negada, en virtud del apotegma «*societas delinquere non potest*»; al margen de las nuevas formulaciones dogmáticas, que en base a la teoría de los sistemas o de la perspectiva organicista que se plantean en respetables tribunas doctrinarias. Siguiendo a Bacigalupo Saggese, la responsabilidad penal de la persona jurídica es un problema del concepto de «sujeto» (...); es decir, la «elección de una determinada idea de sujeto condiciona los conceptos y las soluciones dogmáticas de la teoría del delito y en especial los de la acción y la culpabilidad». Por tanto, «un verdadero cambio con ese modelo de sujeto tendrá lugar otra vez a partir de transformaciones en la sociología y en la filosofía»[591]. Siendo así, una redefinición del sujeto de imputación penal, si bien podría tomar lugar desde perspectivas sociológicas y filosóficas, debe tomarse en cuenta que el derecho positivo vigente se encuentra construido en base a la persona natural, por lo que su real aplicación requeriría de una verdadera transformación normativa en ese sentido; a diferencia de otras legislaciones punitivas, como la holandesa que han reconocido ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como pone de relieve Bajo Fernández la responsabilidad criminal de las personas jurídicas provoca, (...), consecuencias importantes. En efecto, las personas jurídicas pueden realizar acciones jurídicamente relevantes que, desde el punto de vista penal, implican el cumplimiento del aspecto

(590) Valle Muñiz, J.M./Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 886.

(591) Bacigalupo Saggese, S.; Citado por Gómez-Jara Díez, C.; *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, cit., ps. 219-220.

objetivo de la descripción típica (contratar, imponer condiciones laborales ilícitas, librar cheques, exportar, etc.). Si bien, estos comportamientos los realiza la persona jurídica a través de una persona física, bien en la condición de representante, bien en la condición de titular del órgano correspondiente de aquella entidad. Se produce aquí un fenómeno de actuación en nombre de otro[592].

2. LA FÓRMULA DEL ACTUAR EN NOMBRE DE OTRO

El legislador del C.P. de 1991, amén de cerrar espacios de impunidad, incluyó la fórmula normativa del «actuar en nombre de otro», como una vía adecuada para desplazar los elementos que configuran la imputación delictiva, que tendría como responsable a la persona jurídica, a las personas físicas que ejercen los órganos de representación, en el marco de aquellas tipificaciones penales que exigen una cualidad especial para ser considerado autor a efectos penales, tal como es de verse del artículo 27° del C.P. (teoría de la transmisibilidad).

Determinadas conductas que se comprenden en los tipos penales, sólo pueden ser cometidos por un determinado círculos de individuos, son entonces, delitos especiales "propios", pues la punibilidad de la conducta se fundamenta en un especial "deber" que recae sobre una persona, en el caso de los delitos comunes no habría en principio ninguna dificultad a efectos de establecer la imputación delictiva, pues ante unas lesiones respondería la persona física que dio lugar a la acción típica, pero en caso de productos defectuosos que se ingresan al mercado de consumo humano, si se producen lesiones y muertes, habría que acudir a esta fórmula normativa. Relaciones de carácter institucional que se fundan en Derecho público y privado.

Resulta entonces, que la calidad de sujeto obligado a efectos tributarias ("contribuyente") es la persona jurídica, quien se somete a un procedimiento de reestructuración patrimonial u otro régimen concursal es la *societas*, quien se constituye en deudor de una acreencia dineraria con el sistema bancario y financiero es la empresa o asociación de personas, quien emite los comprobante de pago es también la persona jurídica, quien contrata con el personal (recursos humanos) es la empresa; son únicamente estas cualidades "jurídicas", las que son susceptibles de ser transmitidas a los sujetos actuantes, y no los elementos subjetivos del injusto o aquellos que fundamentan una mayor penalidad[593]. Por lo tanto, todas estas condiciones jurídico-civiles, jurídico-comerciales, jurídico-laborales y jurídico-tributarias, tienen por titular a la *societas* y, no a las personas físicas que dirigen sus

(592) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 575.

(593) Así, García Cavero, P.; *La regulación positiva del actuar en lugar de otro...,* cit., p. 106.

órganos de representación, y, los actos criminales que podrían y se cometen desde sus estructuras internas societales serían imputadas en principio a las corporaciones empresariales u asociaciones de personas, lo cual lesionaría la vigencia normativa del *soceitas delinquere non potest*. En efecto, para no vulnerar dicho principio, se elaboró esta fórmula de transmisión, en la medida, que si bien las condiciones de autoría concurren en la representada, es el representante quien asume la responsabilidad penal al ser el responsable de determinadas esferas de organización por competencia "social", un dominio social de una estructura social. Condición de autor, tendrán todos aquellos que el legislador ha comprendido normativamente en el artículo 27° (*in fine*).

Siendo así, la regulación jurídico-penal del "actuar por otro" es una cuestión que se comprende en el ámbito de autoría y participación, pero que por criterios de sistematización lo estudiamos en este apartado. Así, García Cavero, al señalar que debe tenerse en cuenta que el punto de partida de esta relación de inclusión de conceptos es la autoría y participación, la cual si bien forma parte de la categoría de la tipicidad, tiene una autonomía regulativa en el Código penal[594]. En este orden de ideas, la necesidad de regular esta condición autoral, importa su ubicación expresa en la Parte General, en virtud de su efecto regulador de alcance general, a pesar de que en algunos tipos penales de la Parte Especial, el legislador se haya inclinado por determinar "normativamente" la calidad de autor, cuando la infracción criminal es cometida desde el seno de la persona jurídica, por lo que no habría necesidad de acudir a esta fórmula normativa. El caso más claro –escribe García Cavero- de regulación especial del actuar en lugar de otro se encuentra en el delito de atentado al sistema crediticio. El propio artículo 209 del Código penal recurre a la cláusula de extensión especial, quizá con la intención de escapar al límite de relación de representación que exige el artículo 27 del C.P.[595]. Consideramos, que el fundamento de extensión de punibilidad, obedece a un factor político criminalmente concreto: penalizar aquellas conductas que en dichos procedimientos administrativos, revela una posición legal que le permite disponer del patrimonio del deudor –sujeto al procedimiento concursal–, por lo que su inclusión importa cerrar espacios de impunidad[596].

Lo que entra en discusión, es si la comisión de una acción típica por parte de la persona jurídica debe entenderse como la realización de un comportamiento típico (doloso o culposo), de acuerdo a la estructuración dog-

(594) García Cavero, Percy; *La regulación positiva del actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano*. Universidad de Piura y ARA Editores EIRL, Lima, 2003, cit., p. 84.

(595) García Cavero, P.; *La regulación positiva del actuar en lugar de otro.....*, cit., p. 122.

(596) Así también, el caso del artículo 243°-B, que penaliza el ejercicio no autorizado de actividades de los agentes de intermediación, cuando se describe que "El que por cuenta propia o ajena...", esto es, cuando se actúa como órgano representante de una persona jurídica.

mática propuesta en el Art. 11° del C.P., el cual reza de la siguiente manera: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley", por lo tanto de *lege lata* se ha previsto que únicamente la persona humana es pasible de cometer acciones u omisiones punibles, por lo tanto, se niega a la persona jurídica la capacidad de acción por faltarse el elemento subjetivo del delito, que sólo puede provenir de un comportamiento humano voluntario y consciente. En consecuencia, la estructuración imputativa jurídica penal no admite la posibilidad delictiva de las personas jurídicas. La problemática tiene implicancias antinómicas entre el apotegma *"societas delinquere non potest"* con el *"societas delinquere potest"*. En Holanda, por ejemplo, la actual posibilidad de punir a las personas jurídicas lleva a menudo a una persecución penal en los casos de delitos económicos o de naturaleza defraudatoria. Al principio era unánime la opinión de que la persona jurídica sólo podía obrar válidamente a través de sus órganos oficiales, pero después se ha modificado la opinión, de modo que ahora ya no es absolutamente necesaria una decisión de un órgano para la autoría de la persona jurídica.(597) Nuestro sistema penal es inequívoco al negar la capacidad de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Por lo tanto, las infracciones penales que se cometan en el seno de una corporación mercantil, ameritará una sanción criminal que únicamente podrá recaer en las personas físicas que la integran.

La consideración del principio "actuar por otro", tiene suma importancia para la solución de los problemas que se presentan de la participación en los delitos especiales. Esta participación no presenta problemática alguna cuando el representante comete el acto delictivo materialmente mediante la participación delictiva del representado (persona natural a título de coautor, instigador o partícipe). Pero, al tratarse de la persona jurídica, esta actuación choca frontalmente con la incapacidad de acción y de culpabilidad de la estructura societaria. Problema que a decir de CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO es de tipicidad, esto es, de transferir al ejecutor de la acción en nombre o por cuenta de otro las condiciones típicas de que aquél carece, carencia que harían impune el acto del ejecutor por atípico, pero que posee el otro o representado, quien a su vez sería impune, bien por no ser capaz de responsabilidad penal -*societas*- bien por no ser susceptible de reproche personal -incapaz- e incluso por ser ajeno a la actuación de su representante.(598) En definitiva, no estamos admitiendo la responsabilidad por otro, es decir, de transmitir una responsabilidad prestada, de ser así estaríamos vulnerando el *societas delinquere non potest*, la finalidad es declarar típica la responsa-

(597) DE DOELDER, H.; "*La Punibilidad de las Personas Jurídicas en Holanda*"; en AA.VV, Hacia un Derecho Penal Económico Europeo. Jornadas en honor al profesor KLAUS TIEDEMANN, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 498; Citado por PEÑA CABRERA R. *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.*

(598) CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO; op. cit., p. 984.

bilidad por el acto propio, complementándolo con los presupuestos típicos exigidos por el tipo legal, cumpliendo con sus elementos constitutivos típicos.

La actual coyuntura expansionista de la actividad económica propulsada por la actividad mercantil, trae como consecuencia la aparición de una criminalidad empresarial. Estado de la cuestión que obliga al Estado a reformular su estrategia político-criminal, a través de mecanismos de sanción más efectivos y oportunos, que tengan por finalidad no sólo cometidos represivos sino más bien preventivos, sin que ello suponga una vulneración de los elementos categoriales (dogmáticos) del delito que estructuran la imputación delictiva.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SANCIONES QUE SE IMPONEN A LA PERSONA JURÍDICA

La necesidad preventiva del Derecho penal, en el ámbito de una criminalidad económica llevada a un plano concreto de intensificación material, motivo al legislador del 91, a reglar de *lege lata*, ciertas medidas sancionadoras, que sin ser penas y verdaderas medidas de seguridad, propongan una lucha más eficaz contra esta grave criminalidad. En tales, caso las "consecuencias accesorias", vienen a comprenderse en una política criminal más llevada a los resultados utilitarios, tomando como objeto de sanción la persona jurídica. En tal sentido, MAPELLI CAFFARENA, al señalar que las personas jurídicas no son penalmente responsables en el sentido estricto, pero cuando sus actuaciones infringen la ley penal se dispone de unas sanciones que sin ser pena se asimilan a ellas en todo aquello que no presentan sus características propias[599], son entonces sanciones, que se aplican en función de ciertos presupuestos, tal vez ajenos a la pena, pero más asimilados a las medidas de seguridad. De ahí, surge la necesidad dogmática, de establecer la caracterización jurídica de las "consecuencias accesorias".

Como subraya de VICENTE MARTÍNEZ, la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias resulta confusa por ello no es de extrañar que las propuestas realizadas por la doctrina en torno a la misma hayan agotado todas las soluciones imaginables posibles, desde que se tratan de auténticas penas, o bien de medidas de seguridad o de otra clase de consecuencia jurídica del delito distinta a las anteriores[600]. Son entonces varias las posturas que intentan explicitar la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, de cuya postura dependerá la finalidad que éstas deben desplegar en el ámbito de la criminalidad económica, en concreto, en el marco de una determinada

(599) MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 48.

(600) De VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO; *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: consecuencias accesorias contra las empresas*, cit., p. p. 49.

política criminal, De cuyo cuño, explica TAMARIT SUMALLA, algunas soluciones aportadas por la doctrina incurren en un exceso de creatividad, que resulta incompatible con el necesario respeto al contenido esencial del principio de legalidad, la pretender hacer decir a la ley lo que ésta manifiestamente no dice[601]; y, son estas las posiciones que seguidamente pasarán a ser abordadas y analizadas.

Como premisa del estado de la discusión, delimitaremos los prepuestos de punición: -La pena necesita de una acción culpable que haya infringido una norma jurídico-penal, de una persona con capacidad psico-física para determinarse conductivamente conforme al directivo de conducta, objeto de normación, y, las medidas de seguridad, se imponen ante un acto inculpable (semi-inimputable), que ha vulnerado una norma jurídico-penal, y que revela una prognosis de peligrosidad, en el sentido, de ser susceptible de cometer delitos en el futuro. Ambas sanciones punitivas se delimitan por el principio de proporcionalidad. Sin embargo, es necesario acotar, que las medidas de seguridad rigen también en otras parcelas del orden jurídico, como el Derecho Administrativo Sancionador; en el curso de un tratamiento sancionador a las infracciones administrativas, podremos denominar como medidas de seguridad, aquellas destinadas a asegurar el carácter coercitivo de la sanción, como el comiso de la mercadería.

Quienes son partidarios de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, como ZUGALDIA ESPINAR, no tienen problemas para considerar a las consecuencias accesorias como "verdaderas penas". El autor mencionado, considera que las "consecuencias accesorias" previstas en el artículo 129° C.P. (105° del C.P. peruano) son auténticas penas fundamentadas en su necesidad (como la pena de la persona física), previstas en el Código Penal, impuestas por el Juez Penal, como consecuencias de una infracción penal, en el curso de un proceso penal, orientadas a los fines de la pena, esto es, a prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la empresa (...) y que –por exigencia constitucional (...)- presuponen y de gradúan conforme a la propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad de la persona jurídica[602]. Siendo consecuentes con nuestra propia postura, que señalaremos más adelante, la orientación antes mencionada, si bien encierra un falso silogismo no es errónea en sus funciones propuestas. La pena presupone acción humana consciente y una culpabilidad determinada judicialmente, presupuestos únicamente identificables en la persona física espiritualmente

(601) TAMARIT SUMALLA, JOSEPH M.ª; *Las Consecuencias Accesorias del artículo 129 del Código Penal: Un primer paso hacia un sistema de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. En: "La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo – Libro Homenaje al profesor doctor Cerezo Mir", cit., p. 1161.

(602) ZUGALDIA ESPINAR, J.M.; *Bases para una teoría de la imputación de la Persona Jurídica*, cit., p. 546.

considerada. De ahí, la idea que la pena pueda orientarse como amenaza legal en abstracto a partir de sus efectos cognitivos disuasorios (prevención general), y que pueda proyectarse un programa de rehabilitación social a la persona del infractor (prevención especial) y la autoconfirmación del orden jurídico a través del acto de condena (prevención general positiva); ambas finalidades, sobre todo la prevención especial, necesitan de un sujeto determinado con capacidades de atribución, es decir, un verdadero sujeto de derecho, que sólo puede considerar a la persona física.

El planteamiento mencionado, llevado a todas sus consecuencias, implica la imposición de una doble sanción por un solo injusto cometido: -Una pena de naturaleza represiva, por la responsabilidad colectiva atribuida, que presupone la comisión de un injusto; y, otra pena, de naturaleza preventiva, que vendría a constituirse por medio de las consecuencias accesorias. Situación que vulnera el principio del *Ne Bis In Idem* al sancionarse doblemente por una única conducta de relevancia jurídico-penal.

También, se pretende justificar la condición de "penas" de las consecuencias accesorias, a partir de una traslación de imputación del derecho administrativo sancionador, en el campo del derecho administrativo, la persona jurídica es reconocida como un verdadero "sujeto de derecho", por lo cual se le aplican también sanciones como la multa, el cierre del establecimiento, el decomiso, etc. Esta realidad –sostiene Bajo Fernández- hace que, a veces, se sostenga la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por este simple hecho, aunque las sanciones precedan del orden administrativo y los órganos sancionadores pertenezcan a la Administración Pública(603). Situación que para nada debe llevar al campo de las justificaciones, ni para acreditar la responsabilidad criminal de la persona jurídica ni para atribuir calidad de penas a las consecuencias accesorias, pues, las penas volvemos a reiterar se rigen bajo el principio de identidad personal.

Una segunda posición, a la cual nosotros nos adherimos, es considerar a las consecuencias accesorias como "medidas de seguridad", opción llevada al ámbito de las propuestas en la doctrina española, en virtud del apartado 3 del propio artículo 129° (C.P. español) y tal vez en el carácter de medidas de seguridad que le asignó el proyecto de Código Penal de 1980, carácter que se modificaría en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, cuyo artículo 138° ya no hace uso del término "medidas de seguridad" para las personas jurídicas, sino que introduce por primera vez la expresión "consecuencias accesorias"(604), que señala (medidas de seguridad) "están orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva".

---

(603) Bajo Fernández, Miguel; *Personas Jurídicas y Derecho Sancionador.* En: La nueva Delincuencia I. Osezno Editores. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, cit., p. 58.

(604) De Vicente Martínez, R.; *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: consecuen-*

Se refrenda así la opinión de quienes distinguen entre peligrosidad subjetiva, que inspira las medidas de seguridad y la peligrosidad objetiva, que fundamenta las consecuencias accesorias[605]. Pareciese tratarse de medidas de seguridad administrativa, de acuerdo con lo acotado por GRACIA MARTÍN. Pero, este mismo autor señala a su vez lo siguiente "la inclusión de estas medidas contra personas jurídicas en el capítulo dedicado a las medidas de seguridad del Derecho Penal debía considerarse, sin embargo, técnicamente errónea, pues las personas jurídica al no poder ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal, no pueden serlo tampoco en la aplicación de medidas de seguridad.[606]" Y no le falta tazón para tomar esa afirmación, puesto que las penas y las medidas de seguridad criminales, se sustentan sobre una base de atribución de responsabilidad basada en la persona psico-física, la pena presupone la culpabilidad del autor y la medida de seguridad, la peligrosidad del sujeto inimputable; entonces, visto así las cosas, parece que no podría atribuirse la calidad de "medidas de seguridad" a las consecuencias accesorias al delito, puesto, que no se puede atribuir peligrosidad criminal a las personas jurídicas.

Existe también una tercera vía, una especia de construcción artificial, que identifica a las consecuencias accesorias en una tercera vía de punición, como una medida intermedia entre las penas y las medidas de seguridad, no reconocida por el derecho positivo vigente. En tal sentido, TAMARIT SUMALLA, al señalar que resulta adecuada la vía interpretativa seguida por todos aquellos autores que entienden a las consecuencias accesorias como una tercera forma de sanciones penales, que la ley establece con plena autonomía de las penas y las medidas de seguridad, por lo cual no se son automáticamente aplicables los criterios legalmente previstos respecto a ninguna de estas dos formas de reacción[607]. En palabras de GRACIA MARTÍN, que es de esta postura, (...) nos encontramos en ante una nueva consecuencia jurídica del delito que no es pena, ni medida, ni responsabilidad civil[608]. Si bien de *lege lata*, fueron varias las funciones que el legislador nacional le atribuyó a las consecuencias accesorias, su funcionalidad político criminal no la podemos perder de vista, atribuyendo una naturaleza que no se corresponde con el propio sistema de punición peruano, que a pesar de compilarlas en el texto puniti-

---

cias accesorias contra la empresa, cit., p. 50.

(605) MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, cit., p. 48.

(606) GRACIA MARTÍN, L.; *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, cit., p. 113; Así, MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal*, Ibid.

(607) TAMARIT SUMALLA, J.M.ª; *Las Consecuencias Accesorias del artículo 129 del Código Penal...*, cit., p. 1163.

(608) GRACIA MARTÍN, L.; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, cit., ps. 439 y ss.

vo, su esencia viene sostenida sobre una naturaleza administrativa, pero de sustento a los fines civiles, que se engarza en presupuestos de imputación jurídico-penal: "la peligrosidad", como punto de partida. No es posible aceptar entonces esta posición ni argumentalmente ni dogmáticamente, como apunta MAPELLI CAFFARENA, aceptar esta hipótesis de la cuarta vía –cuarta consecuencia del delito- puede resultar un abandono prematuro al análisis en profundidad de estas figuras, además de dejar sin respuesta a cuestiones que de otra manera son fáciles de responder, tales como el fundamento, las reglas de determinación, las posibilidades de extenderle algunos beneficios penales o los principios garantistas en que se inspiran[609].

En el caso del Código Penal peruano de 1991, el legislador inequívocamente las insertó como "consecuencias accesorias", que de acuerdo a la Exposición de Motivos, se trataría de "*(....) medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales*"; en efecto, las consecuencias accesorias, de acuerdo a la *ratio legis* del legislador, viene a coadyuvar los fines preventivos de la pena, que únicamente recaen sobre la persona física penalmente responsable, estas medidas como bien lo dice el legislador, se aplican a la persona jurídica como una vía de intervención de aseguramiento, para que se deje de utilizar a la *societas* como factor criminógeno.

Retomando las críticas, se objeta en el hecho de que si la persona jurídica no puede cometer delitos tampoco puede afirmarse que encierre peligrosidad de cometer delitos en el futuro y que en el presupuesto de las consecuencias accesorias no es la probabilidad de que el sujeto cometa un nuevo delito[610]; y, como segunda objeción a esta tesis, se objeta que estas medidas supuestamente "administrativas" sean impuestas por un Tribunal Criminal. Estas objeciones se refutan mediante los siguientes argumentos: 1.-La caracterización de las consecuencias accesorias como "medidas de seguridad" no se sustenta en la peligrosidad del autor (quien responde por su propia culpabilidad) ni en la peligrosidad de la persona jurídica como "sujeto de derecho"; sino, por la peligrosidad que encierra la persona jurídica como vehículo facilitador de actos delictivos, no concibiendo a la persona jurídica como sujeto, sino como objeto catalizador de delitos (peligrosidad objetiva). Entonces, no se entiende a la medida de seguridad en términos convencionales (criminal), sino en la necesidad coercitiva-sancionadora de prevenir la comisión de delitos mediante la utilización de la *societas*. Por lo tanto, su concepción es propia y característica de medidas de seguridad,

(609) MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias accesoria en el nuevo Código Penal*, cit., p. 49.

(610) Así de VICENTE MARTÍNEZ, R.; *La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica: consecuencias accesorias a la empresa*, cit., p.

identificables en el derecho administrativo sancionador(611), pues, medidas de esta naturaleza se identifican en normatividades administrativas, como es el caso, del artículo 174°, numeral 9, del Código Tributario, modificado por el D. Leg. N° 953, que establece la aplicación de sanciones (comiso o multa) cuando se remiten bienes con documentos que no reúnen los requisitos ni las características para ser considerados guías de remisión; esto es, se dispone el comiso de la mercadería, debiendo el contribuyente acreditar fehacientemente la propiedad de la mercadería a efectos de poder recuperarlos.

Entonces, se observa que si bien la medida es de naturaleza preventiva, finalmente su imposición obedece a una finalidad eminentemente coercitiva.; 2.-El hecho de que sea un Juez Penal quien las impone, no dice nada al respecto, no olvidemos que la "Reparación Civil" se impone conjuntamente con la sentencia condenatoria, se aplica en el proceso penal: pretensión punitiva con pretensión indemnizatoria, y esto se configura así por razones de economía procesal y de estricta razonabilidad.

Como señala Serrano-Piedecasas, la imposición de las medidas de seguridad a la persona jurídica se ha fundamentado desde dos puntos de vista: en base a la peligrosidad de las personas físicas que la integran y que la utilizaron como cobertura para llevar a cabo sus propósitos criminales, o por la propia peligrosidad de la empresa transgresora(612). Esta última postura, es la que tomamos en consideración para nuestro análisis, en razón no de la peligrosidad de la persona jurídica como "sujeto de derechos", sino, como un objeto de derechos, que es instrumentalizada por los verdaderos sujetos actuantes como vehículo facilitador de la comisión de delitos. Son medidas coadyuvadoras a hacer efectiva la política criminal dirigida a combatir esta fenomenología criminal, que presenta complejidades en virtud de la estructura formal que cubre su fachada(613), una fachada legal que debe ser develada, cuando la *societas* a dejado de cumplir su rol socio-económico plasmado en su pacto social y estatuto, cuando ésta se ha convertido en una fuente generadora de acciones criminales.

Por lo expuesto, parece que la reconducción de la problemática se adscribe en una naturaleza administrativa de las consecuencias accesorias del delito aplicable a la persona jurídica; así Cerezo Mir, al enfatizar que las consecuencias accesorias son sin duda, medidas de carácter administrativo

(611) Así Salas Carceller, Antonio; *Consecuencias Accesorias*. En: Penas y Medidas de Seguridad en el nuevo Código Penal. Consejo General del Poder Judicial. Osezno Editores. España, 2003, cit. Ps. 379-380.

(612) Serrano-Piedecasas Fernández; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 113.

(613) Peña Cabrera F., Alonso R.; *Derecho Penal Peruano. Teoría General de la Imputación del delito*, cit., p. 143.

dada la imposibilidad que las personas jurídicas realicen acciones típicas y antijurídicas[614].

Conclusivamente, las consecuencias accesorias, son una nueva propuesta política criminal que nos presenta el legislador del 1991, que tomando en consideración un hecho punible supuestamente cometido por sus órganos representantes (personas físicas), amerita la imposición de una medida preventiva-asegurativa, pues, la *societas* se ha constituido en una fuente de peligros, como medio comisivo para la perpetración de delitos. En palabras de SALAS CARCELLER, (...) se trata de cerrar el ámbito de previsión de la norma con la finalidad, por un lado, de evitar que los vestigios de la infracción penal representados por determinados bienes que guardan relación con la actividad delictiva en que se ha incurrido queden en posesión y beneficio del culpable o de terceros no legitimados por la norma para ello[615], por razón de la propia coherencia y lógica del sistema y del propio respeto a las víctimas del delito y a sus familiares, más que por el valor intrínseco de tales bienes que tantas veces es en la práctica inapreciable; y, por otro, de impedir que determinadas entidades jurídicas puedan continuar desarrollando su actividad en el tráfico cuando, también tantas veces, su creación y funcionamiento ha tenido como único objeto social tácito la comisión de infracciones penales[616]. Y, decimos supuestamente "cometido", por el hecho incontestable, que nuestro derecho positivo vigente, permite la aplicación de las consecuencias accesorias, sin necesidad de haberse impuesto firmemente una condena de punibilidad.

Los artículos 102 y ss., del C.P., no hacen alusión alguna, de que las consecuencias accesorias deben ser impuestas conjuntamente con la sentencia condenatoria, al igual que la reparación civil. Es decir, el legislador ha conferido al Juez Penal, la facultad discrecional de aplicar estas medidas asegurativas de forma preventiva; así el artículo 221 del C.P.. (Parte Especial), que establece "*que en los delitos en este capítulo* (delitos contra los derechos intelectuales) *se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del ilícito. (...) En caso de emitirse sentencia condenatoria, los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o a una institución adecuada y en caso de no corresponder, serán destruidos. La en-*

(614) CEREZO MIR, José; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General.* II. 5ta. Edición. Tecnos. Madrid, 1997, cit., ps. 69 y ss.; Para MAPELLI CAFFARENA, no son penas ni medidas de seguridad, ni responsabilidad civil, aceptando la hipótesis de la cuarta vía –cuarta consecuencia del delito-; *Las consecuencias accesorias en el Nuevo Código Penal*, cit., p. 49.

(615) Así el artículo 102°, al establecer que el "decomiso de bienes" afecta a los instrumentos con que se hubiere ejecutado la infracción penal, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción.

(616) SALAS CARCELLER, A.; *Consecuencias Accesorias*, cit., p. 380.

trega no tendrá carácter indemnizatorio"[617], en concordancia con el artículo 102° (*in fine*), que señala "*El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado (...)*". [618]

Por lo antes mencionado, cabe señalar, que si bien no lo dice el tipo legal, este delito puede ser cometido en el seno de una persona jurídica, por lo que no cabra problema, para aplicar preventivamente la medida preventiva y coercitiva del decomiso, como una forma de impedir que se sigan utilizando los instrumentos manipulados para facilitar la comisión del hecho punible, esto es, su imposición no presupone el dictado de una sentencia condenatoria. Su necesidad sancionadora se fundamenta a partir de la necesidad de proteger bienes jurídicos de que cese la persona jurídica como fuente criminógena, de instrumentalización para la comisión de delitos.

Exigir que la imposición de una consecuencia accesoria tenga que ir unida a la imposición de una pena a una persona física no sólo no se encuentra establecido en la ley, sino que ello sería además contrario al fundamento mismo de dichas consecuencias, en definitiva para su aplicación bastará con que en el curso de la actividad de la persona jurídica se haya realizado un hecho típico y antijurídico son que sea preciso que sea, además, culpable[619]. Ni siquiera es necesario, que se haya dado inicio formalmente a una Investigación Preliminar (Sumarial), basta con que ese ejecuten operativos de prevención de delito, bajo la dirección de los órganos predispuestos (Fiscalía), en donde se encuentren estos instrumentos en locales que sirven de almacenamiento de material delictivo y instrumentos destinados su utilización. Muy a menudo, observamos en los editoriales periodísticos, las continuas intervenciones que se realizan en diversos locales y establecimientos de nuestro territorio nacional, a efectos de combatir el plagio y la piratería, que tanto daño producen a la industria nacional y a la hacienda pública.

Cuestión aparte, es identificar, que las consecuencias accesorias previstas en el artículo 102° y ss., del C.P., no pueden ser unificados en un único criterio, a partir de las funciones que persiguen[620]. Si en todas ellas, identificamos globalmente un carácter coercitivo-preventivo, en otras no es tan así, pues, la "privación de beneficios de personas jurídicas", prevista en el artículo 104°, establece que la privación de los beneficios obtenidos por las

---

(617) Asimismo, el artículo 231 del C.P.. (delitos contra el patrimonio cultural).

(618) Cit; modificado por el D. Leg. N° 982 del 22/07/07, ver más al respecto en mi obra "Derecho Penal. Parte General"; cit., ps. 1200-1201.

(619) Conde-Pumpido Ferreiro; *Código Penal – Doctrina y Jurisprudencia*. Dirección: Cándido Conde-Pumpido Ferreiro. Editorial Trivium S.A. 1era. Edición, Madrid, 1997, cit., p. 391.

(620) Así Gracia Martín, L.; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, cit., p. 439 y ss.

personas jurídicas, como consecuencia de la infracción penal cometida, será decretada por el Juez, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, si los bienes fuesen insuficientes. Es decir, actúa también como cobertura para la satisfacción del pago de la Reparación Civil, en esta hipótesis, el legislador ha dotado de carácter indemnizatorio a la consecuencia accesoria, como una forma para reforzar los intereses reparatorios de la víctima.

Bajo las consideraciones reseñadas, las consecuencias accesorias no pueden ser reputadas como una "cuarta vía" a diferencia de lo que acontece en el derecho positivo español; son *per se* medidas de seguridad de naturaleza administrativa, cuya función se orienta hacia una efectiva prevención, sanción y tutela de los intereses de la víctima.

Asimismo, habrá que apuntalar, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, no es una facultad discrecional que se le confiere al Juzgador, sino, que su imposición se deriva del imperio de la ley, puesto, que la norma obliga al Juez a la imposición de esta clase de sanciones. Lo que sí constituye una potestad discrecional es imponer cualesquiera de las sanciones previstas en este capítulo, es decir, de elegir según su libre criterios discrecional, la consecuencia accesoria más adecuada para el caso concreto. Sin embargo, el Juez, en sujeción estricta al principio de legalidad, no podrá imponer una consecuencia accesoria no prevista en el Código, por lo que no se permite una interpretación analógica (*in malam partem*).

4. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO VS. DELITOS SOCIETARIOS

El legislador nacional ha incluido el tipo penal de «Fraude en la administración de las personas jurídicas», en la titulación que recoge aquellos injustos que atentan contra el patrimonio. El patrimonio como se dijo, sea como *universita iuris* o a partir de sus elementos integrantes, tiene como sujeto afectado a cualquier persona, quien se ve despojado de un bien o de un derecho crediticio, a partir de un acto de sustracción de una conducta engañosa.

Por su parte el injusto *in examine*, si bien también vulnera el patrimonio, revela una propia sustantividad, que lo hace distinta del resto de figuras delictivas que se compaginan en esta titulación, por dos motivos esencialmente: primero, porque se cometen dentro de una estructura societaria (persona jurídica) y, segundo, que la calidad de autor sólo la puede tener aquel que desempeña una gestión social dentro de la empresa. Consecuentemente, el patrimonio que se ve vulnerado, es de las personas que la conforman (los accionistas), que trae incidencias también en el plano económico del mercado empresarial, por ende, en el desarrollo mismo del mercado.

El C.P. Español, ha tipificado estas conductas en el Capítulo XIII, bajo el rotulo de «delitos societarios»; que a decir de González Rus, tienen una dimensión socio-económica y patrimonial. Sin embargo, acota, el interés político criminal último al que responden es el de asegurar el adecuado funcionamiento de las sociedades, para que su actividad se desarrolle conforme a los objetivos sociales, lo que constituye, desde luego, una garantía para el patrimonio social y el de los socios, pero también, y sobre todo, para la estabilidad y buen orden del sistema económico en su conjunto, que necesita garantizar la confianza de los accionistas, inversores y ciudadanos en general en que sus bancos, entidades financieras, sociedades, empresas, cooperativas, etc. desarrollan su actividad conforme a sus objetivos sociales y con respeto a las normas legales(621).

El hecho de que los bienes jurídicos que puedan individualizarse en el seno de las concretas figuras delictivas deban adscribirse a una titularidad privada (v.gr., derechos patrimoniales o políticos de los accionistas), no empaña su consideración metaindividual. No en pocos casos, los delitos societarios operan como verdaderas barreras de contención encaminados a prevenir o evitar daños sensibles para los más variados y múltiples intereses colectivos: competencia, mercado, consumidores, Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, sistema crediticio, etc.(622)

De acuerdo a lo anotado, parece innegable reconocer que cuando se dice que estas figuras delictivas atentan contra el patrimonio de los accionistas, socios, etc., es decir muy poco, es que la conducción fraudulenta de la *societas*, el falseo de los balances para distribuir utilidades inexistentes así como omitiendo las pérdidas reales de la actividad empresarial, ha de generar un impacto decisivo en el derecho de los trabajadores, en la percepción jurídico-tributaria que ha recabar la hacienda fiscal y en la propias relaciones del mercado, en cuanto a las relaciones comerciales con los demás agentes. Por ello hemos de convenir, que las figuras delictivas que se glosan en el artículo 198° proponen una configuración que desborda un plano estrictamente individual, lo que determina una mayor justificación de que

(621) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., ps. 828-829; Al respecto, González Cussac, anota que la insuficiencia de los instrumentos jurídico-privados y jurídico-penales (delitos patrimoniales clásicos), hasta ahora existentes, unido a la dimensión económica de las sociedades y a su incidencia en la delincuencia económica, justifican plenamente su inclusión en el nuevo Código Penal de 1995; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (XII)*, cit., p. 606; Vid., al respecto, Pérez Manzano, M.; *Delitos Societarios*, cit., p. 573; Orts Berenguer, E.; *La Administración Fraudulenta de bienes ajenos en el ordenamiento vigente y en el Proyecto de Código Penal de 1994*, cit., ps. 217-218.

(622) Valle Muñiz, J.M./Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 885.

intervenga el Derecho penal, reprimiendo con pena a los posibles autores de este delito[623].

El Derecho penal, por tanto, ha de tutelar los legítimos intereses patrimoniales de los accionistas, de los inversores, de los financistas, pero sin perder de vista otros intereses que también se ven involucrados cuando se perpetran estas conductas disvaliosas.

5. BIEN JURÍDICO

Si seguimos las pautas de un lineamiento restrictivo de argumentación dogmática, llegaríamos a la conclusión de que el artículo 198° tiende a tutelar los intereses patrimonial-societarios de los accionistas, de los acreedores de la persona jurídica, de los trabajadores, cuando se cometen este tipo de conductas, que ponen en riesgo la marcha normal de la empresa[624].

Desde un entendimiento de mayor comprensión normativa, no sólo ha de identificarse el patrimonio social (activos y pasivos), de la persona jurídica, desde aspectos de individualidad, en cuanto a los sujetos afectados, sino también desde una visión supraindividual (indirectamente), el funcionamiento de la actividad económica, que se refleja en la actuación de la persona jurídica en el circuito socio-económico.

Lo expuesto podemos condecirlo con las conductas que de forma enunciativa, ha previsto el legislador, primero, como la contenida en el inc. 1), que no sólo puede afectar el patrimonio de los accionistas o de los asociados, sino también de terceros interesados, por ejemplo, al ofertarse acciones de forma pública, creyendo los postores que la empresa refleja un estado financiero saludable y óptimo; segundo, fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes, importa distorsionar los estados contables de la persona jurídica, por lo que también reporta un impacto en las relaciones crediticias y financieras de la empresa, que pueden llegar a perjudicar a entidades del sistema

(623) A decir de Martínez-Bujan Pérez, (...) se trata de delitos que tutelan directamente un bien jurídico individual de contenido económico, pero con la particularidad de que se orientan a la protección de un bien jurídico mediato supraindividual, o si se prefiere, se caracterizan por el hecho de que entre los motivos o razones que influyen en la decisión del legislador de otorgarles rango penal se cuenta la existencia de intereses colectivos o supraindividuales necesarios para un correcto funcionamiento del sistema económico imperante (p.ej., los delitos contra la propiedad industrial, delitos de competencia desleal, la mayor parte de los delitos societarios); *Derecho Penal Económico. Parte General*, cit., p. 59; habría que ver en todo caso si es que los injustos que atentan contra la administración de la Persona Jurídica, pueden glosarse en este concepto, tomando en cuenta que tienen un contenido económico indudable y, que pueden afectar al orden desde un prisma funcional también es evidente, cuando se falsean datos de la *societas* hacia fuera, oferta pública de adquisición de acciones.

(624) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 377.

bancario y financiero; tercero, proporcionar datos falsos relativos a la verdadera situación de la persona jurídica, ha de repercutir hacia fuera, en cuanto a las múltiples relaciones mercantiles y comerciales con terceros, cuando se presenta una situación que no se ajusta a la realidad de las cosas.

En resumidas cuentas, no resulta factible identificar un bien jurídico común, en los ochos supuesto delictivos que el legislador ha compaginado en el artículo 198°, pues no todos responden a la misma naturaleza.

Aspecto a destacar es que la punición de los comportamientos que se reseñan en la tipificación penal, no se encuentra condicionado a la efectiva causación de un resultado lesivo, pues basta, para su represión, la colocación del bien jurídico en un estado apto de lesión, que debe verificarse tanto desde una perspectiva ex –ante como una valoración ex –post, en cuanto a la idoneidad de la conducta como fuente de riesgo; dando lugar, a un delito de peligro concreto, de que la conducta en cuestión genere un riesgo no permitido potencialmente idóneo para provocar una afectación al interés jurídico –objeto de tutela-. Valoración que no sólo requiere para su verificación que se contravengan normas del derecho mercantil (LGS), sino que dicha conducta implique con gran probabilidad la generación de un perjuicio para el patrimonio social de la empresa, con ello de los accionistas, socios, etc.

Dicho lo anterior, para dar por configuradas las modalidades delictivas del artículo 198°, no resulta necesaria la acreditación de un menoscabo real del patrimonio de la persona jurídica, sino que es suficiente con la comprobación de la puesta en peligro (concreto) del bien jurídico; en negativo, la conducta que haya de poder reportar un beneficio a dichos intereses, será pues atípica.

6. TIPO OBJETIVO

6.1. Sujeto activo

El injusto *in examine*, exige para ser autor a efectos penales, que éste cuente una determinada cualidad societaria, concretamente: «fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica», por lo que se trata de un delito especial propio.

El artículo 3° de la LGS, dispone que la sociedad anónima se constituye simultáneamente en un solo acto por los socios fundadores o en forma sucesiva mediante oferta a terceros contenido en el programa de fundación otorgado por los fundadores, concordante con el artículo 70°, al señalar que en la constitución simultánea son fundadores aquellos que otorguen la escritura pública de constitución y suscriban todas las acciones. En la constitución por

oferta a terceros son fundadores quienes suscriben el programa de fundación. También son fundadores las personas por cuya cuenta se hubiese actuado en la forma indicada en este artículo. Socios fundadores, por ende, son todos aquellos que intervienen de forma directa en la constitución de la empresa, que lógicamente ha de constar en la escritura respectiva; la responsabilidad en que puedan incurrir se encuentra prevista en el artículo 71° (*in fine*).

Miembro del directorio, será aquel que integra el Directorio, órgano colegiado elegido por la Junta General, de conformidad con lo previsto en el artículo 153° de la LGS; los cuales podrán ser titulares, suplentes y alternos, con arreglo al artículo 156° *in fine*. El artículo 177°, prevé a la letra, que los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave. (...). Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubiesen cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la justa general. Es de verse, que en este caso, hablamos sobre una responsabilidad de naturaleza «societaria», que tendría una naturaleza civil, mas la imputación jurídico-penal ha de ceñirse con propiedad a criterios más rígidos, tomando en cuenta las sanciones que de dicho ámbito del Derecho público pueden derivarse. Se debe acreditar, primero la capacidad de acción, que de lugar a la conducta típica, tanto en lo que respecta a la creación de un riesgo no permitido que ingrese al ámbito de protección de la norma como el dolo como vinculación psíquica del autor con el hecho antijurídico. Si entendemos que el Directorio es un órgano colegiado es un órgano colegiado, la imputación debe ser de todos modos de naturaleza individual y no corporativa[625]; debe verificarse que el acuerdo que importa una conducta delictiva, haya contado con la aceptación del director y, que éste conocía del mismo (dolo); quienes se opusieron o simplemente no estuvieron presentes no pueden ser pasibles de responsabilidad penal. La interrogante sería, si se puede hablar de imputación delictiva, en base a la modalidad de «comisión por omisión», en cuanto a los deberes de garantía que habrían de infringir, quienes asumen ciertas esferas de organización de la *societas*; puesto que éstos tendrían la obligación de evitar la causación de eventos lesivos. Postura en realidad muy discutible, en base a las características de cómo se cometen estos injustos.

En cuanto al consejo de administración, no ubicamos este órgano de gestión, en la actual LGS. Dicho órgano estaba regulado en el las sociedades colectivas, en comandita por acciones, en comandita simple, en la antigua LGS. En el caso de las sociedades civiles se hace alusión a la Junta de Socios (art. 301°), como el órgano supremo de la sociedad.

(625) Así, González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., p. 831.

En lo que respecta al Consejo de Vigilancia, es obligatorio para las sociedades con más de cincuenta accionistas, con un determinado capital, es decir, que se toma en cuenta la importancia de la sociedad, atendiendo a un criterio numérico de socios o de volumen de capital. El artículo 103° del C.C., en el marco de la Fundación, regula el Consejo de Supervigilancia, encargado de la organización administrativa del control y vigilancia de las Fundaciones.

El gerente, es aquel designado por el directorio, salvo que el estatuto reserve esa facultad a la junta general, según lo previsto en el artículo 185° de la LGS, siendo que sus atribuciones se encuentran regladas en el artículo 198° (*in fine*). Su ámbito de responsabilidad se recoge en los artículos 190° bis 196°; aparece la figura del gerente en las sociedades anónimas y en la sociedad de responsabilidad limitada.

Por su parte, administrador será todo aquel que se encarga de la gestión y organización de la persona jurídica, tal como se especifica en el caso de las Sociedades Civiles así como en las sociedades irregulares.

Finalmente, los Liquidadores, son designados por la junta general o el juez, al declarar la disolución de la empresa, cuya función es la representación de la sociedad en liquidación y su administración para liquidarla, con las facultades, atribuciones y responsabilidades que establezcan la ley, el estatuto, el pacto social, los convenios entre accionistas inscritos ante la sociedad y los acuerdos de la junta general, tal como se establece en los artículos 414° y 416° de la LGS.

6.2. Sujeto pasivo

Serán en principio los accionistas, los socios, asociados que se pueden ver perjudicados por las conductas que se glosan en los incisos de este articulado; pero, podemos agregar un contenido supraindividual al interés jurídico-penalmente tutelado, en lo que respecta a una afectación mediata de los intereses socio-económicos, que han de regularse en el campo mercantil.

6.3. Modalidades típicas

6.3.1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

La modalidad típica en cuestión, hace alusión a una conducta fraudulenta del sujeto activo, quien presenta ante las personas que se enun-

cian en la descripción normativa, una situación económica-financiera de la empresa que no refleja la veracidad de la situación. Es lógico que si se adulteran las cifras, en cuanto a los ingresos obtenidos en un ejercicio económico determinado, la distribución de utilidades para con los accionistas será menor, reportando un beneficio económico ilícito, para el gerente o los directores.

Falsear el balance, supone hace constar ciertos datos en los libros contables, que no se condicen con los movimientos reales de la *societas*; sea incluyendo gastos inexistentes, sobrevalorando los gastos realmente efectuados, lo que da lugar a un balance que no se ajusta a los reales ingresos y egresos de la persona jurídica.

Implica evidentemente, la manipulación de números contables, que han de incidir en la concretización de una merma del patrimonio social, que haya de reconocerse a los accionistas y otros. Un informe o balance ocultando o refiriendo hechos inexactos que no tendrán repercusión en la toma de decisiones carecerá de tipicidad(626).

La existencia tanto de una pretensión de veracidad por parte de los socios o de terceros como un deber de reflejar la verdad por parte del administrador fundamenta el que el comportamiento consista tanto en plasmar datos falsos como omitir otros(627). Siendo así, cabe pues, la comisión por omisión; especialmente si se considera que el administrador de la sociedad tiene el deber jurídico de proporcionar datos veraces sobre la situación de la misma, lo que lo convierte en garante(628).

La tutela penal de la veracidad de la información «social» deviene, por tanto, claramente instrumental de la protección de los intereses patrimoniales de la entidad, sus socios o terceros que con ella se relacionan(629).

Se podría decir, por otro lado, que el supuesto delictivo *in examine* puede concurrir con los delitos que atentan a la Fe Pública, descartándose primero el tipo penal de falsedad material (art. 427°), pues no se elabora total o parcialmente un documento privado apócrifo, sino que se insertan datos falsos a un documento auténtico; pero tampoco, puede concurrir con la figura de falsedad ideológica (art. 428°), en la medida que la punición de ésta última está condicionada, a que los datos falsos que se inserten, se plasmen en un documento público, lo que no sucede en el presente caso.

---

(626) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 382.

(627) Suárez González, C.J.; *Delitos Societarios*, cit., p. 578.

(628) González Rus, J.J.; *Delitos Socioeconómicos (IX)*, cit., p. 832.

(629) Valle Muñiz, J.M./Quintero Olivares, G.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 893.

La realización típica de este supuesto no requiere la causación efectiva de perjuicio alguno, basta para ello que el autor haya falseado la realidad económica-financiera-tributaria de la empresa, con aptitud de engañar al sujeto pasivo.

6.3.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica

La modalidad en cuestión, se materializa cuando el agente revela, divulga, exhibe o publica una información, relacionada con la situación de una persona jurídica, que pueda perjudicar los intereses patrimoniales de terceros; para tales efectos, dicha información deber ser primero «relevante» y, para ello ha de referirse a los aspectos económico, financiero, tributario o laboral de la empresa, pues sólo aquella puede tener repercusión en las decisiones que puedan tomarse, por ejemplo, para la adquisición de acciones.

Importa también el revestimiento de una situación de la *societas*, que no refleja su real estado económico, financiero o contable. Por ejemplo, el artículo 56° de la LGS, establece que la sociedad puede constituirse por oferta a terceros, sobre la base del programa suscrito por los fundadores; programa de constitución que ha de constar con una serie de datos referidos a la persona jurídica, como se desprende del artículo 57° (*in fine*), el cual podrá ser comunicado a terceros, luego de su depósito en el Registro (art. 58°).

El artículo 130° de la LGS, prevé que desde el día de la publicación de la convocatoria (Junta General), los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad. Para incurrir en la tipicidad penal, no es suficiente con proporcionar datos falsos, sino que aquellos han de tener aptitud lesiva al patrimonio de aquellos.

Luego, el artículo 221° de la LGS, establece que finalizado el ejercicio el directorio debe formular la memoria, los estados financieros y la propuesta de aplicación de las utilidades en caso de haberlas. De estos documentos debe resultar, con claridad y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido. Los estados financieros deben ser puestos a disposición de los accionistas con la antelación necesaria para ser sometidos, conforme a ley, a consideración de la junta obligatoria anual. La memoria del directorio da cuenta a la junta general de la marcha y estado de los negocios, los proyectos desarrollados y los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio, así como de la situación de la sociedad y los resultados obtenidos, de conformidad con el artículo 222°, concordante con el artículo 224° (derecho de información de los accionistas).

Así también, el artículo 419° de la LGS, cuando preceptúa que los liquidadores deben presentar a la junta general la memoria de liquidación, la propuesta de distribución del patrimonio neto entre los socios, el balance final de liquidación, el estado de ganancias y pérdidas y demás cuentas que correspondan, con la auditoría que hubiese decidido la junta general o con la que disponga la ley. Documentos que deben ser puestos a comunicación de los socios (art. 420°, *in fine*).

No es propiamente el deber de veracidad lo que se tutela con esta figura delictiva, sino que su quebrantamiento pueda colocar en peligro de lesión el patrimonio social, concretamente de los accionistas. La falsedad, como escribe Peña Cabrera, debe ser concreta y precisa[630].

Esta modalidad típica adquiere perfección delictiva, cuando el agente transmite de forma efectiva una información falsa acerca de la situación de la persona jurídica, sin que sea imprescindible que se acredite el conocimiento de terceros.

6.3.3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones

Según lo dispuesto en el artículo 82° de la LGS, las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164° y las demás contempladas en la presente Ley, así lo expresa el artículo 82° de la LGS; las cuales se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de la junta general (art. 83°, *in fine*); las cuales sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas por lo menos el veinticinco por ciento de su valor nominal (art. 84°). Comprende tres aspectos fundamentales como partes del capital social, en la que éste está dividido; como conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a esas partes, y como título o documento representativo de la posición de socio[631].

Título, en estos casos representa los derechos de los accionistas a quienes se ha reembolsado el importe de sus acciones; en otros, representan los beneficios atribuidos a los fundadores en compensación de los servicios prestados para la constitución de la sociedad; o las participaciones acordadas a los trabajadores, en otros casos semejantes[632].

En el caso de la Sociedad Colectiva no se habla de acciones, sino de participaciones, las cuales han de constar en la escritura pública de consti-

(630) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 386.

(631) Montota Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 471.

(632) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 389.

tución social, de acuerdo a lo previsto en el artículo 271° de la LGS; éstas representan, entonces, el aporte de los socios. De igual forma en lo que respecta a la Sociedad en Comandita simple, (aportes), que sólo pueden consistir en bienes en especie o en dinero (art. 281°). Sigue este patrón la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, de acuerdo a lo previsto en los artículos: 285° y 290° de la normatividad precitada así, como las Sociedades Civiles (art. 298°).

A decir de MIRABETE, el medio utilizado por el agente es cualquier artificio, expresión amplia que incluye simples mentiras o falsificaciones, normalmente operaciones ficticias(633).

El artículo 83° de la LGS, prevé que las acciones se crean en el pacto social o posteriormente por acuerdo de la junta general; es nula la creación de acciones que concedan el derecho a recibir un rendimiento sin que existan utilidades distribuibles; las acciones sólo se emiten una vez que han sido suscritas y pagadas en por lo menos 25% de su valor nominal (art. 84).

No acepta la ley emisión de acciones sin valor nominal, ni que se emitan acciones a cambio de aportaciones de industria y servicios, pues se alude a una efectiva aportación al capital de la sociedad, escribe Montoya Manfredi. Pero, si se pueden otorgar otros títulos, sujetos a un régimen propio, representativo de esos aportes, (...), como son aquellos derivados de las prestaciones accesorias(634).

Por lo antes dicho, podemos verificar la configuración de la modalidad típica en cuestión, cuando es objeto de valoración económica acciones que no han sido debidamente suscritas y pagadas, al menos en un 25%, tal como ha de constar en el pacto social o, cuando se emiten acciones sin valor nominal o, que se refieran a la aportación de industria y servicios, en tanto la aportación debe traducirse a un capital efectivo; no pueden ser objeto de adquisición, aquellas acciones que aún no forman parte de una empresa plenamente constituida e inscrita en el registro respectivo, con ello se tutela también la seguridad jurídica que debe regir en el tráfico mercantil, de que puedan verse sorprendidos terceros, en vista del bajo valor nominal de la acciones que se ofertan. Con ello, se tiende a impedir que, considerando en el activo del balance, el importe de las acciones no suscritas como valores en cartera, se les haga figurar en el pasivo de la cuenta capital, presentando, así, una idea abultada de la potencialidad económica de la sociedad(635).

---

(633) Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 390.

(634) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 472.

(635) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 473.

6.3.4. *Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito*

La buena marcha de la *societas* ha de poner un línea divisoria entre la conducción mercantil que ha de realizarse hacia afuera, en cuanto a la negociación de una serie de instrumentos comerciales y bursátiles, con aquellos que pueden comprometer su propio funcionamiento, de que aquellos que ejercen algún tipo de gestión en los órganos de representación pueda recibir acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. Se pone en evidencia una incompatibilidad de los intereses estrictamente societarios, con aquellos estrictamente personales, en los cuales pueden verse involucrados los miembros del directorio, el gerente general, etc. Se pretende evitar que el patrimonio social pueda correr algún riesgo, cuando el sujeto activo no cumpla con su obligación crediticia, de que las acciones puedan ser embargadas, rematadas, etc., por parte de los legítimos acreedores.

La sociedad no puede otorgar préstamos o dar anticipos con garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas, bajo responsabilidad del directorio, explica Montoya Manfredi. Se trata de evitar que la sociedad se confíe un título cuyo valor podría desaparecer por pérdida en los negocios. Si tuviera que utilizar las garantías que se han procurado, en el fondo se estaría devolviendo el capital[636].

Los que asumen la conducción de la *societas*, sólo pueden celebrar negocios jurídicos, con operaciones mercantiles con terceros, mas los directores por ejemplo no pueden conceder créditos o garantías a su favor, en este caso, acciones o títulos para garantizar sus propios créditos.

Lo que la ley penal quiere proteger es el patrimonio social de la persona jurídica; pues, en caso de configurarse el tipo, la persona jurídica se vería obligada a rematar sus propias acciones en caso de incumplimiento, situación que causaría un perjuicio económico a la persona jurídica y a terceros interesados[637].

6.3.5 *Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes*

Las utilidades importa el reflejo de la productividad de una empresa, luego de finiquitado un ejercicio económico determinado; cuando como consecuencia de los balances contables respectivos, se advierte que los ingresos han superado los ingresos, cuando el rendimiento económico reporta-

(636) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 496.

(637) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 393-394.

do por la *societas* resulta mayor a las inversiones efectuadas. Cuando los activos desborda el plano de los pasivos, luego de cumplirse con todas las obligaciones, sean éstas tributarias, laborales, cargas sociales, etc. Sólo a partir de dicho estadio económico-contable, es que la persona jurídica tiene la potestad de distribuir las utilidades entre sus socios, accionistas, etc.

El balance, como equilibrio de valores, exige la contraposición de los asientos del pasivo a los del activo. Por ello, para equilibrar ambas cuentas, debe agregarse al pasivo el exceso del activo sobre él o sea, el resultado neto. De este modo, la utilidad viene a situarse al mismo lado del pasivo, sin que pueda reputársele como tal(638).

Paso previo e indispensable para el reparto de utilidades, constituye la elaboración de la Memoria, en virtud del cual el Directorio da cuenta la junta general de la marcha del estado de los negocios, los proyectos desarrollados y los principales acontecimientos ocurridos durante el ejercicio, así como de la situación de la sociedad y de los resultados obtenidos, para lo cual se deberá preparar también los estados financieros, con arreglo a las disposiciones contables sobre la materia, de conformidad con los artículos 222° y 223° de la LGS.

Para que proceda el reparto de utilidades se requiere, fundamentalmente que ellas existan, escribe MONTOYA MANFREDI, o sea, que se trate de beneficios reales que resulten de haberse observado las reglas sobre confección del balance y valoración del activo. Partiendo de este supuesto, deben considerarse dos situaciones: 1) que las utilidades procedan del ejercicio anual; 2) que provengan de reservas en efectivo de libre disposición(639). Además, en el segundo de estos casos se requieren tres condiciones: a) que se trate de reservas expresas; b) que se trate de reservas libres; y c) que el activo no sea inferior al capital(640).

Entonces, en esta modalidad típica, el agente falsea el contenido de los asientos contables, haciendo constar beneficios inexistentes, de ingresos simulados y otros, que hayan de incidir en una superposición de los activos sobre los pasivos, para dar paso a la distribución de utilidades. El balance o estados financieros, la memoria y la propuesta de aplicación de utilidades, en caso de haberlas, tiene una especial importancia, pues indican con claridad

---

(638) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 568.

(639) Según lo establecido en el artículo 229° de la LGS, un mínimo del diez por ciento de la utilidad distribuible de cada ejercicio, deducido el impuesto a la renta, debe ser destinado a una reserva legal, hasta que ella alcance un monto igual a la quinta parte del capital. El exceso sorbe este límite no tiene la condición de reserva legal. Las pérdidas correspondientes a un ejercicio se compensan con las utilidades o reservas de libre disposición.

(640) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 580.

y precisión, la situación económica y financiera de la sociedad, el estado de sus negocios y los resultados obtenidos en el ejercicio vencido(641).

La esencia del delito es el reparto de beneficios inexistentes o no distribuibles(642).

El supuesto típico *in examine*, adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra falsear el balance, haciendo consignar beneficios no reales, sin necesidad de que aquello haya de incidir en un reparto efectivo de utilidades entre los socios y/o accionistas, es suficiente que el comportamiento contenga aptitud de lesión; como he de recordar estos injustos son de peligro concreto y, no de resultado.

6.3.6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica

Los miembros del Directorio, el gerente general, el administrador, etc., no sólo deben adecuar su gestión social conforme a los parámetros legales societarios, que sujetan su actuación, sino también a una conducción leal, conforme a los intereses estrictamente de la empresa a la cual representa; por ello, ha de convenirse que cualesquiera de los nombrados, tiene el deber de comunicar a los órganos societarios competentes, cualquier tipo de situación que pueda generar un «conflicto de intereses», para que éstos puedan tomar las decisiones que más convenga a los intereses de la *societas*. Cabe aclarar que el objeto de tutela no es el deber de fidelidad del autor para con la empresa, sino que su quebrantamiento pueda afectar de forma concreta el patrimonio social de la persona jurídica.

El artículo 171° de la LGS, dispone que los directores desempeñen el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones.

Quienes asumen funciones de mayor relevancia en la conducción empresarial de la *societas*, como el gerente general o un director, toman a su vez conocimiento de información dígase «privilegiada», en los que respecta a los movimientos financieros, económicos, tributarios, etc. Así también sobre temas netamente comerciales, que para que tengan éxito se requiere de un mínimo de confidencialidad, de reserva, que estas personas deben man-

(641) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 565.

(642) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 396.

tener. Por ejemplo el lanzamiento de un producto al mercado, que contiene ciertas propiedades, debe ser manejado en secreto, para que los competidores no sean advertidos y, así neutralizar cualquier campaña publicitaria que se pueda oponer.

Cuando una empresa se encuentra atravesando problemas económicos y financieros, importa una serie de toma de decisiones, como una fusión, escisión u otra forma de reorganización; para ello, los que se encuentran desempeñando las roles sociales de mayor trascendencia, han de manejar dicha información con mucho recelo; lo que se quiere decir en todo caso, es que la filtración de algunos datos hacia fuera, puede provocar serios daños a los intereses societarios y patrimoniales de la persona jurídica.

En resumidas cuentas, las situaciones descritas y otras más, puede dar lugar a un conflicto de intereses, cuando aparece que el director, es también a su vez director de otra empresa, que se dedica al mismo rubro de la cual representa, por lo que la información societaria, puede ser empleada para su propio beneficio. Lo que se pretende con esta incriminación legal, es que los intereses societarios primen ante otros que les pudiera oponer.

La oposición de intereses puede encontrarse en una relación mediata o inmediata con la operación misma. Será inmediata cuando se trata de un negocio por el cual el director es el contratante directo con la sociedad y mediata cuando quien contrata con la sociedad está vinculado al director, como sería una empresa en la cual éste tuviera interés(643).

Lo mencionado tiene relación directa con la prescripción legal contenida en el artículo 180° de la LGS, que a la letra señala lo siguiente: Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios que tuvieren conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta. El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente o a dicho asunto.

Si estamos hablando de la contravención al «deber de información», se trata de una modalidad omisiva, que adquiere consumación de forma instantánea, a partir del momento en que surge el conflicto de intereses y, el agente se abstiene de informar el hecho a los órganos de representación. Como lo hemos subrayado en forma reiterada, no se requiere la causación de un perjuicio, para efectos de realización típica(644). No podemos estar fren-

(643) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 531.

(644) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 399.

te a un conflicto de intereses, cuando el director guarda un derecho expectaticio sobre la compra de acciones en otra empresa, debe tratarse de una situación concreta y no aleatoria.

6.3.7. Asumir préstamos para la persona jurídica

En principio la asunción de créditos para la empresa no es en sí una conducta –penalmente prohibida-, pues no de ser así no se podrían generar fuentes de inversión para la buena marcha de la *societas*; lo que se reprime en realidad, es que el agente no observe los procedimientos establecidos en la LGS, para la obtención de créditos, préstamos o garantías. La necesidad de seguir con corrección dicha formalidad, tiene por justificación, la tutela misma del patrimonio social, de que no adquieran deudas que a la postre resulten lesivas para los intereses económico-financiero de la persona jurídica, cuando por ejemplo se asumen intereses muy por encima de la tasa promedio del mercado.

El artículo 179° de la LGS, estipula expresamente que el director sólo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concerten en las condiciones del mercado. La sociedad sólo puede conceder créditos o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros. Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros. Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de empresas vinculadas y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consaguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de empresas vinculadas.

Se distingue este supuesto con el contenido en el inc. 4), que la asunción del crédito tiene como sujeto obligado a la persona jurídica y, no al accionista, director o gerente general.

Entonces, cuando el agente adquiere un préstamo para la empresa, sin haber previamente tomado lugar el acuerdo del directorio, incurrirá en la modalidad típica en cuestión, siempre y cuando pueda advertirse que el pago de dicha deuda puede resultar perjudicial (aptitud de lesión) para los intereses patrimoniales de la *societas*; de no ser así, estaríamos elevando a la categoría de delitos, meras infracciones societarias. No olvidemos que la LGS, atribuye responsabilidad a los directores, por el solo hecho de no haber seguido los procedimientos establecidos en la normatividad aplicable.

Este delito se consuma en el momento en que el préstamo se concreta o efectiviza, por lo que no es necesario que el perjuicio de la persona jurídica

o de terceros se verifique realmente[645]. Los actos anteriores a la adquisición del préstamo, que no llegan a materializar la operación crediticia, por razones ajenas a la voluntad del autor, habrá que ser reputadas como delito tentado.

6.3.8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica

Las personas que asumen los órganos de representación de la empresa, han de cautelar la buena marcha de la misma, cautelando estrictamente los intereses patrimoniales de la persona jurídica, a fin de que pueda alcanzar los fines valiosos que se supone dieron origen a su constitución mercantil. Ello quiere decir, que en los negocios jurídico-mercantiles, en que intervengan los gestores de la *societas*, han de procurar siempre las mejores condiciones para aquella, que puedan redundar en su beneficio, lo cual también significará un beneficio al momento de repartir las utilidades entre sus socios y/o accionistas. Empero, lo que el legislador reprime con pena, son aquellas conductas que puedan poner en peligro el patrimonio social, cuando el agente lo emplea en provecho propio o de tercero; cuando hace uso de los activos de la *societas*, con el afán de obtener un beneficio individual inmediato, por lo general económico, al margen de los dividendos que han de alcanzarse siguiendo los procedimientos estatutarios y societarios.

El patrimonio social puede verse perjudicado cuando el agente adquiere préstamos a su favor, colocando como garante a la empresa, siempre que no se cumpla con lo previsto en el artículo 179° de la LGS; ante el supuesto de dar en usufructo a un tercero, maquinaria, instrumentos, locales, vehículos, etc., sin haber observado los procedimientos legales y estatutarios correspondientes o, dar en garantía los bienes de la *societas* como si fuesen propios. Así en la siguiente ejecutoria recaída en el Exp. N° 1004-98: "*Se encuentra acreditado el delito como la responsabilidad penal del inculpado, por cuanto éste ha reconocido haber prestado dinero de la cooperativa a terceros, obteniendo beneficio económico indebido*"[646].

También se configura por el simple uso de los bienes, por ejemplo, usar las computadoras de la empresa para procesar datos ajenos a los de la persona jurídica, prestar una oficina para que un tercero realice actos ajenos, etc[647].

Convenimos con SALINAS SICCHA, en el sentido de que esta conducta, también puede tomar lugar en la modalidad de apropiación de bienes, que

---

(645) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II-A, cit., p. 401.

(646) BACA CABRERA, D. y otros; *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, cit., p. 342.

(647) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II-A, cit., p. 402.

se contiene en el artículo 190° del C.P.[648]. Según el principio de especialidad, tomando en cuenta la particular esfera (societaria) en la cual se desarrolla el evento típico así, como la calidad del agente (delito especial propio), el comportamiento *in comento* desplaza a la de apropiación ilícita, siempre y cuando el autor, cuente con alguna de las condiciones que se detallan en el primer párrafo del artículo 198°.

El supuesto típico en cuestión adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra emplear para sí o para un tercero, el patrimonio de la persona jurídica, sin que sea necesario verificar la causación de un perjuicio económico. Podrá ser calificada como tentativa, los actos del autor, de pretender sacar una maquinaria de la empresa para darla en uso a un tercero, sin éxito.

En lo que al tipo subjetivo del injusto se refiere, basta el dolo, conciencia y voluntad de realización típica, no se exige la presencia de un ánimo específico, el cual estará insito en el propósito delictivo que impulsa al autor, la realización de la conducta prohibida.

ARTÍCULO 198-A.- INFORMES DISTORSIONADOS DE AUDITORÍA

Será reprimido con la pena señalada en el artículo anterior[649], el auditor interno o externo que a sabiendas de la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica no las revele en su informe o dictamen.

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN, CONCEPTOS GENERALES

La positivización del Derecho penal, -plasmado en el CP., es de orientación funcional, desde una consideración político criminal, en el sentido, de que direcciona sus brazos preventivos a la tutela de los bienes jurídicos de mayor relevancia constitucional. Punto aparte de los delitos tradicionales o convencionales (*Kernstrafrecht*), surgen otros no menos importantes, que tienen por cometido la protección de intereses jurídicos supraindividuales, traídos a más por la sociedad emergente del siglo XX, caracterización que adquiere mayor vigor en el umbral del siglo XXI, intereses jurídicos, cuya legitimidad material reposa precisamente en la necesidad de ejercer una mayor tutela a los bienes jurídicos individuales, por eso se dice que son bienes jurídicos «intermedios». A nuestro entender, su despliegue funcional de natu-

(648) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 832-833.

(649) En referencia al artículo 198° del CP.

raleza sistémica, permite ejercer una vinculación con propiedad, desde una posición personalista del bien jurídico.

Surge entonces, una criminalidad patrimonial que se gesta en el seno de una persona jurídica (*societas*), donde los sujetos actuantes detentan una especial relación con la empresa en razón de la función que ejercen en sus órganos de representación. En tal medida, son injustos penales que afectan los intereses sociales comprometidos en la administración financiera y comercial de la entidad empresarial, por lo que su exteriorización conductiva genera una necesidad de tutela penal que el legislador tuvo en cuenta al penalizar las diversas modalidades típicas que contempló en la redacción normativa del artículo 198° del CP. Tipo del injusto que por su particular construcción típica, la catalogamos como un «delito especial propio», pues sólo aquellos a quienes se haya atribuido funciones específicas en los órganos de representación de la *societas* pueden ser considerados como «autores» a efectos penales, es decir, quienes se encuentran nombrados en el listado del primer párrafo del artículo precitado.

El bien jurídico tutela el patrimonio social y el interés social, plasmado en el pacto social y en el estatuto de la persona jurídica, que puede ser una de las comprendidas en la Ley General de Sociedades o del Código Civil, muy a pesar de que el legislador haya incluido el Capítulo VI en el marco del Título V del C.P. referido al patrimonio desde una perspectiva individual.

Como se sostuvo, es una criminalidad que toma lugar en el seno de la persona jurídica y que aparece cubierta por el manto protector que otorga la fachada legal que le concede el marco normativo. Por tales motivos, el legislador consideró necesario dirigir el mensaje normativo («disuasivo»), a quienes ejercen el dominio social de la empresa (persona jurídica), tal como se sostuvo en el apartado correspondiente. De esta forma, la represión penal actúa sobre los verdaderos gestores de la acción criminal, puesto, que son ellos finalmente quienes socialmente toman las decisiones del destino de la persona jurídica, entre éstos, de contratar, de ofrecer servicios, en cuanto a la confección de los libros contables y financieros, así como el resultado del ejercicio económico que da lugar a la obligación jurídico-tributaria. El círculo de "autores", por tanto, se condice con las especiales funciones que puede realizar el agente, tomando como referencia la estructura orgánica de la persona jurídica, y sobre todo, las especiales funciones y representaciones que esa función social le confiere a esta persona, como se señaló antes, se requiere de un «dominio social típico» para adquirir responsabilidad penal a título de autor.

Dicho lo anterior, debe decirse, que la incorporación del artículo 198°-A al CP, vía la dación de la Ley N° 29307 del 31 de diciembre de 2008, que a su vez modifica el artículo 198° *in fine*, supone dos aspectos esenciales: primero, la extensión de la calidad de autor a los auditores internos o exter-

nos y, segundo, la supresión del supuesto típico contemplado en el inc. 9) del artículo 198°, modalidad típica que es recogida por el legislador en la nueva figura delictiva *in examine*[650], de manera que los auditores internos o externos ya no son pasibles de ser considerados como autor en el supuesto delictivo en cuestión, tal como se desprendía de la modificación efectuada a dicho articulado vía la sanción de la Ley N° 28755 del 06 de junio de 2006.

2. LA EXTENSIÓN DEL CÍRCULO DE AUTORES A LOS «AUDITORES INTERNOS O EXTERNOS»

Se incluye como autores de esta infracción delictiva, a los Auditores internos o externos. Por «auditor interno», hemos de entenderse como lo señala el Colegio de Contadores Públicos del Cusco, a aquellos contadores, cuya función se circunscribe a la etapa de «control posterior» de los actos contables tomados y decididos por la administración de la entidad pública o privada y de su registro en los libros contables, elevando los correspondientes informes sobre los resultados de sus «Acciones de Control» a la «Alta Dirección», para que éste adopte y ejecute las medidas de corrección que corresponda[651], siendo designados los auditores internos por parte de la Contraloría General de la República.

Desde el punto de vista técnico profesional, la responsabilidad de los «Auditores Externos» está contemplada en las Normas Internacionales de Auditoría – NIA´s, y en el Perú está establecida en la Norma 240, que define los límites de la responsabilidad de los Auditores Externos respecto del fraude y el error en las auditorías de Estados Financieros, precisando que no son responsables éstos, en razón de que la elaboración de la contabilidad corresponde a la administración de las personas jurídicas[652]. Las Normas Internacionales de Auditoría son las normas que los Auditores Independientes deben tener en cuenta al efectuar la Auditoría de los Estados Financieros, normatividad que resulta de aplicación cuando se realiza una auditoría independiente en cuanto al examen del aspecto financiero de una entidad determinada al margen de su objeto social y estructura societaria.

En el ámbito de las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, las auditorías externas se realizan conforme a las normas del Reglamento de Auditoría Externa vigente aprobada por Resolución N° 1042-99, expedida por la Superintendencia de Banca y Seguros que dispone en su artículo 6°.-Responsabilidad de la empresa en los exámenes de auditoría

(650) En tal sentido el lector, debe cotejar el presente examen con la descripción dogmática efectuada en este Tomo, confirmar, ps. 400-401.

(651) "Colegios de Contadores Públicos del Cusco"; *Pronunciamiento respecto de la modificación del art. 198° del Código Penal*, fecha 20/07/2006.

(652) IDEM.

externa «El directorio, el comité de auditoría, cuando no exista, y la gerencia son directamente responsables de proporcionar a la sociedad de auditoría contratada, la información y facilidades necesarias para que ésta pueda realizar su labor de manera adecuada, independiente y oportuna. Asimismo, es responsabilidad de dichos órganos velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente reglamento y conformar un archivo que contenga los antecedentes y respuestas a los pedidos de información que efectúe la sociedad de auditoría»(653).

De lo expuesto, se infiere que la información que ha de plasmarse en el informe y/o dictamen del auditor interno o externo, ha de referirse únicamente al plano contable-financiero, es decir, a través de los diversos libros de contabilidad que una persona jurídica está obligada a llevar según las disposiciones legales de orden societario. No se incluye, por tanto, la «Auditoría Tributaria», que toma lugar con cumplimiento de las obligaciones tributarias formales y sustanciales, todo lo concerniente, a exoneraciones, beneficios tributarios, etc. En cambio la «Auditoría Financiera», tiene que ver con el Balance General y Estado de Ganancias y Pérdidas con la finalidad de determinar la correcta aplicación de los principios contables. En ambas auditorías, el auditor es responsable por su opinión, mas como se dijo, el legislador dejó de lado la Auditoría Tributaria. En todo caso, la actuación ilícita del auditor en el ámbito de la hacienda pública, sería reprimida según los alcances de la Ley Penal Tributaria – Dec. Leg. N° 813.

Ahora bien, nos preguntamos ¿Resulta válido y legítimo que los Auditores, sean elevados a la categoría de «autor», en la modalidad de los fraudes que se producen en el interior de las personas jurídicas? Habría que contestar negativamente, en tanto, dicha responsabilidad en esta esfera de la criminalidad, se somete al denominado «dominio social típico». Dominio de la societas, que sólo la tienen aquellos que ejercen funciones importantes en los órganos de representación de la persona jurídica, la toma de decisiones en los actos jurídicos y comerciales de mayor trascendencia para la vida social de la misma. Asunción de funciones, deberes y derechos, que ha de verse en el caso de los Directores, Gerentes, Administradores, etc.

El artículo 190° de la LGS – Ley N° 26887, en cuanto a la «Responsabilidad del Gerente», dispone que éste responde, ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave. El gerente es particularmente responsable por: La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante; el establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para

(653) "Colegio de Contadores Públicos del Cusco"; *Pronunciamiento respecto de la modificación del Art. 198° del Código Penal.*

proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente; la veracidad de las informaciones que proporcione al directorio y la junta general; el ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad; la conservación de los fondos sociales a nombre de la sociedad; el empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad, así como la veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad. Mientras que el artículo 191° *in fine*, en lo que respecta a la «Responsabilidad solidaria con los directores», dispone que el gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general.

De los preceptos legales invocados, se colige claramente que ni el auditor externo ni interno, dentro del marco organizacional y estructural de la empresa, cuentan con el dominio social típico, que se exige para ser considerado autor de los injustos que atacan la correcta administración de la persona jurídica; por tales motivos no es dogmáticamente coherente ni político criminalmente satisfactorio, que se haya ungido a los auditores internos y externos como autores. La necesidad del legislador por generar efectos cognitivos de disuasión en el colectivo («prevención general»), como complacer las demandas de ciertos sectores de la sociedad, propicia la aparición de reformas penales incompatibles con la sistemática y plenitud que debe regir en todo cuerpo normativo y el CP no puede ser la excepción.

De forma resumida diremos lo siguiente: Si bien es cierto que el contador elabora el balance contable, y el auditor, quien tiene la posibilidad de acceder a toda la información contable de la persona jurídica, quien aprueba los balances y quienes figuran como sujetos obligados, son el representante legal, gerente o liquidador de la persona jurídica. Puede entonces, que el contador distorsione (ocultando datos, ingresando inexistentes, etc.), la verdadera situación financiera de la empresa, pues, accede a la información proporcionada por los verdaderos responsables de la persona jurídica; y, en el caso del auditor, podría darse que éste acceda a una información falseada o de origen fraudulento; por lo tanto, contador y auditor no cuentan con el «dominio el dominio social típico».

3. LA ACTUACIÓN DELICTIVA DE LOS AUDITORES A TÍTULO DE PARTÍCIPES

Es de verse que todos los tipos penales comprendidos en la Parte Especial del CP son dirigidos de forma casi anónima a la persona del autor, lo cual no quiere decir que otros posibles sujetos no puedan intervenir también

en la realización típica del delito. Con ello hacemos alusión a los «partícipes», es decir, aquellos que sin contar con el dominio funcional del hecho, al otorgar una contribución decisiva y/o accesoria, para lograr la perfección delictiva, son catalogados como «cómplices», -primarios o secundarios-, con arreglo al artículo 25° de la PG del CP.

Por lo antes dicho, el hecho de que el auditor (externo o interno), no pueda ser considerado autor de este delito, no quiere decir que su posible intervención dolosa quede al margen de la represión penal, en la medida que su participación delictiva recae bajo los alcances de la figura de la «complicidad», que de acorde a la contribución fáctica del auditor, asume responsabilidad penal a título de «cómplice primario», al constituir su participación un aporte imprescindible para la realización del delito. El artículo 25° de la PG del CP establece que el cómplice primario recibe la misma pena del autor[654]; entonces, si la voluntad legislativa del proyecto era de asegurar una mayor represión punitiva a estos profesionales, no hacía falta su inclusión en el círculo de autores potenciales de cometer este delito, dando lugar a un ejemplo más del fenómeno de la «politización normativa».

Finalmente habremos de decir, que este tipo penal es un injusto de mandato («omisión propia»), en el sentido, de que el autor (auditor interno o externo), no realiza los deberes que el cargo le confiere, al no revelar que la información contable-financiera se encuentra distorsionada y/o tergiversada.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Como es de verse de la redacción normativa, la penalización de la conducta prohibida sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe saber que está avalando una información contable-financiera, aprobándola si se quiere, que revela distorsiones o tergiversaciones significativas[655]. A nuestro entender es suficiente considerar el dolo eventual: cognoscibilidad del «riesgo típico», de conformidad con una inclinación de este elemento en su faz cognitiva.

---

(654) Sin embargo, debe anotarse que el juzgador, al momento de determinar judicialmente la pena, podrá imponer una más grave al autor que aquella que impone el cómplice primario, lo cual se ajusta plenamente a los principios de proporcionalidad y de culpabilidad, en consonancia con los fines preventivos de la sanción penal.

(655) Quiere decir, que el merecimiento y necesidad de pena ha de tomar en cuenta el desvalor del resultado, en cuanto al grado de relevancia de la información distorsionada (maquillada), no constituye por tanto una condición objetiva de punibilidad. La magnitud de los daños causados o por causar, es un dato que se complementa en el desvalor del injusto típico; Vid., más sobre la consumación de esta figura, ver lo referente en el inc. 9) del artículo 198° del CP.

No se exige la presencia de un elemento subjetivo del injusto distinto al dolo; la ignorancia que pueda develar el autor sobre alguno de los aspectos de tipicidad objetiva han de ser tratados como un «error de tipo».

ARTÍCULO 199.- DUALIDAD DEL SISTEMA CONTABLE

El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días-multa.

1. NOTA INTRODUCTORIA

La correcta marcha de la persona jurídica, no sólo supone que los órganos de gestión y de representación de la misma, adecuen su actuación, conforme los intereses patrimoniales de los socios y de los accionistas, tal como se puso de relieve en el apartado anterior, sino que también ha de reconocerse, que las empresas tienen el deber de llevar un sistema contable fiel a las exigencias normativas de la materia.

La contabilidad, refleja las variables numéricas, en lo que respecta a la operatividad mercantil, financiera, bancarias, comercial, etc., de la persona jurídica; constituye los instrumentos numerarios, que revela la situación patrimonial de la *societas*, que en este caso no se vincula con la Hacienda Pública, pues de ser así, estaríamos frente a un injusto tributario, sino con las diversas relaciones crediticias, comerciales y financieras, que pueden tomar lugar con terceros, quienes tienen el derecho de saber con exactitud y verosimilitud, el estado contable de la empresa, a fin de concretizar o no la operación mercantil. En consecuencia, cualquier fraude en la contabilidad dificulta el control del movimiento económico de la persona jurídica, por lo que se hace necesaria la intervención del derecho punitivo(656).

Tal obligación legal es necesaria no sólo en interés del propio comerciante o persona jurídica, para que pueda manejar ordenadamente sus negocios y apreciar con exactitud la situación económica de una empresa, sino también porque hay interés de los terceros que han contratado con él o con ella o que le conceden créditos, confiados en el cuidado que debe tener en la conducción de su actividades. De otra parte hay un interés del Estado en conocer la verdadera situación económica del comerciante, no sólo porque el ejercicio del comercio afecta los intereses económicos generales de la comunidad, sino también para controlar el pago de los impuestos y orientar la política tributaria(657).

---

(656) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 333.

(657) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 145; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* T. II-A, cit., ps. 404-405.

En resumidas cuentas, el Derecho penal ha de intervenir en aquellas conductas fraudulentas, en las cuales el agente hace aparecer una contabilidad en paralelo, distinta a la ajustada a Ley, que es empleada ante terceros, para aparecer una situación patrimonial de la empresa que no corresponde a la realidad.

2. BIEN JURÍDICO

La conducta típica contenida en el artículo 199° del C.P., se orienta a la tutela del patrimonio de todos aquellos, que de forma directa o indirecta, pueden verse involucrados en operaciones crediticias y/o mercantiles, con quienes asumen los órganos de gestión o de representación de la *societas*, cuando el agente, emplea una contabilidad ficticia, a fin de verse beneficiado ilícitamente.

Este tipo penal no protege la Hacienda Fiscal, como podría pensarse, de una lectura rápida de su redacción, puesto que dicho interés jurídico es objeto de tutela por los comportamientos que se glosan en el Decreto Legislativo N° 813; en este caso se incide únicamente en el patrimonio de los socios, de los accionistas o de terceros.

Discrepamos de que también se tutele con esta figura la buena fe, entendida como confianza y honestidad en la contabilidad requerida[658], en tanto, el injusto penal necesita de un fundamento material, mas no conceptos meta-jurídicos, que por su contenido etéreo no puedan cumplir con dicha condición.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Siguiendo las pautas previstas en el artículo anterior, se diría que la persona jurídica, sería el autor del delito, pues ella es la obligada por Ley a llevar un sistema contable determinado, pero como ello no es posible según la estructura de la imputación jurídico-penal, ha de serlo, conforme a la fórmula del «actuar en nombre de otro», las personas que ejercen funciones sociales en los órganos de representación de la empresa; v.gr., los directores, el gerente general, el administrador, etc.

Sin embargo, si se trata de una persona natural, no hay problema de atribuir la responsabilidad penal de forma directa, así como en la hipótesis de una EIRL, al gerente general.

---

(658) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 407.

Pueden darse formas de co-autoría cuando dos personas, que asumen la función de contabilidad, son quienes acuerdan voluntades para mostrar una contabilidad paralela. Si el director es el responsable de llevar la contabilidad y éste se sirve del contador de la empresa, éste último responderá como un cómplice primario.

3.2. Sujeto pasivo

Serán los socios, los accionistas así como terceros, que de una u otra forma ejecutan operaciones comerciales o crediticias con la empresa.

3.3. Modalidad típica

Primero que nada se debe hacer mención a los Libros, que deben llevarse, conforme las estipulaciones legales del C de C.

El artículo 33°, dispone que los comerciantes llevarán necesariamente: Un libro de inventarios y balances, Un libro diario, Un libro mayor, Un copiador o copiadores de cartas y telegramas y los demás libros que ordenen las leyes especiales. Las sociedades y compañías llevarán también un libro o libros de actas, en las que constarán todos los acuerdos que se refieran a la marcha y operaciones sociales, tomados por las junta generales y los consejos de administración.

El artículo 37°, señala que Contenido del libro de inventarios y balances contendrá: La relación exacta del dinero, valores, créditos, efectos al cobro, bienes muebles e inmuebles, mercaderías y efectos de todas clases, apreciados en su valor real y que constituyan su activo, la relación exacta de las deudas y toda clase de obligaciones pendientes, si las tuviere, y que formen su pasivo, fijará en su caso, la diferencia exacta entre el activo y el pasivo, que será el capital con que principia sus operaciones. El comerciante formará además anualmente y extenderá en el mismo libro, el balance general de sus negocios, con los pormenores expresados en este artículo, y de acuerdo con los asientos del diario, sin reserva ni omisión alguna, bajo su firma y responsabilidad.

Por su parte el artículo 38° regula el libro diario, el cual se asentará por primera partida el resultado del inventario de que trata el artículo anterior, dividido en una o varias cuentas consecutivas, según el sistema de contabilidad que se adopte. Seguirán después día por día todas sus operaciones, expresando cada asiento el cargo y el descargo de las respectivas cuentas. Cuando las operaciones sean numerosas, cualquiera que sea su importancia, o cuando hayan tenido lugar fuera del domicilio, podrán anotarse en un solo asiento las que se refieren a cada cuenta y se hayan verificado en cada día; pero guardando en la expresión de ellas, cuando se detallen, el orden

mismo en que se hayan verificado. Se anotarán asimismo, en la fecha en que las retire de caja, las cantidades que el comerciante destine a sus gastos domésticos, y se llevarán a una cuenta especial que al intento se abrirá en el libro mayor.

Por su parte el libro mayor, previsto en el artículo 39°, dispone que las cuentas con cada objeto o persona en particular, se abrirán además por Debe y Haber en el libro mayor; y a cada una de estas cuentas se trasladarán, por orden riguroso de fechas, los asientos del diario referentes a ellas.

El artículo 40°, en cuanto al libro de actas, señala que en aquél, se consignarán a la letra los acuerdos que se tomen en sus juntas o en las de sus administradores; expresando la fecha de cada una, los asistentes a ellas, los votos emitidos y lo demás que conduzca al exacto conocimiento de lo acordado; autorizándose con la firma de los gerentes, directores o administradores que estén encargados de la gestión de la sociedad, o que determine los estatutos o bases por que ésta se rija.

Finalmente, el artículo 41°, en lo que respecta al libro copiador, se trasladarán, bien sea a mano, o valiéndose de un medio mecánico cualquiera, íntegra y sucesivamente, por orden de fechas, incluidas la antefirma y firma, todas las cartas que el comerciante escriba sobre su tráfico, y los despachos telegráficos que expida.

Se hace alusión en la construcción normativa del artículo 199°, de que el autor, debe mantener una contabilidad paralela, distinta a la exigida por Ley; quiere decir esto que, el agente en simultáneo cuenta con una doble contabilidad: una que exhibe ante el órgano de fiscalización tributaria y, otra que emplea antes terceros, para verse beneficiado con una ventaja indebida. Se supone que en esta última, se hace constar números, cifras, variables, etc., que no se corresponden con la realidad mercantil y/o financiera de la persona jurídica, ocultando la verdadera situación económica de la misma, para así poder finiquitar negocios, contratos, préstamos con terceros, que de no ser así, no se podrían conseguir. Como dice escribe SALINAS SICCHA, se trata de una conducta en la que no se sanciona al agente por no llevar la contabilidad o no observar las disposiciones legales sobre la forma de llevar, sino el hecho de tener otra contabilidad referida a la misma actividad y ejercicio(659).

Es decir, el tipo se realiza cuando por medio de contabilidad paralela a la empresa se disminuye los activos o los ingresos, por ejemplo, en el libro inventario y balance se disminuye el valor de los bienes del activo o el capital con el que se empieza las operaciones. También puede darse cuando en el libro mayor, en la partida del haber, se consignan prestaciones no verifica-

(659) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 334.

das, o cuando en el libro diario se consignan más gastos que los normales, etc[660].

En el caso de una sociedad anónima, se ha dicho que las acciones deben estar debidamente suscritas y pagadas por lo menos al 25%, al momento de constitución de la persona jurídica; si en el libro, donde se debe hacer constar de dicho detalle, se hace consignar un número mayor de acciones, se dará la modalidad típica en cuestión.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Se ha de convenir que la figura delictiva *in comento*, adquiere perfección típica, cuando el agente cuenta ya con una contabilidad paralela, es decir, con libros contables que reflejan una realidad patrimonial diversa, a pesar de referirse al mismo ejercicio económico, pero para que podamos verificar la consumación, la falsa contabilidad de ser utilizada en un negocio jurídico, sin necesidad de que haya de reportarse un perjuicio económico. Lo que interesa es acreditar la idoneidad ex ante de la conducta ofensiva.

Si bien puede decirse que es un delito de mera actividad, ello no puede dar entender que resulta suficiente con tener una doble contabilidad, sino que amerita su utilización en el tráfico comercial y/o mercantil, sino fuese así, la interpretación nos llevaría a la conversión de un delito de peligro concreto a uno de peligro abstracto; nos da la razón, el hecho de que el agente deba tener la finalidad de obtener una ventaja indebida y, para ello se requiere de su utilización. Una posición contraria, habría de llevarnos a su comprobación a partir de un estado plenamente subjetivo.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La conducta prevista en el artículo 199º del C.P., sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor sabe que ha confeccionado y/o elaborado una doble contabilidad, sobre un solo periodo económico, dando lugar a una realidad contable que no se corresponde con la realidad de las cosas.

El legislador ha incluido en el tipo del injusto, un plus cualificado, la ulterior intención (trascendente), del agente de obtener una ventaja indebida; nos ratificamos, que ello ha de cotejarse de forma objetiva, en cuanto al empleo de la contabilidad paralela con terceros, pues sino a nuestro juicio se estaría penalizando meros actos preparatorios.

---

(660) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 408-409.

CAPÍTULO VII
EXTORSIÓN

ARTÍCULO 200º.- EXTORSIÓN[661].

El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

---

(661) Artículo modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N.° 1237, publicado el 26-09-2015.

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

a) A mano armada, o utilizando artefactos explosivos o incendiarios.

b) Participando dos o más personas; o,

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

d) Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil.

e) Simulando ser trabajador de construcción civil.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

a) Dura más de veinticuatro horas.

b) Se emplea crueldad contra el rehén.

c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.

d) El rehén adolece de enfermedad grave.

e) Es cometido por dos o más personas.

f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena prevista en el párrafo anterior se impone al agente que, para conseguir sus cometidos extorsivos, usa armas de fuego o artefactos explosivos.

La pena será de cadena perpetua cuando:

a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.

b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.

c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.

d) El agente se vale de menores de edad.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Los injustos que atentan contra el patrimonio, que se glosan en la codificación punitiva a partir de la quinta titulación, revelan una serie de modalidades típicas, por las cuales el agente consigue acrecentar su patrimonio, a costa de los bienes de un tercero, quien se ve despojado del goce y disfrute de sus derechos reales (hurto, robo, apropiación ilícita) o, en el caso de la

estafa, es objeto de un perjuicio económico desde una visión global del patrimonio.

Vimos en el caso del Robo, que el agente a efectos de hacerse de la tenencia del objeto, emplea una violencia física o una amenaza psíquica intensa sobre el sujeto activo, para así doblegar su voluntad de resistencia, con ello el desplazamiento del objeto material del delito a su esfera de custodia. Injusto que es reprimido con una mayor pena, a distinción del hurto, en la medida que se ponen en peligro bienes jurídicos de naturaleza personal (libertad, la vida, el cuerpo y la salud), por lo que señalamos en el apartado correspondiente que constituye un tipo penal pluriofensivo.

En el caso de la Extorsión sucede algo parecido al Robo, en el sentido de que no sólo el patrimonio es objeto de tutela por parte del artículo 200°, se incluyen también otros intereses jurídicos de especial relevancia constitucional, como la libertad personal y la salud de la víctima, que también pueden verse afectados, a instancia de la realización de esta conducta. Lo que no puede significar, que no pueda darse un concurso de delitos, a pesar de que en los últimos incisos de las agravantes, ya se incluye dichos antijurídicos, que a nuestra consideración se refieren a construcciones preterintencionales.

La Extorsión desde una visión criminológica, refleja un alto crecimiento, productos del accionar de las asociaciones delictivas que se mueven a grandes escalas en nuestro país, que amenazan a sus víctimas, mediando una serie de modalidades; desde los atracos en las unidades vehiculares de transporte público hasta aquellos que extorsionan a empresarios en el área de construcción, para proporcionarles supuesta seguridad en la obra, a cambio de una serie de beneficios. Bajo estas circunstancias, se diría que se configura la figura delictiva *in comento* sin problemática alguna, pero cuando la conducta se plasma a través de la privación de libertad de una persona, surge la confusión normativa, pues es de verse que el tipo penal de secuestro revela una identidad típica.

El artículo 200° del C.P., ha sido objeto de innumerables modificaciones, en el marco de las reformas penales que el legislador nos tiene acostumbrado desde el año 1998, cuando se sanciona el Decreto Legislativo N° 896 del 24 de mayo de 1998, luego con la dación de la Ley N° 27472 del 05 de junio de 2001, la Ley N° 28353 del 06 de octubre de 2004, la Ley N° 28760 del 14 de junio de 2006 y finalmente según lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, que incorpora tres párrafos al tipo penal en cuestión.

¿Cuál es el común denominador de todas estas modificaciones legislativas?, como siempre, de ejercer una mayor incidencia en la prevención general negativa, aumentando de forma severa la respuesta punitiva, creando mayores circunstancias agravantes, es decir, una conducta inconmensurablemente ampliada; creyendo que con ello se podrá lograr

una auspiciosa criminalización, so pena de vulnerar las garantías materiales que limitan el ejercicio del *ius puniendi* estatal. En este caso se olvida el legislador que ciertas circunstancias, pueden ser resueltas con las instituciones de la Parte General, en cuanto a las reglas de autoría y participación o en lo que respecta al concurso delictivo. La necesidad de legislar para las galerías provoca una hipertrofia normativa, cuyo rendimiento en la facticidad real es casi nulo.

2. CONCEPTO DE EXTORSIÓN Y SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS DELICTIVAS

Ha de entenderse a la «extorsión», como aquella violencia física y/o amenaza grave que el agente produce en la esfera de libertad de la víctima, para que ésta le entregue una ventaja patrimonial ilícita; en definitiva, el agente es coartado en su capacidad decisoria, fruto del temor en que se ve envuelto, de no verse vulnerado en sus bienes jurídicos fundamentales. En la extorsión hay, (...), un ataque a la libertad de la persona, que se lleva a cabo mediante una intimidación (propia o engañosa), la que tiene por finalidad forzar o constreñir su libre determinación en cuanto a la disposición de sus bienes o de los que están a su cuidado(662).

A decir de González Rus, viene a ser una especie de coacciones o amenazas condicionales de naturaleza y efectos patrimoniales, con las que se planteará, en su caso, un concurso de normas pero no de delitos(663). En el delito de coacciones, se puede decir, que el agente sólo profiere amenazas que constriñe la libertad decisoria, mientras que en la extorsión ya se produce una afectación directa, que determina el desplazamiento patrimonial a la esfera de custodia del autor; no olvidemos que las coacciones sólo han de tutelar la libertad personal y no el patrimonio.

En relación al hurto, podremos distinguir dos elementos claros: primero, que el desplazamiento patrimonial se produce en el artículo 185°, a propia instancia del autor, mediando un acto de sustracción, mientras que en la extorsión es la propia víctima la que entrega la ventaja patrimonial al agente, lógicamente, mediando una voluntad viciada(664). Lo dicho puede terminar emparentándolo con el Robo, pues en ambas modalidades se exige el uso de la violencia física o de la amenaza de un peligro inminente, donde la distinción es en realidad empresa problemática.

---

(662) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 470.

(663) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV),* cit., ps. 629-630; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 464.

(664) Vid., al respecto, Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., ps. 299-300.

No sólo el Robo, como se dijo, constituye una modalidad del injusto que implica un ataque pluri-ofensivo, en tanto, en el artículo 200º se ha previsto otro supuesto típico –en cuya concreción típica-, también afecta a intereses jurídicos superiores, como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad. El ataque a la libertad, salud, vida, etc., no es aquí un fin en sí mismo, sino un medio para atacar el bien jurídico patrimonio(665). La Extorsión importa conductas que se definen a partir de la violencia y/o amenaza que el agente despliega sobre el sujeto pasivo de la acción, para que ésta o un tercero, le proporcionen una ventaja económica "indebida"; a diferencia del robo, el desplazamiento patrimonial no se produce con la inmediatez que el primero supone, en tanto en el segundo se identifica un intervalo de tiempo considerable, segundo, el robo es un acto típico de "desapoderamiento". El acto que provoca el perjuicio, por tanto, aun obligado, lo realiza el propio sujeto pasivo, lo que aleja el delito de la dinámica propia del robo –apunta González Rus- y lo acerca a las defraudaciones, en las que es también la víctima quien efectúa el acto de disposición patrimonial de que se deriva el perjuicio(666).

A decir de Marín, la distinción entre la extorsión y el robo está dada porque en la primera existe un intervalo de tiempo que debe transcurrir entre la amenaza de un mal y su ejecución, o bien, entre la amenaza del mal y el apoderamiento de la cosa(667). Para Creus, la distinción tiene que venir por el lado de la acción; cuando hay apoderamiento del agente hay robo; cuando hay disposición de la víctima, extorsión(668).

En la ejecutoria sentada en el RN Nº 2924-99, se señala lo siguiente: "*El delito de robo agravado es eminentemente un delito de sustracción, mientras que, por el contrario, para configurar el delito de extorsión, se requiere que sea el propio sujeto pasivo quien haga entrega de una ventaja económica indebida ante la amenaza o violencia que recaiga sobre él o un tercero; en el supuesto de extorsión, si bien el agente se vale de idénticos medios comisivos, esto no ocurre tratándose de la forma comisiva, la que difiere de la del robo, ya que como hemos sostenido, el delito de robo importa la acción de "sustraer", mientras que la acción propia de la extorsión, implica la acción de "obligar", la cual supone la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; dicho esto, queda claro que entre el acto de disposición patrimonial y la intimidación o violencia, debe existir una relación causal; que, las precisiones conceptuales expuestas, nos llevan a concluir que resulta técnicamente imposible, que una misma conducta sea calificada como delito*

(665) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio,* II-A, cit., p. 460.

(666) González Rus, J.J. y otros; *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial,* I. Dirigido por Manuel Cobo Del Rosal, cit., p. 630.

(667) Marín, J.L.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. m436.

(668) Creues, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 423

de robo y extorsión al mismo tiempo, dada la sustancial diferencia que existe entre los elementos que forman parte del tipo objetivo de cada uno de ellos, quedando claro que cuando hay apoderamiento de parte del agente hay robo y cuando hay disposición por parte de la víctima hay extorsión"(669).

Los supuestos típicos mencionados en el artículo 200°, el legislador ha incluido la extorsión, manteniendo como «rehén» a una persona, lo que en otras palabras supone en realidad un Secuestro. Habiéndose señalado, que la distinción entre uno y otro, sería el ánimo de lucro que guía la determinación delictiva del agente, en el caso del artículo 200°; lo que no es tanto así, como es de verse en el primer párrafo de la construcción normativa del delito de Secuestro, cuando se establece que la privación de libertad de la víctima, puede obedecer a cualquier "móvil" o "propósito". Por lo que se infiere, que el móvil del lucro, constituye una deliberación del agente, plenamente identificable en el caso del Secuestro. ¿Cómo se determinaría entonces, la delimitación normativa, entre ambos injustos?, algo, de muy difícil concreción, pues las zonas oscuras de delimitación hacen difícil la tarea interpretativa. Cuando el ataque antijurídico revela una mayor intensidad en la libertad personal del "rehén", no cabe duda, que debe optarse por el injusto penal contemplado en el artículo 152°. Bastaría para corregir la confusión normativa, que en el caso de la Extorsión, se eliminara la modalidad típica, mediando la privación de libertad de una persona(670). Con ello, se garantiza la propiedad de hermenéutica jurídica que debe desplegar el bien jurídico, en el pensamiento sistemático-racional.

3. BIEN JURÍDICO

La figura delictiva descrita en el artículo 200° del C.P., tiende a tutelar el patrimonio, en cuanto a su libre disposición de su titular, en cuanto al uso y disfrute de los derechos inherentes a la propiedad; mas, es de verse, que también otros intereses jurídicos son objeto de ataque por medio de la conducta típica, la libertad personal, la vida, el cuerpo y la salud. Debiéndose convenir, según el orden expuesto que se trata de una conducta pluriofensiva(671), tal como se hizo mención en el caso del Robo.

Debiéndose anotar que existe un tamiz, entre la extorsión y el robo por ejemplo, digno de destacar: en la extorsión el agente solicita una ventaja de cualquier índole, es decir, no sólo que se le pueda entregar un determinado

---

(669) Rojas Vargas, F.; *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, 1999-2000, IDEMSA, cit., ps. 521-524.

(670) Así, el artículo 243° del C.P. español.

(671) Así, Morán Mora, C.; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 623; Cfr., Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 216; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 460.

bien, una joya por ejemplo, sino también la obtención de un crédito, la calificación para un trabajo, extinción de una deuda, etc.; lo que da lugar a una diversa concepción del patrimonio, desde una consideración de mayor amplitud, no es la mera tenencia de una cosa. Por eso se dice con corrección en la doctrina, que el objeto material de este delito, puede comprender no sólo dinero, sino también títulos valores, documentos que generen efectos jurídicos[672], un documento firmado en blanco, esto es, el agente pretenderá se le reconozca una obligación inexistente o, incluso la suscripción de un contrato laboral. Eso sí, descartamos una ventaja de contenido sexual, de ser así, estaríamos ante la conducta típica que se contempla en el artículo 170° del C.P.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, el legislador no ha incluido algún elemento objetivo que pueda abonar en su carácter especial; aunque de forma inconsistente y asistemática, se han incluido a los funcionarios públicos con poder de decisión o desempeñando cargo de confianza, vía la incorporación del cuarto párrafo al artículo en análisis, vía el Decreto Legislativo N° 982 de julio de 2007.

Se supone que sólo puede ser autor, aquel que tiene capacidad de acción y reconocimiento de imputación individual; los enajenados y los niños no pueden ser considerados agentes y, si éstos intervienen, habría que ver si existe una persona de atrás que ejercer el dominio de voluntad sobre aquellos, dando lugar a una autoría mediata.

Si el autor es un funcionario y/o servidor público en el ejercicio de sus funciones, se configuraría el delito previsto en el artículo 382° del C.P. (concusión), pero este tipo penal no contiene como medio ni la violencia ni la amenaza, por lo que nos inclinamos por admitir la extorsión en estos casos. Caso contrario estaríamos quebrando el principio de proporcionalidad, de que el funcionario reciba una menor pena que el particular, lo cual es incompatible con los cometidos preventivo-generales de la sanción punitiva.

4.2. Sujeto pasivo

También se diría que puede ser cualquier persona, pero según la redacción normativa se hace alusión a una circunstancia que puede dar lugar a la identificación de dos sujetos pasivos: una de la acción, sobre la cual recae la acción intimidante o la violencia, en este caso el rehén y, el titular del pa-

(672) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 466-467.

trimonio, que se ve afectado cuando tiene que disponer de una recompensa, a fin de que se pueda liberar al privado de su libertad. Por lo general, pues, será una persona distinta al rehén quien es afectado en su patrimonio, para que los raptores procedan a dar libertad al rehén.

Es necesario aclarar que tanto en el caso en el que la amenaza de ocasionar daño a una persona allegada, como en el supuesto en que ésta incida directamente sobre el representante o administrador de bienes ajenos, el perjudicado es el propietario, el cual también puede ser amenazado para que disponga del bien[673].

La persona para poderse ver amenazada, debe contar con un mínimo de discernimiento, por lo que los inimputables no pueden ser pasibles de la conducta que da lugar a la extorsión.

No nos causa más que conmoción intelectual, que el Poder Ejecutivo, producto de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 982, haya incluido a las «instituciones públicas o privadas» como sujetos pasivos del delito, pues hasta donde sabemos por lógica elemental, la violencia o la amenaza sólo puede incidir sobre una persona psico-física, las instituciones son corporaciones creadas por la ley, que son manejadas por personas naturales; ello no obsta, a que las amenazas o la privación de libertad de una persona, obedezca a la intención de conseguir una ventaja de cualquier índole en el marco de una institución pública o privada. Inclusión que sólo puede crear rechazo en la persona del intérprete.

4.3. Modalidad típica

La materialización de la conducta prohibida supone, el ejercicio de «violencia y/o amenaza», que ha de recaer sobre el sujeto pasivo, que no necesariamente debe ser la persona patrimonialmente afectada por la acción típica.

Primero que todo debemos definir el concepto «obligar», como verbo rector que se desencadena como producto de la violencia o de la amenaza. A nuestro entender importa un acto de constricción, de constreñir la voluntad de un tercero, torciéndola en un determinado sentido; (...) imponer, compeler, constreñir o someter a determinada persona a realizar alguna conducta en contra de su voluntad[674]. Lo que se pretende, en todo caso, es someter la voluntad del sujeto pasivo a los propósitos ilícitos del agente.

---

(673) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 462; Ver, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 304.

(674) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 343.

La expresión obligar indica la existencia de una voluntad contraria que el agente debe vencer; cuando ese presupuesto falte, cuando la disposición económica se haya producido por propia decisión del sujeto pasivo, sin plegarse a la actividad intimidatoria del agente, o sea, cuando se esté al margen de toda relación causal entre la intimidación de éste y la disposición de aquél, se estará fuera del tipo de la extorsión(675).

Entendemos por «violencia» el despliegue de una fuerza física intensa, por parte del autor, a efectos de doblegar sus mecanismos de defensa o resistencia y así, lograr la obtención de la ventaja indebida; por lo que debe ser apta, idónea y eficaz para los objetivos que persigue alcanzar el individuo. La violencia, debe quedar claro, no se dirige a causar una afectación a la integridad física del ofendido, sino que el propósito que motiva al agente, es allanar los obstáculos, para que la propia víctima le entregue una ventaja económica. Así, en la siguiente ejecutoria, recaída en el Exp. N° 4229-98-Lima: "*El delito de extorsión es un delito complejo con carácter pluriofensivo ya que se atenta contra el patrimonio, y eventualmente a otros bienes, como la integridad física o la vida; pero, también hay un ataque a la libertad de la persona, la salud, no siendo estos últimos un fin en sí mismo, sino un medio elegido para exigir a la víctima la realización de un acto de disposición patrimonial*"(676).

Si el autor, a partir de la energía física que ejerce sobre el sujeto pasivo, lo neutraliza y así toma poder fáctico sobre la cosa, será constitutivo de un Robo y no de extorsión y; si primero se ejecutan las lesiones, producto de una gresca y luego, aparece la idea de sustraer el bien, se dará un concurso entre lesiones y hurto.

Punto a saber es que la violencia ha de recaer únicamente sobre las personas, no resulta admisible que la actividad típica de la extorsión se realice mediante fuerza sobre las cosas; v.gr., si alguien violenta un bien mueble, por ejemplo, un escritorio para que se le entregue una ventaja indebida, pues estamos hablando acá de un delito que ataca de forma directa bienes jurídicos personalísimos.

Entre el ejercicio de la violencia y la obtención de la ventaja patrimonial, no ha de mediar un intervalo corto de tiempo, sino que éste debe aparecer discontinúo, dada la distinción con el delito de Robo.

La «amenaza» por su parte, importa el anuncio de un mal inminente, en cuanto a la producción de un daño a los bienes jurídicos fundamentales del sujeto pasivo o de tercero vinculado a él; ésta debe revelar una cierta magnitud, lo suficiente para poder aminorar de forma sustantiva, las capaci-

(675) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 471.

(676) En: Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 01.

dades de respuesta de la víctima, anulando su capacidad decisoria conforme a sentido.

La amenaza ha de ser seria, inminente y de probable concreción; no puede aceptarse el aviso de un mal sujeto a una eventualidad o, mediante medios absolutamente inidóneos para poder lograr los objetivos propuestos; eso sí, debe ser de cara a futuro[677], no aquel que ya se produjo. Como apunta Soler, la idoneidad del medio se mide (...) con respecto a su posibilidad de intimidar con relación al criterio del hombre medio; pero no puede declararse la impunidad del intento, por el solo hecho de que el delincuente no haya logrado efectivamente producir terror en la persona a la cual se dirigía[678]. Debe ponerse en cuestión, las circunstancias concomitantes al caso concreto, las particularidades que presenta la víctima, los rasgos del agente, etc., desde una base objetiva y subjetiva a la vez, por lo que ha de rechazarse el criterio del "hombre medio".

La intimidación no tiene porque alcanzar una gravedad extraordinaria, escribe Creus: basta con que ella esté configurada por el anuncio de un mal suficiente para colocar al sujeto pasivo ante la opción de salvar el bien amenazado aceptando la exigencia del agente[679]; que provoque los efectos psíquicos en la víctima, que se esperaba lograr. Lo decisivo en este punto, para que el delito se considere consumado, es que la amenaza haya producido en la víctima el temor buscado, obligándola a efectuar la disposición patrimonial exigida mediante la intimidación[680].

Los bienes jurídicos que deben correr la suerte de la amenaza, son la vida, el cuerpo, la salud y la libertad en un sentido genérico.

Entre la amenaza y el mal producido, o entre la amenaza y la prestación, debe existir un intervalo[681]; la inmediatez en la entrega de la ventaja económica, daría lugar al robo.

Se ha convertido en una modalidad usual de varios agentes delictuales, de realizar llamadas telefónicas a domicilios u oficinas, señalando que un determinado familiar se encuentra detenido y/o privado de su libertad, por haber supuestamente cometido un delito, por lo que se solicita la entrega de una suma de dinero, para que lo liberen; para ello, recopilan información real sobre la persona, aparentemente detenida, en cuanto a su nombre completo, dirección domiciliaria, teléfono celular y oficio, lo cual genera un estado de

(677) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 466.

(678) Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 305.

(679) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 473.

(680) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 257.

(681) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 464.

angustia y miedo fundado, del familiar que recibe la llamada telefónica, es así que procede a depositar la suma de dinero requerida. Requerimiento que toma lugar de forma amenazante, es decir, bajo el riego de que el familiar se vea afectado en sus bienes jurídicos fundamentales. Empero, la situación descrita no se corresponde con la realidad de los hechos, pues es una especie de simulación de algo que no se está dando, y ello no cuenta con un expreso acogimiento en la redacción normativa del artículo 200° del CP, en la medida que la violencia o amenaza, que se definen en su composición típica, ha de ser real, efectiva y potencialmente generadora de un daño a un interés jurídico vital del ser humano (de ahí que se estime al delito de Extorsión, como uno de naturaleza jurídica pluriofensiva).

Conforme lo anotado, urge una reforma normativa en tal sentido, a fin de evitar impunidad o tipificaciones legales por delitos muy benignos como la Coacción, de acorde a la gravedad de estos hechos (principio de proporcionalidad), más dicha modificación legal debe ser acorde con el principio de legalidad, de manera, que somos de la consideración, que lo más correcto sería modificar el primer párrafo del articulado, de la forma siguiente: ***"El que mediante violencia o amenaza, real o aparente, obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica...."***. Mediando esta fórmula normativa, es que resulta jurídicamente factible, que el supuesto de hecho que se hace mención en el proyecto de Ley, pueda ser correctamente encajado en el ámbito de protección de la norma contenida en el artículo 200° del CP y, así, hechos, como el descrito, sea severamente reprimido, propiciando una amenaza punitiva realmente disuasiva; por lo demás, al operador jurídico le corresponderá analizar, si la acción –desde una perspectiva ex –ante-, en cuanto a la idoneidad de la conducta para poder poner en riesgo el bien jurídico –penalmente tutelado–, por el delito de Extorsión. Siendo así, descartamos que un relato fáctico –así concebido–, pueda ser reputado válidamente como Estafa, en tanto y en cuanto, quien esta dispuesto a entregar una determinada suma de dinero, a cambio de que un supuesto funcionario público realice un acto en franca violación a sus obligaciones legales, no puede ser objeto de tutela por el tipo penal –contenido en el artículo 196° del CP–, al demandar la realización de un negocio jurídico visado de licitud.

5. VENTAJA ECONÓMICA INDEBIDA U DE CUALQUIER ÍNDOLE

Si hemos de convenir que el artículo 200° del C.P. tutela el patrimonio, ha de estimarse también que la conducta típica debe generar un menoscabo al acervo patrimonial del sujeto pasivo, puesto que lo persigue obtener el autor es una ventaja económica «indebida», quiere decir ello, que no será pasible de esta figura delictiva, cuando la ventaja económica es «debida». El acreedor que mediante amenaza de causal un mal a su deudor, lo obliga a pagar su acreencia, a satisfacer la deuda o el trabajador que compele al

empleador a que le pague el sueldo de meses de retraso, no da lugar a una extorsión, sino a un concurso delictivo de coacciones[682] con el tipo penal de ejercicio del ilegítimo de un derecho (art. 417°); pero si el agente toma de propia mano el bien propio, que lo dio en prenda, será constitutivo sólo de la conducta contenida en el artículo 193°.

Cuando el despliegue de la fuerza física ha causado un daño efectivo en la salud de la víctima, el concurso será entre los tipos de lesiones con el previsto en el artículo 417° del C.P.

Convenimos con Soler, en el sentido de que la extorsión arraiga, (...), en la substancial ilicitud del provecho propuesto, de manera que aun cuando el extorsionado debiera algo, puede concurrir extorsión por la exigencia de un plus que no parece fundado en la causa de la obligación sino en el temor provocado por la amenaza[683].

Ahora bien, ventaja indebida será aquella que el autor no tiene derecho alguno, en el ejemplo clásico del secuestro extorsivo; también serán los derechos expectaticios, quien pretende heredar y obliga a su pariente a que lo incluya en el testamento, mediando amenaza suficiente, estará cometiendo el tipo penal *in comento*.

Los trabajadores que toman como rehén a un funcionario público, que se proceda a admitir un pliego reivindicatorio, no puede ser una extorsión, al no verificarse el contenido patrimonial; más bien, toma lugar el delito de secuestro.

El legislador ha pretendido ampliar el ámbito de protección de la norma, cuando hace mención a «ventaja de cualquier otro índole», producto de la sanción de la Ley N° 27472 de junio de 2002, que modifica este articulado. Más consideramos que de todos modos debe ser una ventaja de naturaleza patrimonial a fin de conservar la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Hacerse nombrar heredero, obligar a reconocer como hijo a una persona carente de parentesco, suscribir un contrato de compraventa de un bien mueble o inmueble, a favor del agente o de tercera persona, poner acciones de una empresa a nombre del autor, etc.

Un sector de la doctrina siguiendo una aplicación estricta a la ley positiva, incluye como figura extorsiva, cuando el agente manteniendo como rehén a una persona, obliga a mantener relaciones sexuales por un tiempo determinado con aquel o un tercero[684]. Considero que los criterios de interpretación

---

(682) Así, Crues, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 474.

(683) Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 303; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 468; Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., p. 258.

(684) Cfr., Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 350.

deben sujetarse a un correcto ámbito material del interés tutelado, en tal virtud, la *lege lata* no nos puede cerrar espacios a una aplicación adecuada de la ley penal, sin que ello suponga un quebrantamiento al principio de legalidad.

6. MODALIDADES TÍPICAS INCLUIDAS CON EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 982

Son tres los párrafos que se han incluido en la construcción típica del artículo 200º, como consecuencia del Decreto Legislativo Nº 982.

La primera de ellas señala lo siguiente: *La misma pena se aplicará, al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito*[685].

Nuestro Sistema Penal, en cuanto a la imputación delictiva, sigue la suerte del principio de accesoriedad en la participación (participación en lo ilícito personal), esto es, aparte del autor del hecho, intervienen otros individuos, que no tienen el dominio funcional del hecho, pero que contribuyen de forma decidida para asegura el éxito de la realización típica; aportan un elemento objetivo en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, imprescindible para lograr la consumación del delito. Nos referimos a los partícipes (instigador y cómplice), cuya actuación se encuentra subordinada, a la intervención final del autor, cuya punición se encuentra condicionada a un factor volitivo y cognoscitivo (dolo) y, que la acción que emprenda el autor, ingrese al ámbito de protección de la norma.

El fundamento de la punición de la participación reside en que provoca la decisión a una acción socialmente intolerable y por eso antijurídica, o favoreció su realización[686]. Por consiguiente, para saber quién es partícipe (cómplice), debemos remitirnos a las regulaciones que sobre este aspecto, prevé la Parte General (Arts. 23º-25 del C.P.). Mientras que la calidad de autor se desprende del tenor literal del tipo penal en cuestión (Parte Especial), de común idea con lo previsto en el artículo 23º; de tal modo, que en las tipificaciones penales por lo general no se hace alusión al cómplice primario o secundario[687], sólo al autor del hecho punible.

---

(685) Inclusión que también se comprende en el caso del tipo penal de Secuestro (Art. 152º, *in fine*).

(686) Welzel, H.; *Derecho Penal Alemán. Parte General,* cit., p. 161.

(687) La excepción la constituye los denominados delitos de "Participación Necesaria" – delitos de relación, donde la tipificación normativa, comprende la actuación del cómplice, pues el delito, sólo puede ser definido típicamente a partir del concierto de voluntades criminales, que se produce entre ambos (autor y partícipe).

En el caso *in examine*, se introduce innecesariamente al cómplice primario, pues como se sostuvo, a éste se le identifica con las reglas de la PG; en efecto, quien suministra información de relevancia, para que se pueda cometer el delito de extorsión; v.gr., la secretaria de un empresario, que conoce en detalle itinerario diario o, su vigilancia particular que proporciona dicho dato a una gavilla de delincuentes. Ambos, colaboran de forma trascendente y, se aprovechan del cargo o función, para que se alcance la realización típica, por ende, su intervención es "imprescindible", lo que da lugar a una complicidad primaria, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25° (*in fine*)[688]. Resultando, entonces, una inclusión normativa que no tiene menor utilidad, únicamente dirigida a fines de politización normativa.

En el tercer párrafo, se ha redactado lo siguiente: "*El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años*".

El principio de legalidad, importa, que la conducta prohibida u ordenada a realizar, sea clara, precisa y exacta en su construcción típica, a fin de garantizar el proceso de comunicación cognitiva y de evitar zonas oscuras de interpretación normativa. El mandato de determinación es consustancial al Estado de Derecho, como una vía arbitrada, dirigida a impedir la arbitrariedad pública. Tal como se desprende de las diversas tipificaciones de la Parte Especial, el legislador ha incluido una serie de conductas que afectan bienes jurídicos personalísimos, como la vida, el cuerpo y la salud y, a su vez, ha determinado la represión, de comportamientos que afectan la Seguridad Pública, como son los delitos de peligro común, que ponen en riesgo un bien jurídico de naturaleza colectiva, pues no es de propiedad de una sola persona, sino de toda la comunidad.

En el marco de las protestas públicas, de las movilizaciones y marchas sociales, muchas veces, se infiltran vándalos, en las organizaciones sindicales y gremiales; que aprovechando la multitud, provocan saqueos, daños a la propiedad pública y/o privada. Mientras otros, obstaculizan el normal funcionamiento del transporte público y privado. Conductas que no se dirigen a la obtención de una ventaja económica indebida, como da lugar a una correcta tipificación del delito de extorsión; sino a la obtención de ventajas sindicales, laborales y sociales, justos reclamos en un orden democrático de derecho. Empero, quienes realizan tomas de locales, saqueos, caos y obstaculizan la vía pública, por más que se adscriban en un cometido de

(688) Siguiendo la letra de dicho articulado, se establece que recibe la misma pena que el autor.

reivindicación laboral, incurren en los delitos de coacciones, daños, violación de domicilio, entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos[689]; comportamientos que ya se encuentran catalogados como "delitos", por tanto, pasibles de una pena. Consecuentemente, la inclusión de este párrafo, lo que originará en todo caso, es una superposición de tipificaciones penales, incorrecto desde un planteamiento sistemático, que tiene como pilar al principio de legalidad.

Por último, se incluye en el cuarto párrafo, una conducta típica, que ha generado una serie de cuestionamientos, de por sí legítimos, por parte de las autoridades locales y regionales del país; cuyo tenor literal dispone lo siguiente: "*El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio u otra ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal*".

Todos aquellos que se encuentran investidos de una función pública, deben sujetar su actuación a los cometidos –estrictamente generales- que se desprenden de la Ley Fundamental, esto quiere decir, la independencia, objetividad, imparcialidad y autonomía en el ejercicio de dicha función, tal como lo proclama el artículo 39°. De ello, se colige que el funcionario o servidor público, no puede anteponer sus intereses personales o políticos, a los intereses públicos, pues de ser así estaría ingresando a una zona de ilegitimidad. Habiéndose establecido en el artículo 42° de la Constitución, que los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, están impedidos de ejercer el derecho de huelga; estando comprendidos en dicho listado, los Presidentes de los Gobiernos Regionales y los Alcaldes (provinciales y distritales). Prohibición que se dirige a cautelar el normal desarrollo de las actividades políticas, económicas y sociales, propias de un Estado Social y Democrático de Derecho. Empero, cabe precisar que dichos funcionarios públicos también se deben a sus electores, a la población que confió en ellos el ejercicio del cargo, a quienes representan ante el Gobierno Central; en tal virtud, cuando ello apoyan las reivindicaciones sociales y laborales de sus pueblos, están realizando un acto de plena esencia democrática, siempre y cuando se encaucen en parámetros legales y permisibles. Máxime si la prohibición constitucional se sujeta a la huelga, que debe ser entendida como el cese de las actividades

(689) El artículo 283°, justamente incluye una agravante, cuando el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, de conformidad con la modificación efectuada por la Ley N° 28820 del 22 de julio de 2006.

laborales por voluntad de los trabajadores, habiéndose agotado los medios de negociación colectiva[690]; cuestión distinta, es una marcha o movilización social, que no necesariamente implica la misma connotación jurídica.

Debiéndose agregar que la prescripción constitucional, se refiere a la huelga que realiza y/o efectúa el funcionario público a título personal, es decir, cuando cesa intempestivamente en sus labores, pese a estar impedido de hacerlo.

Por lo expuesto, debemos formular las siguientes objeciones: a.-Que, la conducta incriminada no se corresponde con el bien jurídico –objeto de tutela- en el artículo 200°, pues el patrimonio individual no estaría en riesgo de lesión, sino el correcto funcionamiento de la función pública; y, b.-Si bien, constituye un desvalor jurídico, la conducta del funcionario público o de aquellos que desempeñan cargos de confianza, alzarse en huelga, dicho comportamiento no revela una suficiente –perturbación social-, para ser elevado a la categoría de "delito"; menos aún participar en movilizaciones sociales que se encuentran sustentadas en legítimas reivindicaciones socio-laborales, con arreglo a los principios democráticos de derecho. A tales efectos, debe preservarse la calidad de *ultima ratio* del Derecho penal, ubicando dicha conducta en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Constituye a todas luces una contravención administrativa, si no fuese así, no se explica por qué el legislador no la incluyó en la redacción primigenia del artículo 200° del C.P., a partir de una interpretación de que el propio funcionario se declare en huelga, mas no cuando participa en la huelga de otros.

7. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

7.1. La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si la violencia o amenaza es cometida

7.1.1. A mano armada

Fundamento de la agravante reposa en la singular y particular «peligrosidad objetiva» que se revela cuando el agente porta un arma, cuya efectiva utilización puede desencadenar un evento lesivo de magnitud considerable, dada la naturaleza de los bienes jurídicos que se colocan en un estado de aptitud de afectación, lo cual redunda en contenido del injusto típico de intensidad desvalorativa[691].

Hemos de fijar que su procedencia está condicionado a los siguiente: que los instrumentos y/o objetos que han de ser calificados como «arma»,

(690) Ver más al respecto, el análisis al artículo 168° del C.P.

(691) Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (III)*, cit., p. 625.

deben haber sido los medios empleados por el agente para poder vencer la resistencia de la víctima, ver reducidos sus mecanismos de defensa y, así poder apoderarse de los bienes muebles que se encuentran bajo su esfera de poder; violencia que debe ser continua y uniforme hasta lograr un total desapoderamiento, que permita al autor disponer de la cosa sustraída. Para ello se requiere que el agente utilice de forma efectiva el arma en cuestión, en el caso de producirse el apoderamiento con sustracción, sin usarla pese a contar con ella, será un hurto y no un robo agravado.

7.1.2. Participando dos o más personas

Siempre se ha visto que la concurrencia de dos o más personas en el evento delictivo, genera una mayor peligrosidad objetiva, pues el agraviado se encuentra expuesto a una mayor afectación; el número de participantes otorga una mayor facilidad para la perpetración del injusto, al reducir con menores inconvenientes los mecanismos de defensa de la víctima.

No ser requiere de la previa concertación de voluntades criminales, basta que de forma concomitante y en base a una co-decisión, se decida cometer el delito; pueden admitirse, por tanto, las otras formas de participación (complicidad primaria o secundaria).

7.1.2. Valiéndose de menores de edad

Fundamento de mayor pena, resulta de la particular caracterización psico-física del instrumento que emplea el autor para perpetrar el injusto; se trata de una persona que es vulnerable, por lo que fácilmente puede ser presa de estos agentes, para participar en un evento de esta naturaleza. Claro que no es lo mismo valerse de un adolescente de dieciséis años que un niño de diez, en todo caso, si es que existe coacción y/o amenaza, para que aquellos coadyuven al plan criminal, no podrá verificarse su culpabilidad. En lo que respecta al impúber, al advertirse un dominio de la voluntad, cabe admitir una autoría mediata, por inculpabilidad del hombre de adelante.

7.2. Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

7.2.1. Por el tiempo de duración de la privación de libertad

Se señala en el inc. 1), que la agravación tomará lugar, cuando el secuestro dura más de veinticuatro horas. La mayor permanencia del estado antijurídico, que se configura con la figura del rehén, puede provocar mayores repercusiones negativas en la esfera psico-social del sujeto pasivo de la acción, que se reprime con pena más severa.

7.2.2. Por la forma de ejecución

Se emplea crueldad contra el rehén. En esta hipótesis, la agravación obedece al mayor desvalor que se expresa en la ejecución típica, infundiendo un mayor sufrimiento en la persona del ofendido, que resulta en realidad innecesario para la obtención de la ventaja económica indebida.

7.2.3. Por la condición de la víctima

El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático, quiere decir, que la especial vinculación que liga a la víctima con el aparato público del Estado o la representación consular, en cuanto a las relaciones diplomática del Perú con otras Naciones, determinan una reacción punitiva más intensa.

Cuando el rehén adolece de enfermedad grave. La particular condición de salud del ofendido, que se encuentra resquebraja o sensiblemente disminuida, importa que éste pueda correr un peligro concreto, al mantenerse en cautiverio bajo condiciones infra-humanas. Tanto su vida como su integridad física se ven amenazadas de una posible afectación.

7.2.4. Por el resultado

Se causa lesiones leves a la víctima, las cuales parecen ser cometidas a título de dolo (mínimo eventual). De todos modos, se configura un concurso ideal de delitos, con el tipo penal previsto en el artículo 122° del C.P., pero que según esta fórmula resolutiva recibiría una pena menor, de acuerdo a lo previsto en el artículo 48°.

En el caso de que las lesiones se causen a título de culpa, también deben ser comprendidas en esta agravante, aunque no se desprende de forma clara del tenor literal de esta cualificante.

7.2.5. Supuesto incluido por la ley N° 30076

De plano, debe decirse que entre este núcleo duro del Derecho penal, posición especial ocupa el delito de «Extorsión», por su alta incidencia cri-

minológica en el Perú, lo cual preocupa mucho a las autoridades estatales competentes, pues la estrategia de política penal -trazada años atrás- no ha rendido los frutos que se esperaba y, esto lo decimos, por la permanente modificación que ha sido objeto del artículo 200° del CP. No vamos a detenernos en el aspecto criminológico y en el inoperante sistema de investigación penal de este delito, sino en la parte sustantiva, donde de recibo, la realidad nacional deja perplejo a cualquiera, de las nuevas modalidades que el delincuente hace uso, para así obtener una ventaja patrimonial «indebida», por parte de su víctima. Según este indicador realístico, la cuestión está en proceder a un innumerable listado de supuestos del injusto o de reformar la modalidad del tipo base. Entendiendo esto, que las ansias legítimas por cerrar espacios de impunidad, que encuentra validez en una consideración estricta de política criminal, no puede haber rajatabla con el principio de legalidad; por lo que ambos planos del Sistema Penal han de ser debidamente matizados, a fin de elucubrar criterios interpretativos, calibrados según la plataforma basilar de los principios de un Derecho penal democrático.

La legislación -en general-, debe adecuar su composición normativa, a los nuevos hechos que van sucediendo, en cada contexto histórico-social, es por eso, que el Derecho positivo -vigente-, ha de renovarse constantemente, a partir de las reformas legales que así lo convengan. Siendo esto así, son muchas las oportunidades, en que los medios de comunicación social, difunden noticias relacionadas con los trabajadores de construcción civil, comprometidos en típicos actos de Extorsión, quienes a través del uso de la violencia y/o la amenaza, exigen a las empresas constructoras y afines, a que contraten a sus operarios en las obras que están construyendo; lo cual se ha convertido en una práctica usual en todo el país, donde personajes involucrados en esta actividad, no dudan en ejercer los actos más reprobables de violencia y agresión, para así obtener ventajas en sus objetivos laborales. Situación que coloca en grave riesgo, el normal funcionamiento de las actividades ligadas a la construcción, así como la integridad de las personas que la representan.

Según dicha constelación criminológica, es que la Ley N° 30076, ha supuesto incluir en el inc. c) de la primera tabulación de las «circunstancias de agravación», indicándose a la letra lo siguiente: "*Contra el propietario, responsable o contratista de la ejecución de una obra de construcción civil pública o privada, o de cualquier modo, impidiendo, perturbando, atentando o afectando la ejecución de la misma*". La descripción típica, ha de entenderse que, la amenaza o la violencia debe recaer sobre una persona, sino no puede hablarse con propiedad de poder «obligarlo» a otorgar una ventaja económica indebida, esto quiere decir, que *impedir, perturbar, atentar y/o afectar la ejecución de la obra,* debe verse como una forma «implícita» de amenaza contra una de las personas que se detallan en la redacción normativa, para así convencerlo a la entrega de la ventaja económica. Una postura

distinta, implicaría la punición de actos, que podrían ser considerados como "turbación" a la posesión, inadecuados desde todo punto de vista de política criminal. De ahí, que la inclusión de los últimos términos en el substrato definidor de la conducta, haya sido innecesario, al ser suficiente con una correcta interpretación normativa.

8. AGRAVANTES DE MAYOR PELIGROSIDAD

La pena será de cadena perpetua cuando:

- El rehén es menor de edad o mayor de setenta años, se incide en un aspecto puramente cronológico, en el sentido de que un menor de edad o una persona anciana, pueden verse más afectados con la situación del encierro, por su condición de mayor "vulnerabilidad". Máxime cuando el encierro se prolonga de forma indefinida.

- El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de ésta circunstancia, es decir, el estado de vulnerabilidad que es objeto de prevalimiento por parte del autor, es materia de una represión más severa. Queda claro, que personas en dicha situación, requieren de una atención médica especializada, dando lugar a una situación riesgosa para la indemnidad de la víctima.

- Si la víctima resulta con lesiones graves o muerte durante o como consecuencia de dicho acto. Son dos las circunstancias que se ponen en cuestión: si se causa lesiones graves, las cuales deben haber sido provocadas, como consecuencia directo del encierro o de los malos tratos que han ejercido los captores sobre el rehén; si producto de la pésima alimentación o simplemente de la inanición. Debe ser un resultado previsible por el agente, a fin de descartar una mera responsabilidad objetiva por dicho desvalor o, en su defecto, pueden haberse causado directamente (dolo eventual), en esta hipótesis de trataría en realidad de un concurso ideal de delito, que de frente el legislador lo castiga con pena de cadena perpetua. En el caso de la muerte, ésta debe acaecer como consecuencia de la conducta cometida por el agente, en el sentido, de que debe subyacer una relación de riesgo, entre el comportamiento del autor y el resultado antijurídico sobrevenido, imputable a título de culpa, pero igual que la otra hipótesis, el deceso de la víctima, puede ser también concreción directa de una conducta (dolosa) del autor, que debería ser tratada como un concurso ideal de delitos, de secuestro con asesinato, mas el legislador optó para darle directamente un tratamiento punitivo singular. No se podrá aplicar esta circunstancia, si el deceso del rehén obedeció, a un paro cardiaco, en vista de las dolencias que ya padecía el sujeto pasivo, que no era previsible para el agente.

8.1. Inclusión de hipótesis de agravación - Ley N° 30076

En el apartado d) de la última tabulación de las «circunstancias agravantes», se incorpora el supuesto de que *el agente se vale de menores de edad*. Nadie duda, que merece un mayor reproche social y jurídico, aquel agente que emplea a infantes en la perpetración de injustos penales -como el delito de Extorsión-, sin embargo, debe hacerse hincapié, que esta recurrente técnica legislativa, llevada al excesivo y ampuloso *casuismo, puede llevar a una exagerada extensión de los que deben regular los tipos penales, considerando que es en la Parte General, donde deben estatuirse dichas circunstancias y, así ser aplicadas al momento de la «determinación e individualización de la pena»;* así, se advierte que según recientes modificaciones se incorporó el artículo 46°-D, en cuanto al «Uso de menores de edad y de personas que padecen de anomalías psíquicas y otras alteraciones mentales en la comisión de delitos», vía la sanción de la Ley N° 30030; mientras que la misma Ley -in comento-, en el marco del artículo 46° de la PG, ha incorporado en el literal j), como circunstancia de agravación, cuando el agente *ejecuta la conducta punible valiéndose de un inimputable*. ¿Según el listado del artículo 20° del CP, no es que el menor de edad es un «inimputable», claro está desde un punto de visto puramente declarativo? parece que la respuesta es afirmativa. Por consiguiente, advertimos una reiteración innecesaria, de condiciones y/o circunstancias, que ya se encuentran detalladas en los tópicos correspondientes de la PG; parece ser, que el empleo de la norma jurídico-penal, según sus efectos socio-cognitivos en la comunidad, o tal vez la falta de apego a la forma de como se debe legislador en una determinada codificación, llevan al reformador a estos excesos normativos, que nada abonan en crear un clima de verdadera seguridad jurídica.

Por lo demás, no puede considerarse en serio que todos los menores de edad sean un verdadero «instrumento» en las manos del agente, en tanto este ha de ser el fundamento de incidir en una reacción penal de contornos más intensos, la perturbación en la normal autorrealización personal del impúber y lo corrosivo que resulta, de ingresarlo en actividades ilícitas, de naturaleza tan nociva, como la Extorsión. No puede predicarse de forma general que todo menor de edad es un *instrumento en las manos de un adulto, en tanto la sociedad actual, muestra claramente que los adolescentes están en capacidad cada vez más, de alcanzar un desarrollo genésico pleno de forma más temprana, merced al desarrollo científico y tecnológico, en cuanto a la mayor aprehensión y contacto de éstos en las diversas actividades de la vida social*[692]*; de forma, que ante personas de 16 años de edad, que de forma voluntaria ejercen este tipo de actos luctuosos, no se puede decir en serio que*

(692) Así, Cámara Arroyo, al sostener que (...) el concepto de adolescencia no puede ser encorsetado a una cuestión puramente biológica, sino que mantiene una marcada significación cultural; *La Reforma de la Justicia Juvenil...*, cit., p. 58.

son verdaderos sujetos irresponsables y/o inimputables, conocedores que la ley, parte de una presunción legal iure et de jure, que no admite prueba en contrario, basado en una consideración de política criminal[693][694].

A nuestro parecer, debe procederse a una distinción entre el niño y el adolescente, para así atender a la verdadera naturaleza de las cosas, pues recoger un criterio tan general, puede arrastrar a conclusiones punitivas desafortunadas, como se apunto en el ámbito de los delitos de Hurto y de Robo agravado.

8.2. La extorsión en el ámbito de la construcción civil - Decreto Legislativo N° 1187

La legislación, en general, debe adecuar su composición normativa, a los nuevos hechos que van sucediendo, en cada contexto histórico-social, es por eso, que el Derecho positivo vigente, ha de renovarse constantemente, a partir de las reformas legales que así lo convengan.

Siendo esto así, son muchas las oportunidades, en que los medios de comunicación social, difunden noticias relacionadas con los trabajadores de construcción civil, comprometidos en típicos actos de Extorsión, quienes a través del uso de la violencia y/o la amenaza, exigen a las empresas constructoras y afines, a que contraten a sus operarios en las obras que están construyendo; lo cual se ha convertido en una práctica usual en todo el país,

---

(693) Así, cuando Cámara Arroyo señala que (...) toda determinación del límite mínimo de edad responsabilidad penal no se corresponde con ninguna deducción científica acerca del grado de madurez del menor, sino que se trata de una cuestión de política criminal; La Reforma de la Justicia Juvenil..., cit., p. 59; Así, Gómez Rivero, citada por Bolea Bardon, para quien la ratio de la presunción de que parte el legislador de que el menor carece o tiene disminuida su capacidad de culpabilidad, no se basa en la imposibilidad de que el caso concreto pueda tener madurez, sino en necesidades político-criminales que aconsejan evitar su ingreso en prisión; La Autoría Mediata en Derecho Penal, cit., p. 328.

(694) Como apunta Cuello Contreras, la razón por la cual someter al menor y al joven a un régimen distinto al penal cuando ha cometido un delito estriba en la conveniencia político-criminal de que, por tratarse de alguien que se encuentra en una fase crucial de la vida (crisis de la pubertad), es fácil que lleve a cabo actos de rebelión de naturaleza antisocial que, aunque se le pueden imputar, es más conveniente no hacerlo, al menos en los mismos términos en que se imputan al autor adulto, porque se trata de una crisis pasajera en la que, sin necesidad de intervención del Estado tan drástica como la penal, desaparecerán sin dejar huella con la simple evolución hacia la adultez, y porque la intervención estatal, que alcanza desgraciadamente también al Derecho penal juvenil, sí la deja, estigmatizando al menor (casi siempre procedente de los estratos más bajos de la sociedad) que muy pronto fue sometido al Derecho penal (incluido el de menores), iniciándole en la denominada "carrera criminal" (...); *El Derecho Penal Español. Parte General*, cit., p. 971.

donde personajes involucrados en esta actividad, no dudan en ejercer los actos más reprobables de violencia y agresión, para así obtener ventajas en sus objetivos laborales. Situación que coloca en grave riesgo, el normal funcionamiento de las actividades ligadas a la construcción (contratistas), así como la integridad de las personas que la representan.

La mayoría de obras públicas en Lima y en algunas Provincias estarían controladas por aparatos criminales que cobran "cupos", a todos los empresarios y contratistas; es decir, lo que estas organizaciones exigen es que se contrate a un determinado número de miembros de sus respectivos sindicatos. Amenaza que toma lugar mediando el anuncio de un mal inminente a la vida, cuerpo y salud del destinatario del mensaje o persona estrechamente vinculada a aquél. Siendo que en algunas oportunidades, estos operarios que son contratados, ni siquiera llegan a efectuar su labor, repercutiendo en una pésima calidad de la obra.

Las mafias de construcción civil dedicadas a la extorsión tienen zonas dominadas a las que llaman su "territorio", por ello cuando conocen del inicio de una obra, lo primero que hacen es averiguar el nombre de los ingenieros a cargo, para chantajearlos y amenazarlos, a ellos como a sus familias, conforme lo sostenido por el jefe de la DIRINCRI - general José Lavalle Santa Cruz, a diversos medios de comunicación social. Se informa asimismo, que las mafias de construcción son dirigidas por unos 470 temidos delincuentes, que están libres o recluidos en algún penal del país y, que, entre el 2011 y lo que va del 2015 han sido asesinados catorce dirigentes de la Federación de Trabajadores de Construcción Civil afiliados a la CGTP que se oponían al pago de "cupos" a estas organizaciones criminales. No sólo estamos hablando, de sistemáticas Extorsiones por parte de los integrantes de estos Sindicatos, sino de Asesinatos por doquier.

En un Estado Constitucional de Derecho, si bien se tutela la libre asociación y sindicalización de los ciudadanos, no por ello se ampara también los actos ilícitos que se puedan cometer desde su estructura organizacional, de manera que la cobertura legal y laboral del «Sindicato», no puede ser empleada como una cobertura de impunidad, máxime cuando de por medio esta la afectación de bienes jurídicos fundamentales.

Es de verse, la urgencia de medidas drásticas y efectivas para prevenir y controlar estas acciones luctuosas, que hace rato han desbordado las cifras normales de la criminalidad, colocando a las personas involucradas en el negocio de construcción, en un estado de pánico y zozobra. Por consiguiente, el tema pasa por identificar plenamente a los autores y/o partícipes de estos eventos delictivos, por lo que regular la operatividad y funcionamiento de los Sindicatos de «Construcción Civil» es una misión de primera línea del Estado, que se ha asumido a través de la emisión del Decreto Legislativo N° 1187, del 16 de agosto del 2015 - establece las normas, las medidas de pre-

vención y sanciones contra la violencia en la actividad de construcción civil, tal como se declara en su primer articulado.

Estableciéndose en el artículo 3° (*in fine*), que son fines del presente Decreto Legislativo, los siguientes:

- Prevenir la violencia y contrarrestar los delitos vinculados a la actividad de construcción civil.
- Contribuir con la mejora de la seguridad ciudadana y el orden público en la actividad de construcción civil.
- Promover mecanismos que aseguren la integridad física de los empleadores y trabajadores de la actividad de construcción civil.
- Velar por el libre ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores de la actividad de construcción civil.
- Articular acciones entre las autoridades de la administración pública que cumplen funciones vinculadas con la prevención y lucha contra la violencia en la actividad de construcción civil.

En suma, lo que se pretende con la presente Ley es hacer frente a este flagelo social, desde diversos planos a saber, que de forma conjunta puedan articular respuestas en realidad «preventivas», dejando un espacio de actuación importante al Derecho penal, tal como se aprecia de la modificación producida en el artículo 200° del CP.

Resulta interesante destacar de la norma, in examen, que el Registro Nacional de Obras de Construcción Civil – RENOCC, es obligatorio para las empresas contratistas y sub-contratistas que, conforme al artículo 12 de la Ley de Fomento para la Inversión Privada en la Construcción vigente, realizan obras de construcción civil cuyos costos individuales exceden las cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UITs); por otro lado, que la llamada «Cuota sindical», *debe realizarse necesariamente mediante el mecanismo de retención por parte del empleador*, estando el empleador obligado a realizar el depósito de las cuotas retenidas en una cuenta del sistema financiero, de titularidad de la organización sindical, en un plazo no mayor de tres (03) días hábiles de efectuada la retención. Está prohibido el abono de las cuotas retenidas en cualquier otra modalidad bajo sanción administrativa, de conformidad con lo establecido en la Ley General de Inspección del Trabajo. La bancarización de las cuotas sindicales, es fundamental para controlar las sumas retenidas como el destinatarios de la misma y así evitar el pago de cuotas por debajo de la mesa que obedezcan a otras razones. Es por ello, que *la organización sindical perceptora de la cuota sindical debe proceder a la apertura de una cuenta en el sistema financiero*. El registro sindical habilita a ser titular de una cuenta en el sistema financiero.

Se alienta y fomenta en la normatividad, la participación de la ciudadanía en la persecución de estas ilicitudes penales, generando la posibilidad de activar todo un mecanismo de protección de víctimas y testigos, sabedores que los individuos que integran estas organizaciones -en puridad *delictivas*- no tienen el menor reparo para ejercer la amenaza y la violencia en su ilegal accionar, por lo tanto de presionar a todos aquellos que pretendan hacer público estos actos luctuosos. Así, se desprende del artículo 7° (*in fine*) de la normatividad -in comento-.

MODALIDADES TÍPICAS:

Aprovechando su condición de integrante de un sindicato de construcción civil; la agravante incorporada responde a la calidad especial del agente, en cuanto un trabajador de Construcción Civil integrante de un Sindicato, que dadas las condiciones surgidas en los últimos tiempos en el Perú, estas estructuras sindicales se han convertido en focos de grave delincuencia, lo que precisamente ha sido recogido por el legislador para dar patente a la presente hipótesis de «agravación». A nuestra consideración, la materialidad de este supuesto no requiere de una membrecía y/o pertenencia formalmente perfecta del agente a la estructura sindical, por lo que una irregularidad al respecto, no afecta la configuración de la misma. Lógicamente, quien se hace pasar como sindicalista de esta actividad -no siéndolo en realidad-, no se le puede aplicar la agravante en cuestión, sin defecto de poder subsumir en otra de las variantes del injusto agravado de Extorsión. Necesariamente debe verificarse que el autor haya cometido el hecho punible, en *aprovechamiento de la calidad de sindicalista de construcción civil,* al constituir este elemento, el fundamento de la agravación, v. gr., si éste actúa como integrante de una organización delictiva ajena a esta estructura laboral (cobran cupos a todo tipo de empresarios), a pesar de ser sindicalista, no se dará este supuesto delictivo en estudio.

Simulando ser trabajador de construcción civil; en este supuesto del injusto agravado, apreciamos un agente que para cometer el hecho punible (Extorsión), aparenta ser un operario de construcción civil y, así logra generar el temor fundado en su víctima, a efectos de que ésta le entregue una ventaja de orden patrimonial o de otra índole. Circunstancia como la descrita, amerita que el autor genere una percepción objetiva de tal cualidad a la vista del sujeto pasivo, por lo que una simulación burda e inocua no puede ser valorada positivamente por el operador jurídico, para aplicar la agravante en cuestión, aún la víctima haya procedido a entregar lo solicitado por el sujeto activo, dejando intacta su culpabilidad por el tipo base.

9. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Según se desprende de la redacción normativa del artículo 200°, se evidencian dos modalidades típicas, debidamente marcadas: primero, cuando se ejerce la violencia y/o la amenaza sobre el sujeto pasivo, a fin de hacerse el autor de una ventaja económica indebida y, segundo, cuando mediando la privación de libertad de una persona (rehén), el agente también obtiene una ventaja económica o de cualquier otra índole.

Según lo expuesto, en la primera modalidad, los actos de violencia física o de amenaza grave, que han de producirse deberán reputarse como delito tentado, siempre y cuando cuenten con idoneidad para obligar a la víctima a la disposición patrimonial; por ende, la perfección delictiva ha de fijarse cuando el autor logra la obtención del beneficio, sin que quepa exigir su disponibilidad. Para un sector de la doctrina, sería suficiente que la víctima se haya desprendido de su patrimonio, por lo que no sería necesario el apoderamiento fáctico(695); en otros términos el delito se consuma cuando la víctima otorga ventaja obligada por el constreñimiento de los medios empleados, sin importar o no ser necesario que aquella ventaja llegue a manos del o de los agentes(696). Postura a la cual disentimos, en el sentido de que si estamos hablando de un delito que ataca el patrimonio, no sólo ha de observarse el menoscabo de aquel por parte de su titular, sino también la posibilidad concreta que debe tener el agente, de incorporar el bien a su esfera de custodia. ¿Qué pasaría entonces, en el caso, de que la víctima entregue el dinero a un intermediario, que se aprovecha de la circunstancia y no lo entrega al extorsionador, sino más bien lo ingresa a su custodia? No podemos dar por consumado el delito, pues no hay posibilidad de beneficio patrimonial.

No puede dejarse pasar el hecho de que nuestra ley positiva, hace mención en la descripción típica, al verbo "entregar", mas no como es el caso del artículo 168° del C.P. argentino, que se incluyen también el envío, depósito o poner a su disposición o a la de un tercero. Como expone Creus, en la entrega, el delito se consuma cuando el objeto es dado al autor o al tercero, en cuyo caso el momento del desapoderamiento se confunde con el apoderamiento(697).

Se advierte un intervalo de tiempo entre el despliegue de la amenaza con el desprendimiento del dinero por parte del sujeto pasivo; si bien este

---

(695) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 469; Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 312-314; Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 476; Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 470.

(696) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 363.

(697) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 476; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 470.

último dato puede significar ya una merma en el patrimonio, ha de convenirse que aquel ingrese al poder fáctico del agente para su efectiva realización típica.

Queda, entonces, el análisis sobre la modalidad de la extorsión con rehén; conducta que en realidad da lugar a un secuestro, al margen de su inclusión de *lege lata* por parte del legislador; máxime cuando la privación de libertad adquiere un tiempo significativo. Bajo esta hipótesis, la mayor intensidad de la acción antijurídica recae sobre la libertad personal del rehén, por ello, no podemos señalar como el acto consumativo, la entrega efectiva de la ventaja económica indebida, sino a partir de que la víctima del comportamiento típico, resulta privado de su libertad(698), de todos modos el ánimo que motiva al autor a cometer este hecho, es importante a efectos del juicio de subsunción jurídico-penal. No es necesario, siquiera, que la víctima de la maniobra extorsiva se entere de la exigencia del autor, pues, según los términos de la ley, es suficiente que la intención de sacar rescate exista en el ánimo del agente con motivo de la detención(699).

Se puede decir, por lo tanto, que es un delito de efectos permanentes(700), que ha de cesar, cuando el rehén recobra su libertad personal. La tentativa tomaría lugar en todos aquellos actos que de forma decidida se dirigen a la privación de libertad del futuro rehén.

10. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La figura delictiva contenida en el artículo 200°, en sus dos modalidades típicas, sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta, ejerciendo una fuerza física intensa o una amenaza grave, obligando a la víctima, a que le otorgue una ventaja económica indebida. El dolo debe de abarcar el propósito perseguido por el agente, en cuanto a la obtención del beneficio indebido.

En cambio el secuestro extorsivo, importa no sólo el dolo, la conciencia de ilegitimidad, en lo que respecta a la privación de libertad de una persona, sino también debemos agregar un plus anímico de naturaleza trascendente: de hacerse con una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole.

---

(698) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 470; Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 317.

(699) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 274.

(700) Así, Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 275.

ARTÍCULO 201.- CHANTAJE

El que, haciendo saber a otro que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente o a un tercero con quien esté estrechamente vinculado, trata de determinarlo o lo determina a comprar su silencio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

1. ALCANCES PRELIMINARES, BIEN JURÍDICO

La posibilidad de alcanzar un beneficio económico indebido, puede materializarse a partir de una serie de conductas, tal como hemos visto en el caso del hurto, el robo, la apropiación ilícita, etc. En el caso de la Extorsión no se produce una maniobra fraudulenta, a fin de que el sujeto pasivo proceda a la disposición patrimonial, como sí sucede en la Estafa; pues es de verse que el autor, mediando el despliegue de una violencia física intensa o una amenaza grave, logra reducir al máximo la voluntad de resistencia de la víctima, por lo que ella misma es quien otorga la ventaja económica indebida al agente. Lógicamente, se manifiesta una voluntad viciada, por el constreñimiento de que es objeto el ofendido.

La conducta antes reseñada tiene por plus de sustantividad la violencia, por lo que es reprimida con una pena de por sí drástica; mas la obtención de un beneficio patrimonial ilícito también puede obedecer, a otra naturaleza de comportamientos, que sin usar medios de coacción, puede conseguir dicha finalidad. Nos referimos a la figura delictiva del «chantaje», que toma lugar en el artículo 201° del C.P.

Hemos de advertir, que en algunas circunstancias, ciertos individuos que conocen aspectos de la vida íntima, familiar, laboral, empresarial de otra persona, cuyo titular quiere mantener en reserva, aprovechan dicha información para chantajear a sus víctimas y, así hacerse de un beneficio patrimonial ilícito. Como bien lo expresa el tipo penal el autor lo que hace es determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio.

Ha de convenirse que el bien jurídico tutelado es el patrimonio, a fin de seguir un criterio sistematizador en el Capítulo VII; sin embargo, también hemos de apreciar un constreñimiento a la libertad decisoria del sujeto pasivo, quien se ve coartado en su faz volitiva, a fin de evitar que el hecho sea divulgado al exterior.

En el chantaje la voluntad del sujeto pasivo se encuentra condicionada, por la amenaza de que si no cumple con comprar el silencio del agente,

éste publicará, denunciará o revelará el hecho o el acto que la víctima pretende mantener en reserva[701].

El autor pone en jaque a la víctima, anunciándole la posibilidad de divulgar ante terceros, hechos o conductas, que el ofendido quiere que no se conozcan, de no ser así, no existiría le medio coaccionador; no sólo referidos a su persona, sino también imputaciones sobre personas vinculadas al mismo. El artículo 169° del C.P. argentino, hace alusión a imputaciones contra el honor o de la violación de secretos.

Si la divulgación del hecho, tiene que ver con aspectos propios de la privacy, puede decirse que también afectan la intimidad personal, mas el acento lo ha puesto el legislador en el patrimonio, lo que no obsta a que se pueda presentar un concurso de delitos, con la conducta típica contenida en el artículo 154°, puesto que el agente puede haber obtenido la información por los medios que se glosan en el articulado antes mencionado. En definitiva, lo que se pretende dañar es el honor o la intimidad si no hay respuesta definitiva del sujeto pasivo[702].

Podría decirse que también se atenta contra el honor, bajo la salvedad que el mal anunciado se dé a la luz y, ello supongo una afectación a la concreta participación del individuo en los procesos sociales[703].

El menor viso de una violencia física o de amenaza grave, la conducta ha de ser calificada como extorsión.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Puede cometerlo cualquier individuo, no se exige una especial calificación funcional, por lo que es un delito común; pudiéndose configurar a título de autoría mediata.

2.2. Sujeto pasivo

De igual forma puede ser cualquier persona, pero para que un individuo pueda verse realmente amenazado, debe contar con mínimas facultades psico-cognitivas, de tal forma que los privados de discernimiento y algunos menores no podrán ser incluidos como víctimas.

---

(701) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, II-A, cit., ps. 479-480.

(702) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal....*, II-A, cit., p. 480.

(703) Vid., al respecto, Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 226.

2.3. Modalidad típica

En la doctrina nacional, se apunta que el delito en cuestión gira en torno a la intimidación de la que es objeto el sujeto pasivo, mediante la amenaza de la divulgación de un hecho o conducta que pueda perjudicar a él o a un tercero con quien está estrechamente vinculado[704].

Según la redacción normativa, la tipicidad tiene lugar, cuando el agente anuncia a su víctima que conoce de un hecho o conducta, cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente a un tercero; quiere decir entonces, que primero debe darse una especie de amenaza, un aviso serio, que de seguro debe ir aparejado con ciertos datos, para que pueda surtir efecto en la esfera decisoria del sujeto pasivo, de hacerle saber la firmeza de que pondrá al descubierto ciertas circunstancias que lo involucran a él o a un tercero. Los medios por los cuales se vale al autor resultan indiferentes, v.gr., vía telefónica, correo electrónico, por una misiva escrita, etc.[705], lo importante a todo esto es que sean idóneos para que la transmisión del mensaje sea claro, que sea debidamente canalizado por el receptor.

La amenaza supone un acto de incidencia psicológica, que el legislador la ha concebido como un acto de determinación, que a su vez da lugar a una obligación de prestaciones recíprocas. Por un lado, el sujeto pasivo se compromete a pagar un precio a cambio del silencio del agente y, éste último a no propalar el hecho que puede perjudicar al primero. Indudablemente, la amenaza constituye una fuerte presión sobre la víctima a fin de que convenga en pagar el silencio del agente, escribe Peña Cabrera. Aquí el temor a la revelación pública de un hecho que atenta contra el honor de la víctima o de una persona ligada a ésta, constituye el factor más importante[706]; por lo general importará un aspecto de la privacy, como por ejemplo la opción sexual del ofendido, que pretende mantener en secreto, un acto de infidelidad, ciertas enfermedades letales como el VIH, antecedentes criminales, etc. No lo puede ser a nuestra estimación, que se ponga en conocimiento su calidad de deudor, a menos que la víctima pretenda ocultar su estado de insolvencia. No cabe negar una dosis de subjetivismo, en lo que refiere a la aptitud perjudicial del hecho que se pretende publicar. En ese sentido, dice Donna, es claro que una amenaza de imputación meramente privada no alcanza, sino lo que hay que tener en cuenta es el temor al escándalo[707].

---

(704) Bramont-Arias Torres/ García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 371.

(705) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 474; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 226.

(706) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., p. 482.

(707) Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. II-B, cit., p. 227.

La posibilidad aptitud perjudicial de la noticia o del hecho que se anuncia divulgar, forma parte de la tipicidad penal del comportamiento, que determina su relevancia típica, pues no puede producir afectación alguna poner a conocimiento de terceros un hecho que ya es conocido por terceros o que es en su nimio o insignificante, no importa entonces, una condición objetiva de punibilidad.

Cuando el hecho que se conoce tiene una connotación delictiva, como por ejemplo la amenaza de divulgar un acto de corrupción que se atribuye a un funcionario público, también configura el delito *in examine*. Se dice, que el hecho puede ser verdadero o falso[708], pues es lógico que por más que no ajuste a la verdad, de todos modos puede causar un perjuicio. Empero si el hecho es efectivamente divulgado, podrá entrar en concurso con los injustos de injuria, calumnia o difamación[709], como se sostuvo en el marco de los delitos contra el honor, la veracidad del contenido de la imputación no necesariamente importa la atipicidad penal de la conducta.

Ahora bien, dice el tipo penal, que en la amenaza que el agente profiere, debe mostrarse llano a publicar, denunciar o revelar el hecho o conducta. Por «publicar» ha de entenderse la forma por la cual el autor, divulga la noticia por medios susceptibles de llegar a un número indeterminado de personas, puede ser por una publicación escrita, vía radial, etc. «Denunciar» importa poner en conocimiento el hecho ante las autoridades estatales competentes, ora a la policía ora al Ministerio Público, de un modo formal; si este hecho le da apariencia de un supuesto delito y, sabiendo que en realidad no se ha cometido, puede entrar en concurso con el tipo penal de denuncia calumniosa. Por su parte «revelar» significa poner a la luz el hecho, de extender su conocimiento a terceros.

Finalmente, el hecho o la noticia que se pretende poner a la luz, puede tener como protagonista a un tercero, donde la persona sobre quien recae la amenaza, pretende defender su intimidad, de lo que se infiere que debe existir una estrecha relación entre ambos. El amante que es chantajeado, para que no se publiquen las fotos en las que aparece con su amante, a fin de que no se ponga en descubierto su infidelidad o, inclusive siendo personas libres, pero una de ellas es una actriz famosa, donde en las fotos se encuentra desnuda, siendo captada la imagen por los paparazis. En este último caso, podría darse un concurso con el tipo de violación a la intimidad, si es que el agente registró las imágenes en un ámbito estrictamente privado.

Enseña Núñez, que una persona moral puede ser ofendida patrimonialmente por la extorsión y ser titular del honor (crédito) o del secreto en peligro, pero únicamente sus miembros o representantes pueden ser los sujetos pasivos de la amenaza, pues sólo ellos pueden experimentar sus

(708) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino,* T. IV, cit., p. 311.

(709) Así, Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 483.

efectos sicológicos[710]. En efecto, el autor puede anunciar dar a la luz cierta información que pueda perjudicar el prestigio de una empresa, pero para que estemos ante un chantaje, dicha amenaza debe incidir directamente sobre las personas que ejercen sus órganos de gestión y/o de representación, al gerente general por ejemplo, quien administra la persona jurídica.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Si estamos hablando de un delito que atenta preferentemente el patrimonio, no puede haber perfección delictiva, si previamente no existe un desprendimiento del dinero por parte del sujeto pasivo y ésta llega a manos del chantajista, de común idea con lo anotado en el caso del artículo 200°. No resultando necesario, que al autor haya aprovechado el beneficio indebido.

La amenaza que se da conjuntamente con el anuncio de divulgar el hecho, si no se compra el silencio, podrá ser reputado como delito tentado, siempre y cuando haya tenido aptitud de efectos psicológicos positivos para con el ofendido.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La conducta que se contiene en el artículo 201°, sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta, anunciando a la víctima que si no compra su silencio, lo divulgará, publicará o denunciará, es consciente de estar incidiendo psicológicamente al sujeto pasivo, para obtener un beneficio patrimonial ilícito.

A nuestro entender el propósito de obtener un provecho, se encuentra insito en el dolo del agente[711], pues de no ser así, no habría razón alguna de que el autor anuncie la publicación del hecho a su víctima.

---

(710) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 271.

(711) En contra Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 371.

CAPÍTULO VIII
USURPACIÓN

ARTÍCULO 202.- USURPACIÓN

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años:

1. *El que, para apropiarse de todo o en parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.*
2. *El que, con violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.*
3. *El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble.*
4. *El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.*

La violencia a la que se hace referencia en los numerales 2 y 3 se ejerce tanto sobre las personas como sobre los bienes.[712]

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

Dando un vistazo a las figuras delictiva antes estudiadas, ha de convenirse que en principio el bien jurídico es la propiedad, de forma comprensiva la plena disponibilidad de los derechos reales inherentes a la misma, en la medida que el sujeto pasivo cuando es desposeído del bien mueble, pierde toda posibilidad de uso y disfrute, así como de enajenar el objeto. Caracterización identificable en los delitos de hurto, robo y apropiación ilícita, con los matices que en cada uno de ellos se ha puesto de relieve.

---

(712) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013.

El Derecho penal debe construir sus preceptos conforme a las características que cada caso presenta, cuando el bien jurídico es objeto de ataque por la conducta lesiva, en tal virtud se ha formulado normativamente una tipicidad penal que responde a la naturaleza del objeto material del delito, nos referimos a la «Usurpación». Si se ha dicho que en los injustos de hurto y de robo el objeto material del delito es un bien mueble, en los injustos de Usurpación el objeto material es un bien inmueble, pero ello no quiere decir, que el comportamiento prohibido supone la apropiación de un bien inmueble, sino el *ius possessionis*, la tenencia del bien, cuando la víctima es despojada del ejercicio de un derecho real; (...) la naturaleza misma de las cosas hace imposible la acción de apoderamiento, dada su inamovilidad, la que resulta reemplazada, en términos generales, por el acto de ocuparlas desplazando al que las tiene en su poder(713). Más cabe también anotar que mediante el delito de estafa, una persona puede perder la propiedad de un bien inmueble, cuando se utiliza el fraude, ardid o engaño.

Con la incriminación de esta conducta se pretende tutelar, entonces la posesión de los bienes inmuebles, su real use y disfrute, por lo que debe rechazarse cualquier postura que se oriente a fijar a la propiedad como bien jurídico protegido. La discusión que puede haber entre dos personas o más sobre el título dominical de un bien inmueble, ha de ventilarse en el Derecho privado; aquello no le interesa al Derecho penal, el *ius puniendi* estatal sólo ha de intervenir ante aquellas conductas lesivas que atentan contra el ejercicio de los derechos reales que toman lugar en los bienes inmuebles.

Ahora bien, con lo dicho, no se quiere decir, que el Derecho penal tenga que intervenir ante todo ataque a la posesión de un bien inmueble, pues para que pueda garantizarse su legitimación en esta esfera de la criminalidad, se requiere identificar un plus de sustantividad, que ha de sostenerse sobre los medios comisivos que emplea el agente para perpetrar el injusto, nos referimos a la violencia, la amenaza y el abuso de confianza, tal como se desprende del artículo 202° del C.P.., de no ser así estaríamos contraviniendo los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*. Tradicional es también la distinción entre lo que para nosotros podría llamarse despojo, la turbación de posesión y la remoción de términos, por medio de la cual se alteran los signos materiales de dominio, acción de la que puede resultar una invasión parcial del inmueble ajeno, escribe Soler(714).

Peña Cabrera señala que la usurpación se caracteriza por incidir exclusivamente sobre bienes inmuebles, resueltamente es una forma de ataque contra el patrimonio inmobiliario, por lo que el bien jurídico es el tranquilo

(713) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 581.

(714) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 481; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 581.

disfrute de los bienes inmuebles, entendido éste como la ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier derecho real sobre los mismos[715].

La propiedad no se protege en relación al título de dominio del inmueble o al título de derecho real, sino en relación al hecho de la tenencia, posesión o cuasi-posesión, esto es, respecto del ejercicio efectivo de la tenencia o posesión ejercida sin título que dé derechos a ellos[716].

2. BIEN JURÍDICO

Las conductas típicas que se comprenden en el artículo 202° del C.P., no tienden a tutelar el patrimonio desde una acepción universal, sino de forma concreta el uso y disfrute de los derechos reales[717], esencialmente la posesión, que se ve mermada y atacada cuando la víctima es desocupada del bien inmueble, mediante la alteración de linderos o la turbación de la posesión. Por ello, cuando a pesar de producirse una ocupación ilegítima en un bien mueble, más no se desocupa a su poseedor, no habrá Usurpación, pero sí Allanamiento de domicilio.

En la ejecutoria recaída en el RN N° 3536-98-Junín, se señala lo siguiente: "*Que, de otro lado no sólo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de las facultades que tiene su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo doscientos dos del Código Penal, presupuestos que no concurren en el presente caso*"[718].

Merece destacar la postura de Bustos, quien escribe que la protección, a la inversa que en las cosas muebles, está sumamente adjetivada. Sólo se protege si hay violencia o intimidación y/o si hay utilidad, lo que parece lógico ya que a diferencia de los que ocurre con las cosas muebles (salvo en el caso de los vehículos a motor) lo único que se protege es el tranquilo disfrute (el delito es sólo una perturbación de él), ya que es imposible que se pierda la disponibilidad del inmueble[719].

---

(715) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 496; Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV)*, cit., p. 644.

(716) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 478.

(717) Así, Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 590; Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 377; Donna, E.A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-B, cit., p. 730.

(718) Rojas Vargas, F.; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 624.

(719) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 223.

Debe también mencionarse que en el caso de la conducta contenida en el inc. 2), también es objeto de ataque la libertad personal, la vida, el cuerpo y la salud de los ocupantes del bien inmueble, por lo que sólo en este caso habríamos de identificar un bien jurídico complejo.

3. BIEN INMUEBLE

Como se sostuvo en el estudio dogmático del delito de hurto, bienes muebles son todos aquellos susceptibles de ser valorados económicamente en el mercado, que pueden ser trasladados de un lugar a otro, como los semovientes o animales, objetos, muebles, etc. En oposición a los anteriores, son inmuebles aquellos bienes que no pueden transportarse de un lugar a otro sin que se destruyan (no tienen la particularidad de los muebles). Generalmente se encuentran adheridos al suelo, o en todo caso participan de la inamovilidad de éste. Por ejemplo, una casa, un predio rústico, las minas, etc[720].

Según el artículo 885° del C.C., modificado por la Ley N° 28677 del 01 de junio de 2006, se consideran bienes inmuebles: el suelo, el subsuelo y el sobresuelo, el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales, las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos y las naves y aeronaves.

La clasificación de inmuebles «por su naturaleza», da lugar en la doctrina entendida en la materia, que son los bienes inmuebles por excelencia. Aquellos bienes materiales que permanentemente están fijos o adheridos a un lugar (el suelo) y, por consiguiente, no pueden ser transportados ni cambiados de un lugar a otro. Por eso se les llama inmuebles por naturaleza, porque no está en la voluntad del hombre el hacerlos variar de sitio[721].

A nosotros lo que nos interesa es formular un concepto de "bienes inmuebles", que pueda ajustarse a los comportamientos típicos que se glosan en el artículo 202°, en cuanto a su concepción punitiva, que se trate de inmuebles susceptibles de ser ocupados y/o objeto de alteración en sus linderos correspondientes.

En relación a los inmuebles por accesión, es preciso puntualizar que las construcciones realizadas con carácter temporal no serán pasibles del delito de usurpación, pues tienen la calidad de muebles, dado el estado transitorio de su construcción; pero si bien es cierto no habrá usurpación por la accesión del edificio, sí lo habrá por ocupación del terreno donde se haya construido[722].

---

(720) Ramírez Cruz, E.M°.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 127.

(721) Ramírez Cruz, E.M°.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 133.

(722) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 501.

Se requiere, entonces, de un terreno, edificado o no, que pueda ser ocupado y, que se encuentre adherido al suelo, por lo que no pueden ser transportados, desplazados de un lugar a otro.

4. DELITO PERMANENTE

Un sector de la doctrina nacional, considera que los delitos de usurpación son de comisión instantánea. De esta postura, es PRADO SALDARRIAGA, quien escribe lo siguiente "En la usurpación la acción acontece de modo inmediato y concluye excluyendo a la víctima de su posesión. Y esto último determina la consumación del delito y, por ende, el inicio de la prescripción. El que el inmueble se mantenga en poder del agente más o menos tiempo constituye un efecto posterior a la consumación, y que ya no implica despojo. La usurpación, pues, en su forma de despojo es un delito instantáneo pero que puede tener efectos permanentes"(723). De la misma perspectiva se muestra ROY FREYRE, al escribir que salvo la figura de "utilización abusiva de aguas, todas las demás hipótesis contenidas en los Arts. 202 y 203 del C.P. son delitos instantáneos si atendemos a la carencia de tracto de las acciones indicadas por los verbos principales empleados en los tipos legales(724).

Para poder dilucidar la problemática con corrección, es necesario remitirnos a conceptos propios del Derecho civil, en tanto el delito de usurpación afecta y limita determinados derechos reales, derechos subjetivos que una persona posee sobre un determinado bien inmueble. La acción típica de este tipo penal, es decir, sus efectos perjudiciales pueden recaer –tanto en el propietario poseedor como en el poseedor no propietario-, en suma, no se protege *strictu sensu* la propiedad como derecho real, sino las facultades dominicales que recae sobre el bien, que es el use y disfrute, propiedades que únicamente pueden ejercerse cuando el sujeto pasivo se encuentra en posesión del bien inmueble; obviamente, la punición viene condicionada por el uso de una violencia física, de inminente amenaza psicológica o de un abuso de confianza(725).

Por lo antes dicho, habrá que afirmar, que mientras el sujeto activo de la acción típica se mantenga en posesión ilícita del objeto material del delito, se va a configurar un estadio antijurídico, el cual se prolongará en el tiempo durante su ilícita posesión; este estadio, supone una afectación de los

---

(723) PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR R.; *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I, IDEMSA. Lima, 1996, p. 162.

(724) ROY FREYRE, L.E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 72.

(725) MUÑOZ CONDE en el análisis dogmático del delito de usurpación enfatiza, que la acción consiste en ocupar (una cosa inmueble) o en usurpar (un derecho real inmobiliario ajeno). Tanto en un caso como en otro, se requiere una apropiación y una coetánea desposesión del inmueble o derecho real; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 352.

derechos reales del sujeto pasivo mientras dure ese estado antijurídico, por lo tanto, no vemos objeción para considerar al delito de usurpación y actividades típica conexas, como un delito permanente. La usurpación –despojo material, turbación de posesión y destrucción o alteración de linderos- como todo delito permanente, supone la producción al bien jurídico de una ofensa que se mantiene en el tiempo –generando una especie de "*estado antijurídico*"- hasta tanto el sujeto activo decide su cesación o se ve compelido a ella(726).

Apoyada la tesis mencionada en argumentos de política criminal, en la práctica la cesación del estado antijurídico, es decir, la desocupación del bien demora a veces años, si consideramos a la usurpación como un delito instantáneo, muchos autores quedarían fuera de la persecución penal, puesto que se colmarían muchas veces los plazos prescriptorios, *contrario sensu*, considerar esta figura delictiva como "permanente" garantiza las función preventiva de la norma jurídico-penal, en tanto la violencia que se ejerce para lograr la desocupación del morador, debe ser entendida como medio por el cual se vale el agente para lograr su intencionalidad(727), de ahí que se pueda ejercer la acción penal en plazos temporales idóneos. La temporalidad dilatada –argumenta Peña Cabrera- fundamentalmente, aleja los posicionamientos de creer encontrar en este precepto exclusivamente el delito instantáneo(728).

En la siguiente ejecutoria (R.N. N° 3536-98-Junín), se sostiene lo siguiente: "*Que, de otro lado el delito de usurpación no sólo protege el dominio que se ejerce sobre un inmueble sino, propiamente el ejercicio de las facultades que tienen su origen en derechos reales que se ejercen sobre él, requiriendo, además, de parte del sujeto activo una especial intención de despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien por alguno de los modos señalados en la descripción típica del artículo doscientos dos del Código Penal, presupuestos que no concurren en el presente caso*"(729); mientras que en la sentencia recaída en el Exp. N° 696-93-B, se sostiene que: "*El delito de usurpación es de carácter instantáneo con efecto permanente, por lo que el término de prescripción de la acción penal se computa a partir de la fecha de la comisión del ilícito penal*"(730). En conclusión: será permanente en los deli-

---

(726) Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Huerto Tocildo, Susana; *Derecho Penal. Parte General: Teoría jurídica del delito*. 2da. Edición corregida y aumentada, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986, p. 162.

(727) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 1107-1108.

(728) Peña Cabrera, R.; *El delito de Usurpación*. En: "Debate Penal", N° 14. Año I, enero-junio de 1997, AFA Editores. Director: Raúl Peña Cabrera, cit., p. 54.

(729) Rojas Vargas, Fidel. *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal* (1999-2000). Idemsa, 2002, p. 624.

(730) Rojas Vargas, F.; *Código Penal...*, T. II, cit., p. 348.

tos de usurpación o despojo con ocupación; mientras que será instantáneo en el despojo de un derecho real sin ocupación[731].

5. TIPICIDAD OBJETIVA

a. Sujeto activo

Podrá ser cualquier persona, el tipo penal *in comento* no exige una cualidad específica para poder ser considerado autor a efectos penales. Es un delito común, donde los elementos en que se funda la punibilidad pueden ser trasladados sin ningún problema al hombre de atrás, por lo que la autoría mediata resulta plenamente admisible. Según la descripción del inc. 1), el agente puede ser un co-posesionario.

b. Sujeto pasivo

En este caso lo será todo aquel que ejercer la posesión, la tenencia real del bien inmueble al momento de la acción punible (*tempus comissi delicti*), al margen del título dominical que pueda presentar o, en cuanto al derecho por el cual asienta su posesión sobre el inmueble; lo que no obsta a que se pueda incluir al propietario poseedor. Puede tratarse, entonces, de un tenedor legítimo o ilegítimo, inclusive el precario es objeto de protección por el derecho punitivo.

c. Tipo subjetivo del injusto

Las modalidades del injusto de Usurpación que se glosan en la estructuración normativa del artículo 202° sólo resultan reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige de forma consciente su accionar delictivo, ora destruir, modificar y/o alterar los linderos del predio contiguo, ora a despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien inmueble, mediante el empleo de la violencia o de la amenaza que recae sobre los poseedores, ora turbando la posesión mediante violencia o amenaza. A nuestro entender cabe admitir el dolo eventual: «conciencia del riesgo típico»; puede darse un error de tipo en el caso de que agente yerre sobre la propiedad del inmueble, en el cual modifico los lineros, pensando que era suyo.

Se presenta en el tipo subjetivo del injusto un elemento, un añadido aparte del dolo, en el sentido de que la alteración de linderos[732], la desocupación de la víctima del bien inmueble, debe perseguir un ánimo específico

(731) Peña Cabrera, R.; *El delito de Usurpación*, cit., p. 55.

(732) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 391.

trascendente: de "apropiarse" de su posesión[733][734], pues si no es así, pese a concurrir destrucción de linderos, sería constitutivo de daños o, cuando lo hace para ingresar al bien y así hacerse de los bienes muebles que están en su interior (hurto). Si bien dicho elemento sólo hemos de identificarlo en el inc. 1), consideramos que es preciso, desde una consideración de orden sistemático que también se requiere su concurrencia en el segundo inciso; puede darse una desocupación violenta de un inmueble, para poder el agente apoderarse de sus bienes muebles y, aquello será constitutivo de robo y no una Usurpación. Mas en lo que a la turbación de la posesión refiere, la presencia de dicho ánimo lo convierte en un acto típico de desocupación.

5.1. Destrucción y alteración de linderos

El inc. 1) del artículo 202°, señala a la letra lo siguiente: *"El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo".*

En lo que respecta al bien jurídico, señala Creus, que a diferencia de lo que ocurre en la usurpación por despojo, en este delito, no sólo se ataca la posesión o tenencia, sino que la acción puede repercutir sobre el dominio mismo del inmueble, ya que las modificaciones introducidas por ella pueden menoscabar los elementos probatorios de su extensión[735]; en este caso ya la propiedad *per se* es objeto de afectación, siempre y cuando se trate de una propiedad que no cuente con un título debidamente inscrito en el registro[736]. No olvidemos que para la demanda de rectificación o delimitación de áreas o linderos, se debe acompañar los planos de ubicación y perimétricos, así como descripción de las edificaciones existentes.

Por lo general sujeto activo de esta modalidad criminosa será el vecino del sujeto pasivo, quien aprovecha su cercanía geográfica, para así verse beneficiado con un mayor espacio territorial; parece que dicha calidad es necesaria para que pueda configurarse la apropiación. El hecho de que de *lege lata* el legislador haya abierto dicha cualidad a cualquier persona, no puede llevar a una posición contraria[737], la conducta que se contiene en el tipo objetivo debe tener su correlato siempre en el tipo subjetivo, con arreglo al principio de sistematicidad.

---

(733) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 538.

(734) En opinión de Creus, no es necesario que el agente actúe con *animus domini*; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 598.

(735) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 597.

(736) Vid., al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, T. II, cit., p. 544.

(737) En contra, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 380.

Según de lo que se desprende de la redacción normativa, el agente a fin de apropiarse –total o parcialmente-, de un bien inmueble, destruye o altera los linderos del mismo. El modo de describir la figura señalando el propósito de la acción –para apoderarse de todo o en parte de un inmueble-, responde a la circunstancia de que la destrucción o alteración de un cerco o un alambrado, por sí misma no da la totalidad de los elementos necesarios para caracterizar el hecho desde el punto de vista de la ley penal(738). Con ello se quiere poner de relieve que la modalidad típica en cuestión no puede verse sólo desde la acción misma, sino que debe fijar conforme los fines que motivan la conducta, en este caso, de apropiarse de un bien inmueble, de no ser así podría que la destrucción o alteración de linderos, tengan por finalidad la sustracción de un bien mueble, dando lugar al tipo penal de hurto-. He ahí la razón, dice Soler de esa expresa referencia: la acción de destruir o alterar el cerco es o puede ser en sí misma equívoca, a diferencia de lo que se ocurre con la acción de despojo que, consistiendo necesariamente en la expulsión del propietario, objetiva y subjetivamente no ofrece dudas acerca de su verdadera naturaleza(739).

Los linderos son los límites físicos (cercos), naturales y otros, que determinan la línea divisoria entre un bien inmueble con otro, que se supone debe constar en la descripción física que se inscribe en el registro. En la legislación penal española se hace alusión a la alteración de los términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, tal como se desprende del artículo 246°. Al respecto González Rus, anota que los «términos» y las «lindes» no son sino una de las formas que adoptan en la práctica las señales útiles para esa demarcación, que, sin embargo, son muy variadas (mojones, piedras, postes, árboles, setos de jardines, líneas de pintura en aparcamientos, vallas de solares), etc.)(740); lo importante a todo esto es que la conducta determine una modificación del espacio geográfico de la propiedad.

Por «destrucción» ha de entenderse como la desaparición física total de los linderos, según las medidas perimétricas fijadas en su plano descriptivo; si estos son considerados como bienes muebles, su destrucción puede dar lugar al tipo penal de daños, cuando la conducta no viene seguida con un ánimo apropiatorio y, ésta intención ha de exteriorizarse cuando el agente luego de destruir los límites materiales del inmueble procede a su ocupación. En lo que respecta a la «alteración» de linderos, ello implica que el autor debe modificar de forma intencional su posición y/o ubicación originaria, para de esta forma poder ocupar un espacio territorial que legalmente no le

(738) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 592.

(739) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 491.

(740) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV)*, cit., p. 649.

corresponde. La alteración consiste en el cambio de lugar o corrimiento de ellos[741].

Puede decirse con propiedad, que tanto en la destrucción como en la alteración de linderos, se produce fuerza sobre las cosas, una energía física que determina una variación de los límites de propiedad, a diferencia de la ocupación que toma lugar en el inc. 2), donde la violencia puede recaer sobre las personas.

Los medios por los cuales se vale el agente resultan indiferentes, siempre y cuando posean aptitud para provocar la alteración y/o la destrucción de los linderos del inmueble.

En cuanto a las formas de imperfecta ejecución, ha de convenirse que la conducta en cuestión adquiere perfección delictiva cuando el agente logra destruir y/o alterar los linderos del bien inmueble[742], sin necesidad de que se materialice la apropiación por parte del agente. Delito tentado podemos fijarlo, cuando la destrucción o alteración tendiente a borrar la línea divisoria o al confundirla, queda sin terminar por circunstancias ajenas a la voluntad del autor[743]. Eso sí, debe verificarse que el propósito del autor, era la de apropiarse de todo o parte de un inmueble; lo que incide también en el contenido del tipo subjetivo del injusto, en el sentido de que aparte del dolo, se debe también acreditar un ánimo de naturaleza trascendente, cuya inconcurrencia puede dar lugar a la tipicidad objetiva por la figura de daños[744].

En la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6237-97, se señala lo siguiente: "*No se acredita el delito si el animus de apropiarse, de todo o parte del inmueble que venía ocupando la agraviada, no concurre en el comportamiento de la inculpada; siendo más bien su finalidad impedir que aquélla desocupe el bien sin que previamente cancele sus deudas por concepto de luz y alquiler*"[745].

5.2. El Despojo

"*El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un* inmueble o del ejercicio de un derecho real".

---

(741) Núñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., p. 508.

(742) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., ps. 492-493; Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 599; González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 649; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 546; Pérez Manzano, M.; *Figuras afines*, cit., p. 434.

(743) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. IV, cit., p. 509.

(744) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 545.

(745) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 347.

De las conductas típicas que el legislador ha glosado en el artículo 202°, sin duda el comportamiento prohibido *in examine*, presente un mayor desvalor del injusto típico, en mérito a los medios comisivos que el autor emplea para hacerse de la posesión y/o tenencia del bien inmueble de forma ilícita. Nos referimos a la violencia, amenaza, engaño y abuso de confianza.

Para ser considerado sujeto activo no se requiere de ninguna calificación especial, como se dijo en líneas anteriores, pues inclusive puede ser el propietario no poseedor, así como el co-poseedor. En el caso del sujeto pasivo, éste para ser tal, no requiere del reconocimiento de un título dominical que acredite su condición de propietario, basta con que acredite tener la tenencia al momento de los hechos; tenencia que puede ser tanto la legítima como la ilegítima. Vínculo jurídico, por ende, que no requiere de una protección indiscutible, bastando con su apariencia. Sujeto pasivo, escribe Peña Cabrera, es el titular del bien inmueble o de un derecho real constituido sobre él, que es privado de ejercer el goce efectivo del predio(746).

Por lo dicho ha de aceptarse la postura que apunta hacia una caracterización compleja del bien jurídico tutelado, en la medida que la violencia y/o amenaza que emplea el agente, ataca de forma concreta la libertad personal, la vida, el cuerpo y la salud del sujeto pasivo. Sin embargo, el legislador no ha realizado una distinción penológica, en cuanto a las diversas conductas que se comprenden en el articulado, que implican reproches de diverso nivel jurídico-penal, por lo cual el juez deberá graduar la pena conforme a criterios de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

Se dice entonces que lo que lesiona esta conducta típica es la posesión que se ejerce sobre un bien inmueble. De forma comprensiva, se entiende a la posesión como el señorío que se configura sobre una cosa, el poder de hecho que se ejercita sobre el bien, de forma temporal o permanente. Ramírez Cruz en la doctrina nacional, enseña que existen tres modos de presentar la posesión en el derecho moderno, a saber: 1.-La posesión como poder o señorío fáctico, relación puramente material (ladrón, usurpador): *ius possessionis*. 2.-La posesión derivada de un derecho real, o sea posesión de derecho (la del usufructuario, anticresista, etc.): sólo el *ius possidendi*. 3.-La posesión del dueño que conduce u ocupa el bien directamente: *ius possessionis* y *ius possidendi* (éste último, siempre lo tiene)(747).

Decía Ihering, que la posesión no era un fin en sí misma, sino un medio para un fin: constituye la condición de hecho en virtud de la cual son posibles los tres modos de usar la cosa, utilizándola para las necesidades humanas

(746) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 511.

(747) Ramírez Cruz, E.M^{a}.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 278.

y comprendiendo, por tanto, todo el contenido sustancial de la propiedad: el *uti, frui, consumere*[748].

Según lo previsto en el artículo 986° del C.C., la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad. Constituye en realidad una situación fáctica con reconocimiento jurídico. Resulta importante citar lo que se dispone en el artículo 897° (*in fine*), que no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas. De lo expuesto se colige, que sólo podemos hablar de un verdadero poseedor cuando éste tiene un título legítimo o ilegítimo a su nombre que ampare su derecho real, mas en el caso del guardián por ejemplo, que a nombre de un tercero en encuentra en el bien inmueble, a su nombre y representación deberá ser considerado como un mero «tenedor» y no como un «poseedor», lo cual tiene especial significancia en orden a establecer la calidad del sujeto pasivo de la modalidad típica del «despojo». En suma, el servidor de la posesión es el ejecutor material de la posesión que otro tiene, pero nunca puede ser considerado jurídicamente como poseedor[749]. Empero al margen de las distinciones jurídico-conceptuales, el legislador decidió que no sólo el poseedor puede ser víctima de este delito, sino también el simple tenedor; v.gr., cuando el empleado de una casa, que la cuida a nombre de su patrón, es despojado de la tenencia del bien inmueble, tal como se desprende claramente de la redacción típica.

En la doctrina civilista más reconocida, nos dicen que la distinción entre poseedores y tenedores de la cosa es infecunda en gran medida, porque tanto unos como otros están protegidos por las acciones posesorias[750]. El artículo 598° del C.P.C, señala que la legitimación activa en materia de Interdictos, la tiene todo aquel que se considere perturbado o despojado en su posesión puede utilizar los interdictos, incluso contra quienes ostentan otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación; mientras que el artículo 599° del cuerpo de leyes precitado estipula que el interdicto procede respecto de inmueble, así como de un bien mueble inscrito, siempre que no sea de uso público[751]. También procede el interdicto para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente. De lo anotado se infiere que también el tenedor está legitimado para interponer acción posesoria, por ende, también es objeto de tutela por el Derecho penal.

---

(748) Díez-Picazo, L. y otro, *Sistema de Derecho Civil,* Vol. III, cit., p. 87.

(749) Díez-Picazo, L. y otro; *Sistema de Derecho Civil,* Vol. III, cit., p. 97.

(750) Díez-Picazo, L. y otro; *Sistema de Derecho Civil,* Vol. III, cit., p. 95.

(751) El artículo 603° del C.P.C, establece que el interdicto de recobrar, procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del derecho contenido en el artículo 920° del Código Civil, la demanda será declarada improcedente.

5.2.1. Medios comisivos

La primera variante a examinar, es el despojo mediante «violencia», la cual importa el uso de una fuerza física suficiente por parte del agente para poder desocupar al poseedor o la tenedor del bien inmueble que pretende ocupar. Vis absoluta que recae sobre los bienes jurídicos personalísimos de la víctima, esto es, la libertad personal y/o su integridad física; debe tratarse del despliegue de un fuerza muscular lo suficientemente idónea como para poder reducir al máximo los mecanismos de defensa del sujeto pasivo, en el sentido de poder neutralizarla y, así poder ocupar el bien inmueble. Si esta violencia desborda un plano determinado de gravedad y configura una real afectación al cuerpo y/o la salud del ofendido, en cuanto concreta lesión, podemos hablar en este caso de un concurso ideal de delitos.

Si la violencia que se ejerce, es orientada a ingresar al inmueble, pero no para proceder a la desocupación del legítimo poseedor, no estamos ante la figura delictiva en análisis, sino ante la tipicidad objetiva de un allanamiento de domicilio en concurso con coacciones y/o lesiones. En la hipótesis de que la violencia sea ejercida para ingresar al bien inmueble y así, hacerse de la custodia de bienes muebles, toma lugar el injusto de Robo Agravado. La ejecutoria recaída en el Exp. N° 964-90-Lima, se señala lo siguiente: "*Siendo la violación de domicilio el medio utilizado por los acusados para perpetrar los delitos de usurpación y robo que se les atribuye, no es procesal tenérsele como delito independiente por cuanto queda subsumido dentro del tipo legal de usurpación*"(752).

Ahora bien, la violencia a la que estamos haciendo alusión, puede darse desde un doble baremo a saber: primero, aquella que se concretiza directamente para ingresar al bien inmueble y despojar así de la posesión al sujeto pasivo y, segundo, en el caso, de que el agente ingresa al inmueble con el consentimiento de la víctima y ya en su interior materializa la violencia destinada a expulsar a la misma de su poder se señorío sobre la cosa.

Si bien hemos convenido en que los medios comisivos (la violencia, la amenaza, etc.) son los instrumentos pro los que se vale el agente (*modus operandi*) para desocupar al sujeto pasivo del bien inmueble, hemos de entender también que la violencia y/o la amenaza pueden presentarse también *a posteriori*, esto es, cuando el agente, habiendo ingresado al inmueble desocupado, ya sea mediante rotura de obstáculos o similares, impide precisamente, valiéndose de los mismos medios comisivos, que los legítimos ocupantes o tenedores puedan reingresar al inmueble.

Por otro lado, si el despojo acontece no por el uso de la violencia efectiva, sino por su anuncio de realización, estaríamos ante la modalidad de la amenaza.

---

(752) Rojas Vargas, F. y otros; *Código Penal...*, T. II, cit., p. 341.

La perfección delictiva de esta modalidad delictiva, habrá de fijarla cuando el autor logra despojar totalmente al poseedor o al tenedor del bien inmueble, mediando una violencia idónea para ello. El despliegue de la energía física, que no logra la desocupación del bien, podemos reputarla como delito tentado. En la siguiente ejecutoria recaída en el Exp. N° 7647-97, se dice lo siguiente: "*La imputación dirigida por los agraviados a los procesados de tratar de despojarlos de sus lotes de vivienda pretendiendo trasladarlos a una zona deshabitada, no permite apreciar la presencia de actos de violencia o amenaza que perturbe la posesión de los agraviados, más aún si éstos se han desistido de la acción penal por cuanto han sido debidamente reubicados por medio de la Asamblea General, por lo que resulta pertinente confirmar la absolución*"(753).

Punto a saber importante es la presencia de causas de justificación. En primer lugar el consentimiento, que puede operar como causa de exclusión de tipicidad penal o como un precepto permisivo, en este apartado de la criminalidad, consideramos que se ajusta a la primera de ellas, puesto que la posesión de un bien inmueble es un acto de plena disponibilidad por su titular, por el título que estime pertinente, por lo que el asentimiento de la víctima, elimina la ofensividad de la conducta. Sin embargo, si en esta hipótesis, la desocupación se produce mediante violencia física, hemos de convenir que ésta es también consentida, lo que si diera lugar a una afectación visible de la salud corporal del sujeto pasivo, habría que conducirla al delito de lesiones; en el caso del engaño o del abuso de confianza, no se puede hablar con corrección de un consentimiento a ser engañado, puesto que el engaño determina una voluntad viciada, de forma tal que la concurrencia de ambos resulta incompatible. En el sentencia ocurrida en el Exp. N° 1415-98, se dice que: "*Si se ha acreditado que el procesado estuvo ocupando con anterioridad parte del inmueble en forma pacífica con el consentimiento de la agraviada, no concurren los elementos del delito de usurpación*"(754).

Aspecto distinto a relevar, resulta de la Defensa posesoria que se desprende del artículo 920° del C.C., en virtud de la cual el poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Reconocimiento de un «legítimo derecho» que da lugar a una auténtica causa de justificación, de acuerdo a lo previsto en el inciso 8) del artículo 20° del C.P., cuya aplicación requiere del uso de una fuerza en sujeción al principio de proporcionalidad y que éste sea empleada con inmediatez, en el momento en que el poseedor es o ha sido desocupado por un tercero del bien inmueble. Igual situación habremos de identificar cuando en el marco de un proceso judicial, el juzgador avocado

(753) Rojas Vargas, F.; *Jurisprudencia Penal Patrimonial*, cit., p. 425.

(754) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 354.

a la causa, ordena el desalojo del bien inmueble, para lo cual se legítima el uso de la coacción estatal por parte de la fuerza pública, cuando el afectado con la medida se niega en desocupar el bien. Así lo señala el artículo 593º del C.P.C., cuando a la letra dispone que *consentido o ejecutoriada la sentencia que declara fundada la demanda, el lanzamiento se ejecutará contra todos los que ocupen el predio, aunque no hayan participado en el proceso o no aparezcan en el acta de notificación. Se entiende efectuado el lanzamiento sólo cuando se hace entrega del bien al demandante en su integridad y totalmente desocupado. Si dentro de los dos meses siguientes al lanzamiento se acredita que el vencido ha vuelto ingresar al predio, el vencedor puede solicitar un nuevo lanzamiento.* De ello se colige, que la desocupación con violencia, resulta penalmente justificada cuando es obra de un dictado de orden jurisdiccional, con arreglo al ejercicio de un oficio y/o cargo.

La sentencia contenida en el RN Nº 5041-98-Tacna, dice así: "*El despojo total o parcial de la posesión o tenencia de un derecho real, como es la servidumbre, debe producirse bajo los supuestos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; consecuentemente, al no haberse probado el núcleo central de la configuración del delito de usurpación, el despojo en los supuestos antes mencionados; de ninguna manera cabe imponerse una sentencia condenatoria, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico, faculta al perjudicado a recurrir a la vía interdictal para recuperar la posesión que venía ostentando*"[755].

Segundo medio comisivo vendría a resultar el uso de la «amenaza», al cual importa el empleo de una vis compulsiva, dirigida a coartar la esfera decisoria de la víctima bajo un estado de plena libertad, mediante el anuncio de realización de un mal inminente sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima o de tercera persona relacionada con la misma. Anuncio de un mal inminente, futuro y de idónea concretización, cuya seriedad ha de analizarse caso por caso, de conformidad con las características concomitantes al hecho punible.

A diferencia de la modalidad anterior, el despojo de la posesión de la víctima, no se produce materialmente por obra del agente, sino que el propio sujeto pasivo procede a la desocupación del bien inmueble, pero bajo una voluntad viciada.

El empleo de la amenaza, requiere consigo la inmediata respuesta del agraviado, mediante la resistencia. Si ésta es vencida estaremos frente a un medio idóneo para la comisión del delito[756].

---

(755) Chocano Rodríguez/ Valladolid Zeta; op.cit., p. 224.

(756) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 519.

El estado consumativo habremos de verificarlo cuando se produce la efectiva desocupación –total o parcial-, del bien inmueble por parte de la víctima; los actos que dan inicio a la actividad amenazante, sin lograr su propósito, hemos de cuadrarlos como actos de imperfecta ejecución (tentativa).

El tercer medio comisivo es el «engaño», el cual implica la desfiguración de la realidad de las cosas, el agente se vale de una serie de artificios (ardid, medios fraudulentos) para presentar un estado fáctico que no se condice con la veracidad inherente. Si estamos hablando de que el engaño ha de ser dirigido a lograr la desocupación –total o parcial-, del inmueble por parte del sujeto pasivo, el autor ha de servirse de ciertos instrumentos idóneos para alcanzar el propósito delictivo.

El engaño viene a ser el despliegue de actos verbales o ejecutivos de falso cariz, destinados a conseguir la entrega del inmueble, privando de esta manera la posesión o la tenencia al sujeto pasivo(757).

Al hablar en este caso de medios que configuran un vicio de la voluntad en la persona de la víctima, el engaño como tal debe ser en esencia el instrumento de que se vale el agente para concretizar la desocupación, por lo que este elemento psíquico de deliberación decisoria, debe aparecer antes de producirse el despojo, pues si éste se advierte a posteriori, estaremos ante una conducta irrelevante penalmente.

El engaño ha de generar un error en la víctima, pues producto de su estado psicológico, que fue impulsado por la conducta fraudulenta del autor, decide desocupar el bien inmueble y le entrega la posesión al agente. Debe consistir, entonces, en la creación de un riesgo no permitido con aptitud de lesión, poniendo énfasis a las normas que rigen las contrataciones inmobiliarias y otras afines, a fin de no criminalizar meras infracciones jurídico-civiles. Mas cabe precisar que lo que pretende el agente no es la propiedad, únicamente la posesión del bien inmueble, en el caso de que en el marco de un proceso judicial, consiga éste que se le declare propietario, mediante el empleo de documentos apócrifos, estaremos ante el tipo penal de estafa procesal y no la modalidad en estudio. Máxime, el engaño debe recaer siempre sobre el sujeto pasivo y, no sobre un tercero.

De igual modo que en los supuestos anteriores, la modalidad se consuma cuando el agente logra la desocupación del bien inmueble por parte del sujeto pasivo, mas esta acción debe obedecer a la concreta conducta engañosa del agente y, no de otro factor concomitante que haya podido incidir en la realización del desvalor del resultado.

Finalmente en el último medio comisivo a saber, se hace mención al «abuso de confianza», el cual debe ser entendido como aquella situación en

(757) Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 872.

la cual el agente mantiene una determinada relación con el sujeto pasivo, sea de naturaleza laboral, contractual, etc., la cual se aprovecha, para lograr la desocupación del sujeto pasivo del bien inmueble.

Es de verse en ciertas circunstancias, el propietario poseedor, deja en tenencia del bien inmueble, por razones diversas en base a un determinado vínculo, le da por ejemplo habitación, de la cual se aprovecha el autor para hacerse con la posesión del bien, para ello se requiere que el sujeto pasivo sea desocupado total o parcialmente, del mismo.

La manera más frecuente de abuso de confianza es el despojo, es la intervención del título, que le permitió originalmente la ocupación del predio. Intervenir, significa cambiar. Así interviene el título, el carpintero o pintor que se erige en tenedor o inquilino, habiendo recibido el inmueble sólo para el cumplimiento de su oficio[758].

Siguiendo el patrón denominar subrayado en los supuestos precedentes, hemos de delimitar la perfección delictiva, cuando el autor logra despojar –total o parcialmente-, al sujeto pasivo de la propiedad inmueble, sin necesidad de que se obtenga un provecho de aquél.

5.3. El uso de la violencia contra las personas o las cosas – Ley N° 30076

El delito de Usurpación, en sus modalidades típicas de «despojo» y «turbación en la posesión», su necesario desvalor debe venir precedido por los medios comisivos de la «violencia» y de la «amenaza»; factores que dotan de materialidad sustantiva a las conductas susceptibles de acriminación.

En la doctrina se ha sido convergente, que la violencia, ha de recaer sobre la personas, el despliegue de una fuerza física significativa, encaminada a doblegar la voluntad del morador y/o poseedor; empero, estimamos que la interpretación de los tipos penales, -sin que ello suponga vulnerar el principio de legalidad-, puede ir fijando nuevos ámbitos de protección de la norma, recogiendo nuevas constelaciones criminológicas, siempre y cuando vengan cubiertas por la ratio del enunciado legal en cuestión; y, esto en el doctrinario, no puede resultar incómodo, siempre y cuando sea producto de un proceso intelectivo, apegado al sentir de las normas penales; rectificarse o cambiar de postura, no es un asunto en nada desdeñable. Y, ello no debe dar entender, que la otra postura, que niega tal posibilidad, sea «restrictiva», pues quienes la postulan, cuentan con fundamentos valederos para ello, como el principio de «mínima intervención[759]». Sin entrar en mayor detalle,

(758) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 520.

(759) Así, Reátegui Sánchez, J.; *Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal*, cit., p. 287.

puede decirse con rayana seguridad, que el Derecho civil, resulta siendo un instrumento insuficiente, para poder prevenir y contener la alta incidencia que se registra en el país, de ocupaciones ilegítimas de terrenos, por lo que apelar a los fines disuasivos de la pena, es una empresa legítima en un orden democrático de derecho, siempre que se observe las características que serán mencionadas -líneas adelante-.

No puede pasarse por alto, que en el marco de los delitos patrimoniales «convencionales», existe un zona de delimitación, a veces no muy clara, entre los injustos civiles y los injustos penales, lo cual tiene por riesgo la acriminación de meras discrepancias contractuales o de conductas que encajan únicamente en las disposiciones del Derecho privado, lo cual puede conmover el principio de *ultima ratio*. Téngase también en cuenta, que en el Código Civil, existen las figuras del Usucapión (prescripción adquisitiva de propiedad) y el mejor derecho de propiedad, que pueden implicar posesiones -aparentemente ilícitas-, y éstas de ningún modo pueden ser objeto de penalización.

Dicho lo anterior, debemos estar ante real contexto de violencia, donde los agentes desborden todo marco de aplicación del Derecho privado, en el entendido que la *posesión sea obtenida a través de vías de hechos,* -que sin resultar una violencia directa a la integridad personal de sus ocupantes-, importe una conducta que merezca una reprobación jurídico-penal.

En la doctrina nacional, que asume la postura reseñada, se dice que partimos de que en nuestro contexto normativo no se ha sentado una posición uniforme respecto al tema en análisis, al no haberse señalado de manera expresa, en el inciso 2 del artículo 202 del CP, que la violencia también puede ser dirigida sobre las cosas. Ello ha generado una brecha de impunidad, que paulatinamente se viene solucionando a través de los plenos jurisdiccionales realizados en nuestro país, que si bien no son de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, constituyen lineamientos a considerar en la interpretación del tipo penal, que contribuyen al fortalecimiento del sistema jurídico(760). Así, lo han establecido diversos Acuerdos Plenarios de las Cortes Superiores, la violencia también puede recaer sobre las cosas, y por lo tanto, no cabe distinguir donde la ley no distingue(761).

En el RN N° 4721-2007, se dice que: "*La perturbación de la posesión del inmueble, ejerciendo violencia contra las cosas, es un supuesto compatible con una interpretación desde el punto de vista del bien jurídico tutelado,*

(760) Quispe Labra, J.; La violencia en el delito de Usurpación regulado en el Código Penal, Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 45, marzo del 2013, cit., p. 72

(761) Pleno Jurisdiccional Distrital, en materia Penal y Procesal Penal 2010, de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Acuerdo Plenario, Tema 6, del 13.DIC.2010; Acuerdo Plenario N° 02, Moquegua, Junio 2005.

del delito de usurpación (previsto en el inciso 3 del artículo 202 del Código Penal), el cual no se restringe únicamente a los casos que se ejerce -directamente- fuerza física contra el cuerpo de una persona"[762].

Es de verse así, que en terrenos y/o predios de extensa área territorial, dedicados a la siembra y cultivo, muy difícilmente se encontraran poseedores en su interior, a la justa se hallaran unos cuantos vigilantes particulares, que estando lejos de los cercos perimétricos que separan el terreno de las áreas públicas, los invasores procederán a la rotura, rompimiento y destrucción de todo aquello que sea un obstáculo, para efectivizar su ilícita ocupación. Y, una persona que ingresa de esta forma a un bien inmueble, de ningún modo puede ser reputado como un poseedor «pacífico», por tanto estar fuera del ámbito de punición del Derecho penal; según dicha afirmación resulta viable la propuesta interpretativa, ahora refrendada normativamente con la Ley N° 30076, de que la *violencia puede ejercerse tanto sobre las personas como sobre los bienes*.

¿Y cómo se distingue el Despojo con violencia sobre las cosas, el delito de Daños[763]? muy fácil, en el segundo de los supuestos, el agente sólo tiene como intención afectar la integridad del bien mueble (no *inmueble*); mientras que en la primera hipótesis, la destrucción de los cercos perimétricos, son el medio que emplea el agente, para acceder a la ocupación ilegítima del bien inmueble. De acorde a esta consideración, podía darse un Concurso real de delitos, de ambos injustos, en tanto la destrucción de objetos del bien inmueble han de ser cubiertos por el artículo 205°, mientras que ya la ocupación ilegítima, que requiere de otro acto -separado en el tiempo y en el espacio-, ingresa al ámbito de protección del artículo 202°.

Aspecto importante a saber, es que si bien reconocemos que la «violencia», es el medio que se vale el agente para la ocupación ilegítima del bien inmueble, no es menos cierto, -como ya lo hemos destacado en otras monografías-, que ésta puede presentarse a posteriori, es decir, el autor ingreso por dos formas: - primero, con la anuencia y asentimiento del morador y, segundo, de forma subrepticia, con escalamiento, sin siquiera haber procedido a la rotura de obstáculos, sin estar presentes sus habitantes. Entonces, una vez, dentro del inmueble, es que despliega una fuerza física intensa, para desocupar a los sujetos pasivos del predio y, acá ya se está configurando un acto típico de Usurpación por «Despojo», una posición en contrario[764],

(762) En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 2, agosto del 2009, cit., p. 179.

(763) De una posición contraria, Reátegui Sánchez, J.; *Los Delitos Patrimoniales en el Código Penal*, cit., p. 285.

(764) Así, Reátegui Sánchez, al afirmar que la violencia o la amenaza es para el «ingreso» -ilegítimo- a la posesión del inmueble, más no para «repeler» o realizar actos de defensa -a través de la violencia o la amenaza- de los actos de ingreso propinado por otro dueño porque eso ya sería campo de Derecho civil, de Derechos de reales; *Los Delitos*

significaría una debilitación injustificable de los fines preventivos-tutelares del Derecho penal, sin que nuestra interpretación pueda ser acusada, de ser incompatible con el principio de legalidad; debe recodarse, que los términos, vocablos, el lenguaje que emplea el legislador, en la elaboración de los tipos penales, no puede ser comprendido de una forma rígida y esquemática, sino desde un sentir *teleológico*: las palabras cuando son recogidas en los preceptos jurídicos adquieren un sentido y significación, que trasvasa una acepción usual y corriente del mismo.

Según el segundo ejemplo, una vez que los ocupantes ingresaron, subrepticiamente al inmueble y, llegada a la casa, sus legítimos poseedores, los agentes, ejerciendo violencia sobre las personas o sobre las cosas, impiden su acceso, igual, se habrá consumado el delito -in examine-; no olvidemos que sólo el *legítimo poseedor está facultado para ejercer la defensa posesoria por vías de hecho y, no el poseedor ilegítimo, por lo que si este último así procede, estará incurso en este delito*. Eso sí, no puede haber Usurpación por «Despojo», cuando tanto el ocupante ilegítimo y el poseedor legítimo, comparten la posesión del inmueble, para que se pueda dar esta modalidad del injusto, el sujeto pasivo debe estar despojado de la posesión.

5.4. La inclusión del inciso 4) – Ley N° 30076

La constelación de casos descritos, encuentra correlato normativo, -con los matices que seguidamente se van a proponer-, en cuanto a la inclusión del inc. 4) al artículo 202°, cuando se dice a la letra que: "*El que ilegítimamente, ingresa a un inmueble, mediante actos ocultos*[765], *en ausencia del poseedor o con precaución para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse*". Vemos, que el legislador ha querido describir con lujo de detalles, como una persona ingresa a un bien inmueble, con el propósito de lograr el éxito de su plan y segundo, de no ser descubierto; es como si se indicará normativamente el *ladrón que ingresa a una casa, con los apremios necesarios para alcanzar su plan criminal y evitar también ser descubierto por sus moradores.*

Acá, ya el supuesto que se incorpora escapa el desvalor que debe recoger el tipo penal de Usurpación, en tanto se despoja a la conducta de los medios que son a nuestro entender indispensables, para dotarla de materialidad sustantiva y así poder predicar la legitimidad punitiva; si no hay violencia sobre las personas o sobre las cosas, el Derecho penal no puede intervenir, de ninguna manera, situaciones como esta no pueden ser cubiertas por las normas penales, sino por el Derecho civil. Máxime, si el legislador se queda

---

Patrimoniales en el Código Penal, cit., p. 283.

(765) Situación similar se ha reglado en el inc. f) del artículo 46° de la PG, luego de la modificación, como consecuencia de la emisión de la Ley N° 30076.

a medio camino, deja de lado, que una vez que el agente ingreso al bien inmueble de forma subrepticia, deberá pues despojar a sus moradores de la posesión del mismo; como se ha venido sosteniendo, resulta inaceptable admitir la Usurpación, mediando una compartimento posesorio del agente con la víctima, un total despropósito. Somos del parecer, que lo descrito en este numeral, son en realidad actos preparatorios o ya ejecutivos, de la modalidad delictiva prevista en el numeral 2), por tanto, innecesario que se le haya reglado como una hipótesis delictiva dotada de autonomía.

5.5. Turbación de la posesión

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años: "*El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble*".

El injusto típico *in examine* importa un menor desvalor en comparación del comportamiento anterior; primero, porque no se produce la desocupación –total o parcial-, del bien inmueble por parte del sujeto pasivo, no obstante advertirse también el empleo de violencia y/o amenaza. La modalidad en cuestión importa únicamente la realización de actos de perturbación del normal use y disfrute del *ius possesionis* por parte autor.

Bien jurídico objeto de tutela es el ejercicio efectivo del derecho real de posesión, que se ve mermado en su desarrollo, cuando el agente realiza la conducta que el legislador ha determinado su inclusión en el inc. 3) del artículo 202° del C.P.

Sujeto activo puede ser cualquier persona, no se requiere una especial calificación, a diferencia del inc. 1), puede ser el co-poseedor, al arrendador, el propietario, etc.

La acción violenta o la amenaza, objetiva y subjetivamente deben orientarse en el sentido de turbar la posesión y no ya simplemente el de molestar a la persona del poseedor, anota Soler. Para que de usurpación pueda hablarse, es preciso que la violencia o la amenaza haya turbado en alguna forma la pacífica posesión del inmueble, ya sea haciendo retirar al poseedor momentáneamente a lo menos, de una parte de su campo con la pretensión de que no le pertenece; pero sin invadir el campo, ya sea amenazando personalmente con ejecutar violencias, si el poseedor larga hacienda a determinado potrero no corresponderle en posesión a la víctima[766].

Hemos de convenir, entonces, que el Derecho penal no ha de reprimir una mera perturbación al normal desenvolvimiento del derecho posesorio de la víctima, sino que la intervención punitiva ha de ceñirse a un plus de

(766) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 489.

sustantividad, que es recogida mediante el uso de violencia o de la amenaza. Así, cuando el arrendador, que vive en el mismo edificio de su arrendatario, coloca una serie de obstáculos para que el sujeto pasivo pueda ingresar al bien inmueble, a lo cual debemos agregar la violencia o la amenaza, que ha de exteriorizarse cuando se anuncia la realización de un mal inminente, si es que el poseedor no desocupa voluntariamente el bien inmueble; (...) o cualquier otro acto que recayendo sobre el inmueble, afecte el uso y goce del poseedor, *verbi gratia*, limitando su acceso al inmueble o su utilización (...)[767].

Si la violencia y/o la amenaza a de dirigirse a la desocupación del sujeto pasivo de los interiores del bien inmueble, no se da la modalidad en cuestión, sino la tipicidad objetiva de la «desocupación».

La violencia puede recaer tanto sobre las personas o constituir una fuerza sobre las cosas. A esto se debe, que el bien tutelado sea el goce pacífico de la posesión de un inmueble. Las simples molestias al poseedor, o la privación de comodidades serán insuficientes para materializar el delito[768]; vg.r., cuando el arrendador le corta la energía eléctrica al arrendatario o le suspende el servicio telefónico, a menos que vengan aparejadas con el uso de violencia y/o amenaza sobre las cosas o sobre las personas. Si la violencia física ejercida sobre las personas provoca efectos perjudiciales para la salud de la víctima, puede darse un concurso ideal de delitos, dependiendo de la magnitud de la lesión, con el tipo penal de lesiones.

No podrán ser calificados como actos de turbación, por ejemplo, las acciones judiciales que el propietario no poseedor inicia contra el poseedor no propietario para recuperar la posesión del bien inmueble.

La conducta turbatoria inmediatamente dirigida contra el mero tenedor sólo podrá caber en el tipo cuando implique una turbación para el poseedor; fuera de esa hipótesis, las violencias contra las personas y las amenazas producidas con finalidad turbatoria de la tenencia, tendrán que considerarse a través de los delitos contra las personas o la libertad si las acciones respondiesen a sus tipicidades[769]. Si el propietario ingresa al inmueble sin la autorización del poseedor, a fin de propinarle una golpiza, sin que aquello signifique una turbación a la posesión, estamos ante la figura delictiva de lesiones.

En la ejecutoría recaída en el Exp. Nº 6221-97, se ha puesto de relieve lo siguiente: "*Ha incurrido el procesado en delito de usurpación, con prescindencia del derecho de propiedad que alega que no es discutible en vía penal, al haber amenazado y turbado la posesión que ejercía el agraviado, median-*

(767) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 504.

(768) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 548-549; Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 590.

(769) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 601.

te actos de colocación de postes y construcción de una carretera dentro de los linderos del predio del agraviado"[770].

La modalidad típica en cuestión adquiere perfección delictiva, cuando de forma concreta el sujeto pasivo es afectado en el normal goce u disfrute del bien inmueble[771], aquellos que no logran dicho propósito, pero que ya importa el inicio de los actos ejecutivos han de ser considerados como delito tentado.

ARTÍCULO 203.- USURPACIÓN DE AGUAS

El que, con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cauce o las utiliza en una cantidad mayor de la debida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

1. BIEN JURÍDICO

El artículo 203° del C.P., contiene una conducta singularmente diferenciada, en comparación con las modalidades típicas que se comprenden en el artículo 202° (*in fine*), en la medida que la primera de las mencionadas, no recae sobre el ejercicio de los derechos reales de un bien inmueble, sino sobre el curso normal de las aguas públicas o privadas, en cuanto a su distracción, evitando que sigan su cauce normal o empleándola en una medida que sobrepasa la legalmente admitida.

Según lo dispuesto en el artículo 885° del C.C., inc. 2), las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales, son considerados como bienes inmuebles. La consideración de inmuebles requiere que estén unidas a sus cauces o álveos, o, en todo caso, depositadas en represas, estanques, acueductos, reservorios, canales y, en general, cualquier receptáculo que contenga aguas estancadas o canalizadas por el hombre[772]. Las aguas, sean éstas públicas o privadas, no son susceptibles de apropiación, pero sí puede ser desviado su cauce normal, que a la vez pueda provocar una afectación de contenido patrimonial, en cuanto a su relevancia a efectos penales.

El artículo 1° del DL N° 17752 – Ley General de Aguas, establece que las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las

(770) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, cit., p. 371.

(771) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 545.

(772) Ramírez Cruz, E.Mª.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 136.

aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.

Entonces, el artículo 203° tiende a tutelar, no en sustancia el normal fluido de las aguas, sino su contenido patrimonial, cuando han de configurarse las diversas conductas que el legislador ha incluido en esta tipificación penal, en sujeción al beneficio ilícito que pretende obtener el agente con la perpetración de este injusto penal, tal como se desprende de su redacción normativa, cuando éstas aguas son utilizadas por los particulares en un uso doméstico, comercial o industrial o, el Estado que ha de ser distribuida en las poblaciones más necesitadas. La doctrina más reconocida, señala con corrección, que el agua en su modalidad jurídica de cosa mueble, únicamente puede ser objeto de un hurto o de un robo, anota Núñez. Por ejemplo, la que se encuentra en recipientes o que es sacada en ellos de los cauces, fuentes o depósitos en los cuales tiene naturaleza inmueble. Sacar agua mediante una cañería de uno de estos lugares, constituye una usurpación, porque la cañería no es un recipiente que separe el agua de su masa, sino que, como sucede con el modo usurpatorio, la saca y desvía[773]. El que saca agua de un canal de riego no comete usurpación, si no lo hace con el propósito de perjudicar a otro sujeto, que en ese caso sería el propósito de dejar sin riego al vecino a quien le corresponde el turno, o el de dejar el canal con menos agua, de modo que alguien sufra por ello[774].

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, el tipo no exige una determinada cualidad para ser considerado autor, basta para ello que actúe con el afán de obtener un provecho ilícito, para sí o para tercero.

2.2. Sujeto activo

De igual forma puede ser cualquier persona, la cual ha de verse perjudicada patrimonialmente como consecuencia de la realización típica; puede ser un particular en el caso de aguas privadas y el Estado, cuando las aguas son públicas.

---

(773) Núñez, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. V, cit., p. 513; Así, Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., ps. 603-604.

(774) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 496.

2.3. Modalidad típica

La construcción de tipicidad penal, hace mención a tres variedades de comportamientos prohibidos: desviar el curso de las aguas públicas o privadas, impedir que corran su cauce o utilizarlas en una cantidad mayor a la debida.

La primera de las conductas reseñadas, importa el «desvío del curso de las aguas públicas o privadas», lo cual supone que el autor, por una serie de medios, provoca que las aguas, el torrente de este líquido elemento tome un camino diverso al cual estaba destinado seguir. La distracción del curso de aguas consiste en alterar el recorrido normal de aguas libres, ya sea modificando los cauces, embalsándolas, o mediante cualquier otro procedimiento similar que modifique su discurrir y permita el aprovechamiento de las mismas(775).

Las aguas no han de ser propias no estar en situación de *res nullius*, es decir, las aguas han de ser ajenas (...)(776).

Para que pueda darse esta forma comisiva las aguas deberán de ser corrientes o fluidas, porque no de no ser así, seria muy difícil la materialización del delito en examen, anota Peña Cabrera. Pero se podría dar el caso de desviar aguas de estanques, depósitos, represas o la que confluyen en un punto dado, hacia lugares que no correspondan, lo cual es factible de darse en la práctica(777). Debe tratarse, por tanto, de puntos determinados, donde se adviertan corrientes de agua, que fluyan en un determinado sentido y, en flujo suficiente, para que puedan ser desviados a otras direcciones. El desvió de las aguas debe obedecer a una voluntad humana que se exterioriza mediante actos concretos, no en la hipótesis, que su distracción sea consecuencia de un fenómeno natural; medios que pueden ser cualesquiera(778), lo importante a todo esto es que sean idóneos y eficaces para lograr el desvío del cauce normal de las aguas.

La conducta típica adquiere perfección delictiva, cuando el agente logra desviar las aguas (públicas o privadas), de su cauce normal, sin necesidad que haya de verificarse la obtención del beneficio ilícito para el autor así como el perjuicio de la víctima.

La segunda modalidad viene definida por «impedir que las aguas corran por su cauce normal»; no se trata en este caso de desviar el curso de las aguas, como se vio en el apartado anterior, sino de evitar que éstas sigan

(775) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV)*, cit., ps. 649-650.

(776) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 207.

(777) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 552.

(778) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 402.

su normal dirección; v.gr., cuando el paso de las aguas queda neutralizado, no se abre la llave el canal, el regadío que permite su trayecto previamente determinado. La tipicidad objetiva toma lugar cuando el autor obstruye la dirección normal de las aguas, las que debe tener un destinatario, para poder hablar de un sujeto perjudicado.

Las aguas deberán ser corrientes o fluidas; de no ser así, materialmente sería imposible llegar al delito en comento, porque para ejecutar la primera hipótesis es necesario represar, o detener el agua, y ello sólo será posible, cuando sean fluidas; de igual modo, en la segunda premisa, la usurpación comprende sólo a los derechos referentes al "curso" de aguas, es decir, a las aguas vivas o fluidas[779].

De igual forma que en el supuesto anterior, los medios que ha de utilizar el agente resultan indiferentes, siempre que éstos sean idóneos para poder impedir que las aguas corran por su cauce normal.

El estado consumativo de esta variante delictiva, ha de fijarse cuando el autor logra impedir que las aguas corran por su cauce normal, los actos ejecutivos que de forma material pretenden sin éxito, -por razones ajenas a la voluntad del autor-, llegar a dicho estadio, ha de ser reputados como delito tentado.

El tercero de los comportamientos prohibidos que se deducen del tenor literal del artículo 203°, es aquel consistente en «utilizar las aguas privadas o públicas en una cantidad mayor a la debida»; ello presupone primero lo siguiente: que el agente cuente legalmente con el derecho de recibir un afluente de agua determinado, el cual es sobrepasado en su empleo[780]. Tiene el derecho, entonces, de recibir un volumen determinado de agua, que es rebasado en su límite por el autor, a fin de verse beneficiado ilícitamente.

De común idea con los supuestos delictivos antes analizados, los medios a utilizar por el autor, resultan indiferentes, lo importante es que sean eficaces para lograr la realización típica.

La perfección delictiva de esta tercera modalidad ha de alcanzarse, cuando el agente logra utilizar aguas, por un nivel mayor al cual tiene derecho, sin necesidad que haya de constarse la obtención del beneficio ilícito así como el perjuicio del tercero.

El dolo del autor debe abarcar el conocimiento a exactitud de que está empleando una cantidad de agua superior a la que tiene derecho[781], por lo

---

(779) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 553.

(780) Así, Bramont-Arias Torres/ García Cantizano; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 380.

(781) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 554.

que si se advierte un equívoco sobre ello, podemos estar ante la concurrencia de un error de tipo.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Las tres modalidades del injusto que se contemplan en el artículo 203°, únicamente resultan reprimibles a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el autor es consciente que está desviando el curso de las aguas públicas o privadas, de que está impidiendo que sigan su cauce normal o finalmente, de que las utiliza en una cantidad superior a la que tiene derecho. Es admisible el dolo eventual.

El legislador aparte del dolo, ha incluido un plus en la caracterización subjetiva, que viene informada por el propósito de obtener un provecho ilícito, como ánimo de naturaleza trascendente, cuya ausencia da lugar a motivos de atipicidad penal(782). De no ser así, estaríamos frente a un delito de daños(783). Proposición subjetiva que puede determinarse conforme a un provecho propio o de un tercero; v.gr., cuando el desvío del curso del agua, recala en un tercero. Provecho plegado de ilicitud que debe desencadenar el perjuicio de un tercero, cuya concurrencia es un efecto connatural a la acción típica desplegada por el agente. Ella es perjudicial cuando afecta la posibilidad normal del uso y goce del agua por su derecho habiente, porque lo excluye o lo afecta de manera apreciable(784).

Para efectos consumativos no se exige ni la efectiva obtención del lucro ni la constatación de los efectos perjudiciales en el derecho de un tercero. Deducción distinta ha de inferirse del artículo 246° del C.P. español, cuya configuración típica requiere necesariamente de que se obtenga la efectiva utilidad cuyo valor sea superior a cincuenta mil pesetas; si fuera inferior, el hecho no constituye infracción penal, puesto que no hay una falta correlativa(785).

ARTÍCULO 204.- FORMAS AGRAVADAS DE USURPACIÓN

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación según corresponda, cuando la usurpación se comete:

1. *Usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos.*

---

(782) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 404.

(783) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 555.

(784) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 517.

(785) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (IV)*, cit., p. 650; Pérez Manzano, M.; *Figuras afines*, cit., p. 435.

2. *Con la intervención de dos o más personas.*
3. *Sobre inmueble reservado para fines habitacionales.*
4. *Sobre bienes del Estado o de comunidades campesinas o nativas, o sobre bienes destinados a servicios públicos o inmuebles, que integran el patrimonio cultural de la Nación declarados por la entidad competente, o sobre las Áreas Naturales Protegidas por el Estado.*
5. *Afectando la libre circulación en vías de comunicación.*
6. *Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales.*
7. *Abusando de su condición o cargo de funcionario, servidor público, de la función notarial o arbitral.*
8. *Sobre derechos de vía o localización de área otorgados para proyectos de inversión.*
9. *Utilizando documentos privados falsos o adulterados.*
10. *En su condición de representante de una asociación u otro tipo de organización, representante de persona jurídica o cualquier persona natural, que entregue o acredite indebidamente documentos o valide actos de posesión de terrenos del Estado o de particulares.*

Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada.[786]

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como en muchas de las figuras delictivas que se comprenden en la Parte Especial, en el artículo 204° del C.P., el legislador ha seguido la técnica legislativa de construir circunstancias agravantes, que son castigadas con una sanción punitiva más severa.

Los fundamentos para poder formular circunstancias agravantes, han de basarse en un mayor desvalor del injusto típico, que puede tomar lugar en el desvalor de la acción y/o el desvalor del resultado; de conformidad con los medios empleados, la forma de comisión, la intensidad antijurídica en los efectos perjudiciales de la concreción típica, etc.[787]; tal como acontece en el caso del Hurto, el Robo y el delito de Extorsión.

---

(786) Artículo modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1187, publicado el 16-08-2015

(787) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 407; Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 558.

Sin duda, en los eventos circunstanciados que se hacen referencia en este apartado de la codificación punitiva, el agravamiento reposa también, en los otros bienes jurídicos que pueden verse también afectados como consecuencia de la modalidad típica, de acuerdo a lo reseñado en el análisis dogmático del artículo 202° (*in fine*). Sin embargo, es de verse que el legislador ha incluido estas formas agravadas, haciendo suponer al intérprete que éstas pueden configurarse con respecto a cualesquiera de las conductas que se contienen en los artículos 202° y 203°, en cuanto a la destrucción de linderos, despojo, turbación de la posesión y distracción de aguas, respectivamente. Siendo que el inciso 3) del artículo 204°, hace referencia al inmueble que ésta reservado para fines habitacionales, lo que no puede acontecer en el caso del tipo penal de distracción de aguas; mientras que el inciso 4) del articulado, es discutible, en tanto las aguas pueden ser consideradas como bienes del Estado y, pueden estar destinados a servicios públicos o de comunidades campesinas.

En resumidas cuentas, no sabemos a ciencia cierta si es que el legislador, tuvo la intención de ajustar estas agravantes sólo en cuanto al tipo penal del artículo 202°, o para ambas figuras delictivas. Será finalmente el intérprete quien deberá adecuar los alcances normativos de las formas cualificadas de Usurpación que se han detallado en el artículo 204°.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. La usurpación se realiza usando armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosos

Bajo esta hipótesis agravante, se tomado en cuenta los medios que emplea el agente para perpetrar el injusto. La utilización de armas de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa, genera un peligro concreto a los bienes jurídicos fundamentales de las víctimas; pues si el autor coloca un explosivo (dinamita) para poder derribar la puerta del bien inmueble y, así poder ingresar a su interior y proceder a la desocupación de sus poseedores, puede también provocar lesiones de magnitud, inclusive la muerte y, si ello sucede ya estaríamos hablando de un concurso delictivo con los tipos penales de lesiones o de homicidios, que pueden ser atribuidos al agente a título de dolo eventual o de imprudencia.

Si las armas fueron empleadas para poder reducir a los ocupantes del inmueble y, así apoderarse de bienes muebles, habría de apreciar la calificación jurídico-penal por Robo agravado.

Cuando las armas son usadas a posteriori, en cuanto a la amenaza que se ejercer sobre los ocupantes del bien, cuando ya se había desplegado violencia para su acceso, se estaría incurso en el tipo penal del artículo 202°

en concurso con la figura delictiva de tenencia ilegal de armas; a menos que la utilización de las armas tomo concreción a fin de asegurar la posesión del bien inmueble, cuando el sujeto pasivo intenta expulsar al autor, tomando en cuenta su estado antijurídico de naturaleza permanente.

Debe, entonces quedar claro, que las armas o los explosivos deben resultar los medios, por los cuales se vale el agente, para destruir o modificar los linderos, para lograr la desocupación de los moradores del bien inmueble, para turbar la posesión o para desviar el curso de las aguas públicas o privadas, por lo que deben tomar lugar en los actos ejecutivos del *iter-criminis*. Entiéndase en este último supuesto, cuando el agente a fin de distraer las aguas, coloca explosivos en una represa.

En lo que refiere a los conceptos de «arma», «fuego» y «explosivos», nos remitimos a todo lo dicho en el caso de los delitos de: Asesinato, Robo y Extorsión.

En todo caso el arma ha de medirse conforme a criterios de idoneidad y eficacia, para verificar su concurrencia; si por ejemplo ésta no es idónea, arma de fogueo, pero genera efectos amenazantes, sólo cabría adecuar la conducta al artículo 202°.

Cuando el supuesto dice "o cualquier otro instrumento", entendemos que se trata de arma blanca, como cuchillos, navajas, puñales, hachas u otros instrumentos punzocortantes, hondas, instrumentos de labranza e, incluso aquellos destinados a usos lícitos, pero que en determinado momento pueden emplearse como instrumentos vulnerantes: por Ej.: el martillo. En cuanto a la sustancia peligrosa puede tratarse de gas lacrimógeno y otra sustancia química que sirva al sujeto activo como un medio de ataque para lograr despojar a la víctima del inmueble(788).

2.2. Intervienen dos o más personas

Estamos ante una figura usual de agravante, muy empleada por el legislador, en el marco de la criminalidad convencional. El fundamento de agravación reside en la peligrosidad (objetiva) que ha de advertirse cuando son dos o más personas las que cometen la realización típica, en la medida que la víctima se encuentra a merced de ser vulnerada en sus bienes jurídicos fundamentales.

No se trata de una banda, de organización u asociación delictiva alguna, basta que los sujetos se reúnan de forma concomitante una sola vez para cometer esta clase de delitos; puede darse esta figura, en el caso de los

(788) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 558-559.

coautores o con el concurso de cómplices. Eso sí se requiere de una concertación de voluntades criminales.

Punto importante a saber es que la participación de los agentes debe tomar lugar en el marco de la ejecución típica, si éste ingresa a posteriori, no estaremos ante la figura en análisis. Pero no perdamos de vista que la usurpación es un delito de efectos antijurídicos permanentes y, si el segundo participante interviene para evitar el cese de dicha situación, sería menester admitir su concurrencia como agravante.

2.3. El inmueble está reservado para fines habitacionales

Esta forma de agravante tiene una mayor aplicación en el caso del despojo, que se hace alusión en el inc. 2), esto es, cuando el poseedor es desocupado mediante violencia y/o amenaza grave del bien inmueble.

Ha de convenirse que la usurpación no sólo puede cometerse en inmuebles que hacen las veces de centros domiciliarios, sino también en oficinas, recintos comerciales o dependencia. Mas a lo que el análisis refiere, implica que debe tratarse de un inmueble en el cual se le emplea como casa-habitación, donde pernoctan sus moradores de forma permanente y/o habitual.

Mayor afectación ha de producirse cuando el despojado de su posesión era su morador, pues aquel se verá privado del lugar donde desarrolla su vida personal y familiar, espacio geográfico en el cual satisface sus necesidades más elementales; sobre todo cuando estamos ante personas de precaria solvencia económica.

Evidentemente es una previsión de índole social que aspira a responder al dramático déficit de viviendas y también a la escasez de tierras agrícolas, debido primordialmente a la falta de agua de regadío[789].

2.4. Se trata de bienes del Estado o destinados a servicios públicos o de comunidades campesinas o nativas

De conformidad con el artículo 73° de la Ley Fundamental los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles; quiere decir esto, que no pueden ser objeto de usucapión por parte de un particular, mas sí son susceptibles de ser adjudicados con arreglo a los procedimientos previstos en la Ley. Hoy en día se manifiesta un fenómeno de mucho auge en los últimos años, nos referimos a la invasión de tierras públicas y privadas, lo que obedece a la depresiva situación económica que sufre la mayoría de peruanos, que a duras penas pueden satisfacer sus necesidades más

(789) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 560.

elementales. Situación que es aprovechada por sujetos inescrupulosos, que pretenden lucrar a costa de la necesidad ajena.

Existen ciertos bienes inmuebles que son de propiedad del Estado, tierras que pueden encontrarse abandonadas o destinadas a la prestación de servicios sociales, es decir, a favor de la comunidad. Tomando en cuenta la situación de desamparo que padecen ciertos compatriotas, el Estado destina una serie de inmuebles, para acoger estas personas más necesitadas y, así darles abrigo y alimentación (asilos, jardines para niños abandonados); así también las escuelas, colegios, instituciones educativas superiores, etc.

Puede tratarse también de las edificaciones en las cuales funcionan los gobiernos locales y regionales, las comisarías, los puestos de hospitales, central de bomberos, parques públicos, zonas arqueológicas declaradas como «patrimonio cultural de la Nación»; todas aquellas en cuyo ámbito espacial se desarrollan actividades socio-jurídico-estatales.

Por otro lado, también son objeto de una tutela penal intensificada, aquellos inmuebles que están ocupados por comunidades campesinas o nativas, quienes en razón del reconocimiento jurídico que les concede la Carta Política, importa que se declare la imprescriptibilidad de la propiedad de sus tierras, salvo en el caso de abandono, las que pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta, de acuerdo a lo previsto en los artículos 88° y 89° de la C.P.E. El interés público prima ante el interés privado.

2.5. El nuevo listados de supuestos de agravación - Ley N° 30076

La incorporación de «circunstancias de agravación» en el catálogo punitivo, ha de basarse estrictamente en dos elementos a saber: - primero, en el mayor desvalor del injusto típico, es decir, en la forma, medios y circunstancias, de cómo toma lugar la perpetración del hecho punible así como desvalor del resultado, en cuanto a una afectación más significativa en la integridad del bien jurídico tutelado, generando así, una mayor alarma social, que merece ser reprimido con una pena más drástica y, segundo, cuando se tiene una reproche de imputación individual (*culpabilidad*), más intenso, esto se da, cuando el agente de aprovecha de una situación de prevalimiento, de ventaja y/o superioridad sobre su víctima, etc.

Llevada la argumentación esbozada, a la modificación producida al artículo 204° del CP - «Usurpación agravada»; incidiendo en la inclusión de tres circunstancias de agravación, nos evoca las siguientes reflexiones:

Afectando la libre circulación en vías de comunicación, cuando se trata de invasiones que lindan con autopistas y/o carreteras, se produce en algunos casos, perturbaciones sensibles al normal funcionamiento de las vías de comunicación y, esto ha de verse en la forma de ejecución del delito de

Usurpación por Ocupación. Sin embargo, si esto se da en la práctica, no comulgamos que sea valorado como una circunstancia de agravación, en tanto dicha circunstancia, provoca en realidad, una afectación a otro bien jurídico, amparado por el derecho punitivo ("Atentados contra los Medios de Transporte, Comunicación y otros Servicios Públicos"), de forma específica el relato fáctico se encuadra perfectamente en el tipo penal del artículo 283° del CP. Conforme a dicha premisa, lo que debe configurarse en este caso, es un Concurso delictivo, del artículo 202° con el 283° y, no el diseño normativo, que se ha reglado en el numeral 5) del artículo 204°, de manera, que estamos ante una injustificada incorporación normativa.

Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales; quien realiza este tipo de Usurpaciones, por lo general, tratará de crear las condiciones favorables, para evitar su inmediata desocupación y así también, de ser identificado como un agente delictual. A tal efecto, coloca cercos perimétricos, hitos, etc., con el afán de proteger su ilegítima invasión; es como el caso del ladrón que pretende cubrir de legalidad, el bien obtenido de forma ilícita, para así procurarse su libre uso y disfrute; entonces, estos son actos posteriores a la ocupación ilegal, que no tienen trascendencia para ser valorados como una circunstancia de agravación. Todas estas circunstancias y/o factores, que el legislador ha contemplado en este inciso 6), forman parte ya del proceder, de estos agentes, que no revela un plus de desvalor, merecedor y necesitado de una reacción punitiva de mayor dosis de energía sancionadora.

Abusando de su condición o cargo de funcionario o servidor público; en este supuesto, sí puede apreciarse un fundamento valedero, para la fijación de una circunstancia de agravación, pues los sujetos públicos, cuentan con información importante, con medios logísticos y otros, que pueden ser aprovechados precisamente, para poder cometer esta clase de injustos penales. El mayor reproche reposa, en que estos funcionarios o servidores públicos, son los que justamente deben evitar que se cometan estos actos (policías, jueces, fiscales, Alcaldes, regidores, etc.), mas hacen todo lo contrario, abusando de las bondades del cargo funcionarial, viabilizan que otros ingresen ilegítimamente a bienes inmuebles. Para poder apreciar esta agravante, se debe verificar, el «abuso» de la función público, si esto no es así, el agente ha de responder conforme al tipo base. Lógicamente, si el juzgador aplica esta agravante, estará impedido de imponer la circunstancia agravante genérica, prevista en el artículo 46°-A del CP así como la reglada en el inc. h) del artículo 46°, luego de la modificación acaecida por la Ley N° 30076, en salvaguarda del principio del *non bis in idem*.

Constituye una técnica legislativa -recurrente del reformador-, elevar a la categoría de «autoría», intervenciones delictivas, en realidad constitutivas de «participación delictiva»; así se pone en evidencia, cuando en el último

párrafo del artículo 204°, se expone a la letra que: "*Será reprimido con la misma pena el que organice, financie, provoque, facilite, fomente, dirija, provoque o promueva la realización de usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada*".

No estamos seguros, si es que dicha orientación obedece a una probable ignorancia, de los efectos reguladores de las instituciones de la PG o, el tema pasa por fortalecer los efectos psico-cognitivos de la *norma jurídico-penal*; nos inclinamos por esta última opción, en el sentido de que es el factor criminológico, el que incide en este proceder normativo, conocedores de que detrás de las personas que ejecutan las ocupaciones violentas, en los predios (bienes inmuebles), se sitúan los gestores y/u organizadores de estos eventos delictivos. Y, esto se refrenda, en la medida que quien encamina su conducta, a crear las condiciones favores y/o propicias, para que otros puedan cometer formalmente el delito, son «cómplices» , mientas que quien, provoca en otra persona, el dolo de delinquir, es un «Instigador», así se deduce de los verbos; *fomentar, provocar, promover.* No puede dejarse de lado, que un Instigador o cómplice, a su vez puede ejecutar un acto típico de autoría, que al ser este último de mayor intensidad, ha de responder sólo por éste, conforme al principio de proporcionalidad.

La norma hace referencia a individuos que han instituido verdaderas mafias de invasión y ventas de terrenos ajenos, valiéndose de cierta información y de todo un cuerpo operativo, instigan a la población a perpetrar estas ocupaciones, con la promesa de hacerlos verdaderos propietarios del área ocupada: es decir, estos hechos no sólo tienen que ver, con la inminente usurpación del predio a ocupar, si no que el propósito ulterior es de hacerse de la propiedad del mismo, a través de una serie de subterfugios, de actos falsarios, por lo que en algunos casos, a la par de ser Instigadores de estos actos luctuosos, pueden verse comprometidos en otras figuras delictivas, como la Estafa y las Falsedades.

Lo anotado, nos da una lectura, que en algunas circunstancias, puede hacer ver a estos «Instigadores» o «Cómplices», como reales «autores», del delito de Usurpación; dicha inferencia de construye a partir de una nueva visión de autoría y participación, que se diseña en el marco de «organizaciones delictivas», las cuales al estar provistas de todo un cuerpo organizativo, de una relación jerárquica, que se mueve -desde un frente vertical y horizontal-, permite determinar que aquellas personas que integran la cúpula de la estructura organizacional del aparato criminal, sean quienes tengan el dominio y control de los actos que se ejecutan en su interior; de modo, que estos agentes asumen responsabilidad penal a título de «autoría» y no de «participación delictiva»(790), lo cual encuentra pleno asidero, -con los fines

(790) Vide, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, T. I, cit., ps. 624-633.

político criminales-, inspiradores de una dogmática penal moderna, según los cometidos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

2.6. Comentarios a la Ley N° 30327 y al Decreto Legislativo N° 1187

En el contexto de «Inseguridad Ciudadana», que padece actualmente el Perú, especial protagonismo tiene el delito de Usurpación, considerando su alta cifra de criminalidad en los últimos tiempos. Se aprecia como lotes de terrenos, espacios eriazos son invadidos por turbas de personas, sin interesar que éstos sean propiedad del Estado o de privados, en realidad estamos ante mafias, organizaciones delictivas que se dedican a este lucrativo negocio, a costa de las necesidades elementales de no pocos ciudadanos.

Sin duda, esta es una grave problemática que ha pretendido ser enfrentada desde diversos frentes, entre éstos el Derecho penal, lo cual puede ser testimoniado con las últimas modificaciones sufridas a los artículos 202° y 204° del CP, tratando de extender el ámbito de protección a nuevos supuestos delictivos y así como de endurecer las sanciones punitivas. Se sigue una técnica de corte casuística, pretendiendo amparar bajo la norma penal todas las situaciones de desvalor que se presentan en la realidad criminológica en el Perú, lo cual se refrenda con la sanción de la Ley N° 30327 de mayo de 2015.

Fuentes periodísticas, indican que autoridades de la PNP, informaron que en el transcurso del 2014, dicha entidad estatal remitió al Ministerio Público 216 atestados de usurpación de inmuebles y terrenos; siendo lo más recurrente, la invasión de casas y propiedades, producto de problemas documentarios o litigios entre las partes. En efecto, inmuebles que se encuentran en litigio judicial o terrenos carentes de documentación registral, son el blanco de estos agentes, que en algunas ocasiones son respaldados por las autoridades políticas del sector. Otros funcionarios públicos lo que hacen es extender certificados de «posesión», a los ocupantes precarios del predio, quienes no cuentan con título alguno sobre el inmueble, sea de propiedad o de posesión.

Bajo el marco descrito, es que se sanciona la Ley N° 30327 - "Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible", cuyo objeto *es de promocionar las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, estableciendo la simplificación e integración de permisos y procedimientos, así como medidas de promoción de la inversión*. Normativa, que tiene incidencia en la protección del medio ambiente, al instituirse el procedimiento de Certificación Ambiental Global (CAG), con la finalidad de incorporar progresivamente en un solo procedimiento administrativo, los distintos títulos habilitantes relacionados con

la Certificación Ambiental Global que corresponde con la naturaleza del proyecto y que son exigibles por disposiciones legales especiales.

Lo que interesa a nuestro presente estudio, es la declaración de «interés nacional», la protección de los derechos de vía y localización de área otorgados para proyectos de inversión, por lo que estipula, que en caso de que las personas naturales o jurídicas que mediante cualquier acto, uso o disposición de las áreas impidan a los concesionarios el ejercicio del derecho de vía otorgado por el sector correspondiente o invadan la localización de área, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 920 del Código Civil, esto es, la Defensa posesoria judicial. Resultando de vital importancia, lo previsto en el artículo 28.3 de la Ley (*in fine*), que *sobre los terrenos destinados a derechos de vía no puede otorgarse ningún título de propiedad ni emitir autorizaciones de ocupación, construcción, ni de reconocimiento de nuevos derechos, distintos al uso de los derechos de vía para la instalación de la infraestructura necesaria para la ejecución de proyectos de inversión.* Toma lugar, por tanto, una prohibición expresa de extender títulos de propiedad alguno o de expedir certificados posesorios sobre esta clase de terrenos, que están reservados para la instalación de proyectos de inversión. Tanto es así, que la autoridad municipal, a través del ejecutor coactivo, *debe ordenar la demolición de obras inmobiliarias que contravengan lo dispuesto en la presente norma.*

La contravención a los dispositivos legales invocados por parte de los funcionarios públicos encargados de aplicarlos, por tanto, de sujetar su actuación funcional a los mismos, no sólo puede merecer un procedimiento disciplinario por la comisión de una «falta grave» (*infracción administrativa*), conforme lo estipula la Disposición Común de la Ley N° 30327, sino también de ser procesado por el delito contenido en el artículo 376°-B del CP - "Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles".(791)

Siendo así, se incluye el inc. 8) al artículos 204 del CP: "*Sobre derechos de vía o localización de área otorgados para proyectos de inversión*". Hipótesis de agravación que da lugar a un elemento normativo del tipo, que debe ser cubierto por la esfera cognoscitiva del dolo del agente, para poder aplicarla válidamente.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1187, de agosto de 2015, incluye dos supuestos más al listado de «circunstancias de agravación», del tipo penal -in comento-. La primera importa la *utilización de documentos privados falsos o adulterados.* En este caso, el mayor plus de desvalor de la conducta, tiene que ver con los medios comisivos, con los instrumentos que hace uso el autor para lograr despojar al sujeto pasivo de la posesión del bien inmueble. Advertimos la sobre-criminalización de un Concurso delictivo, en específico

(791) Incorporado por la Ley acotada.

un Concurso «Medial», entre el artículo 202° del CP, con el delito de Falsedad Material (artículo 427° del CP), que por motivos de estricta policitación normativa, es que se incluye en esta modalidad agravada de Usurpación y, de hecho, para descargar una represión de mayor intensidad, en comparación con la punición que se obtendría de la sumatoria entre ambos delitos, conforme la regla establecida en el artículo 50° del CP[792]. Los artículos 235° y 236° del Código Procesal Civil, disponen que se considera documento público al otorgado por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, y a la escritura pública y demás documentos otorgados por notario público, según la ley de la materia; mientras que se considera documento privado a todo aquel que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público. Documento *privado* será todo aquel confeccionado, elaborado, formado por la voluntad de particulares, destinado a generar, modificar o extinguir relaciones sociales de repercusión jurídica, lo que no implica, que los funcionarios y servidores públicos puedan formar documentos privados. De manera que caben en ese concepto los documentos producidos en el ejercicio de cualquiera rol de la vida social, bien como simple persona privada sin una condición especial en el mismo, o como profesor o gerente, o como girador de cheques, como sacerdote, o padre de familia, como anotador de planillas de ingreso de personal, como comerciante al emitir un factura, como ingeniero o arquitecto, como empleador, en fin, de toda actividad desprovista de la función pública estatal que permita la creación de documentos[793]; (...) la expresión "falsificar" tiene el significado preciso de "adulterar, contrahacer", y la "falsificación" es acción y efecto de falsificar, de donde se tiene que en esencia se trata de una actuación material mediante creación total por fabricación del objeto, que le atribuye una cualidad negativa de ser falso respecto de su opuesto verdadero. Dado este sentido de la expresión ciertamente que resulta imperativo decir que la expresión falsifique, o falsificación, identifica la acción propia de la falsedad material de los documentos, bien por acción, sobre un documento genuino preexistente en el tráfico o por confección material de un objeto no existente en el mismo. En ambos casos se requiere una manipulación operativa de orden físico para crear otro documento diverso del original, o para crear materialmente uno que no podrá crearse por quien lo fabrica[794].

La segunda modalidad agravada, es la de *tener condición de representante de una asociación u otro tipo de organización, representante de persona jurídica o cualquier persona natural, que entregue o acredite indebidamente documentos o valide actos de posesión de terrenos del Estado o*

(792) Conforme lo establece la Ley N° 28730 de mayo del 2006.

(793) Corredor Pardo, M.; *Falsedad documental:...*, cit., p. 326.

(794) Corredor Pardo, M.; *La falsedad de los documentos*, cit., ps. 403-404.

de particulares; en esta hipótesis se apela a la condición especial del agente, a efectos de sustentar la mayor punición. Estamos ante una persona que ostenta una posición privilegiada dentro de la estructura organizacional de estas corporaciones legales, que le permite justamente tomar decisiones de tal naturaleza (*acreditación de derechos reales sobre bienes inmuebles*). Su representatividad, formalmente designada, debe estar anotada en el registro correspondiente, empero, los defectos que pueda presentar el título desde un plano formal, -para nosotros-, no incide en la valoración típica de la conducta. Sólo se penaliza en este apartado, a los particulares (representantes de personas jurídicas) o *dígase* personas naturales, cuando es un funcionario público, quien extiende ilegalmente un certificado posesorio o de naturaleza similar, la tipificación se traslada al artículo 376°-B del CP[795] (especial «propio»).

(795) Incorporado por la Ley N° 30327 de mayo del 2015.

CAPÍTULO IX
DAÑOS

ARTÍCULO 205.- DAÑO SIMPLE

El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa.[796]

1. FUNDAMENTO DE LA INCRIMINACIÓN, CONCEPTO

Los injustos de hurto y de robo, atacan el patrimonio, concretamente la propiedad de los bienes muebles, el señorío sobre la cosa que el ordenamiento jurídico le reconoce a su titular. Con propiedad el ejercicio cabal de los derechos reales inherentes a la propiedad son objeto de menoscabo por los delitos antes mencionados; cuando la víctima es desposeída de su tenencia y, el sujeto activo asume un nuevo *dominus*. Mientras que en el delito de Usurpación, el ofendido se ve privado del ius possesionis, cuando el agente lo desocupa del bien inmueble, mediante violencia y amenaza.

Es de verse que los bienes muebles y los bienes inmuebles, no sólo pueden ser objeto de sustracción y/o ocupación ilícita, sino que al sufrir transformaciones materiales, importa una lesión al valor patrimonial que éstos detentan en el mercado, es decir, al perder su intangibilidad, ornato y estructura corpórea, son objeto de una reducción valorativa, que a su vez determina un detrimento en el acervo patrimonial de un individuo. No sólo se provoca su desgaste nominal, sino que en algunos casos, al perder sus propiedades funcionales, ya no están en condiciones de reportar las utilidades, ventajas y/o beneficios que su titular esperaba obtener de aquél. Con ello estamos

---

(796) Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 30076, publicada el 19 agosto 2013.

dando lugar a una tipificación especial autónoma, que se le conoce con la denominación de «daños».

Si hemos hablado de forma genérica, que en algunos delitos que se comprenden en el Título V del C.P., implica un enriquecimiento del sujeto activo y un empobrecimiento del sujeto pasivo; en este caso, sólo hemos de identificar el segundo de los presupuestos anotados, es que el autor cuando destruye, inutiliza o deforma un bien, por lo general no obtendrá un beneficio, puesto que el objeto no lo ingresa a su esfera de custodia –no se produce el desplazamiento- y, así poder darle un uso o una utilidad que le pueda significar un beneficio económico; a menos que haya sido remunerado por una tercera persona, lo que no ha de interesar a efectos de establecer la "relevancia típica", tal como de *lege lata* lo ha dispuesto por el legislador en el artículo 205°, a diferencia del Hurto, no se exige en el injusto de Daños, la concurrencia de un elemento anímico aparte del dolo, el «ánimo de aprovechamiento». Tomando en cuenta que dicho aprovechamiento, para sí o para un tercero, debe derivase del empleo del bien que ha sido sustraído por parte del agente y, no de otra circunstancia. Justamente la presencia de dicho elemento de naturaleza trascendente permite diferenciar los delitos antes invocados. En la tipicidad objetiva que toma lugar en el artículo 185°, a parte del apoderamiento debe acontecer la sustracción, que supone en otras palabras el desplazamiento del bien mueble a un lugar donde el sujeto activo establecerá su esfera de custodia; en cambio en la figura de daños, el bien mueble puede ser destruido en la propia esfera de custodia que ejerce aún el sujeto pasivo, no se requiere entonces, que se ejecute el traslado del bien, pero tampoco puede rechazarse dicha posibilidad.

La distinción con el delito de incendio ha de inferirse desde un doble baremo a saber: primero, en lo que respecta al bien jurídico objeto de tutela, en el caso del artículo 273° del C.P. constituye la seguridad pública[797] y no el normal uso y disfrute de los bienes y, segundo la más resaltante, que el delito de daños exige para su punición que el bien haya sido destruido, dañado o inutilizado, es decir, es un delito de índole material, mientras que el primero de los nombrados es de peligro, no necesita verificarse para declarar su estado consumativo que el bien haya sufrido un daño, basta para ello que desde una perspectiva ex –ante se acredite su real puesta en peligro, una suficiente aptitud lesiva.

En el delito de daño, (...), dice Creus; lisa y llanamente el agente extingue o menoscaba los poderes que el sujeto pasivo pueden ejercer sobre la

(797) Vid., al respecto, Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 503.

cosa, por medio de un atentado contra la cosa misma, cuyo valor económico de cambio o utilitario elimina o reduce[798].

Ahora bien, de igual forma que en el supuesto típico del Hurto, el legislador ha fijado una zona delimitadora, entre aquellos comportamientos que son catalogados como faltas y aquellos constitutivos de delito, en cuanto a la valoración económica del bien, lo que resulta acertado político criminalmente, amén de evitar criminalizaciones innecesarias, lo que se ajusta plenamente a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*. En principio la frontera valorativa entre el injusto penal y la falta, fue fijada en cuatro RMV, pero luego de la dación de la Ley N° 28726 del 09 de mayo de 2006, fue bajada de forma significativa a una RMV, producto del afán penalizador del legislador, interesado en colmar las demandas prisionizantes de ciertos sectores de la población. La intención es clara: de sancionar punitivamente una mayor gama de conductas y así extender la propiedad hospedante de las cárceles; pretensión en puridad retributiva incompatible con los límites garantísticos del *ius puniendi* estatal.

El daño o menoscabo del bien ajeno protegido jurídicamente, da lugar, en base a los supuestos de antijuricidad de este acto a una obligación de restaurar o de compensar el derecho vulnerado[799]. Sujetos al ámbito del Derecho privado, ha de convenirse en que todo daño a la propiedad ajena debe ser susceptible de ser reparado o, en su defecto de ser indemnizado; así lo entiende el C.C., cuando en el artículo 1969°, dispone que aquel por dolo o culpa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. El descargo por dolo o culpa corresponde a su autor. ¿Cómo distinguir el dolo civil del dolo criminal? No resulta en realidad de fácil concreción, consideramos que la esfera subjetiva determina un contenido harto complejo de descifrar; mas se es de la opinión que el dolo civil, importa más que un descuido que una intencionalidad, máxime si la responsabilidad civil puede atribuirse mediando una relación de garantía (representante legal), mientras que la responsabilidad penal responde a criterios muy rígidos de imputación: acción y reproche individual son dos aristas que de forma conjunta forman un criterio muy particular de atribución de responsabilidad.

En lo que respecta a la naturaleza del daño, Peña Cabrera, nos dice que es incuestionable que el daño civil y el daño penal comparten una franja común pero también lo es que hay rasgos diferenciadores e insalvables; el daño civil posee mayor radio de acción porque involucra los perjuicios morales y el lucro cesante, resultados muy ambiciosos para la aprehensión penal[800].

---

(798) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 607.

(799) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 573.

(800) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 576.

2. BIEN JURÍDICO

Somos de la concepción que el tipo penal contenido en el artículo 205°, ha de tutelar también el patrimonio, pero de forma concreta la funcionalidad del bien, su integridad material así como su valor en el mercado, que han de afectarse cuando el agente destruye, daña o inutiliza el objeto material del delito.

Lo protegido es la capacidad de disposición que tiene el propietario sobre la cosa, por eso se afecta materialmente el mismo, en la medida en que ella tiene una determinada relevancia económica y esa capacidad de disposición aparece protegida jurídicamente (derecho de propiedad)[801]; (...) es el uso de los bienes y el aprovechamiento de los mismos, cubriéndose en este sentido el mero deterioro del bien incidiéndose también el disfrute. No puede decirse *strictu sensu*, que el bien objeto de tutela sea la propiedad, pues cuando se trata de menoscabo o inutilización de la cosa el derecho de propiedad puede quedar incólume (piénsese por ejemplo, en quien da libertad a un valioso pájaro enjaulado) en cuyo caso se lesiona el contenido jurídico y económico del derecho de propiedad[802].

En otras palabras, dígase en términos funcionales, se produce una defraudación de las legítimas expectativas del propietario del bien, en cuanto a los fines que le esperaba obtener con su uso y disfrute así, como con el valor económico que pretendía obtener con su posterior enajenación.

Coincidimos con NÚÑEZ, cuando afirma que en realidad, el daño como delito contra la propiedad, atenta contra el valor económico de la cosa, extinguiéndolo o disminuyéndolo[803].

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

En principio puede decirse que puede ser cualquier persona, pero si uno revisa la redacción normativa del artículo 205°, debe llegar a la conclusión que desde un aspecto negativo, debemos excluir al propietario, en tanto la ajenidad es un elemento que define la materia prohibida. Sí podrá asumir dicha cualidad jurídico-penal el poseedor no propietario, el tenedor, el usufructuario, el depositario, etc.

Si puede serlo el co-propietario, siempre y cuando el bien haya sido objeto de división y partición.

---

(801) BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 256.

(802) BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 507.

(803) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 526.

3.2. Sujeto pasivo

Será en definitiva todo aquel que ejerza el título dominical sobre determinado bien (mueble o inmueble), a quien la Ley lo reconoce como propietario; mas no el usucapiente si aún no ha obtenido resolución jurisdiccional a su favor.

3.3. Modalidad típica

Primer punto a saber es el objeto sobre el cual recae la acción criminal, de acuerdo a lo previsto en el articulado en cuestión, se trata de «bienes muebles e inmuebles». Los primeros de ellos serán todos aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro, que sean susceptibles de ser cuantificados económicamente, que posean integridad corpórea y, aspecto muy importante que el orden jurídico reconozca un título de propiedad en cuanto título dominical a una determinada persona. No dejemos de lado, que para hablar de daños, debe tratarse de un bien con entidad material, a efectos de ser viable su destrucción y dos, si decimos que este delito ataca la propiedad, en cuanto a su uso y funcionalidad, no puede tratarse de bienes que no son de nadie. Envenenar a un animal salvaje que no pertenece a nadie, no constituye delito de daño[804].

Pueden ser también documentos, especialmente aquellos que llevan intrínsecamente un valor monetario de acuerdo a la propiedad de acción cambiaria, que éstos ostentan, títulos valores como una letra de cambio, un pagaré, un cheque, etc., de conformidad con lo previsto en el artículo 886° del CC. Debiéndose por añadidura incluir a los animales, a los semovientes[805], concordante con lo expuesto en el inciso 4) del artículo 206° del C.P., en el cual se hace mención expresa a ellos, conjuntamente con las plantas.

El bien que se destruye, daña o inutiliza, debe poseer una valoración económica, de acuerdo a su delimitación con las faltas contra el patrimonio; la destrucción de una foto, a nuestro parecer ni siquiera puede configurar una contravención penal, en la medida, que debe aparecer siempre un perjuicio económico de cierta magnitud.

Segundo punto a saber es que el bien debe ser «total o parcialmente ajeno», quiere decir esto, que el objeto debe tener jurídicamente a una persona como dueño, por lo que no se puede hablar del delito de daños si es que el propietario destruye, daña o inutiliza el mismo, aún cuando éste se encuentre en posesión de un tercero. Pero, prescindiendo del caso del dueño mismo anota Soler, la cosa es ajena para el autor independientemente del

(804) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 596.

(805) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 582-583.

título en virtud del cual la tiene quien la posea[806]. De igual forma las cosas de nadie, las de la naturaleza, no pueden ser objeto de daño, mas si aquellos bienes perdidos sin necesidad de que el autor conozca la identidad, basta que sepa que son ajenos.

Serán ajenos, entonces, aquellos que pertenecen a otro, que cuenta con un reconocimiento jurídico que ampare el título dominical; aquellos que están en disputa judicial, mientras no se dé un pronunciamiento judicial firme, no podrá afirmarse su propiedad, como el usucapiente que acciona un proceso de prescripción adquisitiva de dominio y si se daña el inmueble, puede ser considerado como sujeto pasivo.

Se dice en la descripción típica, que la ajenidad del bien que se daña puede ser total o parcial. Podremos hablar de parcial, cuando el objeto a un condómino, donde coexisten varios copropietarios, siempre y cuando se haya producido judicial o notarialmente la división y partición del bien; pues de no ser así, son cuotas ideales indivisas, por ende, el agente no podría estar incurso en la figura criminosa *in examine*.

Primero, el tipo penal en cuestión hace mención a la acción de «dañar», aquella consiste en la realización de actos materiales que provocan un menoscabo, una afectación a la estructura integral del bien, cuando se produce una visible alteración de su configuración corporal. Con su acción, el autor o el agente no buscar ni destruir ni inutilizar el bien, lo único que busca es deteriorarlo para que no siga cumpliendo su finalidad normal y natural[807]. Basta con desajustar una pieza de una máquina, de un instrumento, en cuanto al uso que se ve disminuido o alterado con la acción dañina, así cuando se rompe una parte de su estructura, v. gr., quiebra las patas de una mesa o cuando se vierte una sustancia corrosiva al metal de una herramienta de trabajo; empero no se podrá estimar positivamente la figura delictiva en análisis, cuando se pinta una pared de cierto color o se ensucia un muro, en tanto pueden ser lavadas[808], pero, situación distinta aparecerá cuando se plasma una pinta sobre una obra de arte. Los animales para ser dañados, han de ser objeto de una lesión que desencadene una afectación a su salud, que de forma desmejorada se exteriorice una dolencia en su sistema inmunológico, no aquellas que sean propias para su domesticación; sin que éstos puedan significar actos de crueldad o maltrato, en tanto que aquellas conductas son constitutivas de una falta, según lo previsto en el inc. 4) del artículo 450° del C.P. así como de la nueva modalidad infractora contenida en el artículo 450°-A (*in fine*), incorporada por la Ley N° 27265 del 22 de mayo de 2000: El mal-

(806) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 499.

(807) Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., ps. 413-414.

(808) Así, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 502; Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., ps. 596-597.

trato, entonces para no ser delito, no debe materializarse en una afectación a la salud del semoviente.

Aspecto importante a destacar es que la modalidad reseñada ya no puede recaer sobre sistemas o redes de computadoras, como postulaba un sector importante de la doctrina nacional[809], pues al haberse sancionado la Ley N° 27309 del 17 de julio de 2000°, que incorpora al texto punitivo los denominados «delitos informáticos», con arreglo al principio de legalidad, debemos subsumir las acciones de sabotaje informático, es decir, los daños que se materializan en el ordenamiento informático en el artículo 207-B del C.P.[810].

Luego, se habla de «destrucción», lo que importa la desaparición del bien, dejarlo en añicos, alternándose en su propia esencia y/o configuración, su estructuración material es objeto de una total modificación, por lo que el bien no puede ser susceptible de ser recompuesto o refaccionado, a diferencia de lo que acontece en el daño. Esto se puede hacer mediante destrucción de la cosa, esto es, deshaciéndola, arruinándola o asolándola, de manera que ya no exista más o que, perjudicando su valor, ya no sea lo que ha sido por su naturaleza, calidad o forma[811]; v.gr., el arrendatario que ataca de forma integral una ventana, antes de la entrega de la posesión del inmueble . No es necesario, (...), que se trate de una destrucción total y efectiva de la cosa: basta dañarla, es decir, disminuir irreparablemente su calidad o la posibilidad de utilizarla o sus fuerzas naturales[812]. Se puede llegar a dicho resultado, cuando se le prende fuego al bien o simplemente golpeándolo con una fuerza intensa o derribando una puerta de una patada. Bajo el supuesto de que el agente mutila una parte del bien, sea cortando una parte de un mantel, también será posible su conducción típica a este supuesto, sin embargo, ante la rotura de una parte integrante del bien, resulta preferible adecuarlo bajo los alcances de la hipótesis anterior.

En lo que respecta al tercer verbo empleado «inutilización», se discute en la doctrina si el daño ha de referirse a la afectación a la sustancia misma del objeto o si sólo es necesaria una lesión que recaía sobre su estimación pecuniaria. Puede decirse que se presenta una inutilización cuando se perjudica la esencia misma de la cosa, propiciando su disfunción, en el sentido de que el bien sigue en poder fáctico de su dueño, mas ya no puede reportarle la utilidad que éste tenía antes de la acción perjudicial; v.gr, cuando se saca una pieza fundamental del motor de un automóvil que impide su funciona-

(809) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., ps. 580-581.

(810) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 415.

(811) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 529.

(812) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 503.

miento. La cosa es inutilizada cuando deja ser apta para su destino[813]. Se diría por otro lado, que también puede inutilizarse un bien, cuando el autor suelta un animal de la custodia de su amo, al lesionarse su valor de uso[814]; así cuando se deja en libertad una vaca lechera o un gallo de peleas; quiere decir a todo esto, que lo relevante a efectos penales es un pérdida de la funcionalidad del bien, a diferencia de la destrucción que sí requiera de una lesión a la sustancia del objeto. Lo que dará lugar a un delito de daños siempre y cuando el agente no traslade el bien a su esfera de custodia a fin de obtener un provecho sobre el mismo, pues de ser así será constitutivo de un hurto. Como apunta correctamente FONTÁN BALESTRA, la acción de llevarse el animal de un lugar a otro, (...) no es suficiente para caracterizar el hecho como hurto. Esa acción fugaz de apoderamiento, es necesaria para hacer desaparecer la cosa[815].

Puede cometerse el injusto también por comisión por omisión[816]; v. gr., cuando el autor no realiza una acción que estaba en obligación de realizar, para evitar el daño del bien; si está pintando la casa, usando tiner, líquido que cae sobre un objeto, al cual debía remover. Debiéndose agregar el dolo.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La perfección delictiva de las conductas que se describen en la redacción normativa del artículo 205°, se alcanza cuando la acción de dañar se realiza en un menoscabo efectivo del bien, cuando el objeto es eliminado en su integridad estructural, cuando se dejan en añicos una pieza de cristal o en el momento en que el bien ya no está en condiciones de seguir proporcionado su inherente funcionalidad. Se trata, por tanto, de un delito instantáneo y como tal, queda consumado en el momento en que el bien es dañado, destruido o inutilizado[817]; los actos anteriores serán reputados como tentativa cuando manifiestan el inicio de los actos ejecutivos, cuando el agente no da en el blanco al momento de realizar su designio destructivo o por motivos ajenos a su voluntad es impedido de exteriorizar la materialidad de su plan criminal.

No se requiere que el autor obtenga un beneficio patrimonial o de otra índole, mas cuestión distinta es que la materialidad del tipo penal implique por lo general un menoscabo al patrimonio del sujeto pasivo. En la doctri-

---

(813) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 530.

(814) Cfr., BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 507; Ver al respecto, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII),* cit., p. 753.

(815) FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 597.

(816) Así, BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Delito de Daños,* cit., p. 507.

(817) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-A, cit., ps. 585-586.

na española, se es de la postura que no es preciso perjuicio alguno como consecuencia de la destrucción, el deterioro o inutilización de la cosa[818]; un bien que ya se encontraba en estado de deterioro que es destruido, puede inclusive reportar un beneficio de la víctima, al no tener que sufragar su mantenimiento costoso.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Todas las modalidades que se comprenden en este articulado, resultan reprimibles únicamente a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta a causar un daño, destrucción o la inutilización del bien, sabiendo de su ajenidad (total o parcial). Siendo esto así, si el autor cree erróneamente que el bien es de su propiedad, podrá dar lugar a un error de tipo.

Basta a nuestro entender el dolo eventual, conciencia del riesgo típico. En el caso de que el agente sin querer dañar la propiedad ajena, conjura una acción de suficiente aptitud de lesión, conociendo perfectamente de su virtualidad perjudicial.

No resulta necesario exigir la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto ajeno al dolo, un ánimo específico de dañar el bien, de conformidad con la previsión de *lege lata*[819]; ello quiere decir, que el delito de daños puede inferirse de forma negativa, cuando no aparece la intención de obtener un provecho, en el sentido, de que si el autor traslada el bien a su esfera de custodia y ejercer así un nuevo *dominus*, será un delito de hurto, a pesar de que luego lo destruya. Es la apropiación de forma definitiva lo que lo distingue del injusto de daños.

Como anota Soler, la acción de que la acción es dañosa y la voluntad de ejecutarla no obstante ese conocimiento pueden o no ser el único contenido subjetivo[820]; puede revelarse un móvil de venganza, de celo, de arrebato, etc., elementos propios de la psicología que no interesan a efectos de dar por sentada la relevancia típica de la conducta.

La intención de dañar supone en realidad el mismo contenido del dolo. Sin embargo en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 7968-97, se señala lo siguiente: *"El delito de daños se configura cuando el agente activo tiene la intención de dañar en forma total o parcial un bien, sea éste mueble o inmueble, incluyendo a los semovientes, operándose un menoscabo económico en*

(818) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII)*, cit., p. 751.

(819) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 585.

(820) Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 506.

el agraviado que no produce beneficio alguno al agente activo, es decir, se aparta de cualquier propósito de lucro"[821].

Se descarta de formas rayana la incriminación a título de negligencia, v. gr., quien de forma imprudente genera un riesgo no permitido que se efectiviza en el resultado lesivo; quien prende fuego por culpa y genera la destrucción del bien.

ARTÍCULO 206.- MODALIDADES AGRAVADAS DE DAÑOS

La pena para el delito previsto en el artículo 205 será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando:

1. *Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.*
2. *Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público.*
3. *La acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas.*
4. *Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales.*
5. *Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente.*
6. *Recae sobre infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones..*

1. DESARROLLO DOGMÁTICO

Antes de pasar al análisis doctrinario, debemos fijar nuestra posición con respecto al valor del bien, si éste debe superar la barrera de una RMV, a fin de constituir un delito y no una falta. De común idea con lo sostenido en el caso del Hurto agravado, somos de la concepción que deben exigirse los mismos elementos que toman lugar en el artículo 205°, esto es, que el valor del bien supere una RMV, de esta manera adecuamos el criterio interpretativo a los principios de subsidiariedad y de ultima ratio, con arreglo a la modificación producida en el artículo 444° vía la sanción de la Ley N° 28726 del 09 de mayo de 2006.

1.1. Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén li-

(821) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, T. II, cit., p. 373.

brados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas

El legislador ha tomado como basamento incrimina torio, la naturaleza del bien –objeto material del delito-, cuya peculiar caracterización ha determinado que la sanción punitiva sea ajustada con una severidad de rigor, cuando obviamente tomen lugar las modalidades del injusto de daños que se han glosado en el artículo 205°. Dice el precepto legal de punición, que los bienes deben tener valor científico, artístico, cultural, siempre que por el lugar de su localización estén sometidos a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o la reverencia de un número indeterminado de personas.

¿Qué debemos entender por bienes de «valor científico»? serán todos aquellos que desarrollan ciertas propiedades funcionales, en su practicidad, en cuanto al beneficio de las necesidades de la población, del individuo, del bienestar de la humanidad, en los diversos campos (salud, informática, etc.), que puede adquirir una utilidad (socio-económica), mereciendo, por tanto una protección más intensa por el derecho positivo, que en este caso es representado por el Derecho penal.

Somos de la postura, que para que un bien pueda ser considerado de valor científico, no se requiere que se encuentre debidamente registrado ante las instancias administrativas competentes; pues basta en todo caso, que sean susceptibles de ser inscritas ante dichos registros, cualidades que ha de tomar en consideración el juez en cada caso concreto, para lo cual se remitirá a las valoraciones que de cuño tenga la sociedad al respecto. Debe operar de todas formas un criterio restrictivo, a fin de no ampliar de forma innecesaria su aflicción.

Los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación, son objeto de una protección particular del Estado, en este caso por parte del Derecho penal, pues se trata de bienes que se comprenden en la riqueza histórica de nuestro país, fruto del ingenio y la creación de las culturas inca y pre-incas más representativas, que se asentaron a todo lo largo de nuestro territorio, en el Perú milenario. Habiéndonos dejado un valioso legado, que todos los peruanos tenemos el deber de proteger y conservar.

El valor «artístico» del bien debemos asimilarlo conforme las variadas formas en que se expresa el arte, sea en una pintura (pictórico), en una estatua, murales, etc.; todos aquellos objetos que forman parte del ingenio y de la creatividad del ser humano, dando muestra de especiales dotes, que son admirados por el resto de los mortales. Dicho valor no requiere tampoco de una certificación especial por parte de una entidad estatal, basta que sean expuestos al público en una galería, en una feria o al aire libre. Mientras que valor «histórico», tendrán todos aquellos bienes fueron creados y/o elaborados por nuestros antepasados, cuya prolija y peculiar configuración

estética-corporal hace de éstos, objetos que se constituyen en paradigmas de un determinado contexto histórico-social, cuya zona de delimitación con los bienes de valor cultural no es de fácil concreción, en mérito a los campos de entrecruzamiento que se presenta entre ambos. Pueden manifestarse en mueblería, sillares, telares, joyas, libros, etc.

Ahora bien no resulta suficiente con que el bien cuente con la naturaleza antes detallas, sino que siempre por el lugar en que se encuentren estén «librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas». Entonces, primero deben estar localizados en un espacio físico donde sean susceptibles de ser exhibidas ante un público determinado, por lo que ha descartarse cuando éstos se encuentren en un domicilio privado u otro lugar; por ende, se requiere de que los bienes estén librados a la mirada de la gente, vg.r., en un museo, en una iglesia, en una catedral, en un parque, zona arqueológica, en cualquier edificación abierta al público, etc., donde se exhiban objetos de arte o de valor histórico. Destinado al servicio, quiere decir, que el bien sea usado en aras de satisfacer determinadas necesidades humanas, un tren por ejemplo o un tranvía que transporta pasajeros, contando con valor histórico, es objeto de un daño por parte del agente. Así, cuando el agente ingresa a una iglesia, provocando un grave deterioro a las pinturas que allí se encuentran, no basta con una pequeña inscripción, sino que debe apreciarse la materialidad típica que hicimos alusión en el articulado anterior; también el altar de un Dios, venerado por una secta religiosa, que es destruido por el autor.

El dolo de abarcar el elemento cognitivo sobre la naturaleza del bien, pues no de ser así, podría configurarse un error de tipo.

1.2. Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público

Bajo esta hipótesis el legislador ha construido la agravante tomando en cuestión los medios de comunicación que son empleados por la población para desplazarse de un lugar a otro. La justificación sería la especial afectación que sufre la ciudadanía, cuando los puentes, diques o canales son dañados de forma intencional, puesto que en algunas oportunidades dicha acción, impedirá que el colectivo pueda desplazarse normalmente hacia sus lugares de destino, con ello pueden producirse también pérdidas económicas. Así también ingresan como objeto de tutela, las instalaciones eléctricas, de telecomunicaciones, radares, etc., que no necesariamente deben estar situadas en un lugar público, pueden estar situadas en un espacio privado, con tal que estén destinadas al servicio público.

Debemos distinguir esta circunstancia de mayor desvalor, con aquella conducta en virtud de la cual el agente impide el paso de los vehículos,

colocando piedras u otros obstáculos, a todo lo largo de las pistas o carreteras, pues en este caso la infracción punitiva ha de fijarse conforme la figura delictiva contenida en el artículo 283° del C.P., lo que no obsta a que pueda presentarse un concurso real de delitos entre ambos injustos.

Las vías de comunicación anotadas en la previsión legal, deben estar destinadas al «servicio público», en tal razón si el canal (regadío), que ha sido dañado, tiene un empleo sólo para privados, por ejemplo el localizado en una huerta o establo, no se dará la agravante *in examine*, pero de todos modos la represión se daría por el tipo base.

1.3. La acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas

Las diversas modalidades que se comprenden en el injusto típico de daños, importa el despliegue de una fuerza física que ha de recalar sobre un bien mueble o inmueble, pues si ésta se dirige hacia una persona, la calificación jurídico-penal ha de ser los tipos penales de lesiones. Calificación jurídico-penal que no ha de enervarse, aún cuando el autor emplee un bien mueble ajeno para golpear a la víctima, el medio empleado no puede de ningún modo ser referente suficiente para un concurso con el delito de daños.

Dicho lo anterior la acción de relevancia típica de lesiones debe orientarse hacia los bienes, que se mencionan en la descripción normativa del artículo 205°, mas una persona puede constituirse en un obstáculo, para que el agente logre su propósito delictivo, por lo que para alcanzar dicho cometido, el autor puede ejercer una violencia física o una amenaza grave sobre un individuo, a fin de vencer sus resistencia y así, poder destruir el bien mueble.

Mas debe quedar claro que si la violencia ejercida sobre la persona causa a estos efectos un daño a la integridad fisiológica de la víctima, de cierta magnitud, habremos de apreciar un concurso ideal de delitos, entre el artículo 205° y el de lesiones graves de ser el caso. No podrá apreciarse la agravante en cuestión, so pena de vulnerar el principio del *non bis in idem*.

La violencia puede ejercerse sobre la persona del propietario, del poseedor, del tenedor, no es necesario que se cumpla con la identidad entre el sujeto pasivo de la acción con el sujeto pasivo del delito, como hemos señalado en los delitos de Robo, Secuestro y Extorsión. Resulta más que lógico que la *vis* absoluta o *vis* compulsiva, sólo puede tener como destinatario a una persona psico-física considerada, dejando de lado a la persona jurídica[822].

(822) Así, Salinas Siccha, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 425.

1.4. Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales

Se señaló en el apartado referido al objeto material del delito del artículo 205°, que los semovientes (animales), también están incluidos, agregando en este caso a las plantaciones, pero para ello deben ser susceptibles de ser valorados económicamente y, deben contar con un propietario, de no ser así no se cumpliría con las exigencias normativas que se desprenden del artículo 205° del C.P.. Como apunta Peña Cabrera se entiende que las plantas a las que se refiere la agravante son aquellas que tienen un valor económico o comercial, o que sirven de materia prima (bosques) para la elaboración de productos terminados, ya sea de propiedad privada o estatal[823]. Por ejemplo un parque forestal, que es de propiedad estatal o un vivero de dominio privado donde se cultiva toda una variedad de plantas (hortalizas), también debemos incluir a los frutales.

La redacción típica de este inciso nos habla de «destrucción de plantas o muerte de animales», la primera de ellas ha de configurarse cuando el agente arranca las plantas de su raíz, cuando las quema o rocía con cualquier sustancia nociva que pueda causar su eliminación, se dice que la planta muere cuando está gravemente marchita. Por su parte la muerte de un animal se dará cuando el semoviente ha fallecido, igual que el ser humano, en el momento en que se paralizan las funciones de los órganos principales. El legislador no ha especificado que clase de animal se trata, serán todos aquellos que pueden ser cuantificados económicamente y que tienen reconocimiento como dueño a una determinada persona, puede ser un canario, un ave, un león, etc. Si la acción sólo ha de provocar una herida de consideración al semoviente, la tipificación será por el artículo 205° y, si la intención era de matarlo, mas no logra dicho resultado, será reputado como delito tentado, puesto que el dolo debe estar orientado a dicho disvalor.

Cuestión importante a destacar es la posible intercesión de tipicidad con la figura descrita como una falta en el artículo 450°-A (actos de crueldad y maltrato de animales), que fuese incorporada por la Ley N° 27265 del 22 de mayo de 2000, en el sentido de que dicha conducta también toma lugar cuando acaece la muerte del animal. La distinción en todo caso, habría que fijarla en los medios que se compaginan en ambos articulados (maltratos, trabajos excesivos), de mayor relieve, que la muerte del semoviente en el caso de daños debe ser expresión de una conducta dirigida con dolo, mientras que la contenida en el artículo 450°-A, parece ser imputable a título de culpa, es decir, el autor no era consciente de que la acción generaba ya un riesgo de lesión fatal para el animal. De no ser así, no sería factible trazar su diferenciación típica.

---

(823) Peña Cabrera, R.; *Delitos contra el Patrimonio...*, II-A, cit., p. 585.

1.5. Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente

Fundamento de la agravación reside también en este inciso, en la particular y/o singular naturaleza, con la cual viene revestido el objeto material del delito; de forma específica, que deban ser entregados en mérito a una orden impartida por un órgano jurisdiccional. Es decir, que hay una orden judicial de entrega del bien expedida por un juez o tribunal competente(824), se descarta, entonces, que la orden venga expedida por un Tribunal administrativo. Si el juez que imparte la orden es uno incompetente, habiéndose producido una usurpación de funciones, habrá que valorar el hecho según la tipificación genérica prevista en el artículo 205°.

Debe tratarse por tanto de una sentencia y/o auto que tiene calidad ejecutiva; cuando en una acción de desalojo, el vencido en juicio, antes de la entrega del bien inmueble, destruye y/o inutiliza los bienes muebles de su interior.

Si el autor de la acción típica es el depositario será el delito de daños, siempre y cuando destruya, inutilice o dañe el bien mueble, pero si lo que hace es apropiarse de aquél, será constitutivo de la figura delictiva contenida en el artículo 190° del C.P.. Lo dicho sin defecto, de que cualquier persona pueda cometer esta modalidad de agravación.

Apreciaremos un delito tentado, cuando el agente no logra materializar el comportamiento prohibido, cuando es detectado justo cuando se dirigía a dañar el bien.

ARTÍCULO 207.- PRODUCCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN PARA CONSUMO ANIMAL EN ESTADO DAÑOSO

El que produce o vende alimentos, preservantes, aditivos y mezclas para consumo animal, falsificados, corrompidos o dañados, cuyo consumo genere peligro para la vida, la salud o la integridad física de los animales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con treinta a cien días-multa.

1. BIEN JURÍDICO

Constituye un patrón denominador, que el legislador opte generalmente por construir y elaborar el mayor número de construcciones típicas, pretendiendo captar normativamente hechos, que supuestamente lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos –merecedores de tutela penal-, sin reparar

(824) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 590.

en que muchas veces la inclusión de un determinado comportamiento resulta ser la repetición de otra modalidad delictiva, que sólo viene a exteriorizar una forma concreta de cómo ha de perpetrarse el injusto, como si esto fuera necesario, en orden a cautelar eventuales penalizaciones, lo que a la postre significa una lesión al principio de legalidad. O de otro lado anticipando de forma significativa la represión penal, a estadios previos de lesión, sin interesar el grado de relevancia del bien jurídico tutelado, como sucede en este caso, puesto que la consumación de los delitos contra el patrimonio está condicionada a la exteriorización de un resultado material.

Si hemos dicho que en los daños se tutela el uso y disfrute de los bienes, conforme a las propiedades inherentes que le han de reportar a su propietario así, como su valor económico en el mercado; no se tutela pues, la integridad de los semovientes, como objeto material del delito, sino como elemento integrante del acervo patrimonial del sujeto pasivo. En el caso de que se pretenda tutelar la salud de los animales, debemos remitirnos a los artículos 450° y 450°-A del Libro Tercero del C.P.; mas, de una lectura somera del articulado en cuestión, pareciese que esa fuera la intención, empero, si debemos fijar el norte interpretativo desde un orden sistemático, en cuanto a los tipos penales de daños, debemos apuntalar que el bien jurídico protegido en lo que respecta al artículo 207° debe ser el mismo que en las tipificaciones anteriores.

Nadie duda que en el mercado pueda comercializarse productos para consumo de animales desprovistos de las garantías de salubridad mínima, en cuanto a su elaboración por ingredientes en estado de descomposición o por elementos que no pueden ser empleados para ello. Constituye una realidad innegable en nuestro país, donde se falsifica todo, incluidos los productos destinados al consumo humano y animal, mas ello no resulta justificación necesaria para que de forma expresa se tipifique esta clase de conductas. Lo cual no abona mucho en la construcción de un Derecho penal apegado al principio de la *lex stricta*.

Consideramos que esta modalidad hubiese sido mejor incluirla en el artículo 205°, tomando en cuenta que se tutela el mismo bien, con la única diferencia de que el legislador ha considerado necesario adelantar las barreras de intervención del derecho punitivo, vía la elaboración normativa de un tipo de peligro, en tanto la conducta que se contrae en el tipo base de Daños es de resultado. Para algunos no resulta adecuado esta penalización, pues son suficientes las medidas sanitarias dictadas por las autoridades municipales o por las de salud[825]; de conformidad con el principio de *ultima ratio*. Habría que ver el rendimiento efectivo que ha tenido esta figura criminosa en la realidad social, si como creemos ha sido nulo, no queda más que plegarnos a

(825) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 592.

la postura anotada, pues la norma jurídico-penal no está confeccionada para servir de mero ornamento en la codificación, sino para resolver la conflictividad social generada por el hecho socialmente negativo.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Si bien ha de convenirse que no se trata de un delito especial propio, no es menos cierto que la descripción normativa nos enumera de forma enunciativa quienes pueden ser autores a efectos penales, v.gr, el productor y el comercializador de preservantes, aditivos y mezclas para el consumo animal.

«Productor» será todo aquel que elabora de forma artesanal o industrial, productos para el consumo animal, producción que para ser punible debe ser orientada a su distribución en el mercado, por lo que con su circulación se pretende obtener una ganancia económica.

«Vendedor» es todo aquel que se dedica a comercializar directamente el producto en el mercado, una especie de intermediario entre el productor y el público consumidor. Ofrece el producto a los consumidores, fijando un precio para ello, que ha de reportarle una utilidad material.

2.2. Sujeto pasivo

Al seguir la pauta establecida en las dos tipificaciones anteriores, ha de serlo el propietario del semoviente, que hayan adquirido el producto, sin necesidad de que se verifique una afectación a la salud del animal.

2.3. Modalidad típica

Primer punto a saber, es que los animales deben poseer dos cualidades: primero, que sean susceptibles de ser valorados económicamente, superando una RMV y segundo, que cuenten con una persona a la cual se le reconozca su propiedad.

Se hace alusión en el tipo a la producción y venta de alimentos, preservantes, aditivos y mezclas de consumo animal falsificados, corrompidos y dañados. Se trata entonces, no sólo del producto ya terminado para el consumo animal, sino también la elaboración y comercialización de ingredientes destinados a su producción. Los preservantes son aquellos procedimientos que se dirigen a conservar los alimentos, para transformarlos en productos más duraderos, sin que se alteren sus propiedades de valor nutritivo.

Entonces, «falsificados», serán aquellos productos, cuya leyenda, en cuanto a su descripción marcaría no se corresponde con la naturaleza del mismo, ofreciéndose al público una denominación que no corresponde con su esencia industrial, así también cuando se consigna ingredientes que no cuenta o ante un porcentaje de mezcla, ajeno a su propiedad. Se trata de un producto adulterado, dirigido a engañar a los consumidores y obtener una ventaja económica indebida; ha de distinguirse de la estafa, en que en este último, se ataca el patrimonio desde una visión global, en cambio en esta tipificación penal es la propiedad, en cuanto a su uso, goce y disfrute económico. En caso de que los productos alterados y/o falsificados, se destinen para el consumo humano, ha de subsumirse bajo los alcances normativos del artículo 288°, que tutela la Salud Pública.

La inclusión del verbo «corromper» no es una feliz redacción, en tanto su empleo es privativo de las personas, cuando se ejerce una influencia negativa sobre la condición de un impúber, mas no tiene nada que ver con productos destinados al consumo animal. En realidad, deberá inferirse que se quiere hacer mención a algún tipo de alteración en la sustancia del producto, cuya punición esta sujeta a su aptitud para crear un peligro para la vida, la salud o la integridad física de los animales.

Alimentos «dañados» son todos aquellos que se encuentran en estado de descomposición, que han perdido su valor nutriente, todo lo contrario son perjudiciales para la salud de los semovientes.

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

A diferencia del resto de conductas típicas que se glosan en el Capítulo IX, el comportamiento del injusto, contenido en el artículo 207° no requiere para alcanzar su perfección delictiva, que se materialice un estado de lesión, sino que es suficiente con una puesta en peligro para la vida, la salud o la integridad física de los animales, de tal manera que tampoco ha de requerirse que el agente obtenga un beneficio económico y que la víctima sufra un detrimento patrimonial.

De forma específica, en la modalidad de elaboración del producto, el estado consumativo se adquiere cuando su producción ha sido culminada, siendo apta para su posterior distribución; la peligrosidad debe verificarse de forma ex –ante, sin tener que haber ingresado al mercado, por lo que sería reputado como una modalidad de peligro abstracto.

En lo que a la venta se refiere, cuando el agente coloca el producto en el mercado, sin necesidad de que un consumidor lo compre, podemos hablar de perfección delictiva, al tratarse de una modalidad de abstracción en cuanto al peligro que debe generar, no debe comprobarse, por tanto, que el bien jurídico haya corrido un riesgo concreto de lesión. También debe acreditarse

ex –ante la aptitud de lesión del producto objeto de comercialización. Sin embargo, para SALINAS SICCHA, el delito se perfecciona en el mismo instante que logra entregar a alguna persona los productos para consumo de los animales en mal estado y a cambio recibe una contraprestación[826]; con ello se está exigiendo más de lo que toma lugar en otra la modalidad, lo que no parece ser la ratio del precepto legal en cuestión.

Si luego de consumido el alimento el animal muere, considero que la incriminación debe ajustarse conforme al artículo 206° del C.P., con arreglo al mayor desvalor del resultado.

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Las modalidades delictivas *in examine* sólo resultan sancionables a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente elabora y/o vende alimentos, preservantes, aditivos y mezclas para consumo animal, sabiendo que se trata de productos falsificados, corrompidos o dañados y, que pueden poner en peligro la vida, salud o integridad física de los semovientes.

El error del agente podría presentarse cuando éste no conoce que las mezcla que ha sido empleada para la elaboración del producto estaba alterada, siendo que por equivoco del operario se uso un ingrediente, cuyo consumo estaba vencido. No resulta admisible la punición a título de culpa.

(826) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio*, cit., p. 431.

CAPÍTULO X
DELITOS INFORMÁTICOS

1. A MODO DE APROXIMACIÓN

El hombre a fin de satisfacer sus necesidades más elementales y en su afán de obtención de lucro, no sólo hace uso de medios lícitos, sino también se sirve de ciertos instrumentos que de forma ilegítima importa un ataque a ciertos bienes jurídicos merecedores de tutela penal. Instrumentos que hoy en día adquieren ribetes en suma sofisticados, en virtud al gran avance alcanzando por la ciencia y la tecnología, poniendo en vitrina un sistema plenamente informatizado en el manejo de la información, en lo que respeta a «base de datos u otros similares».

La imagen clásica de los delitos contra el Patrimonio, como el hurto, el robo y la apropiación ilícita, que surgen a partir de comienzos del siglo 19, constituyen la imagen de una criminalidad convencional, cuando el agente se hace de la posesión de la cosa mediando actos de apoderamiento y/o sustracción; cuyos contornos normativos resultan en realidad insuficientes para poder comprender el abanico de conductas que hoy en día trascienden en el ámbito de la informática, de la telemática y de la sistematización de redes. Nuevos mecanismos de transmisión de datos, que hacen del manejo de la información así como de la transferencia de cuentas (depósitos, cuentas corrientes así como toda una variedad de operaciones mercantiles y/o bursátiles). Una inmejorable vía para una veloz y eficaz transacción a tiempos extremadamente cortos.

Las ventas por telemercado, las transferencias de dinero por medios electrónicos, pagos de una serie de cuentas por Internet, interconexión bancaria a través del retiro de dinero con claves computarizadas, uso de tarjetas de crédito con bandas, etc. En total, la interconexión global posibilitada por el Internet trae consigo, según una estimación de la policía criminal, una nueva calidad de criminalidad que afecta numerosos ámbitos de la vía y de

la economía[827]. En suma, una serie de instrumentos y/o dispositivos magnéticos, electrónicos que son susceptibles de ser burlados, manipulados a fin de agenciarse de una ventaja económica indebida.

De forma gráfica, en la doctrina especializada, se dice que (...) pueden intentarse retiros ilegítimos de dinero en efectivo después de haber espiado visual o electrónicamente el número clave introducido por el legitimado (seguido de una sustracción de la tarjeta con la finalidad, por ejemplo mediante el hurto de la billetera). Del mismo modo tampoco puede excluirse una puesta en peligro de la identificación correcta mediante actos fallidos de la víctima o la revelación de secretos del personal contratante por la institución crediticia[828].

La descripción anotada, propia del umbral del tercer milenio, exige una reformulación de la política criminal amén de enfrentar eficazmente esta nueva criminalidad, por lo que se hace necesario un ajuste normativo del Derecho penal, que ha de recalar en descripciones típicas *concretas*; pues el contenido de las figuras delictivas clásicas, no permiten su adecuación a los términos de su ámbito de protección a estas nuevas modalidades del injusto típico. En palabras de TIEDEMANN, el traslado creciente de las decisiones a sistemas informáticos presenta sobre todo un problema penal de cuándo y por qué la protección del patrimonio la cual es clásicamente otorgada sólo contra las forma de ataque de engaño (astucia) amenaza y violencia, como también de abuso de confianza (¡administración desleal!), es ampliada a la burla de los dispositivos de seguridad que ofrece o puede ofrecer el sistema informático[829]. Por tales motivos, el legislador a partir de la sanción de la Ley N° 27309 del 17 de julio de 2000, recogió esta realidad criminológica, incorporando al texto punitivo los denominados «Delitos Informáticos»[830], bajo la titulación de los injustos que atacan al Patrimonio de los particulares, pero vayamos a ver seguidamente si es en que realidad existe una correspondencia entre los comportamientos prohibidos glosados en los artículos Nos. 207°-A, 207°-B y 207°-C, con el bien jurídico antes anotado o es que toma lugar un interés jurídico autonómico.

No perdamos de vista que la política criminal debe siempre fungir de puente entre la norma y la sociedad, mejor dicho entre la criminología y el Derecho penal.

---

(827) TIEDEMANN, K.; *Criminalidad Informática y Derecho Penal,* cit., p. 93.

(828) TIEDEMANN, K.; *Criminalidad Informática y Derecho Penal,* cit., p. 91.

(829) TIEDEMANN, K.; *Criminalidad Informática y Derecho Penal.* En: Derecho Penal y nuevas formas de Criminalidad, cit., ps. 88-89.

(830) Vid., al respecto, DURAN VALLADARES, R.; *Los Delitos Informáticos en el Código Penal peruano,* cit., p. 308; SALINAS SICCHA, R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 902.

Es de verse del texto literal de las modalidades delictivas en cuestión, que la consumación (realización típica) no está condicionada a la obtención de una ventaja económica(831) y a su vez, un menoscabo al acervo patrimonial del sujeto pasivo, por lo que se avizora la aparición de un bien jurídico, cuya sustantividad le otorga una singular originalidad: «La Seguridad de la información contenida en las bases de datos, sistema o red de computadoras» o la seguridad en el tráfico jurídico de la información que transita en su interior, que pueden verse afectados (dañados), cuando el agente comete cualesquiera de las conductas reseñadas en los tipos legales que se comprenden en el marco del Capítulo X, los cuales se alejan de la típica visión de las conductas típicas que se traducen en la plasmación de una ventaja económica, que tomar lugar siempre en el delito de Estafa; mas, de forma subsidiaria también ha de afectarse la intimidad, en cuyo caso habrá de definir la conducta por uno u otro tipo legal, lo que implica que habrá que negar un concurso delictivo entre ambos.

En la doctrina, TIEDEMANN, analizando el art. 263a del C.P. alemán, escribe que para la doctrina dominante, el bien jurídico protegido sería solamente el patrimonio, y el interés general en la aptitud funcional así como en la seguridad de los sistemas informáticos representarían un simple reflejo de protección, tomando en cuenta la descripción típica que se ha fijado normativamente en dicha legislación(832); apuntando líneas más adelante que la admisión de un bien de protección adicional del art. 263a, la seguridad de los sistemas informáticos que está en interés de la generalidad y de la cual responden los usuarios, también haría justicia al objetivo de la victidogmática, de manera similar a como el nuevo Derecho penal suizo prevé restricciones del art. 148 C.P., en el caso del tipo de abuso de tarjetas de cheques y tarjetas de crédito(833).

---

(831) No obstante que el legislador haya determinado en el artículo 207-A, que la intrusión informática se haya ejecutado con el afán de obtener un provecho económico, lo que castiga con severidad punitiva, son sólo los motivos que impulsa al autor la comisión de la conducta típica, lo que no puede llegar a inferir que sea en realidad el patrimonio, lo que es objeto de tutela en estos tipos penales. Los daños que pueden provocarse en las redes informáticas no tienen porque traducirse únicamente en términos monetarios; Cfr., de postura contraria es Salinas Siccha; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 905; Para DURÁN VALLADARES el bien jurídico protegido es la seguridad informática y no el patrimonio ni la intimidad; *Los Delitos Informáticos en el Código Penal peruano*, cit., p. 309; En cambio, para Blossiers Manzini y Calderón García, no sólo se vulnera valores de carácter económico sino de carácter tan valioso y personal como la intimidad, lo que hace imposible negar su existencia; *Los Delitos informáticos*, cit., p. 66; esta última postura habría de definir un bien jurídico supraindividual, que a nuestro parecer advierte una mayor intensificación en la Seguridad de la información contenida en la base de datos.

(832) TIEDEMANN, K.; *Criminalidad Informática y Derecho Penal*, cit., p. 101.

(833) TIEDEMANN, K.; *Criminalidad Informática y Derecho Penal*, cit., p. 102.

Lo dicho puede también dar a entender, en el sentido de que el acceso a los datos que se contienen en estos sistemas informatizados (ordenadores), pueden ser utilizados con el propósito ulterior de engañar a un tercero, cuando se recoge información clasificada, reservada al referirse por ejemplo al movimiento económico y financiero de una empresa así como lo que concierne a su manejo de naturaleza tributaria; por lo que puede apreciarse un concurso real de delitos (medial). Así también, cabe precisar que en la marco concreto del artículo 207°-B, puede que el sujeto pasivo vea lesionado su patrimonio como consecuencia de los daños que el agente propicia en la base de datos, sistema, red o programa de computadoras; empero para la perfección delictiva no se requiere de dicha verificación, por lo que decir de forma rayana que el patrimonio es el objeto de protección no importa un análisis que refleje la ratio de la norma. Cuestión distinta es que se pueda decir que son delitos de peligro, lo que tampoco es así, puesto que los ánimos que motivan al autor la realización típica, son ajenos a la materialidad que el legislador ha propuesto en estos tipos penales, para dar por declarada la perfección delictiva. Son en realidad delitos de resultado.

Conforme a lo expuesto considero que no existe inconveniente alguno desde un punto de vista metodológico y dogmático a la vez, que se pueda construir un bien jurídico plenamente autónomo, a efectos de sistematizar adecuadamente el interés –objeto de tutela penal-; para seguidamente, incluir otros comportamientos, que también reflejan cierta lesividad social, que parece haber dejado de lado del legislador, con arreglo a criterios de merecimiento y necesidad de pena. Aspectos de política criminal que debe servir al legislador para una eventual reforma de *lege ferenda*[834].

Cabiendo anotar que el objeto sobre el cual recae las modalidades típicas son de naturaleza «inmaterial», esto quiere decir, que a diferencia del hurto o de la apropiación ilícita, aquel no puede ser materia de un apoderamiento físico, sino de su acceso visual, dando lugar con ello, una mayor particularidad de estos injustos con el resto que se compaginan en el Título V del C.P..

Por otro lado, resulta también de relevancia, que la definición de la conducta típica, se determine conforme a criterios materiales, en sujeción a los principios límites del *ius-puniendi* en un Estado democrático de derecho, de fragmentariedad, de subsidiariedad y de *Ultima Ratio*. En tal orden de ideas, debe descartarse la punición de un mero acceso ilegal del agente a una base de datos, burlando para ello de claves secretas, siempre y cuando aquélla no se ejecuta con un propósito determinado (dañar, alterar, etc.), lo que no obsta a que dicha clase de acciones puedan ser objeto de adecuación típica por otras figuras delictivas, como los delitos que afectan la intimidad.

---

(834) Vid., al respecto, Blossiers Mazzini, J.J./ Calderón García, S.; *Los Delitos informáticos*, cit., ps. 75-78.

Sin duda, la investigación de estos delitos no es empresa fácil, en la medida que dar el paradero con esos autores importa ingresar a mecanismos o dígase dispositivos informáticos que son de difícil concreción. Máxime si éstos son empleados por el agente precisamente para no dejar huella de su actuación delictiva, requiriéndose por tanto, de ámbitos de la policía especializada en esta esfera de la criminalidad, que pueda estar a la altura de las circunstancias.

ARTÍCULO 207-A.- INGRESO INDEBIDO A BASES DE DATOS Y SISTEMAS(835)

El que utiliza o ingresa indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar, o para interferir, interceptar, acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

Si el agente actuó con el fin de obtener un beneficio económico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios no menor de ciento cuatro jornadas.

1. TIPICIDAD OBJETIVA

1.1. Sujeto activo

La descripción en análisis hace inferir que no se requiere cualidad especial alguna para ser considerado autor, basta con que se cuente con ciertos conocimientos propios de la informática para poder realizar la conducta prohibida. Resulta admisible apreciar una autoría mediata, cuando el hombre de atrás se aprovecha de la buena fe del hombre del adelante, del instrumento quien sin dolo, desconociendo la naturaleza de los actos que está cometiendo, ingresa de forma indebida a un red o a una base de datos.

Si el autor perpetró el injusto en base al prevalimiento de la función que desempeñaba, estará incurso en la tipificación que se contiene en el artículo 207º-C.

1.2. Sujeto pasivo

Puede también ser cualquier persona, tanto la persona natural como una persona jurídica, de derecho público o de derecho privado; mas si éste

(835) Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.

se aprovecha el cargo para acceder a la base de datos, se daría la conducta que se encuentra glosada en el artículo 207°-C del C.P.; (...) pueden ser individuos, instituciones crediticias, gobiernos, que usan sistemas automatizados de información, generalmente conectados a otros sistemas[836].

1.3. Modalidad típica

El tipo penal en cuestión, emplea normativamente los verbos de «utilizar o ingresar indebidamente a una base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma». Primer punto a saber, entonces, es lo referente al objeto material del delito que se reitera en el comportamiento punitivo recogido en el artículo 207°-B.

¿Qué debemos entender por «base de datos»?, serán todos aquellos archivos que de forma sistematizada guardan una serie de información en base a ciertos criterios de ordenación, que pueden revelar aspectos propios de la intimidad personal y/o familiar de una persona, la ficha médica de un paciente, los registros laborales en cuanto a la planilla de los trabajadores, los antecedentes penales y judiciales de los condenados, etc. En suma son ficheros, soportes inmateriales que contienen todo un bagaje de información.

Por su parte, hemos de definir al «sistema o red de computadoras», como todos aquellos dispositivos electrónicos que se ajustan en un programa de Softwares, que se instalan en una computadora, en el C.P.U., para así obtener una variada gama de funcionalidades, que puede configurarse desde un solo aparato o a través de todo un punto de redes que se conecta para así transmitir una serie de datos y/o informaciones. Según lo dicho, debe anotarse que lo que es objeto de afectación es el contenido inmaterial que toma lugar en estas redes informáticas, no la computadora en sí, su estructura material, que si es dañada habría que apreciar un delito de Daños y si es objeto de una sustracción el tipo penal de Hurto.

La intrusión ilegítima, dice el tipo penal, puede tomar lugar en cualquier parte del sistema o red de computadoras, lo importante a todo esto, que el acceso a dicho elemento pueda permitir la realización de las conductas que ha previsto el legislador como la finalidad ulterior que ha determinado en el autor, el empleo y/o ingreso a dichos soportes informáticos.

Ahora bien, toca hacer alusión a los verbos típicos; primero al «empleo indebido»; quiere decir ello, que el agente tiene plena permisibilidad para poder ingresar o dígase acceder a la base de datos, pero dicha autorización está limitada a ciertos parámetros, que son desbordados cuando éste va más allá de dicha facultad y, navega sobre datos clasificados o reservados

(836) Blossiers Mazzini, J.J./ Calderón García, S.; *Los Delitos informáticos*, cit., p. 68.

que sólo pueden ser manejados por ciertas personas. El contador que a fin de elaborar el balance contable anual de la empresa, aprovecha ello, para hacer ingresar datos de trabajadores que no laboran en la misma distorsionando el contenido real de la información.

Por su parte, el «ingreso indebido», importa el acceso del agente a la base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma, a la cual no está autorizado, en tal virtud manipula la clave de acceso, usando para ello softwares especiales que permiten burlar los mecanismos de seguridad o identificando la palabra que utiliza el titular (sujeto pasivo) en su password. Son los denominados «hackers», quienes de forma habitual, usando técnicas propias de la informática, ingresan a los sistemas informáticos ajenos, para diseñar, ejecutar o alterar un esquema u otro similar o, para acceder o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos. Y si el acceso indebido a la base de datos, que contiene información referida a la intimidad personal y/o familiar del titular, no se realizó para la obtención de los propósitos subsecuentes que se hace mención en el artículo 207°-A, será constitutiva la conducta del tipo penal comprendido en el artículo 154° del C.P., por tales motivos sí resulta de relevancia analizar los ánimos que impulsan al agente la concretización típica.

En la ejecutoría recaída en el RN N° 32-2005-Lima, se sostiene lo siguiente: "*Que se cumple el elemento material de la exigencia previa de una base de datos – registro y almacenamiento de una determinada información con un orden más o menos establecido- a la que, según se afirmó en el fallo impugnado, se accedió indebidamente, lo cual incluso no requiere que la información accesada por el agente posea algún especial nivel de seguridad, tal como se desprende del artículo 207-A del Código Penal*"(837).

El legislador ha incluido en la composición típica, como elemento normativo el término «indebido», en virtud de poner en claro, considero de forma innecesaria, que para que la intrusión informática sea de relevancia jurídico-penal debe ser contraria a ley, esto es ilegal, tomando en cuenta que la divulgación y/o apertura de la información contenida en la base de datos o en el sistema de red de computadoras, constituye plena disponibilidad de su titular, por tales motivos la autorización previa a la conducta, su consentimiento elimina su relevancia típica(838). Seguidamente, en el segundo escalafón de la teoría del delito, en consuno, en el marco de la antijuridicidad penal pueden observarse ciertas permisiones, en cuanto a la concreción de la conducta lesiva; v.gr., la persecución penal requiere la

(837) Pérez Arroyo, M.; *La Evolución de la Jurisprudencia en el Perú (2001-2005)*, T. II, Instituto de Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Editorial San Marcos, cit., p. 1157.

(838) Así, Durán Valladares, R.; *Los Delitos Informáticos en el Código Penal Peruano*, cit., p. 310.

realización de ciertas diligencias dirigidas a la adquisición de evidencias y/o fuentes de prueba, que se plasman a través de la restricción y/o limitación de derechos fundamentales, en este caso la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones, tal como se desprende del Libro Segundo, Título III – Subcapítulo II, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos de orden formal y material que se exigen en la normatividad aplicable.

Cuando el agente lo que hace es colgar en las páginas virtuales imágenes de contenido sexual, teniendo como protagonistas a menores de catorce años, la figura delictiva que habríamos de valorar sería la que se contempla en el artículo 181°-A (Turismo sexual infantil) y, no el injusto de intrusión informática[839].

Seguidamente, el legislador ha previsto que la tipicidad penal de la conducta *in examine*, para que pueda perfeccionarse necesita de que se haya realizado con el propósito de: «interferir, manipular, modificar o utilizar el funcionamiento de un programa informático, sistema informático, red telemático o un mensaje de datos u otro similar, o copiar información en tránsito o contenida en una base de datos», quiere decir esto, que ha de verificarse que el agente haya tenido la intención de provocar ciertas interferencias en la red de computadoras, de emplear la información contenida en la base de datos, de modo tal que ésta sea distorsionada, cambiada en su composición originaria. Así también cuando el autor hace uso del programa de redes, él cual deberá ser indebido, utilización que no tiene porque repercutir en una alteración y/o modificación del sistema informático; por último, puede darse en el caso de que producirse una copia de la información, por supuesto ilegítima, que se encuentre contenida en los soportes inmateriales que se hace alusión en el articulado en cuestión.

Punto importante a saber, es que los propósitos ulteriores que determinan en el autor, la concretización de la conducta típica, no tienen por qué haberse materializado, al identificarse como elementos subjetivos del injusto de naturaleza trascendente; lo que no obsta a que por el patrón de estos comportamientos puedan ser advertidos de forma general. Dicho esto, ha de fijarse el estado consumativo de las modalidades del injusto cuando el autor ingresa o utiliza indebidamente la base de datos, sistema o red de computadoras o cualquier parte de la misma; los actos anteriores, como la manipulación de las claves de accesos a la base de datos, han de ser reputados como delito tentado, cuando por motivos ajenos al autor, no logra alcanzar realización típica.

Complementando el estudio del tipo subjetivo del injusto, cabe agregar que las conductas analizadas únicamente resultan reprimibles a título

(839) Ver más al respecto mi obra "Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual", cit., ps. 359-365.

de dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El dolo debe abarcar la conciencia de saber que se está ingresando o utilizando indebidamente una base de datos, sistema o red de computadoras, por lo que el equívoco que pueda recaer sobre el elemento normativo definido por la naturaleza «indebida» ha de ser tratado como un error de tipo.

Ahora bien, el legislador reprime con mayor pena, cuando la conducta es ejecutada con el afán de obtener dividendos económicos, de hacerse indebidamente de un patrimonio ilícito, con arreglo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 207°-A, lo cual lo aleja en realidad de la esencia sustantiva de los injustos informáticos, en la medida que ésta sería una modalidad típica de la estafa o del hurto por medio de instrumentos electrónicos. Aspecto que ha meritado en la doctrina nacional, estimar que el móvil lucrativo sólo ha de valorarse en lo que a esta circunstancia agravante se refiere, por lo que en el tipo base, resulta irrelevante el móvil o propósito del agente o autor de los comportamientos descritos(840). A nuestro entender, de común idea con lo antes anotado, esto no es así, al constituir los propósitos ulteriores elementos del ánimo que han de concurrir también en el comportamiento básico, con la única diferencia que la motivación lucrativa, ha despertado en el legislador una reprobación jurídico-penal más intensa. Si el autor ingresó de forma indebida a una base de datos, pero sólo con el objetivo de curiosear la información, conduce a una valoración negativa de la tipicidad penal.

ARTÍCULO 207-B.- ALTERACIÓN, DAÑOS, DESTRUCCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y LA BASE DE DATOS(841)

El que inutiliza, ingresa o interfiere indebidamente una base de datos, sistema, red o programa de computadoras o cualquier parte de la misma con el fin de alterarlos, dañarlos o destruirlos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con sesenta a noventa días multa.

1. TIPICIDAD OBJETIVA

1.1. Sujeto activo

De igual forma que en la tipicidad penal anterior, puede ser cualquier persona, no se exige ninguna cualidad especial, mas, el agente de seguro contara con ciertas destrezas en materia informática, que precisamente le permiten ejecutar las conductas que se describen en la redacción normativa.

---

(840) Así, Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 905.

(841) Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.

Es decir, el denominador común es que poseen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por sus situación laboral se encuentran en lugares estratégicos de manejo de información de carácter sensible, o más bien son hábiles para el uso de los programas informáticos aunque no desarrollen actividades laborales, de manera que el sujeto activo está dado por la persona que "entra" a un sistema informático con intenciones delictivas, por ejemplo cuando desvía fondos de las cuentas bancarias de sus clientes(842).

1.2. Sujeto pasivo

La víctima será la titular de la base de datos, sistema, red o programa de computadoras, la cual podrá ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

1.3. Modalidad típica

Es de verse que la acción típica recae sobre bases de datos, sistema o red o programa de computadoras, por lo que vale todo lo dicho con respecto al objeto material del delito en el artículo 207°-A.

La sustantividad del injusto típico en este caso reposa sobre una modalidad que de forma concreta se dirige a alterar, dañar o destruir la base de datos o el sistema de red de computadoras, importando entonces hacer de estos bienes inmateriales, carentes de su funcionalidad inherente, esto es, como resultado de la materialidad del injusto ya no están en capacidad de procesar la información que allí se contenía o de ejecutar las propiedades con que contaba antes de concretarse la realización típica. A diferencia de la variante anterior, no sólo se ingresa indebidamente a la base de datos, sino que a ello debe añadirse el afán del agente de provocar una alteración o daño que incida en la inutilización de la misma.

En los predios informáticos se encuentra bien extendido los denominados "Virus", que al penetrar en el núcleo de las redes informáticas, provocan la alteración, destrucción y/o inutilización de la información allí contenida. Son una serie de claves programáticas que pueden adherirse a otros programas a otros sistemas informáticos(843). Estos Virus son transmitidos por una serie de programas, softwares y otros, que pueden canalizarse por varias vías, una de ellas constituye los mensajes que se envían en los correos electrónicos (mail), mediante nombres desconocidos ("unknown") así como otros que toman denominaciones falsas, haciendo creer al destinatario que se tra-

(842) Blossiers Mazzini, J.J./ Calderón García, S.; *Los Delitos informáticos*, cit., p. 67.

(843) Blossiers Mazzini, J.J./ Calderón García, S.; *Los Delitos informáticos*, cit., p. 57.

ta de cierta persona. En realidad resulta difícil y harto complicado descubrir el origen de la fuente, tomando en cuenta los mecanismos que emplean estos agentes.

Se recoge también en términos informáticos, lo que se conoce como bombas lógicas o "*Logic Bombs*". El método consiste en introducir en un programa un conjunto de instrucciones no autorizadas para que en una fecha o circunstancia predeterminada se ejecuten automáticamente desencadenando el borrado o la destrucción de información almacenada en el computador, distorsionando el funcionamiento del sistema o paralizaciones intermitentes(844).

En la doctrina se rotula a esta modalidad como el «Sabotaje Informático». La realización de estos actos de sabotaje suelen ir dirigidas a la causación de un perjuicio económico en el usuario del ordenador (empresas, entidades bancarias, financieras o de ahorro), perjuicios que pueden alcanzar cifras muy elevadas, lo cual se comprende en seguida, pues se le priva de todo sus sistemas de gestión (contabilidad, administración, carteras de clientes) o, incluso de planificación y organización del trabajo, así como de la actividad empresarial misma (diseños industriales, los archivos o ficheros de las agencias dedicadas a proveer información a sus clientes, etc.)(845). Sin duda los hechos descritos pueden propiciar cuantiosas pérdidas económicas a los afectados, imagínese aquellas grandes corporaciones, cuya función esencial es la de sistematizar bases de datos de otras empresa, al prestar servicios de esta naturaleza así como otras entidades, como la RENIEC, que cuenta con la información del estado civil de millones de personas(846).

Hemos de convenir que la interferencia a la base de datos debe estar destinada a menoscabar las funciones propias del sistema y/o red de computadoras y, no con el solo fin de obstruir su funcionamiento. No se trata, por ende, de un delito de resultado como la figura de Daños, sino de una tipicidad mutilada en dos actos, donde la relevancia típica sólo depende de la inutilización, ingreso o interferencia indebida, cuya materialización persiga los fines que se han fijado en la redacción normativa. En la codificación penal española, de forma concreta en el artículo 264°, apartado segundo, se ha incluido los daños que se producen a los programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos. Por ello, MUÑOZ CONDE, analizando el desvalor del resultado, señala que si el virus afecta el funcionamiento del aparato de un modo relevante o destruye alguno de los programas, habrá daños, pero si el ordenador afectado actúa

(844) BLOSSIERS MAZZINI, J.J./ CALDERÓN GARCÍA, S.; *Los delitos Informáticos*, cit., ps. 47-48.

(845) ROMEO CASABONA; Citado por PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 581.

(846) Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-A, cit., p. 581.

más lentamente pero no es destruido o alterado en su esencia o prestancia como tal, ni en sus programas, difícilmente se podrá hablar de daños[847].

Elemento a saber, es que el agente debe utilizar, ingresar o interferir «indebidamente» la base de datos, sistema o red de computadoras, es decir, no debe estar autorizado para la realización de dichos comportamientos, de no ser así, no podríamos hablar de una conducta de relevancia típica. Contando con la autorización de su titular da lugar a una ausencia de tipicidad penal y, cuando la lesión se produce como consecuencia de una permisión autoritativa, importa la presencia de una causa de justificación.

Se utiliza una base de datos, cuando el agente se sirve de la información allí contenida, para luego alterarla, dañarla o destruirla; v.gr., cuando el autor pretende hacer uso de una información específica sobre un tema concreto, luego de ello ejecuta su destrucción.

Por su parte el ingreso supone, que se accede a la base de datos, mediando una serie de mecanismos y/o dispositivos electrónicos, a diferencia de la conducta anterior, el agente no está autorizado para dicha actividad. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para introducirse o ingresar o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema y comienza a dañar el sistema sin que el titular tome conocimiento[848].

Finalmente interferir, significa que el autor empleando claves electrónicas específicas, intercepta la base de datos o la red de computadoras, propiciando defectos propios en su funcionamiento, evitando que su titular pueda hacer un uso normal de la información contenida en la misma o ejecutando los programas inherentes a la misma.

De común idea con lo anotado en el articulado precedente, la perfección delictiva hemos de fijarla cuando el autor utiliza, ingresa o interfiere de forma indebida la base de datos, sistema, red o programa de computadoras, sin que sea necesario verificar su alteración daño o destrucción, es decir, no se requiere acreditar perjuicio económico alguno en el patrimonio de la víctima, lo que no obsta a que en algunos casos así sea. Los actos que se dirigen al ingreso o interferencia de la base de datos, siempre que revelen peligrosidad objetiva, serán constitutivos de delitos tentado (tentativa).

En nuestra opinión aparte del dolo, de la conciencia y voluntad de realización típica, advertimos un elemento subjetivo del injusto de naturaleza trascendente, en cuanto a los propósitos ulteriores que motivan la plasmación de la conducta, cuya concurrencia ha de definir la naturaleza típica; v.

(847) Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 416.

(848) Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 910.

gr., cuando el ingreso indebido fue dirigido sólo para husmear la información. La cognición del dolo debe abarcar la conciencia de lo «indebido» de la conducta, como elemento normativo de la construcción típica, cuyo desconocimiento puede hacer incurrir al autor en un error de tipo[849].

ARTÍCULO 207-C.- FORMAS AGRAVADAS DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS[850]

En los casos de los Artículos 207°-A y 207°-B, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de siete años, cuando:

1. *El agente accede a una base de datos, sistema o red de computadora, haciendo uso de información privilegiada, obtenida en función a su cargo.*
2. *El agente pone en peligro la seguridad nacional.*

1. FUNDAMENTO DE AGRAVACIÓN

Hemos sido de la consideración que los injustos que se glosan en los articulados comprendidos en el Capítulo X del Título V del C.P., atacan la Seguridad de la información contenida en las bases inmateriales que se describen en la fórmula normativa, así como de forma complementaria la intimidad y el patrimonio de la víctima, privilegiándose a nuestro entender la naturaleza colectiva del bien jurídico y, si partimos de la especial caracterización de la información que se recoge en la base de datos o de la posición del agente para la perpetración del injusto, revelan formas circunstanciales del delito, que a razón del legislador merecen una rigurosidad mayor en la reacción punitiva.

Son *per se* datos, que analizados de forma particularizada determinan una sustantividad del injusto típico de un núcleo de desvalor intensificado. Siendo que para el legislador el mayor desvalor del injusto típico (sea de la acción o del resultado) así como el reproche más severo que recae sobre el juicio de imputación individual, conforman el doble baremo a saber para la construcción de las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 207°-C, que pueden tomar lugar tanto en lo que respecta al tipo penal de intrusión informática como la figura típica de sabotaje informático.

En la primera modalidad agravada se hace alusión a la función que ejercía el agente al momento de la acción típica, es decir, al prevalimiento del cargo, pues la especial posición que desempeñaba el agente es empleada por éste a fin de acceder a la base de datos, sistema o red de compu-

(849) Así, Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 912.

(850) Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.

tadora. Entonces es el aprovechamiento de la función lo que determina la rigurosidad de la sanción punitiva, la que puede darse tanto en instituciones públicas como privadas. A lo cual debemos añadir, que la información que se contenga en la base de datos debe tener el carácter de «privilegiada», se refiere a aquella que no puede ser conocida por cualquiera, sino que sólo ciertas personas en virtud al cargo que desarrollan se encuentran autorizados a acceder a la misma; v.gr., el gerente de una empresa que cuenta con plenas potestades para ingresar a la información tributaria de la persona jurídica, que usándola indebidamente altera o daña el sistema de computadoras. Cuestión importante, es que debe verificarse que el autor realizó la acción típica, en base a la función que ejercía y no en mérito a cualquier otra circunstancia. En suma, la circunstancia agravante está en función a la confianza depositada en la persona del autor y al manejo de determinada información, como pueden ser claves de acceso, *password*, etc.(851)

En la segunda circunstancia calificada, se hace mención a un bien jurídico de especial relevancia en cualquier sistema jurídico-estatal, a la «Seguridad Nacional», al Estado mismo que involucra la integridad territorial y los intereses propios de la Nación peruana que pueden correr peligro cuando se filtra información de relevancia y ésta recala en una potencia extranjera. Se tratará de cierta información que es manejada y/o canalizada en las instituciones estatales correspondientes, en los Ministerios de Defensa, del Interior, Sistema de Inteligencia Nacional, etc., que cuentan con datos clasificados, rotulados como de «máxima seguridad», cuyo acceso únicamente se le confiere a ciertas personas, que por el rango de la función que ejercen, se hacen responsable de mantener su alta confidencialidad(852). La tipificación *in comento* puede ingresar en un conflicto aparente de normas con el comportamiento recogido en el artículo 330° del C.P., referido a la Revelación de Secretos Nacionales. Si la información que se accede de una base de datos, de forma indebida claro está, se realiza a fin de hacerla accesible a un Estado extranjero y no para dañarla o destruirla, debemos inclinar la adecuación típica en base al artículo 330°, aunque pueda decirse que el sólo hecho de usar de forma indebida dicha información pueda poner en peligro la Seguridad Nacional, en el sentido de que el bien jurídico tutelado por el artículo 207°-C constituye la Seguridad de la información contenida en base de datos o red de computadora. Considero que al incluirse de forma expresa el interés jurídico puesto a discusión, se desnaturaliza la esencia de los injustos informáticos.

---

(851) Duran Valladares, R.; *Los Delitos Informáticos en el Código Penal peruano*, cit., p. 314.

(852) Así, Salinas Siccha, R.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 914.

CAPÍTULO XI
DISPOSICIÓN COMÚN

ARTÍCULO 208.- EXCUSA ABSOLUTORIA

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. *Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.*
2. *El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.*
3. *Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.*

1. FUNDAMENTOS

Los hurtos, las defraudaciones y los daños, para ser merecedores de una sanción, deben constituir un injusto penal culpable, quiere decir esto, que el autor con su obrar, con su condición conductiva de haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado con aptitud de lesión, que justamente se ha concretado en la afectación del bien jurídico tutelado, habiéndose orientado cognitivamente conforme a un sentido preciso de lo que perseguía. Lo descrito afirma el componente objetivo y subjetivo, que de forma conjunta determina la valoración de la tipicidad penal; a lo cual debemos agregar la ausencia de preceptos permisivos que puedan hacer de la conducta típica, una penalmente justificada, en cuanto a las causas de justificación se refieren. Dicho con un ejemplo: de que el autor haya dañado la propiedad ajena, sabiendo lo que estaba haciendo y, sin que dicha conducta fuese realizada para salvaguardar un bien jurídico preponderante. El análisis de la imputación individual, concretamente la capacidad del sujeto para haberse motivado conforme al mensaje normativo, según su estructura psico-física, determinará si la sanción punitiva que racionalmente debe aplicarse sea una pena o una medida de seguridad.

Dicho anterior parece haberse agotado el análisis en puridad dogmático, pero parece que en el presente caso, aún no le hemos dicho todo, en el sentido de que la exención de pena, no tiene que ver ni con el Injusto ni con la Culpabilidad del autor, tampoco ha de fundarse en un supuesto estado de Inexigibilidad, no se trata de una circunstancia excepcional, que desencadene defectos de motivación normativa. Se trata en realidad de una excusa[853] basada en las condiciones particulares del actor, en cuanto a la relación de parentesco que lo une con la víctima. Son razones de política criminal, que prevalece ante la obligación de someter a una pena a todo aquel que comete un hecho punible (principio de legalidad)[854].

En la doctrina nacional, Peña Cabrera, rechaza la denominación de la Excusa Absolutoria y, siguiendo a Zaffaroni, se inclina por llamarlas como "causas personales de exclusión de punibilidad". Señala que el término absolutorio supone un acto procesal anterior, una resolución a favor del procesado. El fallo que declara la inocencia del acusado y que da término al proceso es absolutorio; de ahí, que en sentido estricto, la denominada "excusa absolutoria" no sea tal, porque no absuelve, sino que impide la punición[855]. El autor citado parte de una premisa correcta: de que sin duda la «absolución», sólo puede obedecer al dictado de la resolución que emite el juzgador luego de culminado el juzgamiento, cuando no se ha demostrado de forma convincente su responsabilidad penal en el proceso. Institución que tiene una connotación procesal, mas, a mi entender, los efectos jurídicos que se derivan de la Excusa Absolutoria o de la causa personal de exclusión de punibilidad, que pueden ser también llamadas «Causas supresoras legales de punición»[856], son las mismas: prescindir de la imposición de una pena, a quien comete el delito, siendo portador de la relación de parentesco que se contiene en la norma. Máxime si la absolución del acusado, habiéndosele encontrado inocente, importa a su vez, la imposibilidad del juez, de fijar un determinado monto dinerario por concepto de Reparación Civil, de acuerdo a lo previsto en el artículo 92° del C.P. Empero, la exención de pena, en el caso del artículo 208°, deja intacta la responsabilidad civil; de tal manera, que la discusión es más terminológica que sustantiva.

Según Cobo Vives, por una parte puede sostenerse que no excluyendo ni el injusto penal ni tampoco la posibilidad de imputarlo al sujeto, no impiden

---

(853) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 402; Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 44; Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 191; Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 550.

(854) Vid., al respecto, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII),* cit., ps. 763-764.

(855) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* Vol. I, cit., ps. 602-603.

(856) Así, Vives Antón, T.S./ González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (I),* cit., p. 390

la presencia de un delito, sino, sólo excepcionalmente el castigo del mismo cuando es cometido por una determinada persona[857], circunstancias que deben existir al momento de la realización típica. Son causales de exclusión de pena que hace referencia a una determinada relación que debe subyacer entre el sujeto activo con el sujeto pasivo del delito, relación que *per se* fundamenta político-criminalmente el decaimiento de merecimiento de pena. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también que parezca necesaria y oportuna su conminación penal[858]. En definitiva, las excusas legales absolutorias son circunstancias personales que por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico excluyen la imposición de pena a un delito[859].

Surgen pues, razones de oportunidad y de conveniencia, definidas en criterios político-jurídicos, concordantes con el fin preventivo del Derecho penal. El derecho punitivo, en tal mérito, realiza un proceso de exclusión ante determinadas conductas típicas que son realizadas por un autor que detenta ciertas cualidades, que exigen un tratamiento punitivo diferenciado. La exclusión de punibilidad recae exclusivamente en determinadas personas, que revelan ciertas particularidades que la ley estima como positiva, v.gr., la exención de pena prevista en el art. 208° del Código penal[860], es considerada como una Excusa Absolutoria en sentido estricto, es una condición que debe concurrir al momento de la comisión del Injusto penal (*tempus comissi delicti*). Dicha condición está definida por una relación de parentesco, que concurre entre el sujeto activo con el sujeto pasivo, por una especial y específica vinculación, basada en una institución jurídico-social de vital importancia en cualquier Estado y sociedad nos referimos a la «familia», célula básica de nuestra comunidad.

---

(857) Cobo Del Rosal/ Vives Antón; *Derecho penal. Parte General.....*, cit., ps. 957 y ss.; Cfr.; Cuello Contreras señala que se trata de causas de exclusión de la punibilidad que presuponen la constatación del injusto y la culpabilidad que, sólo posteriormente, producen sus efectos excluyentes de la responsabilidad penal por las más diversas razones de política criminal, que van desde el comportamiento posterior a los hechos del autor de los mismos, caso del desistimiento de la tentativa, hasta circunstancias de carácter personal basadas en las relaciones entre autor del delito y la víctima, caso del encubrimiento y los delitos patrimoniales no violentos entre parientes...; *El Derecho Penal Español. ParteGeneral.* cit., p. 1172.

(858) Mir Puig, S.; *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 117.

(859) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 252.

(860) Así, el artículo 489° del C.P.CH, que libera de sanción penal a los parientes que en él se enumeran y a los cónyuges –apunta Garrido Montt-, por los hurtos, defraudaciones y daños que recíprocamente se causen; el referido precepto los declara exentos de responsabilidad penal por tales hechos, sin perjuicio de la responsabilidad civil que puede afectarles, que se mantiene vigente. Esta causa libera únicamente al pariente o cónyuge pero no así a los "extraños en el delito"; *Derecho Penal. Parte General,* T. II, cit., p. 327; Así, el artículo 185° del C.P. argentino.

Entonces, el fundamento de exclusión de pena, en determinados delitos patrimoniales (hurto, apropiaciones, defraudaciones, etc.), radica en razones de política familiar, importa evitar la destrucción de la familia y el matrimonio[861], como instituciones pilares del sistema social; (...) obedece a la preeminencia que el legislador le otorga al interés en preservar el núcleo familiar, por sobre el interés público en el castigo penal[862]; en tanto que para CREUS, la excusa absolutoria (...) se funda en la prevalencia que el legislador ha otorgado al mantenimiento del vínculo familiar sobre el interés patrimonial que atacan los delitos enunciados[863]. Los efectos de la intimidación y prevención de la pena se consideran innecesarios en delitos en los que la alarma social es insignificante por desarrollarse dentro del grupo familiar, en donde existen mecanismos éticos suficientes para que el cabeza de familia restituya el orden y corrija el daño[864].

Tomando conciencia de que la reacción punitiva, con ello la activación de la persecución penal, propiciarán un clima de mayor conflictividad del cual se pretende resolver con el aparato penal del Estado. Someter a un Proceso penal dicha situación, incidirá en un plano de resquebrajamiento mayor al provocado por el hecho punible. Si se pretende ajustar al Derecho penal a fines en realidad preventivos, ha dē convenirse que la pena tienda a afirmar un mensaje positivo a la sociedad, pero la afirmación de la vigencia normativa, importa para la cohesión del colectivo con el sistema jurídico, no puede suponer un sacrificio mayor: la disolución de los vínculos familiares; aunque para ser sinceros, ya el hecho mismo, de que el esposo despoje de todas sus pertenencias a su consorte, para invertirlos en juegos de azar o fugarse con su amante, implica ya una debilitación significativa de los lazos conyugales y sentimentales, que muy difícilmente podrán ser reconstruidos. En todo caso, se debería dejar a una decisión puramente discrecional de la víctima, de que se persiga penalmente estas conductas –vía un ejercicio privado de la acción penal–[865], pues en algunos casos, de seguro que ésta tendrá la firme convicción de que el hecho deba ser sancionado punitivamente, por lo que de cierta forma la legislación positiva superpone el interés general al interés particular, que no siempre puede coincidir. Sin embargo, el artículo 208°, es claro al sostener que los hechos delictivos que allí se detallan, no resultan

(861) Así, SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 463; NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 551.

(862) NÚÑEZ, R.C.; *Manual de derecho penal;* Citado por BUTELER, E.R.; *La punibilidad,* cit., p. 642; ROXIN, C.; *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal,* cit., p. 94.

(863) Creus. C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 614.

(864) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 44; Ver, VIVES ANTÓN, J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (I),* cit., p. 389.

(865) Así, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...,* cit., p. 390.

reprimibles, por lo que todo órgano jurisdiccional, se encuentra en la obligación de eximir de pena, a aquellos autores que se encuentren recogidos en el articulado en cuestión.

Ahora bien, una cláusula de exoneración así concebida, sólo puede tomar lugar en el marco de una determinada criminalidad, cuya sustantividad no revele un injusto muy calificado. Se ha fijado la procedencia de la Excusa Absolutoria, sólo en el caso del hurto, apropiaciones, defraudaciones y daños; injustos todos ellos, que atacan de forma singular el bien jurídico patrimonio. Interés jurídico que si bien es importante en una sociedad democrática, no lo es al nivel de otros bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud, etc. En tal virtud, sería inimaginable que los Homicidios y/o lesiones puedan quedar cubiertos por esta cláusula de exención de pena. Máxime, la relación de parentesco entre la pareja criminal, ha incidido en una agravación de la respuesta punitiva, tal como es de verse en el delito de Parricidio. Así, también en el caso de las Lesiones, cuando el autor es el padre, tutor u otro responsable del impúber, recibe una sanción más drástica, de acuerdo a lo normado en los artículos 121°-A y 122°-A. Por consiguiente, la exención de pena, en la hipótesis del artículo 208°, se ajusta sólo a los delitos patrimoniales que no lesionan bienes jurídicos personalísimos; de ahí que no se hayan incluido ni al Robo ni a la Extorsión.

Sin duda, el Estado reconoce a la unidad familiar como célula básica de la sociedad y a, fin de evitar su destrucción preservando su unidad, elimina la posibilidad de imponer una pena, en el ámbito estricto de algunos delitos patrimoniales. Dicho con otras palabras: razones de política social se constituyen en auténticos candados de la efectiva plasmación del *ius puniendi*.

Para otros autores, la fundamentación reposa en términos "normativistas"; (...) en la ausencia de necesidad preventivo general de pena en cuanto la no imposición de la pena no quebranta el sentimiento de confianza de la comunidad en la vigencia de la norma(866); no consideramos que la exención de pena fortalezca la vigencia de la norma con respecto al resto de la sociedad, pues la colectividad –en muchas oportunidades- puede ver con malos "ojos" que un individuo sea exento de pena, por el solo hecho de mantener un vínculo de parentesco con la víctima; más aún, para algunos, dicha circunstancia, debiera merecer una mayor reprobación jurídico-penal. Carece de verificación empírica, un argumento así concebido.

1.1. Figuras delictivas incluidas

¿Cuáles son las tipificaciones penales que quedarían cubiertas por el artículo 208° del C.P.?, en primer término los hurtos: artículos 185°, 186°,

(866) J.A., Choclan Montalvo/ A. Calderón Cerezo; *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 250.

187°, 189°-A y 189°-B; al hablarse en plural y sin haber hecho salvedad alguna, no tiene porque excluirse al Hurto Agravado, pero si la realización de dicha conducta supone a su vez la comisión de otra figura delictiva, como por ejemplo la Violación de Domicilio, en lo que respecta a la causal de "casa habitada", el hecho podría ser reprimido por el artículo 159°, siempre y cuando se haya abierto instrucción por dicho tipo legal. Luego, las Apropiaciones, los artículos 190°, 191°, 192° y 193°.

Seguidamente las Defraudaciones; si seguimos una interpretación literal de las normas, habremos de excluir al tipo penal de Estafa de la aplicación de la excusa, no obstante, no considero que ésta haya sido la intención del legislador, todo lo contrario, de incluirlo, al tomar en cuenta que los supuestos típicos que se han comprendido en el artículo 197°, serían conductas derivadas del artículo 196° o en el parecer de que la estafa es una modalidad de defraudación(867).

Finalmente, los delitos de Daños, comprendiendo las figuras de Daño simple, Daño agravado y Producción o venta de alimentos dañinos para los animales, artículos 205°, 206° y 207°. Bajo la salvedad de que si los Daños son perpetrados, empleando violencia y/o amenaza contra las personas, dicha conducta podrá ser calificada como Lesiones, a condición de que se haya producido una afectación concreta a la salud de la víctima, de acuerdo a la graduación que se realiza en dichas tipificaciones. La presencia del delito de Coacción no tiene porque descartarse.

1.2. Personas beneficiadas

Primero, se hace mención en el artículo, a los «cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta». No vamos a analizar de forma pormenorizada cada una de estas parentelas, por lo que a lo no dicho en este apartado, nos remitimos al análisis efectuado en el artículo 107° (Parricidio).

Cónyuges serán todos aquellos que han contraído matrimonio civil, bajo las estipulaciones regladas en el CC: el hombre y la mujer, que de forma libre consensual se unen formalmente en nupcias, contrayendo una serie de derechos y obligaciones, las cuales han de extinguirse cuando el vínculo matrimonial es disuelto por una sentencia de divorcio. El hecho de que el matrimonio sea nulo, por cuestiones de interés público o susceptible de anulabilidad, resultan también incluidos, a menos que haya recaído una sentencia judicial declarando su Nulidad. Con respecto al matrimonio puede suceder una circunstancia particular, en el sentido de que la Separación de Hecho, que ha tomado lugar entre los cónyuges, sin que se haya iniciado proceso ju-

(867) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 608.

dicial alguno de divorcio, consecuencia inmediata es el quebrantamiento del cohábito. Ante esta hipótesis, no debería operar la exención de pena, pues el fundamento de la liberación de responsabilidad es la tutela de los vínculos familiares[868] y, éstos acá prácticamente ya están disueltos, si bien no derecho, sí de hecho. El régimen esponsalicio está fuera del alcance de la norma.

Mediante el Concubinato, un varón y una mujer, libres de impedimento legal, llevan una vida común, por lo menos de dos años continuos. Una unión de hecho que inclusive da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuera aplicable.

Los ascendientes, son todos aquellos parientes que se identifican por un tronco común, por vínculo consanguíneo, en línea recta, v.gr., padre, abuelo, bisabuelo, etc.; mientras que los descendientes, son todos aquellos que proceden de un mismo tronco, en línea descendiente; v.gr., hijos, nietos, etc. Ahora bien, en cuanto a los descendientes, la relación se basa en un vínculo sanguíneo. Sin embargo, nuestra legislación positiva también reconoce a los hijos adoptivos, donde la relación de parentesco se adquiere de forma legal, adquiriendo aquellos la calidad de «hijo». Si bien, la norma en cuestión no recoge de forma expresa al hijo adoptivo, no encontramos razones valederas para proceder a su exclusión[869], so pena de vulnerar el principio de igualdad constitucional, con arreglo a una aplicación de analogía *in bonam partem*.

Los afines en línea recta, serán aquellos parientes que se producen como consecuencia del matrimonio, entre cada uno de los cónyuges con las parientes consanguíneos del otro; v.gr., los suegros, los yernos, nueros, nueras. La afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce.

Segundo, se comprende al «consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto, cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otros». El fallecimiento de uno de los cónyuges provoca indefectiblemente la disolución del vínculo conyugal, dando por fenecida la sociedad de gananciales. En este caso, el cónyuge supérstite es heredero forzoso del causante, según lo previsto en los artículos 816° y 822° del C.C., inclusive si el causante no ha dejado descendientes ni descendientes con derecho a heredar, la herencia le corresponde por completo, así lo ha previsto el artículo 825°; pero para determinar la propiedad de los bienes, previamente debe procederse con la Sucesión Intestada, siempre que el causante no haya dejado un Testamento. Se requiere también de un Inventario de bienes. La norma en comento sólo menciona a que los bienes deben ser del difunto, es decir, aún

(868) Así, Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 45; Vives Antón, T.S./González Cussac, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio...*, cit., ps. 390-391.

(869) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 611.

no puede haberse determinado la sucesión de los bienes, si esto fuese así la viuda no podría cometer delito alguno y, segundo, se habla que la exención ha de ser excluida, cuando los bienes hayan pasado a poder de otro, se refiere a un poder fáctico, no necesariamente legal, no obstante, debe requerir también un reconocimiento jurídico; si el viudo se apodera de bienes de un tercero que sólo los estaba custodiando en un lugar cercano a la casa, no hay hurto, pero si éste los sustrae, del lugar donde el Albacea los tiene administrando, no podrá operar la eximente. Por "otros" debemos entender a aquellas personas sin vinculación familiar en los grados establecidos; existir esta relación, el autor estaría exento de responsabilidad penal por esta razón(870). La excusa es procedente, escribe CREUS, siendo indiferente que cuando se cometió el delito el agente se encontrará todavía en estado de viudez o hubiese contraído ya nuevo matrimonio(871).

Finalmente se indican a los «hermanos, cuñados, siempre que vivan juntos». Los hermanos son parientes en segundo grado por línea colateral, mientras que los cuñados son parientes por afinidad. Dada la naturaleza del vínculo, no tan fuerte que en el caso de los ascendientes y descendientes, se exige que al momento de haberse cometido el delito, agresor y víctima se encuentren conviviendo bajo un mismo techo. No basta que, al momento del hecho, se encuentren cohabitando accidentalmente(872).

1.3. La exención de pena a título personal

Hemos convenido que la causa supresora de penalidad, reposa en razones estrictamente personales, en cuanto a las relación de parentela que une al autor con su víctima, los que han sido tomados en cuenta por el legislador, para dejar fuera de punición los sucesos delictivos que se han glosado en el artículo 208°.

Será entonces, eximido de sanción sólo aquel que al momento de la comisión del hecho punible tenía el vínculo de parentesco con el sujeto pasivo, sea como autor sea como partícipe(873), sin necesidad de que este abarcado por el dolo, por lo que verificado ello, con las pruebas necesarias, se aplicará la eximente; sin embargo, el hurto en que puede verse involucrado el esposo de los bienes de su consorte, puede involucrar a otras personas, sea a título de co-autor o de partícipe (instigador o cómplice), quienes también intervienen en la realización del delito. ¿Qué incidencia tiene sobre estos ter-

(870) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 613.

(871) CREUS, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 615.

(872) NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 553.

(873) Así, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 403; NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 555.

ceros partícipes o co-autores, la exención de pena del pariente?, en realidad ninguno, al fundamentarse la supresión de pena en factores estrictamente personales, aquéllos no son extensibles a los otros intervinientes, en aplicación de la regla de incomunicabilidad contemplada en el artículo 26° del C.P.[874]. Se trata, normalmente de causas vinculadas a la persona del autor y, por lo tanto, sólo le afectan a él y no a los demás participantes en el delito, ya actúen en calidad de autores o en calidad de partícipes en los delitos precisados por la ley, escribe SALINAS SICCHA, pero no a los terceros que intervengan en el hecho, aún cuando estos sean los autores del hecho[875].

Aspecto importante a saber, es con respecto al sujeto pasivo, para que proceda la exención de pena, el agraviado ha de ser aquellos que se encuentran incluidos en la norma en cuestión, pero sí aparte de aquél, concurre otro agraviado (bien común), que no ostenta relación de parentesco alguno con el sujeto activo, el delito queda intacto[876], no sería factible escindir el hecho punible en dos, en un aspecto exento de pena y el otro reprimible, aquel es inescindible.

Ahora bien, si en el acto delictivo, han participado además del pariente exonerado de pena, el vecino y un amigo como cómplices del delito de Hurto, ¿Cómo toma lugar la exención de pena? Si se abre una investigación preliminar, el fiscal podrá formalizar denuncia penal sólo frente a los terceros no beneficiados con la cláusula de exención de pena, pero si éste es el autor y, el resto son los cómplices como poder probar la responsabilidad penal de estos últimos, sustrayéndo de la persecución a quien tuvo el dominio del hecho. La participación es independiente y accesoria de la autoría, por lo que para probar la complicidad debemos probar también la responsabilidad de quien tuvo el dominio del hecho. De tal forma, que resulta preferible instaurar de todos modos la causa penal, de instruir también al beneficiado con la exención, y recopilar por tanto los medios de prueba; pero claro está, si éste presenta una Excepción de naturaleza de acción, ésta tiene que ser amparada, pues el hecho no es punible[877]. En este caso, para no perder la actividad probatoria con respecto a él, se le podría pasar a la calidad de testigo y así proceder con el debate hasta la etapa de juzgamiento. Desde otra perspectiva, SALINAS SICCHA, anota que no actuar de ese modo, puede generar serias injusticias, pues al excluirse desde el inicio al agente-pariente, es posible que se fije una reparación civil no acorde con su participación en el hecho delictivo[878].

---

(874) Así, PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, Vol. I, cit., p. 614.

(875) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 462.

(876) Vid., al respecto, NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., ps. 554-555.

(877) Cfr., NÚÑEZ, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 556.

(878) SALINAS SICCHA, R.; *Delitos contra el Patrimonio,* cit., p. 465.

Si se trata de un solo autor, al pariente beneficiado con la exención, no queda otra posibilidad que sobreseer la causa. Acá encontramos un inconveniente, si estamos sobreseyendo la causa, a la par el juzgador no estaría facultado en principio para fijar un monto dinerario por concepto de Reparación Civil, de conformidad con el artículo 92° del C.P.. Lo que no es tanto así, primero porque el auto de sobreseimiento no equivale a una sentencia absolutoria, que se declare que el hecho queda exento de pena en cuanto a la responsabilidad penal, no debe entender una exoneración de responsabilidad civil y, si ésta se encuentra plenamente probada en el proceso, según los propios parámetros que en el Derecho civil se exigen para ello, el órgano jurisdiccional no tiene obstáculo alguno, para poder fijar una Indemnización Extracontractual. El artículo 12.3 del nuevo C.P.P, regula dicha alternativa. Lo contrario significaría una gravosa carga para la víctima, quien tendría que acudir a la vía civil, para reclamar la responsabilidad civil, lo cual no se corresponde con la idea de una debida tutela jurisdiccional efectiva; más aún por lo oneroso que esto significa para el ofendido.

LA EXCLUSIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA EN LA VIOLENCIA PATRIMONIAL FAMILIAR

El Derecho penal recoge en su seno una serie de instituciones jurídicas inspiradas en consideraciones de política criminal; la pena –como violencia institucionalizada- debe ejercer su descarga en la esfera de libertad ciudadana acorde con los dictados de la razón y el Derecho. Esto significa que no puede resultar una respuesta autómata, todo lo contrario ha de ameritar una valoración, según criterios de necesidad y merecimiento de pena.

Dicho norte político criminal afincado en los fines preventivos de la pena supuso el acogimiento de las llamadas «causas supresoras legales de punibilidad», tal como se tiene del artículo 208° del CP, prevaleciendo el interés social y jurídico de preservar la integridad del núcleo familiar por sobre los sentimientos de justicia de la sociedad, ante delitos patrimoniales de mínima significancia antijurídica. Es decir, ante hechos punibles de un contenido del injusto de precaria desvaloración, por tanto, esta institución despenalizadora no tiene efecto alguno cuando el sujeto activo agrede los bienes jurídicos vitales de la víctima, v. gr., si es que le a una fuerte golpiza a su esposa o a uno de sus hijos, tendrá que responder por delito de lesiones con las agravantes que diera lugar y si el desvalor de la conducta puso en riesgo la vida de la agraviada, será una tentativa del delito de parricidio.

Vemos, por tanto, que la exclusión de la Excusa Absolutoria, por el contexto y/o circunstancia que se hace alusión en el artículo 208° del CP, implica valorar una situación distinta a la que se advierte en el presente enunciado legal. No ha sido instituida para sustraer del ámbito de punición, estados de

desvalor que signifiquen una afectación a los bienes jurídicos fundamentales del pariente, del sujeto pasivo.

El análisis, su posible concurrencia conforme sus presupuestos de configuración legal, ha de develar que conjuntamente con el hurto, daños o probables defraudaciones aparezca en una situación de «violencia familiar». Según tal descripción fáctica, habrán de identificarse tantos hechos por cuantos delitos puedan atribuirse al agente, donde el hurto o el daño serán eventos delictivos subyacentes a las lesiones –graves o leves- u agresiones intra-familiares. Imputaciones que darían como resultado a un concurso ideal o real de delitos. Con esto queremos decir, que muy difícilmente acontecerá la posibilidad de no aplicar esta Excusa Absolutoria sin que de por medio se avizore la concurrencia de otros delitos. Si es que el agente al margen de agredir de palabra o de hecho a su consorte, se apropia ilícitamente de los bienes de aquélla, no puede verse beneficiado con esta exención de pena, de manera que los motivos político criminales que dan soporte a esta institución carecen de legitimidad antes los casos descritos. Ya de por si resulta cuestionable la vigencia de esta institución, mayor rechazo genera ante un ámbito de violencia familiar; no contento el autor con golpear a su esposa se apodera del dinero que ella ha capitalizado producto de una jornada larga de trabajo.

La ventaja del abuso, por tanto, que puede servirse el agente para afectar intereses jurídicos esenciales de su pariente, es tomado en cuenta como factor para agravar la penalidad aplicable. Justamente esta circunstancia ha recogido el legislador en el marco de una política criminal del género y de los miembros vulnerables del grupo familiar.

Título VI
DELITOS CONTRA LA CONFIANZA Y LA BUENA FE EN LOS NEGOCIOS

CAPÍTULO I
ATENTADOS CONTRA EL SISTEMA CREDITICIO

1. CONCEPTOS PRELIMINARES

La Capitulación objeto de estudio ha sido objeto de importantes modificaciones, producto del avance del Derecho Mercantil en el campo de la Reestructuración empresarial. Hasta antes de la sanción de la Ley N° 27146 del 24 de junio de 1999, se rotulaba a este ámbito de la criminalidad como los delitos de «Quiebra», tal como se estructuró normativamente en la redacción original de estos injustos según la primigenia visión político-criminal que se plasmó en el texto punitivo de 1991. La causa trascendental de este giro de orden sustancial, obedece, como hemos dicho, al vertiginoso avance alcanzado por el Derecho Comercial que ha traído a la luz una serie de instituciones de naturaleza administrativa, en virtud de las cuales las empresas son sometidas ante la autoridad concursal, cuando presentan un déficit patrimonial que les impide seguir desarrollando con normalidad sus actividades socio-económicas en el mercado. Mas, lo importante a todo esto, al margen de las consideraciones del Derecho privado, es definir las tareas que le competen al Derecho penal en esta esfera delictiva, proponiendo con ello la conformación de un Derecho penal de la empresa (societario), cuyas nuevas directrices permitan enfrentar con eficacia este emprendimiento, que ha de sujetarse a los principios elementales del *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho; objetivo que habremos de delinear en la presente examen dogmático y político criminal a la vez.

Las grandes transformaciones socio-económicas de la sociedad vigente, tiene como baluarte principal el enorme desarrollo obtenido por las corporaciones empresariales, por las empresas de forma concreta, como motor impulsor de la prosperidad de todas las Naciones del orbe; pero para ello resulta fundamental que el Estado permita a los agentes económicos

puedan ejecutar sus actividades empresariales en un ambiente de libertad, fuera de un control estatal, cuya evidente rigidez pueda perturbar el crecimiento económico que se espera de estos núcleos económicos. No resulta factible asumir una postura planificadora de la economía, donde el Estado es el único participante en el mercado empresarial, no sólo por motivos de orden político-ideológico, sino sobre todo por cuestiones de orden material, pues es de recibo que las economías en puridad «estatales», han fracaso rotundamente, habiendo llevado al sistema a crisis económicas-financieras, que a la postre se constituyen en las causas que han desencadenado niveles de extrema pobreza, que se traducen en cifras alarmantes, cuyos gobernantes pretenden desconocer de cara a una realidad insoslayable. Con ello, he de reconocer también, que las economías en extremo capitalistas (ultra-liberales), pueden también traer consigo consecuencias deficitarias, cuando las leyes del mercado son tomadas de forma libérrima por los agentes privados, fuera de toda intervención estatal; repercutiendo en estados de explotación laboral, en concertaciones de precios, monopolios, etc., una serie de fenomenologías que demandan la dación de regulaciones específicas, que puedan poner límites al abuso que cometen estas corporaciones empresariales.

La visión reseñada se corresponde con el Estado Liberal que nació en el siglo XVIII, con el auge de la Revolución Industrial en Inglaterra, que dejaba de lado el rostro humano que la economía debe cautelar. Riqueza y prosperidad claro que sí, pero dicha proclama no puede significar de ningún modo la generación de una fuente inagotable de desigualdades, de que la riqueza se obtenga a costa de más pobreza. Fue por tales razones, que la masa trabajadora se alzó colectivamente, mediante la creación de fuertes sindicatos, en aras de que sus reivindicaciones fueran escuchadas y canalizadas en concretas normas positivas.

La democracia de derecho constituye el modelo a seguir, siguiendo la pauta de un Estado que reconoce y respeta las libertades individuales, de que los ciudadanos puedan de forma unilateral o colectiva, constituir empresas y/o asociaciones civiles, sea con fines o no de lucro, amén de alcanzar sus fines más valiosos (objeto social), que no sólo pueden ser entendidos en términos lucrativos para sus socios y/o accionistas, sino la Empresa como fuente generadora de empleo, de divisas así como sujeto pasivo de la Hacienda Pública, lo que permite al Estado ejecutar y promover los proyectos sociales, que han de recalar en la población más necesitada, en otras palabras dicho: *la empresa en el mundo moderno, desborda el campo estrictamente mercantil, para adentrarse en una concepción de mayor auge, que trae a la luz la posibilidad de que las Naciones, a mayor inversión pública y privada, pueda concretar el despegue socio-económico que todo país requiere para luchar de forma decidida contra la pobreza, bajo el estandarte de la «Justicia Social».*

Debemos, por tanto, trazar un punto medio entre una economía por esencia planificadora y la ultra-liberal, desde una visión del Constitucionalismo Social, cuya ideología impregnó la Constitución Política de 1979 y con matices distintos la Ley Fundamental de 1993, con arreglo a la idea de un Estado Social y Democrático de Derecho. Una economía de libre mercado, que se rige por la oferta y la demanda, donde el Estado no interviene de forma directa, a fin de fijar los precios de los productos, empero éste ha de corregir aquellas distorsiones que puedan afectar la libre competencia de los agentes económicos, tutelando los derechos de los consumidores, de los usuarios así como de la masa de los acreedores que pueden ver burladas sus legítimas acreencias, cuando la empresa ingresa a un estado de eminente «insolvencia». Una de estas medidas es la emisión de normas adecuadas que permitan el cauce normal del flujo económico, escribe Peña Cabrera. De este modo la empresa de nuestro tiempo ha desbordado la concepción que se tenía otrora, para pasar a un plano más eficaz y, sobre todo, constituyéndose como un factor sumamente importante para el sistema comercial, y por ende, en el desarrollo económico de un país[1].

Una redefinición del auge empresarial, que el Derecho ha de recoger de forma decidida, sin que ello repercuta en debilitar los cometidos político-sociales del Estado, de que el crecimiento económico siga a la par del bienestar general de los individuos, desde un punto de vista individual y colectivo. En palabras de Montoya Manfredi, debe aceptarse la intervención del Estado en el campo de la actividad mercantil: en unos casos constituyendo empresas dotadas de personalidad mercantil, o estableciendo empresa de economía mixta; en otros, supervigilando por medio de organismos especiales ciertos tipo de empresas; evitando los monopolios o concentraciones económicas que atenten contra la libertad de comercio y, en general, actuando para asegurar un equilibrio armónico de intereses[2].

Desde la década de los noventa, se ha expedido una frondosa legislación administrativa en materia empresarial, cuyos contornos normativos ha influenciado en el rumbo político criminal. Un orden reglado de dispositivos legales que se ha dirigido a regular las diversas situaciones económica-financiera y comercial, que puede atravesar una empresa, desde un doble baremo a saber: primero, para permitir que la *societas* pueda reflotarse económicamente, mediante la inyección de capital, viabilizando su participación en el mercado, lo que a su vez impide que la masa trabajadora pierda su fuente de empleo así como la manutención de la recaudación tributaria estatal y, segundo, lo que al presente estudio interesa, la tutela de la masa de los acreedores, de que la devolución de sus créditos quede plenamente garantizado. Deben realizarse todos los esfuerzos que sean necesarios a

(1) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 648.

(2) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, Tomo 1, cit., p. 33.

efectos de que las empresas puedan seguir trabajando, en orden a la consecución del objeto social, para dicho cometido, deben barajarse una serie de alternativas, en lo que respecta a su reestructuración societaria, que parece haber recogido la legislación sobre la materia. En definitiva, la extinción de la persona jurídica debe ser la última opción, cuando aquélla ya no esté en condiciones de seguir operando bajo estándares económicos normales. Siempre la alternativa última era la liquidación y extinción de las empresas, hoy se pretende evitar la extremada medida(3).

Por otro lado, no podemos dejar de advertir que los procedimientos concursales que se ponen en vigencia con la normatividad que se desprende del Derecho concursal, puede ser también utilizada por aquellos empresarios, que pretenden eludir sus obligaciones crediticias, pues el sometimiento a los mismos, puede ser impulsado por la masa acreedora y también por el mismo deudor. Por tales motivos, las autoridades administrativas han de ser muy cautas, en lo que respecta a posibles estados de «insolvencia» que pretenden presentarse de forma maquillada, cuando se fraguan deudas inexistentes por parte del solicitante; precisamente, la legislación punitiva que se comprende en los artículos 209° y ss., del C.P., se orienta a reprimir esta clase de conductas disvaliosas, que se ejecutan cuando el deudor se encuentra incurso en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otros procedimiento de reprogramación de obligaciones.

1.1. Derecho concursal

Como antecedentes tenemos la Ley Procesal de Quiebras, que fuese sancionada el 02 de agosto de 1932, en mérito al DL N° 7566, que derogara los artículos 883° al 592° del Código de Comercio. A su vez dicha Ley fue derogada por el DL N° 26116 – Ley de Reestructuración Patrimonial del 30 de diciembre de 1992. Esta Ley Procesal de Quiebras con sus modificatorias y ampliatorias reguló el denominado procedimiento judicial de quiebra por el cual, en salvaguarda de los acreedores, el juez desapodera al fallido de sus bienes privándosele del derecho de administrarlos, con el fin de proceder a su liquidación judicial impidiéndose la disminución o desaparición de los bienes del deudor, suspendiéndose todas la acciones individuales destinadas al cobro de sus créditos, y cesando los mandatos concedidos por el fallido(4).

Superando la tradicional perspectiva del procedimiento judicial de Quiebra, surge el «Derecho concursal», como una nueva rama del Derecho comercial, un ámbito especializado del Derecho privado que tiene por

(3) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 648.

(4) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 657.

objeto la regulación de aquellos procedimientos –de corte administrativo-, al cual son sometidas aquellas empresas que presentan pérdidas económicas importantes en un determinado ejercicio económico, que permite a su vez dos aspectos diferenciados: primero, dar oportunidad a la *societas* para que pueda reestructurarse y así poder continuar ejecutando sus actividades en el mercado y, segundo, amén de que se puedan reconocer los créditos de la masa de acreedores (concursal) y así ver garantizadas sus legítimas acreencias, de acuerdo al orden prefijado por la Ley. De esta forma, se conforma la denominada «Junta de Acreedores», órgano de gobierno, que a partir de su reconocimiento legal, asume la conducción de la persona jurídica, por lo que las funciones de la Gerencia así como de la Junta Directiva y otros órganos de representación de la *societas* cesan de forma transitoria. En otras palabras*: esta legislación pretende cautelar la intangibilidad de los bienes del deudor, que su patrimonio no se vea afectado en su esencia, prohibiendo cualquier tipo de enajenación, transferencia y/o traslación de dominio que pueda incidir en una disminución significativa de su acervo patrimonial (activos), con la consiguiente afectación a las legítimas expectativas de la masa concursal, de que sus acreencias no sean desconocidas por el deudor.*

La nueva dimensión del sometimiento a las empresas a los procedimientos que hoy ponemos a la luz, se originan como consecuencia de la dación de la Ley de Reestructuración Patrimonial – Decreto Legislativo N° 845 así como su TUO – DS N° 014-99-ITINCI. Comentando la Ley, Montoya Manfredi, escribe que el Decreto Legislativo N° 845 no regula la quiebra, sino la forma de liquidar una empresa, y se centra en la proyección de la empresa para que pueda establecerse en el mercado y posesionarse en situaciones favorables. Desechado este objetivo, recién se puede contemplar la liquidación o la quiebra de la empresa(5). El proceso instaurado en el Decreto Legislativo N° 845, que empieza con la declaración de insolvencia del deudor, que a su vez marca el inicio de un concurso de acreedores, destinado a procurar el pago de las obligaciones en forma ordenada, y principalmente la continuación del giro de la empresa en virtud de la viabilidad económica de la misma, es la finalidad propiciada por la ley(6). El dispositivo legal invocado fue derogado por la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 27809, del 08 de agosto de 2002, cuyo Título Preliminar, artículo I, dispone que el objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa(7). Los agentes del mercado procu-

(5) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 761.

(6) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 762.

(7) Finalmente modificado por el D. Leg. N° 1050 del 27/06/08 - Ley General del Sistema Concursal, que en su artículo 1°, establece que le objetivo del sistema concursal es únicamente la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor.

rarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis y, en su artículo II (*in fine*), que la finalidad de los procedimientos concursales es de propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción. Por consiguiente, la ley vigente así como la derogada se orientan a la negociación de salidas, por parte de los agentes involucrados, que permitan la continuidad de la empresa en el mercado, con ello, protegiendo su patrimonio así como las acreencias de la masa concursal; siendo su disolución y liquidación la última opción a barajar.

A partir del momento en que la empresa se encuentra incursa en estos procedimientos concursales, sus órganos de representación se ven impelidos de poder efectuar transacción alguna, que se pueda traducir en una merma de sus activos, así como de contraer deudas. Tanto es así, que no resultan viables procedimientos de cobro dinero que hayan de interponerse en la vía judicial.

Esta nueva visión del Derecho empresarial, tiene por principal enfoque combatir los estados deficitarios que puedan reflejarse en los balances económicos de las empresas, en propuestas novedosas, que dejan de lado el obsoleto procedimiento de la «Quiebra», para impulsar el proyecto societario-empresarial, mediando los diversos procedimientos que se compaginan en esta especial regulación positiva.

En resumidas cuentas, la legislación extra-penal, se dirige a cautelar fines valiosos, en cuanto al reconocimiento de la empresa como motor impulsor del desarrollo socio-económico del país así como la tutela de las legítimas acreencias de la masa concursal. De la misma normatividad hemos de recoger aquellos comportamientos fraudulentos, que se dirigen a burlar los créditos reconocidos a los acreedores, dilapidando el patrimonio social, enajenando los bienes así como otro tipo de conductas, que son compiladas en Capítulo I del Título VI del C.P., protegiéndose de esta forma el «Sistema Crediticio», bien jurídico supraindividual que ha sido elevado a dicha categoría como consecuencia de la dación de la Ley N° 27146, posteriormente derogada por la Ley N° 27809 del 08 de agosto de 2002. Estando a que la Ley General del Sistema Concursal, tiende al fortalecimiento jurídico de la recuperación de los créditos en resguardo de los derechos de los acreedores, procurando el restablecimiento oportuno de la cadena de pagos y coadyuvando la competitividad económica, tal cual se muestra en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1050. Reprimiéndose con pena sólo aquellas conductas disvaliosas que atentan contra el bien jurídico tutelado, en cuando a criterios materiales, que inciden en el merecimiento y necesidad de reacción punitiva, en respeto a los principios de subsidiariedad y de *ultima*

ratio, por lo que ha descartarse y rechazarse a la vez, que el Derecho penal intervenga ante meras desobediencias administrativas.

El hecho de que en esta capitulación de la criminalidad debamos remitirnos a normas penales en blanco no ha de llevarnos a dicha inferencia, únicamente que la especialidad de la materia, hace irremediable el empleo de dicha técnica legislativa, lo que no puede a su vez a renunciar a la construcción de conceptos propios del Derecho penal. Parafraseando a González Cussac, la relevancia penal nace ahora tanto de determinados presupuestos de Derecho privado como otros presupuestos exclusivos del Derecho penal[8].

1.2. Bien jurídico

Siguiendo la línea político criminal antes anotada, debemos fijar el interés jurídico tutelado en el Capítulo I del Título VI del C.P. conforme a la nueva visión que ser refleja en la sanción de la Ley N° 27146, que da cabida a la denominación de «atentados contra el Sistema Crediticio»[9]. Es de ahí que debamos partir desde una consideración sistémica. Si bien hemos afirmado con corrección que las conductas glosadas en el artículo 209° y ss., tienden a tutelar las legítimas acreencias de la masa concursal, de que éstas no se vean frustradas, cuando el agente comete las ilicitudes penales recogidas en estos tipos legales, no es menos cierto que el legislador ha determinado normativamente una perspectiva colectiva, cuando se refiere al Sistema Crediticio. Dicho sistema resulta esencial para el funcionamiento de la economía de libre mercado, sin él no entenderíamos la gran expansión que tuvo el comercio en otros siglos y la empresa actualmente, así como la rigidez de las relaciones civiles y mercantiles entre los sujetos[10].

Lo dicho debemos cotejarlo con el análisis dogmático de los tipos penales en cuestión, cuya punición no se encuentra condicionada a una afectación directa de las acreencias de la masa concursal, pues basta con que el sujeto activo (deudor), haya realizado las modalidades que se contienen en los inciso comprendidos en el artículo 209° del C.P.. Por tales motivos, hemos de convenir que se trata de delitos de peligro, aunque de algunas de sus conductas, pareciese desprender lo contrario, no requiriéndose la efectiva causación de lesión al acervo crediticio del sujeto pasivo.

---

(8) González Cussac, J.J.; *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles.* En: Temas de Derecho Penal Económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico. Coordinadores: Terradillos Basoco, J.M. y Alcalé Sánchez, M.; cit., p. 88.

(9) Hasta antes de la modificatoria invocada, la doctrina nacional, en este caso Bramont Arias, L.A. y Bramont-Arias Torres, L.A., sostenían que el bien jurídico tutelado es la protección de la buena fe contractual contra toda especie de fraude, distinto a la estafa en su forma típica; *Código Penal Anotado,* cit., ps. 379-380.

(10) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 314.

Cuando el legislador opta por incluir en la codificación punitiva bienes jurídicos supra-individuales, por lo general los tipos penales que se construyen son de peligro (concreto y/o abstracto) y no de resultado[11]; sin que ello suponga desconocer, que éstos encierran en su seno interior derechos subjetivos individuales. Lo dicho lleva a la inferencia, que la consumación de los supuestos delictivos, puestos en relieve en el artículo 209°, no requieren una efectiva causación de perjuicio de los créditos reconocidos a la masa concursal, sino que resulta suficiente, que se efectúen los actos jurídicos que se contienen en los incisos en referencia[12].

Entonces, en esta capitación toma lugar una doble perspectiva, en cuanto al bien jurídico protegido: primero, de naturaleza supra-individual, en lo que refiere al Sistema Crediticio *per se*, que puede verse en peligro, con la ejecución de las conductas típicas de Insolvencia punible y, segundo, un interés jurídico de estructura individual, de forma concreta las legítimas acreencias de los acreedores, que pueden correr peligro de no ser sufragadas, cuando al agente realiza los comportamientos prohibidos en esta capitulación. En virtud de tal compromiso legal, el deudor viene a convertirse en una especie de gestor de negocios ajenos en el que los acreedores depositan su confianza (o, por lo menos, del que esperan que no se comporte fraudulentamente), sabiendo además, que, en caso de incumplimiento, podrán satisfacer su créditos en su patrimonio[13].

En la doctrina argentina, Creus es de la opinión que el Capítulo V (*Quebrados y otros deudores punibles*), por medio de sus distintos delitos, tiende a proteger la incolumidad del patrimonio como prenda común de los acreedores, procurando que ellos puedan cobrar sus deudas, ejecutando los bienes que lo componen, en igualdad de condiciones con los otros acreedores[14]. En tanto que para Núñez, los distintos delitos que lesionan la propiedad ajena mirada como el derecho que sobre el patrimonio de un deudor declarado judicialmente en cesación de pagos, tiene la masa de sus acreedores para satisfacer sus créditos[15].

Peña Cabrera, inclusive antes de la dación de la Ley N° 27146, avizoraba la postura reseñada por nosotros, con su propia rigurosidad sistemática

---

(11) Al respecto Muñoz Conde, en cuanto a la legislación penal española se refiere, sostiene un planteamiento macrosocial debería sólo exigir para la consumación de estos delitos la simple puesta en peligro del bien jurídico institucional «sistema crediticio», aunque no se llegara a producir el perjuicio real de los derechos de crédito o no llegara, por las razones que sean, a ser muy importante; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 396.

(12) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 702.

(13) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII),* cit., p. 726.

(14) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 569.

(15) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* T. V, cit., p. 433.

que nos tiene acostumbrados, al considerar que en los delitos de quiebra lo que se protege es el orden económico en general, y la funcionalidad del sistema crediticio, en particular. De manera que el sujeto pasivo en esta clase de delitos concursales es la comunidad, afectada en sus intereses considerados en forma conjunta[16].

Ahora bien, se ha dicho que lo protegido constituye los legítimos intereses crediticios de los acreedores, por lo que estamos vinculando dicha acreencia a una deuda contraída por el sujeto pasivo, lo cual no conduce de ninguna manera a la aserción de que lo que se penaliza es el no pago de una deuda[17]. En realidad lo que es objeto de punición son las maniobras elusivas del sujeto activo, para no satisfacer el pago de dichas deudas, siempre y cuando se encuentre incurso en los procedimientos concursales a que se refiere la norma en cuestión. En palabras de BAJO FERNÁNDEZ, el hecho de contraer deudas sólo adquiere relevancia penal cuando mediante un comportamiento disvalioso se frustran los derechos de los acreedores a satisfacerse en el patrimonio del deudor. Desde esta perspectiva resulta evidente que no existe un derecho por parte del deudor de disponer "libremente" de sus bienes[18].

El Derecho de las obligaciones manifiesta el deber que tiene el deudor de satisfacer su deuda frente al acreedor, en mérito al título mismo de la contratación que exige dicha prestación, de conformidad con la regla del *pacta sunt servanda*, cuya inejecución en principio, sólo ha de resolverse con las reglas que al respecto prevé el Derecho privado, de conformidad con el Título Noveno del CC. En definitiva, dichos incumplimientos jurídico-obligacionales no pueden ser objeto de sanción por parte de los derroteros del Derecho penal, aquellos resulta inadmisible según los principios jurídico-constitucionales sobre la materia. Como bien dice MUÑOZ CONDE, el Derecho penal, a diferencia de lo que sucedía en otras épocas en las que existía la «prisión por deudas», sólo excepcionalmente puede intervenir para afianzar el derecho de crédito[19], quien mantiene la tesis tradicional, de ver en estos delitos un ataque al derecho de los acreedores[20].

---

(16) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 687.

(17) Vid., al respecto, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 313.

(18) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 221.

(19) MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 394.

(20) MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 398; Así, GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII)*, cit., p. 726.

1.3. Requisito de procedibilidad o condición objetiva de punibilidad

A fin de resolver adecuadamente la problemática planteada en este apartado, debemos remitirnos necesariamente a los antecedentes legales, en virtud del cual se penalizaba los actos posteriores que realizaba el deudor luego de ser declarado judicialmente en «Quiebra». En efecto, la Ley procesal de Quiebras –ya derogada-, fijo un procedimiento en la vía judicial, que habría que agotar previamente para que se pueda accionar válidamente ante la instancia penal, esto es, el agente debía haber sido declarado judicialmente en estado de "quiebra", mediando una resolución que haya adquirido la calidad de Cosa juzgada, consentida y/o ejecutoriada por el órgano de la judicatura competente para ello; así se desprendía del texto original del artículo 209° del C.P.

La modificación establecida por el Decreto Legislativo N° 861 del 22 de octubre de 1996, habría de modificar el inc. 3) del articulado, pero en lo que respecta a la declaración de quiebra, las cosas se mantenían de forma similar. Sin embargo, debemos tomar en cuenta la dación del DL N° 26116, que deroga la Ley procesal de Quiebra, introdujo importantes innovaciones en dicha materia, que habría de repercutir en la declaración de quiebra de las *societas*. Como nos recuerda Peña Cabrera, este es todo un procedimiento de carácter administrativo cuya denuncia empieza en la Comisión de Simplificación del Acceso y salida del Mercado del INDECOPI, cumpliendo los requisitos que señala el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI (DS N° 01-94-ITINCI de enero de 1994), por el acreedor o acreedores impagos cuyos créditos superen en total el equivalente a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias solicitando la declaración de insolvencia de su deudora[21].

Ahora bien, considerando que la condición objetiva de perseguibilidad implica el cumplimiento previo y obligatorio, de un presupuesto de orden formal, que se encuentra previsto en la ley penal o en una de orden extra-penal, a fin de que la acción penal pueda ser válidamente promovida. Constituye en otras palabras en la concurrencia de un requisito previo, previsto legalmente, para que la persecución penal pueda ejercitarse con arreglo al principio de legalidad[22]. De acuerdo a la concepción anotada, no cabe problema alguno de calificar a la declaratoria judicial de quiebra como una «condición objetiva de perseguibilidad»[23]. Para que el hecho sea castigado, mediante proceso penal es necesario que se cumpla con esta exigencia (declaración

(21) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 690.

(22) Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, cit., p. 183.

(23) Creus, analizando la legislación penal argentina, estima que la declaración de quiebra es un elemento del tipo (no una condición objetiva de punibilidad), ya que las acciones del autor son típicas en relación a una quiebra declarada, no a una simple cesación de pagos; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 571.

de quiebra). Este no es un elemento constitutivo del delito sino requisito de procedibilidad[24]. Empero, la modificación provocada por la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999, habría de variar sustancialmente lo anotado, partiendo de una premisa básica: ya no se requiere que un juez declare en quiebra al agente, para que se pueda promover la acción penal en su contra; segundo, ya no podemos denominar al tipo penal previsto en el artículo 209° como una «quiebra fraudulenta», sino como un «alzamiento de bienes punible».

Entonces, conforme a lo anotado, la punición de los comportamientos típicos compaginados en el tipo legal, se encuentra condicionada a que el deudor (sujeto activo), se encuentre sometido a un proceso de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones; ello quiere decir, que si el autor realiza cualesquiera de las conductas definidas en los inciso correspondientes, si bien se ajustará a los alcances de tipicidad penal, no será reprimible, por cuanto no se cumple con la «condición objetiva de punibilidad».

El legislador condiciona la punibilidad a circunstancias ajenas al injusto y a la culpabilidad del autor, donde la relevancia de pena se condiciona a la concurrencia de un elemento, un plus, que guarda una consideración extra-penal. Sólo son punibles, las insolvencias, cuando el autor, habiéndosele abierto un Proceso Concursal sobre su masa patrimonial, realice actos de disposición o de enajenación sobre su bienes en defraudación de los créditos legalmente reconocidos a los acreedores[25].

1.4. Autoría y participación

Para considerar a un delito como de naturaleza común, es requisito indispensable cualquier persona pueda cometerlo, en el sentido de que las esferas de competencia organizativa -desde una perspectiva individual-, puedan ser utilizadas desde una plena libertad para perpetrar el injusto. No obstante algunas tipificaciones penales cierran el círculo de autores a ciertas personas que revelan una condición específica, que justamente es tomado en cuenta por el legislador, al momento de la construcción normativa, se dirigen entonces a penalizar conductas que sólo pueden cometer aquellos que se encuentran revestidos de una condición especial. En el caso de las figuras delictivas, que se ponen de relieve en esta capitación, son «delitos especiales propios»[26], en la medida que sólo pueden ser configurados por quienes tienen la calidad jurídico-obligacional de «deudor», aquel que tiene

(24) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 693.

(25) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General,* cit., p. 720; Así, Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal,* cit., p. 183.

(26) Así, Muñoz Conde, F.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 402.

por cargas una serie de acreencias, donde los sujetos legitimados cuentan con créditos reconocidos por parte de la autoridad administrativa (INDECOPI). Naturaleza jurídico-penal que se acentuado con mayor énfasis, luego de la modificación producida, por efectos de la Ley N° 27146, en la redacción primigenia se hacia alusión al «comerciante declarado en quiebra», definición normativa que en definitiva no se adecuaba a las nuevas estructuraciones societarias y/o empresariales, que traen a la luz la asunción de una serie de órganos de representación que se plasman a través de una serie de órganos de gobierno de la persona jurídica así como de aquellos que asumen funciones cuando la empresa es sometida a un proceso concursal. Por consiguiente, la nueva composición típica, como se verá más adelante, tiende a corregir las inmensas lagunas de impunidad que se advertían en la tipificación originaria del delito de quiebra.

Ahora bien, parece que el legislador ha optado por una ampliación significativa de la calidad de autor, que habría de deducirse directamente de la redacción literal de la tipicidad penal, sin necesidad de acudir a la fórmula del «actuar en nombre de otro», de conformidad con la cláusula legal prevista en el artículo 27° del C.P., por lo que la imputación jurídico-penal a quienes ostentan la calidad de «administrador o liquidador» habrá de operar de forma directa, sin reparo alguno.

Si hablamos de delitos especiales propios, quiere decir esto, de forma material, que sólo el deudor podrá ser responsable penalmente, únicamente el *intraneus*; aspecto de importancia, al momento de resolver una presunta autoría mediata, cuando el hombre de atrás se sirve del hombre de adelante, para la realización delictiva, en base al dominio de la voluntad como postulaba WELZEL; pero dicha fórmula sólo cabe aplicar en el caso de los delitos comunes, en el caso de los delitos especiales propios, la persona de adelante, el «*extraneus*», el supuesto «instrumento», nunca podrá ser autor mediato, pues en él no recaen las condiciones que exige el tipo penal para poder ser considerado autor. Por tales motivos, cabe negar de forma rayana, la posibilidad de una autoría mediata desde afuera, cuando el sujeto no cualificado, instrumentaliza al sujeto cualificado (*intraneus*) para la lesión y/o la puesta en peligro de un bien jurídico –merecedor de tutela penal-, de que un tercero se aproveche de la ignorancia del sujeto deudor, para que ésta cometa cualesquiera de las conductas que se comprenden en el artículo 209° y siguientes. A la inversa, cuando el sujeto cualificado, quien posee las cualidades exigidas para ser autor, instrumentaliza a un tercero no cualificado (*extraneus*), para que éste cometa el delito, a nuestro entender tampoco podremos calificarlos como una autoría mediata, siempre que el segundo no haya obrado con dolo, pues éste último mas que un instrumento se constituye en un objeto para alcanzar el propósito delictivo, por ende, se trata en realidad de una verdadera «autoría inmediata». Bajo la hipótesis de que el instrumento no cualificado (*extraneus*), en la misma circunstancia haya obrado con dolo (conciencia y voluntad de realización típica), siendo que éste no

puede actuar como autor, en tanto nunca tendrá el dominio funcional del hecho, se rebaja su actuación a una mera participación a título de complicidad.

De igual forma, únicamente existirá coautoría, si además de la ejecución conjunta y del acuerdo de voluntades, todos los sujetos poseen la condición de deudores. Quienes no la tengan, responderán en su caso como partícipes[27].

Punto importante saber, constituye la responsabilidad penal que puede recaer sobre aquellos que sin ser los deudores directos, asumieron las obligaciones (deudas) del primero en la calidad de «avalistas o fiadores solidarios», es decir, ellos no son quienes asumieron a su nombre las cargas que se contrajeron cuando se suscribió el contrato de mutuo dinerario, pero éstos se constituyeron en deudores solidarios. Así, el artículo 1868° del C.C., al preceptuar que por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinadas prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor; mientras que el artículo 1879° (*in fine*), establece que el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor. De conformidad con lo anotado, no cabría problema en principio que el fiador pueda ser considerado como «deudor», por lo que podría ser autor a efectos penales[28]. Sin embargo, debemos poner un reparo, que el deudor debe haber sido sometido a un procedimiento de insolvencia u otro de naturaleza concursal, es así que el patrimonio de éste es sometido a una serie de reglas, prohibiciones, restricciones etc., en cuanto a la cesación de la facultades de administración de los órganos de representación de la *societas* así como de la posibilidad enajenar los bienes de la empresa y, si el patrimonio del fiador solidario no ha sido sometido a dicho procedimiento, los actos que pueda realizar, como un ocultamiento de bienes, si bien podrá ser reputado como típico, no se cumplirá con la condición objetiva de punibilidad.

Aspecto que también debe destacarse, es que en la fórmula normativa del artículo 209°, se ha incluido el término de «la persona que actúa a nombre del deudor», lo que a primera vista habría de inferir que la cláusula del actuar a nombre de autor ha sido incluida de forma expresa en la tipicidad penal, lo que en realidad era innecesario, en vista de que el contenido que se contrae del artículo 27° del C.P., llega a la misma conclusión; mas, se extiende la punibilidad a personas que no asumen órganos de representación alguna en la persona jurídica. En palabras de García Cavero, en el delito de atentado contra el sistema crediticio se considera autor no sólo al deudor incurso en un procedimiento concursal, sino también al que actúa en su nombre, administrador o liquidador. Como puede verse, se amplía el círculo del actuar en

(27) González Cussac, J.J.; *Las Insolvencias Punibles en las Sociedades Mercantiles,* cit., p. 92.

(28) Vid., al respecto, Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., ps. 221-222; Así, González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII),* cit., p. 733.

lugar de otro no sólo a personas que no necesariamente poseen una relación de representación, sino que admite incluso la posibilidad de un actuar en lugar de otro entre particulares[29]. Si bien esta extensión de punibilidad puede alzar reparos de orden sistemático, es decir, en puridad dogmáticos, no es menos cierto que la amplitud que se propone en la redacción normativa, en cuando a la responsabilidad penal a título de autor, viene a colmar ciertos vacíos que se desprenden de la propia fórmula del actuar en nombre de otro, según su contenido, que se revela en el artículo 27°, en tal virtud no resulta nada desdeñable desde una visión político criminal, de cerrar los espacios de impunidad de quienes se escudan en ciertos formalismos legales, para eludir su responsabilidad.

Al margen de lo dicho, aún no damos respuesta al interrogante planteado en líneas anteriores, si es que era necesario o no la inclusión de la persona que actúa a nombre del deudor, que no significa actuar en su representación.

En la doctrina, hispana, se ha entendido que la expresión «actúe en su nombre», no es en realidad superflua, en lo que refiere a la represión de quienes actúan a nombre de la persona jurídica, puesto que se trataría de castigar al deudor- o al administrador en los casos del artículo 31- cuando se valga de un *extraneus* para ocasionar la insolvencia o agravarla sin aparecer él como autor de la misma[30]; cuando el *intraneus*, emplea a un tercero no calificado, a efectos de que éste a su nombre ejecute algunos de los comportamientos que se ajustan a los términos de tipicidad penal. Estaríamos ante un caso de Inducción, puesto que el sujeto obligado, el deudor, determina a un tercero que actúa de forma dolosa, para enajenar sus bienes o disponerlos y, así reducir significativamente su acervo patrimonial en detrimento de los derechos crediticios de los acreedores; puede aceptarse esta forma de participación en tanto el tercero no cualificado puede ser considerado autor, según la previsión *in comento*, sin atentar contra el principio de legalidad. Aquí el *extraneus* conserva su voluntad y capacidad de decisión de realización del hecho, de suerte que el deudor no actúa por si mismo, sino a través de otro, que no es un instrumento, escribe González Cussac. Por eso mismo el deudor no es autor en estos casos, sino partícipe en la modalidad de inductor[31]. A partir de los criterios de interpretación reseñados, se obtienen cometidos de política criminal satisfactorios, que cierran de forma correcta espacios de impunidad, que se derivaban de la construcción típica anterior a la dación de la Ley N° 27146.

---

(29) García Cavero, P.; *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano*, cit., p. 109.

(30) Nieto Martín; *Las insolvencias punibles en el nuevo Código penal;* Citado por González Cussac, J.J.; *Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles*, cit., p. 100.

(31) González Cussac, J.J.; *Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles*, cit., p. 101.

De todos modos, la fórmula del «actuar en nombre de otro», según la previsión legal prevista en el artículo 27° del C.P. peruano conserva un campo de aplicación cuando quien ejecuta alguna de las modalidades típicas, es una persona que actúa como un órgano de representación de la *societas*, por lo que si bien las cualidad de deudor han de verse en la representada, por tanto en ella recaen los elementos que fundamentan la penalidad del tipo legal, éstas se transmiten a sus representantes, quienes lógicamente tienen que haber actuado de forma típica y penalmente antijurídica. Fórmula que no tendrá que aplicarse cuando quien la representación es a nombre propio, en el caso de un EIRL, cuando el representante legal es el gerente general, el único titular de la empresa. No este el espacio adecuado para extendernos en cuanto a la teoría de la representación puede ser ajustable a la fórmula del actuar en nombre de otro; lo que sí podemos decir, es que el Derecho penal debe construir sus propios conceptos, no resulta admisible una remisión perfecta a las definiciones propias del Derecho mercantil o del Derecho privado, cuya excesiva formalidad y rigurosidad en sus instituciones, provocan inmensas grietas de impunidad. No es necesario, por tanto, un título perfecto de representación, sino que basta que funcionalmente el representante haya actuado en su nombre, inclusive con un poder ya vencido en el registro mercantil.

Complementariamente, a la cláusula del actuar en nombre de otro, también ha sido utilizada la «técnica del levantamiento del velo societario», de despojar a la persona jurídica de sus estructuras formales, para describir a los verdaderos autores de la comisión del injusto; quienes inclusive desde atrás, los denominados «hombres de paja», se valen de su anonimato para dirigir la realización de hechos punibles[32]. Aunque debemos acotar, que según nuestro derecho positivo vigente, sólo a los administradores de derecho se les puede atribuir responsabilidad penal.

Finalmente, en lo que respecta de forma genérica a las formas de participación, quienes al no detentar la cualidad especial que exige el tipo penal para ser considerado autor, siendo de la concepción que la participación es accesoria y dependiente de la autoría, con arreglo al principio de la unidad en el título de imputación, todos aquellos *extraneus* que intervienen en la comisión del hecho punible, aportando una contribución esencial y/o accesoria para lograr la perfección del injusto, pueden ser calificados como cómplices primarios y/o secundarios[33].

---

(32) Así, González Cussac, J.J.; *Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles*, cit., p. 104; Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Derecho Penal. Parte General*, cit., ps. 250-253.

(33) Así, González Cussac, J.J.; *Las insolvencias punibles en las Sociedades Mercantiles*, cit., p. 95.

ALZAMIENTO DE BIENES (*INSOLVENCIA* PUNIBLE)

Artículo 209.- *"Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de tres a cinco años conforme al Artículo 36° incisos 2) y 4), el deudor, la persona que actúa en su nombre, el administrador o el liquidador, que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, realizara, en perjuicio de los acreedores, alguna de las siguientes conductas:*

1. *Ocultamiento de bienes;*
2. *Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; y,*
3. *Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena.*

Si la Junta de Acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, según el caso o, el convenio de liquidación o convenio concursal, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen dicha reprogramación o convenio. Asimismo, si fuera el caso de una liquidación declarada por la Comisión, conforme a lo señalado en la ley de la materia, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen el desarrollo de dicha liquidación.

Si el agente realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1), 2) ó 3) cuando se encontrare suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor, como consecuencia de un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36° inciso 2) y 4)".

1. TIPICIDAD OBJETIVA

1.1. Sujeto activo

Vale todo lo dicho en el marco de los aspectos preliminares de la presente capitulación, tomando en cuenta que se trata de un delito especial propio.

Debiéndose en este apartado analizarse la figura del «administrador y del liquidador», el primero asume funciones cuando la Junta de Acreedores, acuerda un régimen de administración temporal que debe tener la empresa en el proceso de reestructuración patrimonial, la cual puede ser atribuida al mismo régimen de administración, a la administración de la empresa por un Banco, acreedor o no de la misma, la administración de la empresa por un Administrador inscrito ante la Comisión de conformidad con lo establecido en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 845 o un sistema de administración mixta que mantenga en todo o en parte la administración de la empresa y permita la participación de personas naturales o jurídicas designadas por la Junta. En este caso, la imputación jurídico-penal debe recaer sobre la persona física que ejerce el cargo y, cuando se trata de un régimen de Administración, a quienes se les confiere los órganos formales de representación.

Por su parte, el liquidador asume funciones cuando el insolvente es declarado en liquidación, mediante resolución, el cual es nombrado por votación directa de los acreedores; él cual puede asumir dos modalidades: como una entidad liquidadora o una Comisión Liquidadora, conformada por uno o dos acreedores y el deudor, la misma que tendrá a su cargo la labor de llevar a cabo el proceso de liquidación asumiendo todas las atribuciones, obligaciones y responsabilidades que corresponden a los liquidadores.

1.2. Sujeto pasivo

No puede ser cualquier persona, pues deberá ser un acreedor, cuyo crédito haya sido reconocido por la autoridad concursal; puede tratarse de una persona natural o de una persona jurídica. Víctimas pueden ser también los trabajadores, cuyos créditos laborales pueden verse burlados, cuando el agente realiza alguna de las modalidades típicas que se contraen del artículo 209º.

1.3. Modalidades típicas

Previamente al análisis de las diversas formas de relevancia típica, hemos de anotar ciertos conceptos fundamentales, para comprender de forma correcta la forma de cómo se perpetran estos injustos típicos. Lo dicho en el sentido de que los tipos legales que se han tipificado en este capítulo, responden a la categoría de «normas penales en blanco».

Primero resulta importante definir el estado jurídico-comercial de «insolvencia»; se podría decir, en principio, que se trata de una situación económica-financiera de crisis, por la cual atraviesa la empresa, que no le permite asumir sus obligaciones frente a sus acreedores. La insolvencia se relaciona con el incumplimiento de pago de las obligaciones, sin embargo para que pueda declararse la insolvencia debe encontrarse el sujeto en una situación constante y significativa para acreditar una inconducta en el pago de sus

obligaciones. En términos reales, la insolvencia responde no sólo al incumplimiento sino al incumplimiento permanente en el pago de obligaciones, señala MONTOYA MANFREDI[34].

En definitiva, la insolvencia se produce cuando el patrimonio del deudor resulta insuficiente para satisfacer las obligaciones contraídas. En la práctica ello se pondrá generalmente de manifiesto en que dejan de pagarse de manera sistemática las deudas pendientes[35].

Para otro sector doctrinal, la insolvencia como situación fáctica debe ser entendida como un estado de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor[36].

En doctrina, la declaración de insolvencia formaliza una comunidad de intereses, y a su vez conlleva la clasificación de los acreedores en categorías distintas, según la posición jurídica de cada acreedor[37]. Dicha declaratoria puede producirse, a solicitud del deudor o de los acreedores.

La Ley de Reestructuración Patrimonial anterior – Decreto Legislativo Nº 845, definía a la insolvencia como un estado económico-financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de las dos terceras partes de su patrimonio o se encuentra impedida de afrontar temporal o definitivamente el pago de sus obligaciones.

Seguidamente se hace alusión a una serie de procedimientos concursales, en los cuales debe encontrarse incurso el sujeto activo, para que se pueda cumplir con la condición objetiva de punibilidad, los cuales se encuentran compaginados en el Decreto Legislativo Nº 845 –modificado por la Ley Nº 27146- y no en la Ley Nº 27809, cuyos efectos inmediatos fue la derogación de la primera de las mencionadas. Habiéndose comprendido en la redacción normativa, el «procedimiento de insolvencia», procedimiento que en realidad debe ser entendido como aquel mecanismo previsto en la ley de la materia, en virtud del cual, la Junta de Acreedores acuerda el destino de la empresa, sea declarando la continuidad de la actividad empresarial o acordando la disolución y liquidación de la empresa, cuando aquélla ha demostrado con la documentación necesaria, reflejar una situación económica-financiera que le impide satisfacer los créditos contraídos con sus acree-

(34) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 764.

(35) GONZÁLES RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII)*, cit., p. 725.

(36) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 212; Así, SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.; *Insolvencias punibles*, cit., p. 521.

(37) MONTOYA MANFREDI, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 765.

dores, que ha de plasmarse en pérdidas económicas significativas en un en periodo determinado; es decir, la insolvencia en sí es el medio por el cual se pueden arribar a las opciones antes reseñadas.

Según lo antes anotado debe incluirse necesariamente al proceso de «Reestructuración Patrimonial», que ha de iniciarse cuando la Junta decide la continuación de las actividades del insolvente porque se presume la existencia de posibilidades reales para su recuperación económica y financiera, éste entrará en proceso de reestructuración patrimonial de conformidad con el plazo establecido por la Ley. Así también el proceso de «Disolución y Liquidación de la empresa», en tanto la Junta de acreedores tiene la facultad de fijar el destino de la empresa, y en este sentido, podrá acordar la disolución y liquidación de la sociedad, lo cual responderá a la inviabilidad económica de la empresa, evaluación que conlleva la decisión forzada de ingresar a la fase de la disolución y liquidación[38].

Seguidamente se menciona al «Procedimiento Simplificado», el que toma lugar cuando cualquier persona natural o jurídica considerada empresa conforme a la definición contenida en el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 845[39], se acoja a este procedimiento, siempre que el total de sus pasivos no supere las doscientas Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de inicio del procedimiento.

Finalmente el «Concurso Preventivo», adquiere concreción cuando cualquier persona natural o jurídica, o entidad no constituida legalmente, que se encuentre en imposibilidad o dificultad de pago oportuno de sus obligaciones, podrá acogerse a un acuerdo global de refinanciamiento, el mismo que será oponible a la totalidad de sus acreedores y que se regirá por las disposiciones del presente Título y supletoriamente por el Título IV de la presente Ley. Con este fin deberá presentar una solicitud a la Comisión, adjuntando un pre acuerdo global de refinanciamiento celebrado con representantes de más del 50% de sus deudas y toda aquella documentación e información señalada en el artículo 5 de la presente Ley[40], con excepción de la prevista en los inciso 4) y 5) de dicho artículo, la misma que constituye requisito de admisibilidad de la solicitud.

---

(38) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 784.

(39) Empresa es toda organización económica y autónoma en la que confluyen factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. Se incluye a las sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras.

(40) Declaración de insolvencia a solicitud del deudor, donde se detallan los presupuestos (requisitos de orden documentario) que deben concurrir para que proceda dicha declaración.

Se pone de relieve una fórmula abierta, cuando se señala, que puede tratarse de cualquier «procedimiento de reprogramación de obligaciones», sin interesar su denominación legal. Lo que da entender que el legislador, abra un espacio en el cual pueda cobijarse cualquier procedimiento administrativo (concursal), que se ajuste a la naturaleza de aquel, en cuanto al acuerdo que llega la Junta de Acreedores, sobre el pago de las obligaciones por parte del insolvente.

1.3.1. Ocultamiento de bienes

Se supone que el insolvente, antes de ingresar a los procedimientos que se contienen en el artículo 209°, debe haber puesto en detalle en su solicitud, una relación detallada de sus bienes muebles e inmuebles, indicando las cargas y gravámenes que pesan sobre ellos, de ser el caso, relación que debe tener una antigüedad no mayor de dos meses de la fecha de presentación de la solicitud. Listado que tiene naturaleza de declaración jurada. Masa patrimonial que debe ingresar a la administración de quienes asumen dicha función, lo que no necesariamente implica una traslación física de los bienes, pues éstos puedan quedar en poder fáctico de la empresa insolvente.

Entonces, la punición de esta conducta, importa que el agente (sujeto activo) sustrae los bienes (muebles) de la esfera de custodia de la administración de la insolvente, de la Junta de Acreedores, etc. o, cuando no incluye bienes que se encontraba obligado a declarar así como aquellos que pueden ingresar a su masa patrimonial a posteriori.

También debe admitirse que oculta el comerciante que calla la existencia de una cosa que debe denunciar, por ejemplo, si oculta en el balance alguna cantidad de dinero, efectos u otra cosa[41].

La sustracción u ocultamiento, sólo puede comprender a los bienes (dinero, títulos documentos, etc.). Son medios para ocultar o sustraer los bienes: la falsificación, alteración u ocultamiento de los libros de comercio, etc[42]. Se infiere, por tanto, que para esta modalidad, el autor puede estar incurso en los delitos de falsedad, en base a un concurso medial.

Punto importante a saber es que dichos comportamientos sólo podrán ser alcanzados por una pena, cuando el sujeto activo se encuentra sometido a un procedimiento concursal.

La consumación de esta modalidad delictiva ha de fijarse, cuando el autor alcanza sustraer del inventario patrimonial, algunos bienes; se dará la

(41) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 450.

(42) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 700.

tentativa, cuando los documentos que pretende fraguar para ello, no adquieren efectiva materialidad o es que se muestran ineficaces para tal cometido.

1.3.2. Simulación, adquisición o realización de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas

«Simular» significa dar cierta apariencia a un hecho que no se corresponde con la realidad, cuando se cubre de un ropaje de engaño a una situación que no se condice con la verdad; para tales efectos el autor ejecuta ciertos negocios jurídicos "aparentes", en cuanto a la asunción de obligaciones crediticias, de mutuos dinerarios inexistentes, para lo cual se sirve de documentación falsificada.

La simulación o suposición de enajenaciones está referido a la transmisión de bienes, mediante un acto jurídico, que permita al deudor aparentar falencia[43]. La deuda o erogación es supuesta cuando no existiendo total o parcialmente, sin simularla mediante la realización aparente del acto, el deudor la presenta como verdadera[44].

La enajenación implica la transmisión del título dominical del bien a un tercero a merced de un precio (compraventa) o a título gratuito (donación), en cuanto a la traslación de la propiedad del mismo.

Puede presentarse también, que el agente ceda la propiedad del bien a sus descendientes, vía una anticipa de legítima (herencia) o, también cuando transfiere la masa patrimonial a otras empresas, en las cuales ejerce un cargo societario o de persona vinculada, mediando créditos ficticios, donde el autor se hace deudor de una obligación económica, poniendo en garantías los bienes de la *societas*.

Simula gastos o pérdidas, cuando hace aparecer en los libros contables, la realización de ciertos pagos, por conceptos de honorarios profesionales, de personal o la compra de ciertos bienes, que en realidad no se han producido o, cuando sobrevalora los existentes. Con ello, pretende presentar una desbalance patrimonial, donde los pasivos sean mayores que los activos, trayendo como resultado pérdidas económicas, que a su vez muestre un patrimonio insuficiente para asumir las acreencias para con la masa concursal.

Aspecto de relevancia, es que estos actos deben tomar lugar en el marco de los procedimientos concursales, de no ser así no se cumple con la condición objetiva de punibilidad.

---

(43) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 699.

(44) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 447.

La perfección delictiva de estas conductas ha de alcanzarse, cuando el agente perfecciona de forma fraudulenta, la adquisición de deudas, enajenaciones, gastos y/o pérdidas; será delito tentado, cuando sin éxito (causas ajenas a su voluntad), no logra plasmar en los libros contables de la empresa los actos jurídicos dirigidos a la acreditación de dichos gastos.

1.3.3. Realización de actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, posponiendo el pago del resto de acreedores. Si ha existido connivencia con el acreedor beneficiado, éste o la persona que haya actuado en su nombre, será reprimido con la misma pena

Bajo esta modalidad el autor, también efectúa diversas formas que importan disponibilidad del patrimonio de la empresa, sea contrayendo deudas (gravámenes) u otros negocios jurídicos que determinan una merma en los bienes que reporto cuando se sometió al procedimiento de insolvencia, con la particularidad que tiene como adquirente y/o beneficiario a uno de los acreedores, sean o no preferentes. No perdamos de vista que la masa concursal, cuenta con un listado de acreedores, que cuentan con un rango de prelación de sus créditos[45], con arreglo a la naturaleza de los mismos; en tal virtud, éstos se someten a dicho orden, a fin de ver satisfecho sus acreencias.

Este inciso contempla el favorecimiento que se otorga a cualquier acreedor, violando el principio de igualdad de los acreedores ante la masa de bienes, este hecho implica un atentado contra la integridad de la garantía, pues disminuye su monto, perjudicando al resto de acreedores[46]; por lo que no sería típica, substituirle al acreedor el título por otro que no le reporta una mejor situación jurídica[47]. En esa preferencia de pago para algunos, con la correlativa posposición de los demás, es donde se cifra el perjuicio para el resto, que ven disminuido el patrimonio con que eventualmente verán satisfecho sus créditos. El pago debe producirse efectivamente, puesto que el acto de disposición o la obligación que se establece ha de estar «destinado» a ello[48]. Los actos anteriores, a la efectiva suscripción del negocio jurídico, que ya impliquen el inicio de la materialización de la conducta, serán reputados como delito tentado.

(45) Artículo 24° de la Ley N° 27146; artículo 42° de la Ley N° 27809.

(46) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 701.

(47) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, T. V, cit., p. 451.

(48) González Rus, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (VII)*, cit., p. 742.

Lo que es objeto de sanción penal, es que el sujeto activo (insolvente), a pesar de encontrarse prohibido normativamente de ejecutar actos jurídicos, que impliquen la disponibilidad de su patrimonio, al margen de los acuerdos que hayan de programarse en el marco del procedimiento concursal, referido al pago de las acreencias. Es que el deudor ya no cuenta con una voluntad societaria que le permita realizar su patrimonio al margen de la voluntad que haya de exteriorizarse por parte de la Junta de Acreedores. Ya la legislación de la materia (reestructuración patrimonial), dispone que el juez declarara ineficaces aquellos actos jurídicos celebrados, entre la fecha que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de disolución y liquidación hasta el momento en que la Junta nombre o ratifique a la administración del deudor o se apruebe y suscriba el respectivo Convenio de Liquidación. Más para que la conducta sea punible, se requiere que el agente haya actuado con dolo, es decir, cuando dirige directamente su conducta a fin de realizar actos de disposición de su patrimonio, sabiendo que ya no cuenta con facultades legales para ello.

Entonces, se dijo que el negocio jurídico es suscrito con uno de los acreedores, sea o no preferente. La intervención del acreedor será también objeto de represión punitiva, siempre y cuando haya existido un concierto de voluntades criminales, de que se advierta un pacto previo entre el deudor y los acreedores, para ejecutar los actos de disposición patrimonial. Siendo así, el acreedor sería en realidad un cómplice primario, pues su participación fue fundamental o dígase imprescindible para que el autor (deudor), logre a cabalidad la realización típica, que según lo previsto en el artículo 25° del C.P., recibe la misma pena que el autor. Parece que la intención del legislador es de que la sanción punitiva que haya de recaer sobre el acreedor, lleve indefectiblemente la misma magnitud de la pena que se impone al autor, pues es sabido que la regulación contemplada en el artículo 25° del C.P., no es cortapisa para que el juzgador pueda fijar una pena al cómplice primario por debajo a la del autor, con arreglo a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

La imputación jurídico penal que ha de erigirse en el caso del «acreedor», puede resolverse según las fórmulas dogmáticas que se apuntalaron en los aspectos preliminares de la capitulación en análisis. No sólo podrá atribuirse responsabilidad penal al acreedor de forma directa sino también al tercero que actúa a su nombre.

Renglón más abajo se establece normativamente ciertas condiciones, para que la modalidad típica en análisis sea objeto de punición, concretamente cuando la Junta de Acreedores hubiere aprobado la reprogramación de obligaciones en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, según

el caso o, el convenio de liquidación o convenio concursal, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen dicha reprogramación o convenio. En efecto, la Junta de Acreedores, según las facultades que le confiere la Ley, ha de acordar la reprogramación de obligaciones, esto es, el calendario de pago de los créditos previamente reconocidos, según el orden fijado para ello; entonces, la conducta del agente sólo será reprimible penalmente si es que se infringe dicho orden, según lo plasmado en la reprogramación y/o convenio, debiéndose añadir que debe concurrir el dolo en el autor y, si se pretende atribuir responsabilidad penal a los acreedores, ha de verificarse el concierto de voluntades criminales.

Asimismo, si fuera el caso de una liquidación declarada por la Comisión, conforme a lo señalado en la ley de la materia, las conductas tipificadas en el inciso 3) sólo serán sancionadas si contravienen el desarrollo de dicha liquidación. La Ley de la materia regula un proceso de liquidación, que deberá llevar a cabo la Comisión Liquidadora, cuya función más importante es la referida al orden de los pago de los créditos reconocidos; en tal virtud, el liquidador estará incurso en este supuesto delictivo, cuando realiza un acto de disposición patrimonial, favoreciendo a un acreedor –preferente o no-, contraviniendo el orden establecido en el Convenio de Liquidación.

1.3.4. Si el agente realiza alguna de las conductas descritas en los incisos 1), 2) ó 3) cuando se encontrare suspendida la exigibilidad de obligaciones del deudor, como consecuencia de un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36 incisos 2) y 4)

Según lo contemplado en el artículo 16° de la Ley N° 27146, a partir de la fecha en que se efectúa la publicación referida a la declaración de «insolvencia», se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones del insolvente tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que estuviera pactada o, a falta de pacto, la legal. La suspensión durará hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso. Lo establecido en el Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal respecto a la exigibilidad de las obligaciones será oponible a todos los acreedores. La inexigibilidad de las obligaciones del insolvente en los supuestos

antes mencionados, no afecta la posibilidad de que los acreedores del insolvente puedan dirigirse contra el patrimonio de aquellos terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

Consecuencia inmediata de la declaración de Insolvencia por parte de la Comisión, importa la suspensión de la exigibilidad, sobre las obligaciones (deudas, cargas, etc.), que el insolvente haya contraído con sus acreedores; el motivo de ello, radica en la protección del patrimonio social, a fin de evitar que éste se vea mermado, generando una defraudación de las legítimas expectativas de los acreedores, que sus créditos reconocidos, sean pagados conforme al orden de pago que haya de convenirse en el Convenio Concursal o en el Plan de Reestructuración Patrimonial. Si se admitiera la posibilidad de que cualquier acreedor, exigiera al insolvente el pago de sus obligaciones crediticias, al margen del procedimiento concursal, se pondría en riesgo la eficacia y optimización de éste último, con la consiguiente desconfianza en la masa concursal, que pretende precisamente garantizar sus créditos, bajo el marco de aplicación del Derecho concursal. Por consiguiente, si el insolvente (sujeto activo), oculta sus bienes, simula la adquisición de deudas o realiza actos de disposición patrimonial en beneficio de uno o varios de los acreedores –preferentes o no-, podrá ser pasible de un pena, siempre y cuando la Comisión competente haya declarado su «Insolvencia», encontrándose por tanto, suspendida la exigibilidad de sus obligaciones frente a terceros.

ARTÍCULO 210.- MODALIDAD CULPOSA

Si el agente realiza por culpa, alguna de las conductas descritas en el Artículo 209, los límites máximo y mínimo de las penas privativas de libertad e inhabilitación se reducirán en una mitad.

Constituye un discurso legitimador del Derecho penal, que sólo ha de intervenir, amén de proteger bienes jurídicos merecedores de tutela punitiva. Para tales efectos debe acreditarse la realización de una conducta que genere un riesgo jurídicamente desaprobado que revele aptitud de lesión (imputación objetiva) y una determinada vinculación anímica, que relacione espiritualmente al autor con el resultado antijurídico producido, a esto último denominamos «imputación subjetiva», cuyo componente es el dolo, conciencia y voluntad de realización típica. A este elemento de caracterización subjetiva, hemos de agregar otro factor desencadenante de responsabilidad penal: la «culpa», nexo y/o factor desencadenante de imputación jurídico-penal, que se determina de forma normativa, puesto que su basamento hemos de encontrarlo en la contravención de los deberes de cuidado, que se objetivizan en la infracción de dispositivos legales, cuando el autor sobrepasa con su comportamiento el llamado «riesgo permitido», siempre y cuando éste se concrete en un estado

de lesión para con el bien jurídico protegido. La punición de los injustos imprudentes se encuentra condicionada a la causación de un resultado, desvalor que ha de ceñirse conforme a baremos de lesividad, lo cual se condice con la estructura subjetiva de la tentativa, que sólo puede guiarse bajo la naturaleza del dolo, según lo normado en el artículo 16° de la PG.

Lo dicho es importante en la medida que los delitos de la Parte Especial, son reprimidos por lo general a título de dolo; de las cláusulas legales comprendidas en los artículos 11° y 12° del C.P., se desprende claramente que los delitos culposos son sancionados de forma excepcional, siempre que la Ley así lo exprese en los tipos penales de forma específica. Esta declaración de excepcionalidad, tiene como fundamento principal los límites que han de ajustar al Derecho penal a un programa de «mínima intervención». El aparato punitivo del Estado, no puede ser empleado para socavar cualquier tipo de conflictividad social, sólo aquella que perturbe de forma significativa las bases mínimas de una convivencia pacífica y, cuando dicha condición sea debidamente contrastada, ha de reprimirse con la conducta dolosa. Sólo será la legítima la formulación de los tipos penales culposos, cuando se trate de bienes jurídicos de especial relevancia, tanto para el individuo como para la sociedad; así se refleja en el caso de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud así como intereses jurídicos estaduales como la Administración Pública, mas no sobre otros, no tan importantes, con arreglo al principio de «jerarquización».

En resumidas cuentas, el delito culposo ha de ceñirse a los principios de subsidiariedad y de *Ultima Ratio*, de no ser así estaremos configurando un Derecho penal retributivo y no preventivo, de acuerdo a la idea de un Estado democrático de derecho. Parece que el legislador no estimó positivamente los principios legitimantes del aparato punitivo estatal, al haber criminalizado el tipo penal de Alzamiento de Bienes según a título de imprudencia, como es de verse de los alcances normativos del artículo 210° del C.P.; la necesidad de cautelar las legítimas acreencias de la masa concursal, cuando el patrimonio del deudor se encuentra sometido a los procedimientos concursales que contempla la Ley. A nuestro entender aquellos no resulta suficiente motivo, para penalizar este tipo de conductas.

Ahora bien, nos preguntamos con razón, como es que podremos apreciar un Alzamiento de bienes culposo, cuando la modalidad típica importa la «simulación, adquisición de deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas», pues aquellas requieren de una conducta dirigida esencialmente de forma fraudulenta, que sólo podemos apreciar en el dolo del autor. Ocultar bienes de forma, imprudente, significa que el agente no debe ser consciente de lo que esta haciendo, de que su esfera cognitiva no alcance una virtualidad suficiente del riesgo jurídicamente desaprobado desencadenado por su conducta; así, como realizar actos de disposición patrimonial o generador de obligaciones, favoreciendo a alguno de sus acreedores, sin saber con exactitud, con rayana

seguridad, de que está cometiendo una conducta que desborda los contornos normativos que rigen estos procedimientos concursales. Se trata, que duda cabe, de las impericias y/o negligencias del deudor en la realización de ciertos negocios jurídicos, que han de repercutir negativamente sobre su acervo patrimonial. La dejadez o ligereza debe apreciarse con criterio relativo, en atención a las circunstancias particulares del comercio de que se trata y del ambiente y momento de la conductas[49]; aquellos riesgos inherentes al mercado, propios del mundo de los negocios comerciales, al no desbordar los parámetros del riesgo permitido, no podrán ser reputados como «delictivos».

Parece que la verdadera intención, es de penalizar las meras desobediencias administrativas, pues es de recibo, que entre las infracciones administrativas y el delito culposo existe un patrón denominador, nos referimos a la contravención de un dispositivo legal, cuyo matiz diferenciador, constituye en realidad criterios cuantitativos y cualitativos, en cuanto a la magnitud de la lesión del bien jurídico tutelado. Por otro lado, no olvidemos que las figuras delictivas que se compaginan en el artículo 209°, responden a la técnica de los tipos de peligro, sin que ello sea incompatible que los actos anteriores a su consumación, puedan ser objeto de punición, en mérito su especial estructuración típica.

Consecuentemente, somos contestes a que comportamientos (prohibidos) como el «Alzamiento de bienes» sea penalizado a título de culpa; constituyendo una intervención inadecuada y desproporcionada según la naturaleza del bien jurídico protegido.

Debe anotarse que el articulado en cuestión, fue modificado inicialmente por el Decreto Legislativo N° 861, luego por la Ley N° 27146 de junio de 1999.

La sanción que ha de recaer sobre las modalidades culposas, tanto en lo que respecta a la pena como a las sanciones accesorias (inhabilitación), son reducidas a la mitad, de las descritas en el artículo 209°, por lo que la pena máxima de privación de libertad será de tres años y la mínima de un año y medio.

ARTÍCULO 211.- SUSPENSIÓN ILEGAL DE LA EXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

El que en un procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo, procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera su denominación, lograre la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor, mediante el

(49) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, cit., p. 457.

uso de información, documentación o contabilidad falsas o la simulación de obligaciones o pasivos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación de cuatro a cinco años, conforme al Artículo 36° incisos 2) y 4).

1. TIPICIDAD OBJETIVA

1.1. Sujeto activo

El legislador a diferencia de la descripción típica propuesta en el artículo 209°, no ha especificado las diversas cualidades que ha de revelar el agente, para poder ser considerado autor a efectos penales. Sin embargo, ha de verse, que la suspensión de la exigibilidad de obligaciones del deudor, requiere previamente de la declaración de «Insolvencia» y para ello presupuesto fundamental es que el deudor o los acreedores presenten su solicitud para dar inicio al procedimiento concursal. De tal manera, que podrán incurrir en esta figura delictiva el sujeto deudor o los acreedores, bajo la fórmula normativa del actuar en nombre de otro o cuando el tercero actúa a nombre del deudor; por lo que resulta de aplicación todo lo dicho en el marco de los aspectos preliminares de la presente capitulación.

1.2. Sujeto pasivo

Víctimas del injusto *in examine*, serán todos aquellos que cuentan con un título legítimo, de exigir el cobro de una obligación contraída por el sujeto activo, que ven frustradas sus legítimas expectativas crediticias, cuando se suspende la exigibilidad de sus acreencias.

1.3. Modalidad típica

Este tipo legal, fue inicialmente modificado por el Decreto Legislativo N° 861, luego por la Ley N° 27146 de junio de 1999 y, finalmente por la Ley N° 27295 de junio de 2000.

La figura delictiva en cuestión, responde esencialmente a la naturaleza de los tipos penales en blanco, en la medida que el intérprete a fin de complementar la materia prohibida debe remitirse necesariamente a normas extra-penales, en este caso la legislación comprendida en el Derecho concursal.

Se sigue en parte, lo previsto en el artículo 209° del C.P., al haberse condicionado la punibilidad de la conducta, a que los comportamientos compaginados en la estructuración típica, se efectúen en el marco de un «procedimiento de insolvencia, procedimiento simplificado, concurso preventivo,

procedimiento transitorio u otro procedimiento de reprogramación de obligaciones cualesquiera fuera de denominación».

Punto nuclear de la tipicidad penal, constituye la «suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor», para logra dicho estadio jurídico, amerita que de forma previa, el deudor o sus acreedores hayan solicitado la declaración de «Insolvencia» del primero de los nombrados. Solicitud que debe ser amparada por la Comisión de Reestructuración Patrimonial, la cual a partir de su publicación importa la suspensión de exigibilidad de todas las obligaciones que el insolvente tenga pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que estuviese pactada o, a falta de pacto, la legal. En este caso, no correrán intereses moratorios por los adeudos mencionados, no tampoco procederá la capitalización de intereses. La suspensión durará hasta que se apruebe un Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación o Convenio Concursal en los que se establezcan condiciones diferentes, referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento.

Entonces, cuando el deudor o los acreedores, en la solicitud de declaración de Insolvencia presentan una serie de información falsa, a fin de que la Comisión declare dicho estadio y, así producirse la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, es que ha de fijarse el inicio de los actos ejecutivos del delito; por tales motivos esta modalidad típica, a diferencia de las plasmadas en el artículo 209º es de resultado y no de peligro. Acreditación de tipicidad penal que ha de revelar en el autor un comportamiento fraudulento, él cual se exterioriza mediante el empleo de información, documentación o contabilidad falsa, es decir, hace constar en ciertos documentos un contenido que no refleja con la verdadera situación patrimonial de la empresa. Por consiguiente, los medios que se vale el agente para ello, puede suponer la realización de actos materiales que den lugar a la tipicidad objetiva de otros delitos, como la falsedad material que se desprende del artículo 427º del C.P., incurriéndose en un concurso medial.

Es en la solicitud de Declaración de Insolvencia que el agente debe incluir datos que no se ajustan a la realidad económica-financiera de la empresa, adjunta una serie de documentación apócrifa, poniendo en detalle la suscripción de créditos inexistentes, gastos u otros actos jurídicos que signifiquen una merma patrimonial o, también cuando se omite ciertas acreencias que inciden a favor del activo de la *societas*. Este comportamiento por lo general ha de reflejarse en los libros contables de la persona jurídica, a fin de revestir de mayor credibilidad a la información que se proporciona ante la Comisión, por ende, puede darse un concurso ideal con el delito previsto en el artículo 199º. Aspecto que ha de incidir en una colaboración delictiva atribuible al contador.

Dice el articulado que también puede configurarse la tipicidad objetiva, con la simulación de obligaciones o pasivos, los que tomarán lugar, cuando el agente incluye pérdidas inexistentes, cuando informa sobre deudas inexistentes así como sobrevaluando ciertos gastos, en cuanto a la realización de inversiones, pago de asesorías, etc.

2. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Es de verse que la perfección delictiva del tipo penal previsto en el artículo 211°, ha de fijarse cuando el agente logra de forma efectiva, la «suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor», por lo que hemos de convenir que se trata de un delito de resultado, que requiere de una declaración por parte de la Comisión de la Reestructuración Patrimonial o de aquella que haga sus veces. Los actos anteriores, en cuanto a la supresión de ciertos ingresos, la inclusión de gastos simulados así como la confección de documentos inveraces, han de ser reputados como delito tentado, siempre que revelen peligrosidad objetiva, es decir, idoneidad para la consecución del plan criminal.

Si no se alcanza la suspensión de exigibilidad de las obligaciones, pero ya los actos materiales anteriores importan la configuración de un delito de falsedad material, se apreciará un concurso ideal entre tentativa del artículo 211° con el tipo penal previsto en el artículo 427° del C.P.. No podemos hablar de un conflicto aparente de normas, en tanto los bienes jurídicos que se tutelan son de naturaleza jurídica distinta.

3. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

Las modalidades típicas que se describen en el articulado, sólo resultan reprimibles a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente dirige su conducta fraudulenta a la obtención de la declaración administrativa de suspensión de exigibilidad de obligaciones del deudor; basta para ello la conciencia del riesgo típico (dolo eventual).

La tipicidad subjetiva no exige un ánimo de naturaleza trascendente, resulta suficiente con verificar el dolo, el cual cubre la intención de lograr la suspensión de exigibilidad de las obligaciones del deudor.

ARTÍCULO 212.- LA COLABORACIÓN EFICAZ EN EL MARCO DE LAS INSOLVENCIAS PUNIBLES

Podrá reducirse la pena hasta por debajo del mínimo legal en el caso de autores y eximirse de pena al partícipe que, encontrándose incurso en una investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo de un proceso

penal por cualquiera de los delitos sancionados en este Capítulo, proporcione información eficaz que permita:

1. *Evitar la continuidad o consumación del delito.*
2. *Conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes.*
3. *Conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor. En tales casos los bienes serán destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia.*

La pena del autor se reducirá en dos tercios respecto del máximo legal y el partícipe quedará exento de pena si, durante la investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo del proceso penal en el que estuvieran incursos, restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor, los mismos que serán destinados al pago de sus obligaciones según la ley de la materia. La reducción o exención de pena sólo se aplicará a quien o quienes realicen la restitución o entrega del valor señalado.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

La capitulación en estudio ha sido objeto de una profunda modificación, producto de los avatares legislativos, de adecuar normativamente estos injustos penales a la normatividad concursal, hasta el punto de incluir de forma expresa una institución netamente procesal, pues es de recibo que la rebaja sustancial de pena que pueda recibir un imputado como consecuencia de actos positivos de colaboración, mediando entrega valiosa de información, para con la persecución penal es denominada en la doctrina como «Colaboración Eficaz», de tal modo que no consideramos acertado en que un artículo del Código Penal se haga alusión a un mecanismos que responde a una naturaleza práctica, que no se corresponde con la estructuración sistemática que debe cautelar toda codificación punitiva, pero bueno aquello es ya una costumbre de la técnica legislativa que muestra el Parlamento en las reformas penales que se han ido sucediendo años atrás.

Hasta antes de la dación de la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24 de junio de 1999, la conducta típica que se describía en el artículo 212° del C.P., respondía al nombre de «Quiebra de deudor no comerciante» en su redacción original.

Entonces, aquellas ventajas sustantivas que puede obtener el imputado, en cuanto a la graduación de la sanción punitiva, que se tramitan en un procedimiento especial, cuando aquél provee de información útil, imprescindible y valiosa a la fiscalía, a efectos de alcanzar objetivos estrictamente político criminales, se adscriben en corriente llamada «Derecho penal premial», que hunde sus raíces en la forma de cómo el Estado enfrenta criminalidades *per se* complejas, que no pueden ser combatidas, con los méto-

dos tradicionales y/o convencionales que caracterizan a cualquier Estado de Derecho. Estrategias de política criminal que fueron implementadas en algunas Naciones de Europa Continental a fin de poner freno a las mafias de narcotraficantes y a las organizaciones subversivas, luego importadas por efectos del Derecho anglosajón al hemisferio Sudamericano. La figura de la Colaboración Eficaz es una formulación que se enmarca estrictamente sobre consideraciones político-criminales, que tiene como precedente comparativo el PLEA BARGAINING como procedimiento consensual previsto en la legislación norteamericana(50).

A lo descrito debemos agregar una situación inobjetable: que el Sistema Penal en su conjunto no está en capacidad material y operativa, para procesar todos los hechos punibles que se cometen en nuestro país; para ello es que resultan de especial ayuda los filtros de selección que pueden activarse a partir de los mecanismos alternativos al proceso penal ordinario, que se ajustan sobre la idea de una «Justicia Penal Consensuada», que no sólo comprende a la Colaboración Eficaz, sino también las instituciones de la Terminación Anticipada del Proceso y la Conformidad.

Tiempo atrás se está vigorizando la posición de establecer filtros de selección, de valoración jurídico-penal, mediante la introducción de instituciones procesales que puedan morigerar la carga procesal, de reservar el proceso penal y, con ello la pena privativa de libertad a los injustos de grave y meridiana alarma social. La unificación de criterios del injusto material en cuando a su práctica en el proceso penal, constituyen una respuesta eficaz a la problemática del Sistema Procesal(51).

Por lo dicho, para poder proceder a normar el procedimiento de Colaboración Eficaz, han de advertirse dos presupuestos fundamentales: primero, que se trate de delitos de gravedad, como el narcotráfico, el terrorismo, lavado de activos, cohecho y otros similares y, segundo, que las primera investigaciones determinen la existencia de verdadera dificultades probatorias, para dar con el paradero de los principales culpables, en cuanto a la identificación de los líderes y cabecillas así como la adquisición de elementos de convicción que sean necesarios para la formalización de la persecución penal. Lo señalado guarda correspondencia con las legítimas críticas que se alzan contra este procedimiento especial, al importar un relajamiento sustancial del principio de legalidad, en lo que respecta también a las funciones que debe desplegar el juzgamiento en todo proceso penal y, en lo referido a la determinación judicial de la penal en base a los principios jurídico-penales

(50) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 730.

(51) PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 729.

de proporcionalidad, culpabilidad, lesividad en consonancia con los fines preventivos de la sanción punitiva[52].

En resumidas cuentas, mostramos nuestros reparos de que el proceso de Colaboración Eficaz extienda su operatividad a cualquier tipo de delito, so pena de quebrantar los mecanismos que deben resguardarse en un Estado democrático de derecho, de que los delitos sean sancionados en estricta correspondencia con los elementos que de forma conjunta han de sostener la imputación delictiva. De forma concreta, no encontramos acertado que delitos como los comprendidos en esta capitulación sean objeto del procedimiento de Colaboración Eficaz, al reflejar un contenido del injusto típico mínimamente grave.

2. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE COLABORACIÓN EFICAZ

Dispone la norma en cuestión que la reducción de la pena hasta por debajo del mínimo legal, en el caso de autores y la exención de pena en el caso de los partícipes, requiere, que en el marco de una investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo del proceso penal, el imputado proporcione información eficaz, que permita alcanzar los objetivos que se glosan en los inc. 1) al 3) del articulado.

Del precepto invocado se colige que al procedimiento podrán acogerse tanto el autor como el partícipe, por tanto, podrán someterse a aquél los co-autores, cuando se trata de una pluralidad de imputados, a quienes se les atribuye el co-dominio funcional del hecho así como el autor mediato, cuando éste utiliza a un instrumento no doloso para la perpetración del injusto. Serán siempre aquellas personas físicas que ejercen en el seno de la persona jurídica los órganos más representativos de la *societas* o aquellos que actúan en su nombre, según la fórmula extensiva de autoría que se desprende del tenor normativo del artículo 209°. Cuando del autor se trata, sea como autor inmediato, autor mediato o co-autores, la pena podrá ser rebajada por debajo del mínimo legal, de igual forma sucede cuando el imputado se acoge a los beneficios de la Confesión Sincera.

Partícipes serán todos aquellos, que sin tener el dominio material del hecho, han contribuido de forma decisiva para que el autor logre la realización típica; colaboración que puede ser catalogada como esencial (complicidad primaria), para el éxito del plan criminal o accesoria (complicidad secundaria). Cabiendo agregar como variante de participación al Inductor, quien actúa psíquicamente sobre el autor inmediato, creándole la decisión de cometer el delito; que para ser considerado como tal, debe tener la cualidad

(52) Ver más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., ps. 733-735.

suficiente que exige la tipicidad objetiva para ser estimado jurídico-penalmente como autor. En estos casos, el colaborador (partícipe), puede obtener una exención de pena, es decir, es sustraído del ámbito de punición, concordante con lo establecido en el artículo 68° del C.P.

Es de verse que el partícipe a diferencia del autor, debe recibir siempre una pena menor, con arreglo a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad.

Se dice también que la proporción de la información eficaz por parte del «colaborador eficaz» debe tomar lugar en el marco de una investigación a cargo del persecutor público o en la esfera propia del proceso penal; esto quiere decir, que se necesita de una Investigación Preliminar debidamente formalizada por parte del Fiscal competente o de un auto de apertura de instrucción dictado por el órgano jurisdiccional que se avoca a la causa penal. En lo que el nuevo C.P.P se refiere, habremos de fijar estas instancias de la siguiente manera: el primero, cuando el Fiscal dispone formalmente la realización de las Diligencias Preliminares y, el segundo, cuando el persecutor público, formaliza mediante una disposición la Investigación Preparatoria.

La información eficaz que proporcione el colaborador, debe permitir lo siguiente:

1. Evitar la continuidad o consumación del delito.

2. Conocer las circunstancias en las que se cometió el delito e identificar a los autores y partícipes.

3. Conocer el paradero o destino de los bienes objeto material del delito y su restitución al patrimonio del deudor. En tales casos los bienes serán destinados al pago de las obligaciones del deudor según la ley de la materia.

Empero, antes de que sea valorado en forma positiva, la información entregada por el colaborador, debe expresarse la voluntad firme de declararse culpable (*plea guilty*). Entonces, el imputado renuncia al principio de presunción de inocencia, haciendo uso de su mejor estrategia de defensa y revela de esta forma al persecutor público del *onus probandi*, persiguiendo una mejora sustancial de su situación jurídica[53].

De forma resumida podemos decir, que uno de los cometidos más esenciales que ha de obtenerse la información proporcionada por el colaborador constituye la identificación de los autores y partícipes así como la forma de cómo se perpetro el injusto[54]. En tal mérito, la fiscalía está en inmejorable

(53) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 731.

(54) Se podrá evitar la continuidad del delito, cuando ya siendo infringida la norma por vez

situación de proceder a una investigación preliminar contra dichas personas y, con los elementos de convicción que cuente pueda formalizar la denuncia penal respectiva ante el Poder Judicial. No obstante parece advertirse de la norma, que ésta se orienta sobre estructuras criminales, esto es sobre asociaciones delictivas que usualmente cometen este clase de delitos, pues el colaborador debe «delatar» a otros presuntos sospechosos, cuya información la ha recogido precisamente por formar parte de la banda delictiva. En el caso de un solo agente, que ha cometido de forma individual el delito, difícilmente podrá acogerse a este procedimiento, al carecer de datos que puedan involucrar a otro individuo. Parece ser que la ratio de la norma se dirige en dicha dirección; no obstante, el partícipe que por ejemplo, ha intervenido en la realización delictiva, permitiendo el ocultamiento de los bienes en un determinado lugar, sí estará en posición de informar sobre el paradero de los bienes –objeto material del delito-, para que puedan ser restituidos al patrimonio del deudor.

Si son varios coautores, únicamente podrá ser beneficiado aquel que de forma primera se acerque al Ministerio Público y brinde la información eficaz, por lo que el otro coautor, no le quedará otra que someterse a la investigación y luego al proceso penal. Finalmente, dos sujetos que detentan un mismo nivel de responsabilidad penal, recibirán una sanción punitiva en suma diversa, lo que no es compatible con una Justicia material sujeta al Estado de Derecho, que debe tratar a todos por igual. Lo que se está promoviendo en todo caso es la delación, propiciando la disociación delictiva; que a nuestro entender, sólo debería estar circunscrito al caso de las organizaciones delictivas y no a la delincuencia ordinaria, a la larga lo propuesto en esta norma genera una abierta contravención a los principios elementales de un Derecho penal democrático.

Finalmente se dispone que la pena del autor se reducirá en dos tercios respecto del máximo legal y el partícipe quedará exento de pena si, durante la investigación a cargo del Ministerio Público o en el desarrollo del proceso penal en el que estuvieran incursos, restituye voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor, los mismos que serán destinados al pago de sus obligaciones según la ley de la materia. La reducción o exención de pena sólo se aplicará a quien o quienes realicen la restitución o entrega del valor señalado.

En este último apartado del artículo 212º del C.P., se regula una respuesta penal en realidad mitigada, que se concede a partir de un criterio

primera, el colaborador otorga ciertos datos de cómo el autor opera y así evitar que vuelva a contravenir la prohibición normativa. Por su parte, evitar la consumación del delito, supone que el hecho punible no puede haberse desarrollado en su perfección, v.gr., elaborado un documento falsario, el colaborador permite descubrir dicha naturaleza y, así impide que el agente lo pueda incluir en los libros contables de la empresa.

estrictamente «patrimonialista», en el sentido de que el premio (pena atenuada y/o exención de sanción), ha de tomar lugar sólo cuando el imputado devuelve voluntariamente los bienes o entrega una suma equivalente a su valor, que ni siquiera debe ir aparejada con la entrega de una información eficaz. La restitución del bien o el pago de su valor constituye el contenido de la Reparación Civil, que el juzgador determina conjuntamente con la pena en el marco de la resolución de condena, según lo establecido en el artículo 93° del C.P.; en tal medida, el adelantamiento de parte de la indemnización ex –delicto vendría a generar las consecuencias punitivas favorables para con el imputado, las cuales se supone no podrán ir sancionadas de forma repetida.

No se trata de una causal de atipicidad penal, de alguna circunstancia que se adecue a una causa de justificación, tampoco a un estado de inexigibilidad que pueda disculpar el hecho penalmente antijurídico, menos una excusa absolutoria, puesto que no se revela un interés político-jurídico superior. El hecho de que el autor restituya el patrimonio ilícitamente ocultado, para nada enerva el estado antijurídico de su conducta. Sus fundamentos hemos de encontrarlo en orientaciones de política criminal, que pretenden morigerar las cargas patrimoniales que hayan de incidir sobre los agraviados de estos comportamientos «socialmente negativos».

Parece que la necesidad por cautelar la intangibilidad del patrimonio del deudor, con ello la satisfacción de las acreencias de la masa concursal, resulta más importante que la debida realización de la justicia, la concretización del *ius puniendi* estatal de acorde al contenido del injusto típico y al grado de reproche culpable que recae sobre el agente. Lo que de cierta forma encontramos ajustado a criterios de racionalización de la violencia estatal, pero la pregunta sería ¿Porqué esta posibilidad de rebaja de pena, no puede concederse también en el caso del Hurto, la Apropiación Ilícita, la Estafa o los Daños? No vemos mayor diferencia entre estos delitos con las Insolvencias punibles, máxime si tienen como común denominador la tutela del patrimonio. A nuestra opinión esta diferenciación no tiene justificación alguna, no se puede decir que es más importante cautelar la intangibilidad del acervo patrimonial del deudor en el marco de un procedimiento concursal, que cautelar el patrimonio personal del injustamente desposeído de un bien por obra de un Hurto.

Puede tratarse de una pluralidad de imputados, unidos en base a un co-autoría, en tanto ambos pueden realizar la restitución del bien o la entrega de su valor. Si hablamos de un partícipe, que efectúa el acto de devolución, podrá beneficiarse con una exención de pena, a diferencia del autor, que sólo podrá ver reducida su sanción, en dos tercios respecto del máximo legal.

Finalmente, queda decir, que el acceso a esta clase de reducción punitiva, importa que el imputado se encuentre incurso en una Investigación

a cargo del Ministerio Público (Investigación Preliminar) o en marco de un proceso penal ya iniciado. Presupuesto a agregar, es que la restitución del bien o el pago de su valor, debe obedecer a una conducta voluntaria del imputado, es decir, que no se revele indicios de vicio alguno que pueda desencadenar su invalidez.

ARTÍCULO 213.- EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL E INTERVENCIÓN DE INDECOPI

En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por acción privada ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure.

1. GENERALIDADES

La acción penal, (...), deviene en un poder-deber de quien asume la función requirente, como organismo público legitimado que formula la pretensión penal (denuncia) en representación de la sociedad, reclamando ante la jurisdicción la imposición de una sanción punitiva al imputado[55]. Dicha delegación tiene que ver con un doble baremo a saber: primero, en correspondencia con la naturaleza social de los bienes jurídicos que son objeto de lesión como consecuencia de la conducta criminal y, segundo, conforme a la función tutelar del interés público que la Ley Fundamental le confiere al representante del Ministerio Público.

Según lo anotado, al persecutor público se le atribuye la persecución de aquellos delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal, con arreglo a los principios de legalidad procesal, oficialidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que ni bien toma conocimiento de la noticia criminal, tiene el ineludible e indeclinable deber de iniciar una investigación y, si de ella, se desprenden suficientes indicios de criminalidad, formalizar denuncia penal ante el órgano jurisdiccional competente, asumiendo la pretensión punitiva ante el juzgador.

La gran mayoría de los ilícitos penales que se han compaginado en nuestro texto punitivo, son objeto de persecución penal pública, sólo algunos delitos, como los que atentan contra el Honor y la Intimidad son materia de persecución penal privada, esto es, a instancia del ofendido, quien de forma directa acudirá al órgano judicante, denunciando el hecho punible de que ha

(55) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 67.

sido víctima. Bajo dicha premisa, surgen los bienes jurídicos –en principio disponibles por su titular-, es decir, todos aquellos en los cuales el titular, es el único que podrá determinar, si realmente se ha producido una lesión o una puesta en peligro como una magnitud de daño que amerite ser considerado como estado de perturbación social[56].

Ahora bien, el legislador a partir de la sanción de la Ley N° 27146 del 24 de junio de 1999, que modifica de forma significativa el artículo 213° del C.P., declara que los injustos que se comprenden en esta capitulación, pasan a ser perseguidos por ejercicio privado de la acción penal, sin embargo dispone también que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho, en defecto de la persecución privada y en todo caso podrá intervenir como parte interesada en el proceso penal que se instaure.

De conformidad con lo expuesto, se estructura una persecución penal mixta, pues será privada, siempre y cuando sea el agraviado quien denuncie el hecho punible ante la jurisdicción penal y, será pública cuando la denuncia la efectúe el órgano competente del INDECOPI, al ser interpuesta ante el Ministerio Público, conservando este último la titularidad del ejercicio de la acción penal, de modo similar como se ha regulado en el caso de algunos delitos Económicos y Ambientales. Máxime, si en el artículo precedente, se menciona de forma expresa la intervención del Ministerio Público en la investigación de esta clase de delitos.

En el artículo 1.3 del nuevo C.P.P, se preceptúa que en los delitos que requieren la previa instancia del ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo.

Finalmente, debe anotarse que según lo dispuesto en las últimas líneas del articulado, se establece que en caso de que el agraviado haya denunciado el hecho ante la instancia correspondiente, el órgano competente del INDECOPI podrá intervenir en el proceso penal como «parte interesada». Nos preguntamos al respecto, ¿Bajo qué figura procesal ha de plasmarse dicha intervención en el proceso penal?, sujeto agraviado sólo puede serlo aquel que ha sido objeto de una afectación en los bienes jurídicos de los cuales es titular, en este caso, serían los acreedores de créditos reconocidos en la masa concursal. El órgano administrativo, no puede ser considerado agraviado, el hecho de que pueda denunciar la conducta punible no le otorga dicha condición. En el proceso penal no existe las figuras del «*litisconsorte*» (activo o pasivo) a diferencia de lo que acontece en el proceso civil, de tal manera que no sabemos con exactitud cómo podrá intervenir la entidad

(56) Peña Cabrera Freyre, A.R.; *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 72.

administrativa en el proceso penal que se instaure, por ende se advierte un defecto de técnica legislativa, que propicia una incapacidad de la norma para su aplicación en la praxis judicial.

ARTÍCULO 213-A.- ADMINISTRACIÓN INDEBIDA DE PATRIMONIOS DE PROPÓSITO EXCLUSIVO

El factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario sobre un patrimonio fideicometido, o el director, gerente o quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial que, en beneficio propio o de terceros, efectúe actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención del fin para el que fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos (2), ni mayor de cuatro (4) años e inhabilitación de uno a dos (2) años conforme al Artículo 36º, incisos 2 y 4.

1. COMENTARIO

Siguiendo las pautas reseñadas en los artículos precedentes, hemos de analizar el tipo penal contenido en el artículo 213º-A, que fuese incorporado por efectos de la sanción del Decreto Legislativo Nº 861 – Ley de Mercado de Valores (según la 12 Disposición Transitoria), que según lo dispuesto en su artículo 1º tiene por finalidad promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección del inversionista. Quedan comprendidas en la dicha ley las ofertas públicas de valores mobiliarios y sus emisores, los valores de oferta pública, los agentes de intermediación, las bolsas de valores, las instituciones de compensación y liquidación de valores, las sociedades titulizadoras, los fondos mutuos de inversión en valores, los fondos de inversión y, en general, los demás participantes en el mercado de valores, así como el organismo de supervisión y control. Salvo mención expresa en contrario, sus disposiciones no alcanzan a las ofertas privadas de valores.

Entonces, la ley anotada, se orienta a regular el mercado de valores, cautelando los legítimos derechos de los inversionistas, que sus operaciones sean efectuadas con total transparencia y publicidad (oferta pública de acciones), en el marco de una actuación leal y sobre todo legal de sus agentes; comprendiendo en su seno una serie de títulos bursátiles (mercantiles) que puedan tomar lugar a partir de la inclusión de una serie de conceptos, cuya regulación ha de repercutir en el resto de parcelas del orden jurídico, en el caso que nos amerita la atención, del Derecho penal.

Por lo antes dicho, resulta factible anotar que la descripción típica en análisis se aleja de la contenido material de los injustos que hemos tenido de oportunidad de examinar –en páginas precedentes-, es que no se trata pro-

piamente de sancionar aquellos comportamientos prohibidos, que tiendan a poner en peligro las legítimas expectativas de la masa concursal, de que sus créditos estén debidamente garantizados, sino que en este caso ha de advertirse una forma particular de quebrantar la lealtad que el administrador de estos patrimonios (fideicometidos), debe guardar conforme a los intereses de su representada, siempre y cuando la integridad de dichos patrimonios puedan verse significativamente perjudicada. Cuando nos referimos en el marco explicativo del artículo 198° del C.P., que la naturaleza de estos delitos atentan en realidad contra el orden socio-económico, semejante idea puede darse en este articulado, cuando hemos de convenir que el bien jurídico tutelado detenta una naturaleza macro-social, es que no sólo se protege de forma el patrimonio social de la empresa desde una perspectiva individual, sino también considerando a ésta como un gestor importante de la funcionalidad del sistema como tal. La comisión de delitos en el seno de las sociedades puede generar un riesgo para el orden económico colectivo, al impedirse que las sociedades cumplan las funciones que tienen asignadas, acota TERRADILLOS BASOCO[57].

La figura delictiva *in comento* sigue la suerte de la tutela del patrimonio (fideicometido o de una sociedad de propósito especial), cuya punición está condicionada a que el agente realice en beneficio propio, actos de enajenación, gravamen u otros, en contravención al fin, por el cual fue constituido el patrimonio de «propósito exclusivo», que han de estimarse cuando el comportamiento prohibido infringe normas en puridad «administrativas», en este caso, el legislador ha fijado la sustantividad material del injusto típico, en el hecho de que el autor que administra esos patrimonios, aprovecha dicha posición de dominio social, para hacerse de una ventaja indebida, en detrimento claro está, del titular de dicho patrimonio.

La relevancia jurídico-penal hemos de cifrarla en la administración desleal del agente, al torcer los fines (sociales) del patrimonio fideicometido, amén de obtener un beneficio propio o de tercero, en franca lesión a los fines del mismo. El concepto de fidelidad que es aconsejable usar en Derecho penal, escribe RUIZ RODRÍGUEZ, es un concepto amplio que sea capaz de acoger, alrededor de la idea de infracción de determinados deberes, todas aquellas conductas que lesionen o sometan a un grave riesgo a bienes jurídicos relevantes, individuales o socioeconómicos, y no sólo aquellos de naturaleza patrimonial. Eso sí, sin perder de vista que la administración de patrimonios ajenos es el punto de referencia de estos delitos y lo que da la unidad y sentido al intento criminalizador común[58].

---

(57) TERRADILLOS BASOCO, J.; *Delitos societarios*, cit., ps. 37 y ss.

(58) RUIZ RODRÍGUEZ, L.R.; *Protección Penal del Mercado de Valores. Infidelidades en la gestión de patrimonios*, cit., p. 65.

Todos los comportamientos que infrinjan deberes de actuación a favor del titular del patrimonio que se administra constituyen infidelidades, y dentro de estas, las que puedan considerarse penalmente lesivas, pertenecerán a grupos de delitos dentro de esa categoría general de las infidelidades, aunque, en concreto, las construcciones típicas puedan resultar más o menos defendibles[59]. Con ello, ha de asegurarse que la intervención punitiva se condiga con criterios materiales, próximos y/o concretos de lesión, a fin de no penalizar meras «infidelidades del administrador», que sólo supongan una mera infracción de orden societario.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

2.1. Sujeto activo

Siguiendo la línea del resto de figuras delictivas de esta capitulación, constituye un delito «especial propio», en la medida que sólo podrá ser autor a efectos penales, quien asume el factor fiduciario o quien ejerza el dominio fiduciario.

Según lo previsto en el artículo 301° del D. Leg. N° 861, en el fideicomiso de titulización una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos en favor del fiduciario para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario. Únicamente las sociedades titulizadoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establezca CONASEV mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulización. Entonces, queda claro que las Sociedades Titulizadoras[60][61] no pueden ser considerados autores, sino las personas naturales que asumen sus órganos de representación, con arreglo a la fórmula del actuar en nombre de otro. Empero, el artículo 304° (*in fine*), establece que en cada fideicomiso la sociedad titulizadora designa

(59) Ruiz Rodríguez, L.R.; *Protección Penal del Mercado de Valores*, cit., p. 68.

(60) De conformidad con el artículo 302°, la Sociedad Titulizadora es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de judiciario en procesos de titulización, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonios fideicometidos que respalden la emisión de valores. Excepcionalmente, la Sociedad Titulizadora podrá efectuar las demás actividades que le autorice CONASEV.

(61) Sus obligaciones especiales según el artículo 306°, es mantener los activos fideicometidos separados de los que integren su patrimonio y de los que corresponden a otros patrimonios fideicometidos.

una persona, denominada factor fiduciario[62], quien asume personalmente su conducción, por lo que la imputación podrá recaer directamente sobre aquél.

También hemos de comprender al director, al gerente o quien ejerza la administración de una sociedad de propósito especial, quienes asumen responsabilidad de forma directa, sin necesidad de apelar a la disposición del artículo 27° del C.P.

2.2. Sujeto pasivo

Será el fideicomisario (inversionistas) así como los accionistas de las sociedades anónimas, cuando el administrador de una sociedad de patrimonio especial realiza actos de disposición de los activos, fuera de los fines previstos en su constitución.

2.3. Modalidad típica

Primer punto a saber, es definir al «patrimonio fideicometido», que según las normas de remisión, constituye el conjunto de activos que tiene como titular al llamado fideicomisario, a quien el fideicomitente se obliga a constituir un «patrimonio autónomo», cuya finalidad específica es de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores. Importa, por tanto, un fideicomiso de titulización, el cual implica una modalidad de titulización por la que el originador (fideicomitente) transfieren fideicomiso parte de sus activos a una entidad emisora (fiduciaria), la que a su vez los incorpora en un patrimonio separado (patrimonio fideicometido) con respaldo emite valores que serán adquiridos por los inversionistas (fideicomisarios), a través de lo que se denomina «Pass Trough». El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes, apunta MONTOYA MANRFEDI. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente a la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad

(62) Se da la posibilidad, cuando las circunstancias lo requieran, que la sociedad titulizadora designe a una comisión administradora a cuyas decisiones se somete el factor fiduciario; siendo la sociedad titulizadora solidariamente responsable con los miembros de la comisión administradora por los actos que se practiquen en ejecución de sus decisiones respecto al patrimonio fideicometido. Bajo esta hipótesis, ha de advertirse que el factor fiduciario se somete a las decisiones de la comisión organizadora, en este sentido, las personas que integran dicha comisión pueden actuar como instigadores si es que determinan al primero a la realización de las conductas típicas que se glosan en este artículo o, como autores mediatos, cuando lo utilizan, cuando el factor fiduciario obra sin dolo.

por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios[63].

Por su parte, el fideicomiso está basado en la confianza que se deposita en una persona para que cumpla con determinados fines; se debe entonces a la buena fe de la persona que recibe los bienes y/o derechos la debida ejecución del cargo[64].

Mientras que «sociedad de propósito especial», serán aquellas sociedades anónimas cuyo patrimonio se encuentra conformado esencialmente por activos crediticios, y cuyo objeto social limita su actividad a la adquisición de tales activos y a la emisión y pago de valores mobiliarios respaldados con su patrimonio, tal como se desprende del artículo 324° de la Ley de Mercado de Valores.

Ahora bien, dice la norma en cuestión que la materialidad típica requiere que el agente, en beneficio propio o de tercero, efectúe actos de enajenación, gravamen, adquisición u otros en contravención a los fines por el que fue constituido el «patrimonio de propósito exclusivo». A tales efectos debemos conceptuar a la «Titulización», entendida como el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores; de forma concreta el «Patrimonio de propósito exclusivo» ha de servir de respaldo al pago de los derechos incorporados en valores mobiliarios emitidos en un proceso de titulización.

Por lo antes dicho, la conducta alcanzara ribetes de tipicidad, cuando el autor efectúa cualesquiera de los actos jurídicos que se glosan en el articulado, en cuanto a la negociación de los valores comprendidos en el patrimonio exclusivo, que sean contrarios al único objetivo que éstos se dirigen, a servir de respaldo (garantía) al pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos a cargo de dicho patrimonio. En otras palabras dicho: *el agente realiza actos de disposición sobre los valores emitidos sin estar autorizado para ello, pero la relevancia típica importa a su vez que dichos negocios repercutan en su beneficio o de un tercero, que de cierta forma han de propiciar también un menoscabo a la integridad del patrimonio exclusivo.*

Lo que sí es lícito es que se transfiera activos a los patrimonios de propósito exclusivo a las Sociedades Titulizadoras o, la transferencia inversa, que se efectúa a través de los actos jurídicos que correspondan de acuerdo a su naturaleza. Así, se contempla en el artículo 296° (*in fine*).

---

(63) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 307.

(64) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial,* T. I, cit., p. 303.

Punto resaltar es que la punibilidad del comportamiento no está sujeta a un procedimiento concursal, en el cual el patrimonio fideicometido pueda estar incurso, puesto que la ley de la materia expresamente prevé la posibilidad de aplicarse las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas, a diferencia de lo que acontece en los tipos legales contenidos en los artículo 209° y 211°. En caso de liquidación de la empresa fiduciaria, ésta no se rige por las normas de la Ley de Reestructuración Patrimonial, sino por la propia Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, y de acuerdo a las normas contenidas en la propia ley, quienes tengan legítimo interés les asiste el derecho de identificar y rescatar los bienes y derechos existentes que pertenezcan al patrimonio fideicometido, en cualquier estado del proceso, por no formar parte de la masa[65].

3. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

Esta figura del injusto adquiere perfección delictiva, cuando el agente ejecuta de forma perfecta la enajenación, gravamen, adquisición u otro negocio jurídico, que haya de significar un beneficio para sí o para un tercero.

Fontán Balestra, analizando la legislación de su país, señala que el análisis de las conductas punibles[66], debe hacerse teniendo en consideración que para la configuración del delito es necesario el perjuicio patrimonial, ínsito en toda defraudación. Tanto más si se tiene en cuenta que el fideicomiso y la administración de fondos comunes de inversión autorizan, dentro del manejo normal de los bienes que comprenden, la realización de actos de disposición, sin que éstos, si no causan daño, puedan considerarse ilícitos, desde que están legalmente autorizados[67].

4. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

La represión de este comportamiento implica la verificación del dolo en el autor, conciencia y voluntad de realización típica; de que el agente conozca con exactitud de que los actos jurídicos que está realizando son contrarios a los fines legales para los cuales fue constituido el patrimonio de propósito exclusivo.

---

(65) Montoya Manfredi, U.; *Derecho Comercial*, T. I, cit., p. 321.

(66) El inc. 12) del artículo 173° del C.P. argentino, fue incorporado por la ley 24.441 de 1995.

(67) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 539.

CAPÍTULO II
USURA

ARTÍCULO 214.- USURA

El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días-multa.

Si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

1. CONSIDERACIONES DE ORDEN POLÍTICO CRIMINAL

En el marco de una sociedad mercantilista, los individuos han de fijarse determinadas metas, objetivos y propósitos, que se plasman a partir de una serie de negocios jurídicos, que pretenden emprender, a efectos de conseguir un fin lucrativo y, aquello es lícito en un Estado de Derecho, donde la realización de la persona humana requiere de la concreción de las más diversas actividades socio-económicas.

Para materializar el propósito trazado, por ejemplo constituir una empresa dedicada a un rubro determinado, para la construcción de una vivienda, para costear el colegio de sus menores hijos o el pago de gastos corrientes, el individuo debe contar con un capital para poder afrontar dichos costos. Capital o dígase dinero que en no pocas oportunidades, el sujeto no tiene a su libre disponibilidad, no necesariamente por encontrarse en un estado de carencia patrimonial, sino por falta de liquidez, claro que en otras circunstancias, se dará lo contrario, sobre todo, en países como el Perú donde una gran cantidad de peruanos no poseen una situación de solvencia suficiente para afrontar adecuadamente sus gastos más elementales.

El sistema económico-financiero, cuenta en la actualidad con una serie de mecanismos crediticios, en virtud de los cuales, cualquier ciudadano puede obtener un préstamo, un mutuo dinerario, recibiendo un determinado monto de dinero que deberá pagar en cuotas periódicos; pero es un uso usual del mercado bancario, que el beneficiario del mutuo, no sólo deba pagar el capital que recibió con el préstamo, sino que a dichos activos ha de agregarse un plus, que se le denomina «interés», que importa el gravamen de una tasa porcentual determinada, que vendría a ser una especie de rentabilidad que ha de alcanzar el prestamista, como ganancia que ha de reportarle dicha actividad crediticia. Fijación de interés al dinero, que supone una actuación lícita, puesto que las mismas normas del Código Civil, regulan dicha posibilidad en el marco del Libro IV – Las Obligaciones, al contemplarse en el artículo 1242° que *el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.*

Dicho lo anterior, ha de señalarse que el abono de intereses al pago de una deuda, que haya de pactarse en un contrato de mutuo por ejemplo, de ninguna manera puede ser objeto de punición por parte del Derecho penal; pues ni siquiera las normas del Derecho privado regulan mecanismos sancionadores al respecto, al constituir como se dijo una aplicación monetaria legalmente permitida. El *ius puniendi* estatal, en el ámbito de los negocios crediticios, ha de ocuparse de otro tipo de comportamientos, sólo aquellos que revelen una magnitud suficiente de perturbación social, cuando hemos de identificar un bien digno de protección y una conducta merecedora y necesitada de pena.

Los usos propios del mercado, las negociaciones mercantiles a grandes escala, los contratos de orden empresarial, que puedan advertir el pago de intereses en las transferencias de dinero, no tienen por qué ser alcanzados por el derecho punitivo, en tanto son conductas que se encuentran inmersas en los parámetros del llamado «riesgo permitido», sólo cuando se desborda dicho plano de legitimidad, dando lugar a la creación de un «riesgo jurídicamente desaprobado» es que puede tomar lugar el «comportamiento prohibido» (relevancia típica), cuando el agente se hace pagar por parte de su deudor un interés superior al límite fijado por la Ley.

Ahora bien, los agentes que interactúan en el mercado crediticio, no sólo son las instituciones que formalmente se adscriben en el sistema bancario-financiero, sino también los particulares que informalmente ofrecen sus servicios al público; actividad hasta donde sabemos no importa la configuración de un ilícito penal. Desde ya debe señalarse que la tipificación penal *in comento* se dirige a sancionar la actuación de cualquier clase de prestamista, sea formal o informal, se trata de un delito común, que puede ser cometido por cualquiera; por tanto, las instituciones bancarias, en principio, no se encuentran excluidas de cometer este injusto típico, claro a través de sus

órganos de representación (actuar en nombre de otro); sin embargo existen ciertos dispositivos legales que parecen haber legalizado la Usura Bancaria, como se dirá en su oportunidad. Lo que queremos decir en todo caso, es que *la represión penal se dirige a sancionar todos aquellos comportamientos, que en el marco de un préstamo dinerario, determinan el pago de intereses por encima de los límites fijados por el derecho positivo, siempre que se dirijan a la obtención de una ventaja patrimonial.*

Bajo Fernández nos relata que con la desaparición de las tasas de interés, y por razones de orden socioeconómico aún no debidamente estudiadas, se produce a lo largo del siglo XIX el fenómeno del usurero que dio lugar a una novelística muy concreta. La usura debió de desarrollarse con tal virulencia, dando lugar a situaciones de injusticia que provocó la reacción legal[68]. En opinión de Bustos, el carácter (...) fundamental del crédito para el funcionamiento del sistema (burgués capitalista), obliga a intervenir punitivamente al Estado mediante el delito de usura, que puede provocar graves distorsiones, de diferente tipo, en el sistema socioeconómico[69]; no le falta razón al autor citado, en tanto el auge industrial y/o empresarial que tomó lugar siglos atrás, propició la necesidad de los agentes de buscar la adquisición de capitales, precisamente para poder materializar sus inversiones, de manera que aparecen personas que han de dedicarse a la actividad prestataria, mediante la aplicación de altos intereses al capital prestado.

La sociedad caracterizada en el umbral del tercer milenio, cuenta en su seno, con una todo un manojo de inescrupulosos sujetos, que aprovechándose de la necesidad económica del prójimo, prácticamente lo obliga a suscribir préstamos dinerarios, mediando el pago de altas tasas de interés, este es en realidad el Usurero, quien desde una perspectiva criminológica se dedica de forma habitual a conceder mutuos a terceros, motivado con el afán del lucro, sin interesar que el cobro de la deuda pueda provocar un estado de plena insolvencia del sujeto obligado; para tales efectos logra que el deudor constituya garantías prendarias y hasta inmobiliarias, cuyo valor real es depreciado en forma significativa.

En resumidas cuentas, habrá que ver si es en realidad legítimo que el Derecho penal intervenga, ante conductas que no se ajustan a los patrones de lesividad antes anotados, de acorde con criterios de materialidad que debe contener todo injusto típico. Por ello ponemos nuestros reparos a que se penalicen la concertación de créditos (préstamos), en los cuales el prestamista (agente), fije intereses superiores a los establecidos por ley, en la devolución de su capital que haya de sufragar el deudor; en el sentido, de que la presunta víctima haya obrado en un estado de plena libertad, bajo

(68) Bajo Fernández, M. y otro; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 460.

(69) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 326.

una voluntad desprovisto de todo vicio que pueda invalidarla. Dicho de otro modo: *no concebimos justificación alguna, de que se penalice, la contratación de intereses excesivos, cuando el deudor los ha aceptado de forma responsable, sin estar incurso en una situación de apremiante necesidad, de ser así se ingresa a ámbitos que sólo deben ser resueltos bajo los derroteros del Derecho privado y del Derecho mercantil. Importa entonces la criminalización de meras contravenciones jurídico-obligaciones, siempre y cuando se puede configurar dicha infracción según la normatividad de la materia.*

El artículo 1243° del C.C., dispone que la tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, sea fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución a la imputación al capital, a voluntad del deudor. Vía acción sobre «pago indebido». Por su parte el artículo 1663° (*in fine*), establece que el mutuatario debe abonar intereses al mutuante salvo pacto distinto.

En la doctrina española, BAJO FERNÁNDEZ, analizando la legislación penal de su país, antes de la dación del C.P. de 1995, escribía lo siguiente: "Desde el punto de vista político criminal, entendemos que la represión penal de la usura por los cauces en que está discurriendo desde 1932 y las líneas de desarrollo que aparecen en los proyectos de modificación penal, constituye un auténtico disparate por un doble motivo. De un lado, porque castiga simples ilícitos administrativos, como relativos a incumplimiento de orden contable (art. 545°) o de entrega de resguardos (art. 546). De otro lado, porque, sin castigar el préstamo usurario en sí sino sólo formas periféricas de usura, en frase feliz de LANDROVE; lo hace ateniendo a un desvalor de acción equivocado. En efecto, en lugar de cifrar la gravedad del hecho en el abuso de situaciones de necesidad como hizo el Código penal de 1928, invoca circunstancias de relevancia discutible como la habitualidad o el encubrimiento, cuando previamente –y a mi juicio de modo correcto- ha renunciado a castigar el préstamo usurario como tal en atención a la concurrencia en el negocio del consentimiento del prestatario"[70].

En la doctrina nacional, Peña Cabrera, con la agudeza que lo caracterizaba, escribía que la historia es siempre sabia y en caso concreto de la usura mucho más, enseña la escasa eficacia por no decir nula de los preceptos legales para combatir la usura. Se creyó que la ley podría actuar como una varita mágica justificada para la oferta y la demanda en generosa competencia[71]. Finalmente, dicha postura de política criminal a lo único que conduce es a la formación de un Derecho penal simbólico, que cada vez más pierde legitimidad frente al colectivo.

---

(70) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 461.

(71) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 758.

El *ius puniendi*, en el campo de los delitos patrimoniales, únicamente debe ser empleado cuando se manifiesten conductas que atentan contra la voluntad del individuo, mediando engaño, error o cualquier otros elementos que puedan atentar contra la libertad humana; *contrario sensu*, éste es degradado a tareas que le competen al resto de esferas del orden jurídico; por ende, no constituye una posición político criminal correcta, desde la idea de un Derecho penal democrático, que se sancione con pena la conducta descrita en el primer párrafo del artículo 214° del C.P.

No perdamos de vista importante, que a inicio de la década de los noventa prolifero en nuestro país, una banca comercial, destinada esencialmente a los préstamos personales, que amparándose en una normatividad muy permisible a nuestro entender, fijaron para la recuperación de su capital tasas de interés en suma elevadas; que de forma rayana habrían de ser catalogadas como comportamientos típicos de Usura, pero parece que la misma política jurídica de aquel entonces se encargó de sustraer a los bancos de las redes de represión penal. Esto quiere decir, que el rendimiento del delito de Usura (ámbito de protección de la norma) ha sido fuertemente debilitado, en tanto sólo podrán estar incursos en esta figura delictiva, todas aquellas personas que operan al margen del Sistema bancario-financiero, los informales que prestan dinero a los particulares, lo cual no se ajusta con el principio constitucional de igualdad. Situación que refuerza la idea de su despenalización, sólo en cuanto a la primera modalidad típica, que se desprende del articulado bajo análisis.

2. BIEN JURÍDICO, CONCEPTO DE «USURA»

El legislador ha ubicado esta figura delictiva, en el marco de aquellos Delitos que atentan contra la confianza y la buena fe en los negocios, cuyo verdadero trasfondo es el patrimonio del sujeto pasivo que ha de verse mermado como producto de la acción usurera, al tener que pagar un interés excesivo, que supera los márgenes porcentuales permitidos por Ley[72]. Empero, la propiedad del dinero, que haya de perderse, por efectos de la conducta prohibida, presenta un inconveniente, que el desplazamiento patrimonial lo efectúa el sujeto pasivo de forma libre y voluntaria, esto es, a diferencia de la estafa, donde el engaño es el elemento nuclear de la sustantividad típica, la víctima sabe perfectamente lo que está haciendo, por ello ha de convenirse que se trata de un delito de «participación necesaria», pues la intervención del ofendido es esencial para que podamos apreciar la realización típica en cuestión.

(72) Así, Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 554; Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 565.

En efecto, como señala BAJO FERNÁNDEZ, estamos ante un delito en que se exige la participación activa de la víctima, como parte de un contrato de préstamo consintiendo en las condiciones del negocio[73]. Ante un bien jurídico que es plenamente disponible para su titular[74], como se ha señalado en otros apartados de la presente monografía, por lo que estaríamos desbordando un plano material, para adentrarnos a una esfera meta-jurídica, al campo ético-social, reprobando penalmente el uso abusivo de una actividad de quien lucra a costa de la desgracia ajena. Aunque de todos modos, en lo que respecta a la modalidad agravada, cuando el agraviado se encuentra aquejado de un estado de necesidad apremiante, podemos decir que se trata de una voluntad viciada en la aceptación de los intereses, dando entender que sería el patrimonio el interés tutelado, lo que es también perfectamente discutible.

El mercado crediticio presenta una serie de aristas o mejor dicho de normas, de reglas, que en principio se rigen por la ley de la oferta y la demanda, el Estado sólo ha de intervenir cuando se producen graves distorsiones en su funcionamiento, en defensa de los consumidores y de la libre competencia de los competidores. De modo tal, que en el delito de usura, el Estado sale en defensa de aquellos que se encuentran en una posición de desventaja (accesitarios al crédito) frente a los prestamistas que han de estar en una posición de dominio. De ahí que, que debe de considerarse comportamientos delictivos de usura sólo aquellos en los que existiendo un interés excesivo en relación con el normal precio del dinero, se abusa de una situación específica en el sujeto pasivo[75].

En opinión de Peña Cabrera, no se descarta que el delito entrañe una ofensa pluriofensiva, vale decir, la concurrencia de distintos bienes jurídicos vulnerados, incluyéndose naturalmente la economía nacional, las buenas costumbres, abuso de las pasiones e impericias del menor, etc[76]. Para Bustos el objeto de tutela es el sistema económico crediticio, por eso el sujeto pasivo es la colectividad (el que recibe el préstamos usurario será víctima y perjudicado en virtud de lo que aparece regulado legalmente respecto de los intereses no sólo en su beneficio, sino en el cada uno de los miembros de la colectividad)[77].

A nuestro parecer, si bien el bien jurídico descansa bajo una orientación en sí patrimonialista, no es menos cierto que la *lege lata* no siempre se condice con el orden sistemático que ha de caracterizar todo cuerpo de nor-

---

(73) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 463.

(74) Así, BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 328.

(75) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 464.

(76) PEÑA CABRERA, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-B, cit., p. 760.

(77) BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 328.

mas y, en este caso, siguiendo con rigor el principio de lesividad, hemos de concluir que la redacción normativa del tipo penal de Usura no se corresponde de forma real con lo que legalmente aspira a protegerse, puesto que son objeto de intervención punitiva comportamientos que revelan un ambiente de plena libertad por parte de los contratantes, por tanto deberían ser ajenos al radio de acción de las normas jurídico-penales, por ende al descenderse a un nivel que debe reservarse a otras ramas del orden jurídico, la tutela de los más débiles del mercado crediticio, el Derecho penal está asumiendo unas funciones que no le corresponde, si con ello se pretende desconocer el contenido ético-social que se encubre de forma inútil con esta incriminación.

¿Cómo hemos de entender a la conducta «usurera»? como aquel mutuo dinerario que por una parte suscribe el denominado prestamista, como titular del dinero que entrega al deudor, a cambio de que éste último no sólo le pague el importe del capital, según los cuotas convenidas consensualmente, sino también un margen porcentual de interés que ha de fijarse por encima de los límites legales, es decir, un monto en realidad excesivo –del promedio del mercado-, destinado a la obtención de una ventaja patrimonial. Empero, para poder construir una definición acorde a la esencia del Derecho penal, debemos agregar una cuota de desvalor de la acción, que ha de corresponderse con el aprovechamiento, el abuso del usurero, en cuanto a la situación de necesidad apremiante que padece el prestatario, al no quedarle más opción que aceptar las condiciones impuestas por el agente.

Como se dijo antes, de acorde a las disposiciones del C.C., préstamo usurario sería aquel que pacta intereses por encima al interés legal fijado por el Banco Central de Reserva del Perú y, a partir de aquí identificar los elementos objetivos que se contienen en el marco de la tipicidad penal[78], pues de no ser así estaríamos construyendo una usura estrictamente «objetiva».

Préstamo usurario a efectos del delito de usura es aquel en el que se pacta un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancia del caso, impuesto al prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales[79].

El delito de usura viene condicionado por la exigencia del ilícito civil, y a la cual se agrega la temeridad de la conducta que imprime el carácter coactivo para obligar a prometer pagar un interés notablemente superior al límite fijado por la tasa legal[80]. Será en definitiva el mercado crediticio, concretamente sus condiciones inherentes, que propiciaran la aparición de las

(78) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 764.

(79) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 464.

(80) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 767.

conductas usureras. Siempre en una sociedad habrá personas que necesiten la obtención de un determinado capital, para tales efectos surgen los prestamistas; pero nos preguntamos ¿Qué provoca la presencia del prestamista usurero? Diríamos que ciertos ciudadanos, por no tener una solvencia económica suficiente o no poseer bienes para que sean puestos en garantía, no pueden acceder al crédito formal, es decir, al sistema bancario y/o financiero, porque no les queda otra alternativa que acudir a los prestamistas informales, quienes aprovechando dicha situación, exigen el pago de intereses leoninos (usureros). No obstante, el derecho positivo vigente permite a las entidades bancarias y financieras que puedan pactar en los préstamos intereses superiores a los previstos por Ley, lo que desencadena un doble baremo a saber: primero, una usura penalizada, por quienes informalmente conceden préstamos y, segundo una usura legalizada, cuando el prestamista es un Banco o una Financiera, que es objeto de regulación por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, la tipicidad que se contrae de los alcances del artículo 214°, no exige una cualidad especial o dígase específica para ser considerado autor a efectos penales. Mas, como es sabido la imputación delictiva sólo ha de dirigirse sobre una persona psico-física considerada, entonces, cuando la perpetración del injusto penal ha de emanar de la actuación de una persona jurídica, debemos aplicar la fórmula del «actuar en nombre de otro»; pero vayamos a ver, si los órganos de representación de las entidades bancarias y/o financieras se les puede atribuir responsabilidad penal.

Generalmente será la persona del prestamista, quien de forma habitual se dedica a esta actividad, pero ello no debe ser siempre así, cualquier particular en un hecho singular puede incurrir en esta modalidad típica sin ningún problema.

¿Podrá admitirse una autoría mediata? De que una persona de atrás, quien tiene el dominio de la voluntad, instrumentalice al hombre de adelante, el sujeto de adelante quien formalmente ejecuta la conducta típica, en este caso, de que en la concesión de un crédito, fije en su devolución el pago de intereses por encima del límite permitido por la Ley. Para tales efectos sería el autor inmediato un inculpable o una persona que actúa sin dolo, lo cual de cierta forma resulta de difícil concreción, que alguien vaya a alegar que no sabía que los intereses que estaba pactando eran prohibidos. No puede aceptarse que un menor de edad o un privado de discernimiento pueda suscribir contratos de mutuo, para aquello se requiere capacidad de goce y de

ejercicio, por lo que los negocios jurídicos estarían viciados con sanción de nulidad.

Con mayor corrección, hemos de advertir una inducción, cuando el hombre de atrás, determina psicológicamente al hombre de adelante, provocándole el dolo de usura; siendo irrelevante que la persona del autor sea un autor proclive a cometer esta clase de conductas, es decir, un habitual.

3.2. Sujeto pasivo

Puede ser cualquier persona, pero de todos modos para ser víctima de esta infracción delictiva, se requiere que ésta haya asumido un crédito, un préstamo en la calidad de deudor, por el cual se obligue a pagar no sólo el capital prestado, sino también por añadidura el pago de intereses por encima del límite fijado por la Ley.

Hemos de considerar que todos aquellos que carecen de discernimiento, los «inimputables» carecen de una capacidad psico-motriz suficiente, para poder válidamente suscribir contratos de mutuo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43° del C.C., concordante con el artículo 219° (*in fine*)[81], por lo que su participación en dichos contratos está sancionada con Nulidad; sin embargo, el legislador los ha incluido, tratándose de la circunstancia agravante, tal vez en la necesidad de penalizar una situación que puede darse en la realidad fáctica. Así también ocurre en el caso de los impúberes.

La tipicidad objetiva en cuestión ofrece una particularidad que la reviste de una determinada sustantivad, al tratarse de un delito de «participación necesaria», pues la realización delictiva importa una contribución fáctica de la víctima, cuya ausencia hace imposible su consumación. Se trata de una visión criminológica, que advierte el interés por valorar la conducta del agraviados, muchas veces de importancia para delimitar los ámbitos de responsabilidad (auto-puesta en peligro). Las peculiares características que presenta la víctima (apremiada de una necesidad económica), es el factor que precisamente es aprovechado por el autor, para poder concertar un préstamo bajo la aplicación de intereses por encima del límite establecido por la Ley y, ello debe ser lo que sustente la represión punitiva. En palabras de Creus, la principal característica de la usura es el modo como el agente consigue la dación o la promesa de contraprestación exagerada o la seguridad extorsiva, esto es, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia del sujeto pasivo[82]. Sin embargo, la primera conducta glosada en el artículo 214°, nos provoca una postura distinta, como se afirmó en líneas anteriores, cuando

(81) La excepción constituye lo dispuesto en el artículo 1358° del C.C., en cuanto a los contratos relacionados con los gastos de la vida diaria.

(82) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 565.

es presunto sujeto pasivo, de forma libre y responsable pacta con el sujeto activo intereses leoninos.

Es que el Derecho penal no tiene por que intervenir, cuando haya de advertirse conductas que son producto de ámbitos defectuosos de organización del propio individuo (auto-puesta en peligro); si aquél no protege sus intereses económicos de forma diligente, el orden jurídico no tiene por qué hacerlo; lo que en el tipo penal de Estafa, ocurre cuando el ciudadano realiza negocios jurídicos en el marco del riesgo permitido[83]. Máxime al constituir el patrimonio un bien jurídico de plena disponibilidad por parte de su titular.

Eso sí, no siempre coinciden la condición de sujeto pasivo con la calidad de perjudicado[84].

3.3. Modalidad típica

Presupuesto esencial para que pueda cometerse esta figura delictiva supone la existencia de un «crédito», un préstamo o si se quiere un mutuo dinerario, en virtud del cual el agente (prestamista) entrega una determinada suma de dinero a un sujeto llamado deudor (prestatario), a cambio de que éste último aparte de devolverle el capital prestado en las cuotas convenidas, pague también una determinada tasa de intereses que se computan sobre el monto del capital. Empero, para que se configure un crédito «usurario», la tasa de interés convenida debe superar el límite fijado por la Ley. No es indispensable que se trate de una prestación dineraria, basta con que sea de contenido económico; tanto puede tratarse de un préstamo de dinero, como del facilitamiento de maquinaria, de mercaderías, etc., pero debe ser una prestación determinada en dar algo (bienes); no quedan comprendidas en la usura las existencias correspondientes a las prestaciones de trabajos o servicios, es decir, lo que puede catalogarse como prestaciones de hacer[85].

Se dice en la doctrina, que queda excluida la usura de cosa, entendiendo por tal aquélla en que el beneficio obtenido se circunscribe a la incorporación de una cosa al propio patrimonio, por ejemplo, adquiriendo una cosa por un precio inferior al mercado, aprovechándose de la situación de necesidad del prestatario[86]. En la hipótesis planteada el prestatario no es obligado a pagar intereses por encima de los permitidos legalmente, sino que ve perjudicado su patrimonio al recibir un precio por debajo al promedio del mercado, en mérito a la venta de un bien de su propiedad.

---

(83) Ver al respecto sobre el análisis dogmático del delito de Estafa – artículo 196°.

(84) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 766.

(85) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 565.

(86) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 467.

Para saber cuándo estamos ante un «préstamo usurario» debemos confrontar los márgenes porcentuales del interés aplicado en el mutuo concreto, con el interés superior permitido por Ley, esto es, meramente objetivo, con el añadido de naturaleza subjetiva, que el agente persiga alcanzar una ventaja patrimonial, lo que de seguro está insito en la suscripción del crédito con esas condiciones.

Segundo punto a saber es que la tipicidad objetiva extiende su radio de acción a cuatro circunstancias, no sólo a la fijación de intereses leoninos al momento de la concesión del crédito o su otorgamiento, sino también, ante su renovación, descuento o prórroga del plazo de pago. La «concesión del crédito», supone la confluencia de voluntades del prestamista y del prestatario, en cuanto a la suscripción del contrato de mutuo, que adquiere perfección de forma consensual. Luego, la «renovación» implica que en la concesión del crédito se pactaron intereses por debajo de lo legalmente permitido, mas su carácter repetitivo, es aprovechado por el prestamista para pactar intereses por encima del marco legal. La renovación consiste en otorgar un nuevo contrato (documento) en reemplazo de otro vencido anteriormente[87].

Estaremos ante el «descuento de un crédito», cuando por diversos motivos, el prestatario solicita al prestamista una rebaja del monto a pagar, lo que determina en el agente, la decisión de fijar un interés leonino. Descuento que puede tomar lugar como contraprestación al cambio de una garantía mobiliaria.

Finalmente, con la «prórroga de un crédito» hemos de entender, aquella voluntad del prestatario de someterse a plazos de periodicidad más largos, a fin de cumplir con su obligación crediticia. Se trata de una reprogramación, que motiva en el autor la aplicación de intereses que desbordan las prescripciones del derecho positivo vigente sobre la materia. Esto es algo que sucede muy a menudo, cuando los deudores están en incapacidad de pagar el capital en el tiempo inicialmente pactado, para lo cual solicitan una prórroga, pero al final terminan pagando una suma significativamente mayor a la que hubiesen tenido que honrar según lo originariamente convenido.

El delito de usura viene condicionado por la exigencia del ilícito civil, y a la cual se agrega la temeridad de la conducta que imprime el carácter coactivo para obligar a prometer pagar un interés notablemente superior al límite fijado por la tasa legal[88].

El artículo 12° de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dispone que *las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones*

(87) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 769.

(88) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 767.

activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera. Del precepto se colige, que la normatividad en cuestión, permite a las entidades del sistema financiero fijar de forma libérrima las tasas de interés, comisiones y gastos, en cuanto a sus operaciones activas y pasivas; señalándose renglón seguido, que para fijación de las tasas de interés deberán «observar» de forma «excepcional» los límites que haya de señalar el BCR. Máxime, las entidades dedicadas a la intermediación financiera, ni siquiera están sujetas a las tasas máximas del interés convencional compensatorio o moratorio, fijada por el BCR. Por consiguiente, las entidades bancarias y/o financieras, cuya actividad sea regulada por el BCR, son sustraídas del ámbito de punición, en franca contravención al principio de igualdad constitucional. El hecho de que sea de relevancia la actuación de estas entidades, en el mercado crediticio, no es óbice a que se establezcan privilegios como los anotados, que repercuten en un debilitamiento significativo de la tutela penal hacia el bien jurídico protegido, siempre que sujetemos la intervención a los parámetros normativos establecidos en el segundo párrafo del artículo 214° del C.P.

Sujetos activos de usura, por tanto, sólo lo podrán ser aquellos que operan al margen del sistema formal de la banca, los informales que prestan dinero a los particulares. Así, en la siguiente ejecutoria, cuando se dice lo siguiente: "*Se advierte que estamos ante un tipo penal en blanco toda vez que debemos remitirnos a toda norma no penal, para determinar los intereses legales; que en el caso concreto habiéndose acreditado que la entidad cooperativa representada por el acusado pertenece al sistema financiero, no se puede señalar que estamos ante una conducta típica, toda vez que el delito de crédito usurario exige como elemento del tipo objetivo que el sujeto activo no pertenezca al sistema financiero*"[89].

Tercer punto a saber, importa definir los términos de «obligar o hacer prometer»; obliga quien exige algo, quien ejerce actos de coacción sobre otro, para que éste último realice alguna conducta contraria a su voluntad. Por su parte, se hace prometer, (...), el que de la misma manera obtiene que la contraparte se obligue –de cualquier forma –verbal o escrita- a otorgar aquellas ventajas[90], en el caso de nuestro derecho positivo vigente, la fijación de intereses por encima del límite establecido en la Ley. Dicho esto, habría que señalar lo siguiente: cuando hablamos del ejercicio de una coacción, importa a su vez que el agente emplee violencia y/o amenaza, como se desprende del tipo penal previsto en el artículo 151° del C.P.; pero en

(89) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, T. II, cit., p. 399.

(90) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 556.

este caso, estamos presuntamente ante una voluntad desprovista de todo vicio que la afecte, pues no se requiere el uso de los elementos constitutivos del tipo penal de coacción –antes mencionado-, por lo que se advierte una incoherencia entre los términos usados por el legislador. A menos que el término "obligar", sea comprendido de acuerdo a las disposiciones del Derecho civil (Libro IV del CC).

Cuarto punto a saber, es lo referente a la tasa de interés máxima que fija el BCR, bastando para que el autor esté incurso en el delito de Usura que supere dichos márgenes, sin interesar el porcentaje, por mínimo que ésta sea. Sin embargo, si queremos establecer una distinción entre la infracción civil y el injusto penal, al menos el juzgador podrá valorar que tan significante es la brecha de diferencia entre el interés legal y el interés pactado, a fin de delimitar la relevancia típica.

4. FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCIÓN

La conducta típica contenida en el artículo 214° del C.P., adquiere perfección delictiva cuando el agente logra suscribir con su víctima, el otorgamiento de un crédito, su concesión, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, mediando la promesa de pagar un interés superior al límite fijado por Ley[91]. Para efectos de la consumación debemos seguir las pautas que se regulan en el Derecho privado, en tanto los contratos se perfeccionan cuando se exterioriza la voluntad de ambas partes (consentimiento) de someterse a las disposiciones allí contenidas, es esencialmente consensual.

Habría que verse si los actos anteriores (preparatorios), en cuanto a la negociación de los intereses, pueden ser reputados como tentativa. En realidad resulta dudoso, poder penalizar dichos actos, por la poca objetividad que haya de revelar dicha actuación; estimándose que se trata de un delito de mera actividad, en consecuencia la tentativa sería inadmisible[92].

Ahora bien, conforme a lo anotado, la consumación de esta figura delictiva, no requiere de que el autor logre cobrar el interés fijado en la suscripción del crédito o en su renovación[93], tampoco ha de verificarse un efectivo perjuicio en el patrimonio de la víctima.

5. TIPO SUBJETIVO DEL INJUSTO

(91) Cfr., Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. I, cit., p. 567.

(92) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 771.

(93) Vid., al respecto, Bajo Fernández, M.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 470.

El comportamiento recogido en el artículo *in examine*, sólo resulta punible a título de dolo, esto es, conciencia y voluntad de realización típica; el autor dirige su conducta, sabiendo que los intereses que está pactando con la víctima, en la suscripción del créditos, son ilegales, al estar por encima de los establecidos en la Ley pertinente. Elemento a estar cubierto por el elemento cognitivo del dolo, por lo que puede tomar lugar un error de tipo; cuando el autor desconoce dichos límites porcentajes, en cuanto a las tasas de interés; ¿Qué sucede cuando éstos varían, de tiempo en tiempo?, el agente fija el interés conforme a los índices anteriores, cuestión que habría que estimar un error de tipo vencible, en tanto si éste hubiese sido más previsor pudo haberse enterado de la tasa de interés actual.

Lo dicho nos conduce también a declarar esta figura como un tipo penal en blanco, en cuanto a la remisión obligada del intérprete a las normas que fija el BCR y la SBS, amén de completar la materia prohibida.

A nuestro parecer basta con el dolo eventual, es decir, conciencia de la creación del riesgo típico.

Situados en la circunstancia agravante prevista en el segundo párrafo, el dolo del agente debe de abarcar la situación de incapacidad del sujeto pasivo o el estado de necesidad en que se encuentra la víctima, para tales efectos se deberá analizar las circunstancias concretas del caso así como las cualidades particulares de la víctima. El error sobre dichos elementos normativos del tipo puede configurar también un error de tipo, cuya procedencia implicaría la sanción de la conducta bajo la pena contemplada en la conducta base.

Por último, si bien el contenido de este elemento de tipicidad, menciona en su redacción normativa, que el agente realiza la acción usurera a fin de obtener una «ventaja patrimonial», ello no quiere decir, que deba acreditarse un ánimo de naturaleza trascendente ajeno al dolo[94]. En mi opinión esta intención u propósito delictivo, se encuentra insito en el dolo del autor; quien pacta intereses leoninos en la concesión de un crédito, de seguro lo hace con el afán de hacerse de una ventaja patrimonial, no para lograr el empobrecimiento del deudor.

6. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Líneas anteriores formulamos nuestros reparos de que el delito de Usura puede configurarse, cuando haya de advertirse la suscripción de un negocio crediticio, en el marco de una voluntad libre y responsable, según los principios inspiradores del *ius puniendi* en un Estado democrático de de-

(94) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 770.

recho; de forma tal, que la relevancia típica de este injusto penal, debería circunscribirse a un estado psico-social particular de la víctima, en este sentido una situación de «vulnerabilidad», que precisamente aprovecha el autor, para lograr que el sujeto pasivo, acepte contraer el negocio, con la aplicación de intereses leoninos. Apreciándose, por tanto, una voluntad de cierta forma mermada en su conformación volitiva, que habría de justificar la intervención del Derecho penal en esta esfera de interactuación social.

Son dos las circunstancias incluidas por el legislador: primero, abusar de que el agraviado es una «persona incapaz»; ¿Quién es persona incapaz? Aquel individuo que se encuentra privado de discernimiento, un incapaz absoluto, de conformidad con el listado previsto en el artículo 43° del CC o el incapaz relativo, que se contienen en el artículo 44° (*in fine*). En suma, todos aquellos que por variados motivos, no tienen la potestad de exteriorizar una voluntad que haya de ser considerada «válida» por el ordenamiento jurídico. Como dice Núñez, se trata de incapacidades por inmadurez o defectos psíquicos, pues su razón está en la calidad personal de la víctima, que la vuelve proclive a la explotación[95]. Mas cabe destacar, que no basta con que se acredite dicha condición jurídica en la persona de la víctima, sino que el autor abuse de dicho estado, para poder contraer el negocio crediticio y así convenir los intereses usurarios[96][97].

Segunda circunstancia aprovecharse del «estado de necesidad de la víctima»; ha de convenirse que dicha circunstancia importa una situación apremiante, cuando la obtención del crédito (capital), se requiere para costear una necesidad elemental para el sujeto; v.gr., pagar una operación médica a la cual debe ser sometida de urgencia su esposa, para poder salvarle la vida o para sufragar las gastos escolares de matrícula, de no ser así el hijo perdería el año escolar, etc. Esto excluye del amparo legal a los préstamos u otras obligaciones usurarias contraídas por empresas o negocios en que los hombres de iniciativa suelen hallar amplio campo para la creación de riqueza, siempre que cuenten con los capitales necesarios –aunque tengan que retribuirlos con intereses altos-, pues en estos casos no juega para nada el citado concepto de apremio económico en que consiste la necesidad[98]. Así tampoco, para costear actividades banales o dígase superficiales, v.gr., una operación de cirugía plástica, la adquisición de un vehículo del año (tal vez distinto la necesidad de comprar un carro de segunda, para trabajarlo como taxi), la compra de una mascota, etc. En la siguiente ejecutoria – Exp. N° 7061-97-B, se pone de relieve lo siguiente: "*El artículo 214 que tipifica el*

(95) Núñez, R.; *Derecho Penal Argentino. Parte Especial,* cit., p. 393.

(96) Así, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...,* II-B, cit., p. 772.

(97) Vid., al respecto, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 329.

(98) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 555.

delito de crédito usurario señala como agravante del mismo el hecho objetivo que el agente obligue o haga prometer al sujeto pasivo el pago de intereses leoninos, abusando de que éste es incapaz o que se halla en un estado de necesidad. Entendiéndose que este estado debe ser extremo, además de actual e inmediato, circunstancias que motivan al agraviado a que se vea forzado a aceptar el pago de intereses superiores a los permitidos por ley; en el presente caso al no existir la necesidad extrema por parte del agraviado, ello hace que la conducta del procesado no se adecue a la agravante del delito de usura"(99).

No se requiere, de que el agente haya sido quien propició el estado de necesidad de la víctima; el sujeto pasivo se presenta ante el usurero, caracterizado por el estado de necesidad.

La necesidad puede ser propia o de un tercero a quien el sujeto pasivo trata de solventar su situación(100).

El estado de necesidad económica no debe entenderse como de extrema necesidad, ni siquiera indigencia o pobreza, sino como el malestar en que se encuentra la víctima(101). Tampoco que dicho estado este generando un riesgo de lesión para bienes jurídicos fundamentales del ofendido o de persona cercana a él.

(99) Baca Cabrera, D. y otros; *Jurisprudencia Penal...*, T. III, cit., p. 402.

(100) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T.I, cit., p. 566.

(101) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 772.

CAPÍTULO III
LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO

ARTÍCULO 215.- SUPUESTOS DE LIBRAMIENTO Y COBRO INDEBIDO

Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cinco años, el que gire, transfiera o cobre un Cheque, en los siguientes casos:

1) Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente;

2) Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago;

3) Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente;

4) Cuando revoque el Cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa;

5) Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque;

6) Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos.

En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago.

Con excepción de los incisos 4) y 5), no procederá la acción penal si el agente abona el monto total del Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador.

1. FUNDAMENTO DE INCRIMINACIÓN

La confianza y la buena fe en los negocios no sólo puede verse quebrantada, cuando se ejecuten los actos típicos que atentan al Sistema Crediticio, cuando el agente alza sus bienes en el marco de un procedimiento concursal o ante aquella conducta que se encamina a obtener un provecho económico pactando en los créditos, intereses por encima a los permitidos por Ley (Usura), puesto que también es objeto de reproche jurídico-penal, aquel comportamiento que atenta contra la credibilidad de los títulos valores que se emplean para satisfacer las obligaciones crediticias y otras operaciones mercantiles, esto es, «el cheque» como medio de pago.

El auge del comercio y la industria, alcanzando magnitudes importantes, a comienzo del siglo XX, habiendo propiciado una incesante actividad económica entre los agentes, de alcance internacional en algunos casos, determinó la aparición de medios de pago ajenos a la moneda con curso legal, esto es, el dinero conteniendo diversos valores monetarios, por otros mecanismos de intercambio comercial y/o fiduciario, de forma concreta los «títulos valores». Los títulos valores constituyen intrínsecamente bienes muebles inmateriales, cuya acción cambiaria le permite a su titular, hacerse de un determinado patrimonio.

El documento –en cierta medida, el papel- que contiene o representa derechos patrimoniales (o sea créditos, valores en dinero o en mercancías) y que los prueba, reúne las características de título valorado, siempre que este destinado a la circulación y reúna los requisitos de ley, salvo el vale a la orden y el pagaré donde se establece claramente el origen de la obligación[102]. La nueva Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, dispone que los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza. Las cláusulas que restrinjan o limiten su circulación o el hecho de no haber circulado no afectan su calidad de título valor.

Los títulos valores, entonces, importan especiales mecanismos de pago, incorporando un valor patrimonial determinado, que pueden ser libremente comercializados, sea al portador o nominativas.

Ahora bien, la pregunta sería la siguiente ¿Cuál ha de ser el rol, o mejor dicho la función que ha de desempeñar el Derecho penal en el ámbito estricto del comercio y los negocios crediticios, sin que ello ha de significar una criminalización de relaciones en puridad propias del Derecho privado? Para poder contestar con corrección dicha interrogante, resulta fundamental,

---

(102) RAMÍREZ CRUZ, E.M^{a}.; *Tratado de Derechos Reales*, T. I, cit., p. 153.

identificar de forma previa el contenido material del injusto que ha de revelarse en el tipo penal de Libramientos Indebidos; pues ha de rechazarse en forma rayana, que el derecho punitivo se encuentre legitimado para reaccionar ante conductas que sólo advierten meras infracciones jurídico-civiles (obligaciones). El cheque es sólo un instrumento de pago, desde una concepción circunscrita al Derecho comercial, por lo que con ello no decimos todo, si es que queremos sustentar la justificación axiológica de la respuesta penal; en el sentido, de que este mecanismo de pago simboliza el medio por el cual se satisfacen determinadas prestaciones jurídico-civiles (contractuales); en tal virtud, el cheque debe reflejar el contenido patrimonial que el emisor (girador) hace constar en el título valor, a favor de una determinada persona. Con ello, toma lugar un estado de confianza, de buena fe, que el cheque pueda ser cobrado con toda seguridad por su beneficiarios; por tales motivos el interés a tutelar no puede adquirir una naturaleza en puridad «individual», sino colectiva, en cuanto a la fiabilidad del título valor como medio que asegura el Sistema de pagos en un orden económico, cuya funcionalidad debe ser salvaguardada, a fin de cautelar la confianza en el mismo.

Se afecta, dice Bustos, el sistema económico de pagos, que aparece como fundamental para el funcionamiento del sistema (ciertamente, mediante un cheque se puede engañar a otro, pero en este caso no tiene sentido crear un delito autónomo, bastaría con la estafa)[103]. Si la confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan, por consiguiente las considerables ventajas económicas que origina[104]. En efecto, nunca faltarán aquellos inescrupulosos, que aprovechándose de una deuda, hagan firmar a su deudor firmar un cheque, a sabiendas que al momento de su firma, no tienen fondos, para luego emplearlo como un medio de coacción.

En resumidas cuentas, el tipo penal en análisis, no puede ser entendido como medio de coacción efectivo, para que los acreedores puedan efectivizar el cobro de sus legítimas acreencias, por dos razones a saber: primero, porque los títulos valores, siempre que se cumplan con las formalidades de Ley, ostentan mérito ejecutivo, por el cual el acreedor puede obligar al deudor el pago de la obligación y, segundo, al resultar incompatible con la *ratio* de la intervención penal en un orden democrático de derecho, la tutela de bienes jurídicos, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*. De todas formas la incriminación de esta conducta, no se salva de objeciones en realidad fundadas, dada su delimitación no muy precisa con el mero incumplimiento jurídico-obligacional. Así, Bajo Fernández, al sostener que se ha dicho, con razón, que castigar al cheque sin fondos aún cuando no tenga la finalidad de pago de una obligación válidamente constituida entraña

(103) Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 330; Ver al respecto, Soler, S.; *Derecho penal argentino*, T. IV, cit., p. 445.

(104) Cuello Calón, E.; *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II, cit., p. 1006.

el peligro de volver a los tiempos de la prisión por deudas y convertir a la Ley penal en derecho de los usureros y medio ideal de chantaje. El usurero y el chantajista tienen hoy un medio lícito de consumar y agotar su pretensión exigiendo un cheque que les garantice el pago, no tanto, por el carácter ejecutivo del título como por la amenaza de la sanción criminal[105].

La reforma político criminal producida en la legislación penal española, producto de la dación del C.P. de 1995, trajo a colación la derogación de la figura del "cheque en descubierto", para dar cabida a una modalidad típica de estafa. A decir de GONZÁLES RUS, el Código ha prescindido del delito de cheque en descubierto, lo que no significa necesariamente que no se considere necesario proteger el valor abstracto de estos títulos, cuya importancia para el tráfico no necesita ser encarecida. La inclusión de este nuevo supuesto 3° de estafa cualificada viene, en realidad, a recuperar en cierta medida la función protectora, puesto que su fundamento se encuentra tanto en la mayor facilidad que la utilización de los mismos supone para la configuración del engaño bastante que precisa la estafa, que sin duda se ve avalado por la credibilidad inicial que rodea a este tipo de títulos, como en la necesidad de reforzar la solvencia de los mismos, dada su importancia para el tráfico jurídico y económico[106]. Conforme a ello, el cheque en este caso es un medio de configuración de la conducta fraudulenta, que toma lugar en el tipo penal de Estafa, exigiéndose, entonces, el engaño como elemento nuclear de dicho injusto, que lo rodea de legitimidad como delito que atenta el patrimonio de una persona. Así, la utilización instrumental de las figuras mercantiles para la realización de la estafa, por un lado facilita la ejecución del delito (pues la mera presencia de documentos mercantiles respalda la imagen de realidad o veracidad de la representación del estafador), pero otro repercute muy negativamente en la confianza social en aquéllas[107]. Lo dicho es un elemento interesante –a tomar en cuenta-, pues a nuestro entender, para que se pueda configurar el delito de Libramientos indebidos, se requiere (como lo exige la normatividad penal), que el agente sea titular de una cuenta corriente en una entidad bancaria; por ende, cuando éste gira un cheque –por una determinada suma dineraria-, a sabiendas de que ésta no existe o ha sido ya cancelada, no se daría el tipo penal –*in comento*-, al advertirse que dicho instrumento de pago está siendo empleado como una modalidad típica de engaño, de fraude, etc., incidiendo en la generación de un error en el sujeto pasivo, de manera que la conducción típica se desplaza al artículo 196° del CP, como una variante de Estafa.

---

(105) BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 535.

(106) GONZÁLEZ RUS, J.J.; *Delitos contra el Patrimonio (V)*, cit., p. 680; Vid., al respecto, VIVES ANTÓN, T.S./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico (VII)*, cit., p. 496; PÉREZ MANZANO, M.; *Las Defraudaciones (I). Las Estafas*, cit., p. 466.

(107) MESTRE DELGADO, E.; *Delitos contra el Patrimonio y el Orden Socioeconómico*, cit., p. 268.

En la legislación penal argentina acontece algo muy particular, pues el artículo 175°, sanciona al acreedor que a sabiendas exija o acepte de su deudor, a título de documento, crédito o garantía por una obligación no vencida, un cheque o giro de fecha posterior o en blanco; quiere decir esto, que no se tutela el título valor como medio de pago, en cuanto a su fiabilidad en el sistema, sino aquella situación por la cual el acreedor, estando en una posición de dominio sobre su deudor, exigiendo un cobro más allá de lo legalmente pactado. Se desnaturaliza el documento dejando de lado su carácter de instrumento de pago que legalmente posee para convertirlo ilegalmente en un instrumento de seguridad(108). Apareciendo las críticas, en cuanto al lugar que la norma ha sido situada, pues no se ve cuál es el perjuicio patrimonial que del hecho resulta, ni su similitud con las defraudaciones(109).

Por otro lado, no se entiende con claridad por qué otros títulos valores, que también son empleados como medio de pago, por ende, susceptibles de ser usados de forma fraudulenta, para hacerse de una ventaja económica, no fueron incluidos como objeto material de este supuesto de hecho, como la letra de cambio o el pagaré; parece ser que el legislador no actualizó esta figura delictiva conforme a la nueva visión normativa que tomó lugar en la legislación, que de forma específica regula estos mecanismos de pago.

En resumidas cuentas, resulta en realidad complicado defender la penalización de esta conducta, cuando la doctrina más reconocida, pone una serie de reparos, de diverso índole, que ponen en tela de juicio la necesidad de incriminación. El cheque, así como el resto de títulos valores constituyen medios de pago de especial relevancia en el mundo moderno, en óbice su funcionalidad en el mercado financiero y comercial, permitiendo la transferencia y traslación de valores, de un modo ágil y continuo a la vez. De forma tal, que las normas que se refunden en el sistema bancario y financiero, de la SBS, pueden perfectamente formular dispositivos legales que sancionen a todos aquellos que giren cheques sin fondo u otras formas de frustración de pago, que en dicha medida generan efectos disuasorios sobre estos agentes. De seguro una pena efectiva en estos casos no procederá, por lo que la intimidación que debe provocar la norma de sanción será mínima, en cambio el castigo económico que puede sufrir el autor, sí puede reportar beneficios en la prevención de estas conductas. Cuestión distinta es que los títulos valores como el cheque pueden ser utilizados como medios para la configuración del delito de Estafa, que de cierta forma son descartados, cuando el agente emplea el cheque para su materialización, en aplicación del principio de especialidad.

A decir de Peña Cabrera, la protección penal no debe incidir en abuso, evitando el restablecimiento de la prisión por deudas, proscrito por nuestra

(108) Creus, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* T. I, cit., p. 561.

(109) Fontán Balestra, C.; *Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 551.

carta política (art. 2, inc. 24, parágrafo "c"), y evitar asimismo, el estímulo a la usura, verdadero lastre de la economía[110]. Siendo así, no queda más que dar una perspectiva de *lege ferenda*, abonando por la derogación de este tipo penal, con arreglo al principio de mínima intervención, pero a su vez, partiendo de la idea que la utilización de otros medios de control social puede ofrecer una respuesta adecuada, a fin de poner freno a este tipo de comportamientos. La permanencia de esta tipicidad penal puede constituirse en fuente permanente de actos socialmente intolerables, que anclan en el campo del chantaje y la extorsión.

2. BIEN JURÍDICO

El legislador ubicó la figura del Libramiento y Cobro Indebido, en la capitulación de aquellos delitos que atentan contra la «Confianza y la buena fe en los negocios», descartándose por tanto, que sea el patrimonio el objeto de tutela. Debemos cotejar, entonces la nomenclatura mencionada, con las conductas que se persiguen criminalizar, de acuerdo al ámbito de protección de la norma, lo cual nos conduce a la afirmación de que el bien jurídico es el Sistema de pagos en el mercado económico[111], que toma lugar con el empleo específico del cheque como título valor, afectándose la confiabilidad de los agentes hacia dicho mecanismo de valor.

Conforme a lo expuesto, se advierte una sobreprotección injustificada, hacia los medios de pago, a través del Derecho penal, incidiendo en zonas de penalización, que abarcan planos pertenecientes al Derecho privado.

Si se pretende una mayor protección en la seguridad del cheque –como medio de pago-, apunta otro sector, la seguridad del tráfico mercantil sería el bien jurídico protegido; anotándose también que el caso de la abstención en el ejercicio de la acción penal, que toma lugar en nuestro derecho positivo vigente, importaría el reconocimiento del patrimonio individual[112]. Lo cual es discutible, al tomar en cuenta la naturaleza del bien jurídico tutelado, de acuerdo a nuestra regulación punitiva, lo que se privilegia son ciertos motivos que hacen decaer la necesidad y el merecimiento de pena, dando lugar a una Excusa Absolutoria, que a mi entender pasa por racionalizar el castigo, dejando de lado la pena, cuando se valora positivamente la conducta del agente, de que el acreedor no vea frustrada su expectativa de pago, al margen de que dicho reconocimiento sea de dudoso convencer dogmático. El interés jurídico –penalmente tutelado-, sería el patrimonio individual, en

(110) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 794.

(111) Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 331.

(112) Cfr., Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 537.

el caso de que cheque sea un medio utilizado para la configuración de la Estafa.

Sin embargo, en la doctrina nacional, se afirma que con este delito no se protege la confianza en el cheque como orden incondicional de pago a la vista, como instrumento sustitutivo del dinero, sino el patrimonio del girado[113]. Si es el patrimonio del supuesto beneficiario, habríamos que exigir los elementos constitutivos que se contienen en el tipo penal de Estafa, en lo que respecta al engaño y el error, mas estos no están presentes en el injusto penal *in examine*, en donde que duda cabe, que la entrega de un cheque sin fondos sea constitutivo del artículo 196° del C.P.. La problemática reside en la ubicación de este delito, fuera del ámbito de los delitos estrictamente patrimoniales. No obstante hemos de reconocer que el patrimonio del beneficiario es subsidiariamente protegido, sino no se explica por qué queda exento de pena la conducta cuando el agente abona el monto total del cheque, como se desprende del último párrafo del artículo 215° del C.P..

3. EL «CHEQUE» COMO MEDIO DE PAGO

Como se ha dicho antes, el cheque es un título valor, cuya acción cambiaria permite a su beneficiario, obtener una determinada suma de dinero; entonces su definición requiere de una remisión a los conceptos que se esgrimen en el Derecho comercial.

El cheque es, pues una orden escrita e incondicional, rodeada de determinadas formalidades, dirigida a un banco, en el cual la persona que lo emite tiene fondos depositados a su orden o crédito a su favor, a fin de que se pague al portador o persona indicada en el título, una determinada cantidad de dinero[114]; por tanto, el cheque contiene una orden de pago, pues el librador ordena al banco para una determinada suma de dinero al beneficiario; en tal sentido, la entidad bancaria deberá cumplir dicha manifestación de voluntad, en mérito al contrato de cuenta corriente que la obliga a ello, lo que genera un débito en el importe de la cuenta del librador.

El artículo 172.1 de la Ley N° 27287 – nueva Ley de Títulos Valores, dispone que los Cheques sean emitidos sólo a cargo de bancos. Para los fines de la presente Sección Cuarta, dentro del término bancos están incluidas todas las empresas del Sistema Financiero Nacional autorizadas por la ley de la materia a mantener cuentas corrientes con giro de Cheques; mientras que el inc. 2) del articulado, establece que los Cheques se emitirán en formularios impresos, desglosables de talonarios numerados en serie o con claves u otros signos de identificación y seguridad.

(113) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 800.

(114) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 784.

En la Ley N° 27287, se han glosado una variedad de Cheques (especiales): el Cheque Cruzado, el Cheque para abono en cuenta, el Cheque intransferible, el Cheque certificado, el Cheque de gerencia, el Cheque giro, el Cheque garantizado, el Cheque de viajero, el Cheque de pago diferido; cada uno con sus propias particularidades, conforme se aprecia en la normatividad en cuestión.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

4.1. Sujeto activo

Sólo puede serlo el librador (emisor) del cheque o titular de la cuenta corriente, según lo dispuesto en la Ley N° 27287; mas, es de verse que en el marco regulador del cheque se hace mención a la persona del «tenedor», cuando el título valor es dirigido al portador, por lo que éste a su vez lo puede trasladar a una tercera persona.

Sujeto activo, entonces, es este delito es el que gira (libra o emite) un cheque, más estrictamente: el que lo llena y firma en las condiciones establecidas por la ley; no es quien lo entrega físicamente o lo da en pago –en este último caso se configura el delito, siempre que el agente tenga conocimiento de la falta de fondos[115]; así, cuando en el artículo 204.1 de la Ley N° 27287, se establece que el Cheque emitido a favor de una persona determinada es transferible mediante endoso, tenga o no la cláusula "a la orden", con las excepciones de algunos Cheques especiales[116].

En el caso de que el emisor sea una persona jurídica, la imputación delictiva ha de dirigirse sobre los órganos de representación, con arreglo la fórmula normativa del «actuar en nombre de otro», que ha sido objeto de un examen más profundo, en el estudio de otras tipificaciones penales.

Por lo general la emisión de cheques en ciertas empresas requieren de que sean firmadas por más de una persona, dependiendo de las funciones que ejerzan en el seno de la *societas*; de tal manera, que podremos observar una coautoría, siempre que haya de identificarse los elementos intrínsecos a esta variante de delincuencia, en lo que respecta al co-dominio del hecho y que en todos concurra el dolo. Si uno de ellos instrumentaliza al otro, sabiendo que no existen fondos en la cuenta corriente, para que éste último lo firme, podremos hablar de una autoría mediata.

---

(115) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 803.

(116) El artículo 190.1 (*in fine*), dispone que el Cheque emitido con la cláusula "intransferible", "no negociable", "no a la orden" u otra equivalente, sólo puede ser pagado a la persona en cuyo favor se emitió.

Vayamos a ver si el emisor puede ser considerado autor, cuando le emite a su favor, del propio girador, de acuerdo a la naturaleza del bien jurídico definido por nuestra parte, cabría afirmar la tipicidad.

4.2. Sujeto pasivo

Es el beneficiario o titular, a cuyo favor se emite el cheque, quien se dirigirá al banco para cobrar el importe señalado en el título valor; cuando se trata de un cheque emitido al portador, agraviado será el tenedor y/o poseedor.

Víctima puede serlo tanto una persona natural como una persona jurídica; pero no se podrá presentar una pluralidad de personas jurídicas como beneficiaras.

No podrá ser considerado sujeto pasivo, quien pretende cobrar el importe del cheque, haciéndose pasar por el verdadero beneficiario o se hace tenedor por cualquier vía ilícita.

4.3. Modalidad típica

La materialización de la figura delictiva en cuestión, puede configurarse a partir de las siguientes hipótesis, que se han contemplado en el artículo 215°, cuyos alcances de tipicidad deben ser cotejados con la nueva Ley de Títulos Valores, configurando tipos penales en blanco, pues es necesario remitirnos a una norma extra-penal a fin de complementar la materia de prohibición penal.

4.3.1. Cuando gire sin tener provisión de fondos suficientes o autorización para sobregirar la cuenta corriente

Requisito *sine qua non* para que se pueda emitir legalmente un cheque, es que el emisor cuente con fondos disponibles en la cuenta corriente de una entidad bancaria determinada; por lo que se infiere, que el emisor, previamente debe haber abierto una cuenta de esta naturaleza, proveyéndola de fondos suficientes. Así, lo expresa el artículo 173° de la Ley de Títulos Valores, al señalar que para emitir un Cheque, el emitente debe contar con fondos a su disposición en la cuenta corriente correspondiente, suficientes para su pago, ya sea por depósito constituido en ella o tener autorización del banco para sobregirar la indicada cuenta. Sin embargo, la inobservancia de estas prescripciones no afecta la validez del título como Cheque, esto quiere decir, su naturaleza ejecutiva a favor del beneficiario; pero cuestión distinta es la responsabilidad penal que puede tomar lugar en este caso.

El verbo girar lo podemos definir como el traslado de fondos de propiedad del librador o girador del patrimonio del beneficiario por medio de una orden escrita a cargo de una entidad bancaria, que es siempre el girado o librado[117].

De lo expuesto se colige, que el autor de esta infracción delictiva, debe contar previamente con una cuenta corriente, que por diversos motivos, al momento de girar el cheque a favor del beneficiario, debe estar desprovisto de fondos[118], es decir, no al momento en que pretenda cobrarlo el sujeto pasivo; pues si el beneficiario no lo cobra en su momento oportuno y, en mérito de que terceros cobren otros importes, teniendo a la misma cuenta corriente del titular como la generadora del débito, no implica responsabilidad del emisor, sino de la persona que no la hizo efectivo conforme a la fecha consignada en el título valor para su cobro.

Resulta importante anotar que en la hipótesis del denominado «Cheque de pago diferido», que según lo previsto en el artículo 199° de la Ley N° 27287, constituye una orden de pago, emitido a cargo de un banco, bajo condición para su pago, de que transcurra el plazo señalado en el mismo título, el que no podrá ser mayor a 30 (treinta) días desde su emisión, fecha en la que el emitente deberá tener fondos suficientes conforme a lo señalado en el artículo 173°, concordante con el artículo 206°.1 (*in fine*). Todo plazo mayor se reduce a éste. Conforme a lo descrito puede emitirse un cheque con pago diferido, con un plazo perentorio de treinta días, por ende, la relevancia típica queda condicionada a que al momento de caducar dicho plazo, el cheque no cuente con la provisión suficiente que ha de ser contrastada al momento de su cobro.

Se pregunta un sector de la doctrina, ¿Qué sucede cuando al girarse el cheque se tenga suficiente provisión de fondos, pero momentos después se retiran, de manera que se frustra el pago del cheque[119]? A nuestro entender no se daría la modalidad delictiva en análisis, pues al momento de la emisión del cheque, el titular de la cuenta corriente sí contaba con fondos suficientes; empero, esta conducta la podemos encajarla perfectamente en el inciso 3) del articulado, pues el agente sabe con exactitud que al momento de ser cobrado el cheque, su cuenta corriente estará desprovista de fondos suficientes.

En la hipótesis contraria, cuando quien gira el cheque no cuenta con fondos al momento de su emisión, pero luego provee su cuenta corriente del dinero necesario, de tal forma que el beneficiario logra cobrar el importe en él

(117) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 805.

(118) Así, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 333.

(119) Cfr., Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., ps. 806-807.

contenido, ya se habrá configurado la tipicidad, tanto subjetiva como objetiva así como la antijuridicidad penal, dando a un análisis negativo, en cuanto al merecimiento y necesidad de pena.

Punto importante a saber es que el agente debe saber con exactitud de que el cheque, al momento de ser girado, no cuenta con fondos suficientes para su cobro efectivo; si por obra de una evidente indiligencia o por factores ajenos a su esfera de organización, v.g., r., no le llega sus estados de cuenta a tiempo, que el banco estaba en la obligación de remitirle, no llega a proveer de dinero suficiente a la misma, no se dará la tipicidad subjetiva que resulta indispensable para que se materialice esta hipótesis delictiva. Ni la imprudencia ni la impericia del agente, pueden desencadenar una reacción punitiva, en el marco de los Libramientos indebidos; por ende, el dolo debe de abarcar el estado desprovisto de fondos que ha de presentar la cuenta corriente del autor.

Puede configurarse también esta modalidad del injusto, cuando el agente gira un cheque, sin estar autorizado para sobregirarse. Constituye una práctica bancaria usual, que las entidades del sistema, permitan a ciertos clientes disponer de fondos, más allá de su cobertura real. Importante en el mundo de los negocios, permitiendo la traslación incesante de capitales entre los agentes, facultad que no obedece a una voluntad unilateral del cuenta correntista, sino previamente, éste debe estar autorizado por la entidad autoritativa; para ello deben existir ciertos mecanismos que permitan al titular de la cuenta saber cuándo puede sobregirarse, en la medida que si éste contaba con dicha facultad, puesto que el agente bancario, le dio una información equivocada, no estaríamos ante la figura delictiva en estudio, al exigirse que el dolo (elemento cognitivo) del autor cubra la situación que se contempla en esta modalidad: «girar el cheque pese a saber, que no se encuentra autorizado para sobregirarse».

En lo que respecta al ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ministerio Público, será importante que el Fiscal a nivel de las Investigaciones Preliminares, proceda a oficiar a la entidad bancaria respectiva, a fin de que le remita el estado de la cuenta corriente del imputado, al momento en que se emitió el Cheque, lo cual resulta fundamental para determinar la relevancia jurídico-penal de la conductas y así promover la persecución penal con arreglo al principio de legalidad.

El estado consumativo ha de fijarse cuando el agente emite el cheque y se lo entrega al beneficiario, cuando ingresa al tráfico jurídico; en el momento del cobro la conducta típica se encuentra ya agotada, su pago *a posteriori* ha sido valorado como una Excusa Absolutoria, de acuerdo a lo contemplado en el último párrafo del artículo 215°.

4.3.2. Cuando frustre maliciosamente por cualquier medio su pago

Presupuesto esencial para que pueda materializarse esta hipótesis delictiva, es que el cheque al momento de su emisión haya estado provisto de fondos suficientes, sino fuese así, se daría la modalidad del injusto -antes analizada-; a lo cual debe añadirse una conducta posterior del emisor (agente), destinada a evitar que el beneficiario pueda hacer efectivo el pago del cheque cuando se acerque a la ventanilla del banco autorizado. Se requiere, entonces, la realización de un comportamiento entorpecedor del autor, que de forma idónea logre impedir el pago del título valor.

¿Cómo puede darse esta modalidad? Cuando el titular de la cuenta la bloquea o da ordenes expresas a la entidad bancaria, de que no pagar los cheques emitidos desde una determinada fecha; por tales motivos la consumación ha de advertirse cuando los actos positivos que ejecuta el autor logran su propósito: frustrar que el cheque opere como medio de pago.

La otra posibilidad sería que el emisor, luego de emitir el cheque, antes de que se produzca el cobro, retire el dinero de la cuenta, a fin de que éste no pueda ser efectivizado en su oportunidad, tal como lo sostuvimos en líneas anteriores. No se dará el delito en cuestión si el retiro de los fondos, no impide que el Banco permita el cobro del cheque.

Si el autor causó su propia muerte y/o incapacidad para frustrar el pago del título valor, no producen efectos algunos en relación al cheque, siempre y cuando acontezcan dichas circunstancias después de su emisión, con arreglo al artículo 209°.1 de la Ley N° 27287, al margen que la primera de ellas importe la extinción de la acción penal. La conclusión del contrato de cuenta corriente que opera con giro de Cheques por quiebra, interdicción o muerte del emitente, sólo ocurrirá después de transcurrido sesenta días calendario, contados desde la fecha de ocurrencia de tales hechos debidamente comunicados al banco girado; quiere decir, que los cheques que hayan sido emitidos, inclusive en el periodo que se hace alusión en la norma, no son afectados en cuanto a su pago.

También puede incurrirse en esta modalidad del injusto, en el caso de que el agente solicite la suspensión del pago (del cheque) a la empresa o banco girado. El artículo 208.2 de la Ley de Títulos Valores, establece que *en un plazo de treinta días, luego de emitido el cheque, el emitente o el beneficiario o, de ser el caso, el último endosatario o tenedor legítimo del Cheque, podrán solicitar la suspensión de su pago a la empresa o al banco girado, por escrito, que tendrá carácter de declaración jurada, conforme al Artículo 107º*[120]*, indicando su causa que sólo podrá ser una de las señaladas en el*

(120) Suspensión extrajudicial del pago.

Artículo 102°[121], *bajo condición de interponer demanda judicial de ineficacia respectiva, por la misma causal señalada en dicha solicitud. Esta suspensión caduca conforme al Artículo 98°*[122]. Por su parte el artículo 208.3 (*in fine*), prescribe que *la suspensión solicitada según el párrafo anterior que resulte ser por causa falsa conlleva además responsabilidad penal, según la ley de la materia.*

De acuerdo a las prescripciones legales anotadas, podrá verificarse la figura en cuestión, cuando el agente solicita la suspensión del pago, sin que concurran algunas de las causales glosadas en el artículo 102° de la Ley N° 27287, falseando su concurrencia en la declaración jurada que presenta ante la entidad pertinente, con el propósito de frustrar el pago de un cheque emitido a un determinado beneficiario.

Si estamos hablando de una frustración maliciosa, se requiere del dolo del agente, de dirigir su conducta al resultado que recoge como desvalor la norma, sin necesidad de que se acredite la presencia de un ánimo de naturaleza trascendente.

4.3.3. Cuando gire a sabiendas que al tiempo de su presentación no podrá ser pagado legalmente

Esta modalidad del injusto de Libramientos Indebidos debemos diferenciarla de la hipótesis que se hace referencia en el inc. 1), en el sentido, de que para poder configurarse la primera de las mencionadas, al momento de su emisión, el cheque sí cuenta con provisión de fondos suficientes, mas el emisor ejecuta una acción, que no puede ser ni la suspensión ni la revocación del título valor como medio de pago[123], dejando desprovisto de fondos la cuenta corriente, con ello frustra su cobro.

Podremos apreciar esta variante criminosa, cuando el agente, habiendo emitido con provisión de fondos suficientes –para ser pagado-, con fecha posterior, retira el dinero y con ello, frustra que el cobro se haga efectivo, comentario que ha de colegirse con lo expuesto en el inc. 1).

El artículo 209°.3 de la Ley N° 27287, establece que la declaratoria de insolvencia en proceso concursal del emitente, debidamente comunicada al banco girado, causa la revocación de los Cheques que hubiera emitido hasta la fecha de publicación de dicha declaratoria, aunque el plazo para la

(121) Deterioro total, extravío y sustracción del título valor, dando lugar a quien se considere con legítimo derecho sobre el título valor, solicite al Juez que se declare la ineficacia del título respectivo.

(122) Caducidad del derecho de suspensión de pago.

(123) De ser así, estaríamos ante las figuras contempladas en los incisos 2) o 4) del articulado.

presentación al pago del Cheque no haya vencido[124]. Bajo este supuesto, el agente, que puede ser una persona natural o jurídica (imputable a los órganos de representación), que a sabiendas de estar incursos en un procedimiento de Reestructuración Patrimonial u otro de naturaleza concursal, giren un cheque, conociendo que éste no podrá ser pagado, tenga o no suficiente provisión de fondos, estará cometiendo la figura *in exámine*.

Así también cuando el emitente gira un cheque, no obstante que el contrato de cuenta corriente ha sido concluido, siempre y cuando hayan transcurrido los sesenta días calendario, desde la fecha de ocurrencia de tales hechos, debidamente comunicados al banco girado; esto es, cuando el título valor ya no puede ser utilizado como medio de pago, de conformidad con el artículo 209.2 (*in fine*). El agente debe saber que esta girando un cheque, no obstante que su contrato de cuenta corriente ha concluido.

Esta modalidad del injusto se perfecciona al momento en que el agente gira el cheque y se lo entrega al beneficiario, conociendo que existen ciertos impedimento legales que impedirán el cobro; como se dijo estas circunstancias, por lo general, aparecen antes de que el autor emite el título valor.

4.3.4. Cuando revoque el cheque durante su plazo legal de presentación a cobro, por causa falsa

Esta modalidad pudo el legislador sin ningún problema refundirla en el inc. 2), en mérito a su similar naturaleza, en el sentido de que la «revocación» de la voluntad emitida en el título valor (cheque), supone también su frustración como medio de pago.

Del mismo modo que en la hipótesis precedente, el autor debe contar con la suficiente provisión de fondos para que el cheque pueda ser cobrado por su beneficiario, tomando lugar una actitud sobreviniente del girador, quien revoca su voluntad anterior, impidiendo, por tanto, que el título valor pueda ser efectivizado por el sujeto pasivo. Sin duda, para que podamos hablar de un comportamiento de relevancia penal, ha de advertirse una conducta intencionalmente dirigida a evitar que se pueda concretar el cobro del título valor, con ello las legítimas expectativas del girado.

Según lo previsto en el artículo 208°.1 de la Ley N° 27287, la orden de pago contenida en el Cheque sólo puede ser revocada por el emitente, cuando haya vencido el respectivo plazo para la presentación que fija el Artículo 207°, salvo mandato judicial, esto es de treinta días, desde que el título valor fue emitido, a excepción de resolución jurisdiccional autoritativa.

---

(124) Vid., al respecto, Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 815.

Si en el presente caso no han de concurrir la causales previstas para que proceda la suspensión del pago del cheque, queda únicamente condicionar la relevancia jurídico-penal de la conducta, a que el emisor (sujeto activo) revoque la orden de pago contenida en el título valor antes de los treinta días que se hace alusión en el artículo 207°.1 de la Ley de Títulos Valores; lo que de cierta forma permite inferir una maniobra dolosa, dirigida a neutralizar al cheque como medio de pago, en perjuicio del beneficiario. Empero no nos resulta suficiente dicho dato, para poder revestir de materialidad a este injusto típico, de modo que nos inclinamos por una solución basada en criterios de interpretación sistemática, conviniéndose que las causales para la suspensión del pago pueden ser tomadas también en cuenta para la «Revocación» del título valor.

Dicho lo anterior, podemos adecuar el criterio esgrimido a la descripción literal que ha de recogerse del inc. 4) del artículo 215°.

Esta modalidad sólo es sancionable a título de dolo, puesto que el agente sabe perfectamente que la revocatoria del pago del cheque, sólo resulta factible, cuando concurren las causales previstas en el artículo 102° de la Ley N° 27287, incidiendo en una conducta defraudatoria, al pretender acogerse a dichas circunstancias, conociendo perfectamente que ninguna de ellas se ajusta a su caso.

Tanto en esta variante delictiva, como la contenida en el inc. 2), pueden entrar en concurso ideal con el tipo penal de Falsedad material previsto en el artículo 427° del C.P.

El delito en cuestión adquiere perfección delictiva, cuando el agente exterioriza su voluntad al Banco de que no se pague el cheque, requiriéndose que la revocación reciba una respuesta positiva por parte de la entidad bancaria.

4.3.5. Cuando utilice cualquier medio para suplantar al beneficiario o al endosatario, sea en su identidad o firmas; o modifique sus cláusulas, líneas de cruzamiento, o cualquier otro requisito formal del Cheque

La dación de la nueva Ley de Títulos Valores ha propiciado que el legislador deba ampliar de forma significativa las diversas modalidades, por las cuales se puede frustrar la calidad del cheque como medio de pago. El comportamiento que se ha recogido en el inc. 5), implica la exteriorización propia de una falsedad, en el sentido de que el autor se hace pasar por el verdadero beneficiario del título valor, haciéndose pasar por aquél; para tales efectos se seguro que hará uso de documentos apócrifos, falsificando el DNI del titular de la cuenta corriente o, en utilizando el documento verdadero, se presente como tal, aprovechando su parecido físico. Suplantación que puede tomar

lugar, tanto en la identidad del emitente del endosatario o en lo que respecta las firmas que se consignan en el cheque, pues puede que el agente haya tomado el cheque que iba ser girado a un tercero y, en ese mismo acto, consigna la firma, como si fuese su titular, a fin de poder cobrarlo.

El artículo 184° de la Ley N° 27287, regula el denominado «Cheque cruzado», señalándose en el artículo 184°.2, que el cruzamiento se efectúa mediante dos líneas paralelas trazadas en el anverso del título. Puede ser general o especial. Es general si no contiene entre las líneas designación alguna, o constare sólo la mención "banco", una denominación equivalente. Es especial si entre las líneas se escribe el nombre de un banco determinado. Entonces, la modificación de estas líneas, que permitan al agente utilizar el cheque como medio de pago.

En las cláusulas del cheque se puede hacer constar que el beneficiario puede ser el mismo emitente, mediante la cláusula "a mí mismo" o, también cuando se emite a la orden de persona determinada, con la mención "al portador". Ambas cláusulas pueden ser variadas por el agente, a fin de que se vea beneficiada con el cobro del cheque, el mismo o un tercero[125].

Los requisitos formales del cheque se encuentran comprendidos en el artículo 174° de la Ley N° 27287, v.gr., el número o código de identificación que le corresponde, la indicación del lugar y de la fecha de su emisión, la orden pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, expresada ya sea en números, o en letras, o de ambas formas, etc. La modificación (alteración), de cualesquiera de estos elementos supondrá la adecuación a los alcances normativos de este inciso, siempre y cuando dicho aspecto resulte fundamental para la materialización del cheque como medio de pago, con las salvedades que se hacen mención en el artículo 175° (*in fine*).

Las formas que adquiere el injusto, por lo general conllevará la presencia de un concurso ideal de delitos, ora el delito de Falsedad material ora el delito de Falsedad Genérica.

No se podrá afirmar la tipicidad, cuando el agente elabora un talonario de una cuenta corriente (cheque), es decir, "falsario", bajo la titularidad de cualquier persona, logrando cobrar una suma de dinero. Ello es así, por la sencilla razón de que la realización típica del Libramiento indebido está sujeta a una condición indispensable: la existencia real de una cuenta corriente que da derecho a su titular girar cheques (esté o no provisto de fondos); por consiguiente la prescindencia de dicho elemento desplaza la valoración de tipicidad, al tipo penal de Estafa en concurso con Falsedad material.

(125) La Sección Tercera del Título IV de la Ley, regula de forma específica las denominadas «Cláusulas especiales de los títulos valores», artículo 48° y ss.

El dolo del agente debe cubrir todos los elementos constitutivos, cuya facticidad debe estará cubierta por su elemento cognitivo; debe saber que esta suplantando al beneficiario o al endosatario, al momento de materializar el cobro del título valor.

4.3.6. Cuando lo endose a sabiendas que no tiene provisión de fondos

Se sostuvo que el cheque como cualquier título valor de acción cambiaria, puede ser transferido de una persona a otra, a fin de garantizar la circulación del dinero en el mercado.

El endoso –(...)- es una declaración de voluntad unilateral, abstracta, autónoma, típica y formal por la cual el endosante ordena el deudor que cumpla con la prestación a favor del endosatario, permitiendo de esta forma la circulación del título[126].

El endoso, por tanto es la forma de transmisión de los títulos valores a la orden y debe constar en el reverso del título respectivo o en hora adherida a él y reunir los siguientes requisitos: nombre del endosatario, clase del endoso, fecha del endoso y nombre, número del documento oficial de identidad y firma del endosante. Si se omite el nombre del endosatario, se entenderá que se trata de un endoso en blanco[127], de conformidad con lo previsto en los incisos 1 y 2 del artículo 34° de la Ley N° 27287.

En resumidas cuentas, para que pueda configurarse esta infracción delictiva, se requiere que el autor al momento de endosar (transmitir), la orden a pagar del cheque, lo haga a sabiendas que no tiene provisión de fondos. La persona que a su nombre se le endosa el cheque es una persona ajena al beneficiario original. Con la transferencia del cheque se trasladan los derechos incorporados en el título del endosante a un nuevo tenedor[128].

Si quien lo endosa al endosatario, lo ha recibido de otro (emitente), no conociendo de la falta de fondos suficientes para que el título valor sea cobrado, por falta de dolo, será eximido de pena, siempre que el error sea de naturaleza invencible; no obstante el emitente estará de todos modos incurso en el inc. 1) del artículo 215°.

Esta modalidad del injusto sólo resulta reprimible a título de dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente debe dirigir su conducta,

---

(126) Solís Espinoza; Citado por Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 817.

(127) En el endoso en blanco, cualquier tenedor podrá llenarlo con su nombre o con el de un tercero, o transmitir el título valor por tradición sin llenar el endoso.

(128) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 817.

sabiendo que está endosando un cheque que se encuentra desprovisto de los fondos suficientes para su cobro.

La consumación de este injusto se produce en el momento en que el agente endosa el cheque y el título valor es entregado al beneficiario para su cobro.

- **En los casos de los incisos 1) y 6) se requiere del protesto o de la constancia expresa puesta por el banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago**

Los títulos valores que se comprenden en la Ley N° 27287, se encuentran afectos al protesto, como presupuesto fundamental, para el ejercicio de la acción cambiaria; en este caso la letra de cambio, el cheque, el pagaré, la factura conformada, el cheque, etc., importa a nuestro entender, un proceder típicamente formal, en virtud del cual el tenedor del título valor adquiere la certificación de que éste no ha sido pagado.

El protesto, como se verá, está sometido a plazos, que ha de cumplir el tenedor del título de forma imperativa, de no ser así simplemente se pierde la naturaleza cambiaria del título. Procedimiento que toma lugar cuando el tenedor (beneficiario) entrega el título al fedatario y, éste último realice la diligencia del protesto.

Los incisos 1) y 2) del artículo 70° de la Ley N° 27287, establecen respectivamente lo siguiente: "*Salvo disposición distinta de la presente Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones que representa el título valor, debe dejarse constancia de ello mediante el protesto o, en su caso, debe observarse la formalidad sustitutoria que se establece, la que surtirá los mismos efectos del protesto*"; "*En los títulos valores sujetos a protesto, el protesto o formalidad sustitutoria que deben ser obtenidos dentro de los plazos previstos al efecto constituye formalidad necesaria para el ejercicio de las acciones cambiarias respectivas*".

Los plazos para presentar el protesto, tratándose del cheque, el plazo es el mismo que el de su presentación para su pago, es decir, dentro de los treinta días siguientes de su emisión, tal como se desprende del inc. e) del artículo 72° (*in fine*).

Efectuada la diligencia del protesto, que será realizada, mediante notificación dirigida al obligado por el notario o sus secretarios o por el Juez de Paz del distrito correspondiente al lugar de pago, notificación que deberá ser cursada por el Fedatario, en aplicación de lo establecido en los artículos 74°, 77° y 78° (constancia de protesto); podrá el tenedor (beneficiario), denunciar penalmente el hecho ante la instancia estatal competente (Ministerio Público), sólo en los caso de las modalidades delictivas contenidas en los inciso 1) y 6). Resulta fundamental que el supuesto agraviado acredite que el título

valor no ha podido ser cobrado, por ende la constancia expresa puesta por el Banco girado en el mismo documento, señalando el motivo de la falta de pago, es un requisito de ineludible cumplimiento, para que no se inicien investigaciones sin revelar indicios de criminalidad.

Podemos decir, entonces, que la previsión contenida en este párrafo se constituye en una verdadera «condición objetiva de perseguibilidad», en tanto su cumplimiento es de naturaleza obligatoria, condicionando la validez del ejercicio de la acción penal, que ha de satisfacer previamente el presunto agraviado de la conducta criminal, condición que se encuentra desarrollado en una norma extra-penal (la Ley de Títulos Valores).

- **Con excepción del incisos 4) y 5), no procederá la acción penal, si el agente abona el monto total del Cheque dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador**

La pena en un orden democrático de derecho se encuentra sometida a un doble baremo saber: primero, que el presunto autor haya generado con su proceder conductivo una lesión y/o aptitud de daño para un bien jurídico –penalmente tutelado–, siempre que haya sobrepasado con ello el riesgo jurídicamente desaprobado y, segundo que la atribución de dicho comportamiento dañoso, sea objeto de vinculación anímica, que ha de corresponderse con el tipo subjetivo, que contiene el dolo y la culpa (preterintencionalidad). A dichos factores debemos sumar, un elemento negativo de valoración, que la causación de los efectos perjudiciales no haya sido provocado a fin de cautelar un interés jurídico superior; la presencia de los preceptos permisivos que dan lugar a las causas de justificación impiden la acreditación del injusto penal, por ende, la conducta no puede ser punible.

Dicho lo anterior, debemos penetrar en la esfera estrictamente individual del autor, a un juicio de imputación individual, a quien se le pretende hacer responsable del evento perjudicial, para tales efectos, debemos comprobar si este sujeto, conforme su esfera de organización individual, contaba con las capacidades psico-motrices idóneas, para poder responder positivamente al mandato y/o prohibición contenido en la norma penal. Con ello toma lugar, la motivación normativa que ha de negarse en ciertos individuos, a quien la Ley penal los ha declarado como «inimputables»; ante estas personas, las penas, que persiguen esencialmente fines preventivo-generales, tiene una capacidad nula de rendimiento, por tales motivos la respuesta monologa del Estado se traduce en las denominadas «Medidas de Seguridad», que se orientan básicamente bajo los fines preventivo-especiales de la sanción punitiva. Se dice, por tanto, que mientras la pena requiere como presupuesto fundamental la «culpabilidad del agente», las medidas de seguridad

toman como factor previo la «peligrosidad del autor». Empero, ambas reacciones jurídico-penales deben ajustarse a un principio de ineludible cumplimiento: de «legalidad material» - *nullum crimen sine lege praevia*. No puede imponerse una pena ni una medida de seguridad, si no se ha verificado de forma anterior, que el agente ha cometido una acción y/o omisión que pueda ser ajustada a los alcances normativos de algún tipo penal al momento de su perpetración (*tempus comissi delicti*).

En resumidas cuentas nuestra sistema de punición se ajusta a la idea del «Sistema Vicarial», dado que según lo dispuesto en el artículo 77° del C.P., cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena; (...) sin perjuicio de que el juzgador pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración ateniendo al éxito del tratamiento. Muy a pesar de que el legislador siga empleando términos como la «peligrosidad» que se corresponden con la doctrina del Positivismo que impregnó de forma sustantiva el *Corpus* punitivo derogado, afirmamos con corrección que el C.P. de 1991 elevó como categoría fundamental el «principio de culpabilidad» que se adecua plenamente a un «Derecho penal del acto», consustancial a un Estado Social y Democrático de Derecho.

No obstante lo acotado, aún no hemos dicho todo, en la medida que al injusto y a la culpabilidad, en ciertas circunstancias debemos valorar también ciertos estados excepcionales por los cuales un individuo lesiona un bien jurídico fundamental, denominado como «Estados de inexigibilidad» (necesidad disculpante y miedo insuperable), comprendidos en la idea de la responsabilidad penal y no en la culpabilidad en sentido estricto (imputabilidad), cuya concurrencia puede determinar la prescindencia de pena, por motivos de orden material (motivación normativa) conjugados con los factores preventivos de la pena –tanto especial como general–, que decaen de forma significativa, por lo que muy a pesar, de haber cometido el autor un injusto penal culpable, se le exime de sanción en vista de no haber procedido conforme a un estado normal de motivación.

Renglón seguido hemos de advertir un cuarto elemento, que hemos de llamar «Punibilidad», que responde a ciertos criterios de orden político criminal que el legislador incluye en ciertas figuras legales, para determinar el merecimiento y la necesidad de pena. Cuestiones de orden material del injusto, para cualificarlo como tal, requiere, de que el autor en su proceder delictivo haya también realizado dichas condiciones, cuya ausencia imposibilita al Estado materializar la reacción punitiva. Causas éstas o dígase factores de punición que operan en "positivo", mas existen otras circunstancias, cuya advertencia en el caso concreto, determinan la exención de pena, fundamentado también en razones de política criminal, puesto que la sanción penal no puede significar en la práctica el avasallamiento de ciertas políticas jurídicas, que en algunas oportunidades resultarán pre-

ponderantes a la potestad penal estatal. Nos referimos a las denominadas «Excusas Absolutorias», que han sido objeto ya de análisis en el artículo 208°, que como se dijo responden a criterios de política familiar (social), que hace que ciertos injustos no sean alcanzados por una pena, al margen de la pretensión indemnizatoria.

Ahora bien, vayamos a ver a qué fundamento responde la exención de pena prevista en el último párrafo del artículo 215°, cuando en los incisos 1), 2), 3) y 6), el agente abona el monto total del cheque, dentro del tercer día hábil de la fecha de requerimiento escrito y fehaciente, sea en forma directa, notarial, judicial o por cualquier otro medio con entrega fehaciente que se curse al girador. Hemos de convenir que la consumación de las modalidades del injusto, que hemos analizado, toma lugar cuando el autor frustra que el cheque pueda ser empleado por su beneficiario como un medio de pago o cuando gira el título valor a sabiendas que al momento de su emisión no tiende fondos suficientes para ser cobrado, de tal forma que con dicha conducta están agotados los elementos constitutivos del tipo penal. En tal virtud, el hecho posterior, a lo descrito, cuando el agente abona el monto total del cheque, previo requerimiento, es un dato ajeno al injusto penal y a la culpabilidad, instituyéndose en una variante de Excusa Absolutoria. No obstante, no entendemos cual es el interés político jurídico relevante que se antepone a la potestad punitiva estatal. Una vía adecuada, tal vez, de racionalizar el uso de la pena, que en este marco de la criminalidad debe ser más restringido, tomando en cuenta su opaca delimitación con las infracciones meramente contractuales. Una vía adecuada de despenalización.

Como se postuló líneas precedentes, la Excusa Absolutoria ha de proponer reparos, en caso de que el bien jurídico protegido sea el cheque como medio de pago, en cuanto a su eficacia en el mercado mercantil, lo que no se ajusta a la posibilidad de una exención de pena, que privilegia al patrimonio individual del sujeto pasivo. En palabras de Bajo Fernández, lo que ocurre en el caso que nos ocupa es que las razones político-criminales de la excusa no resulta de todo convincentes, ya que si se quiere proteger el tráfico mercantil del cheque, el pago posterior no debería de haberse tomado en cuenta[129].

Esta situación es muy discutida y cuestionable, escribe Peña Cabrera, responde a una *praxis* político criminal, recurriendo a la ley penal como la "*utlima ratio*" para proteger el bien jurídico, debiendo agotarse previamente todas las vías extrapenales que conduzcan a una viable solución satisfactoria[130].

---

(129) Bajo Fernández, M. y otros; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 538; Vid., al respecto, Bustos Ramírez, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* cit., p. 332.

(130) Peña Cabrera, R.; *Tratado de Derecho Penal...*, II-B, cit., p. 819.

Se tutela de forma indirecta el patrimonio del girado, del beneficiario y, si el pago del monto total del cheque, impide que dicho interés jurídico se vea afectado, hemos de concluir que la prescindencia de sanción penal resulta justificada, al margen de los reparos que puedan resultar desde una consideración estrictamente dogmática; que en este caso son dejados de lado, por motivos fundamentalmente de política criminal. Lo dicho no obstante que el legislador haya utilizado como término la procedencia de la acción penal, pues no se trata de ningún modo de una condición objetiva de perseguibilidad.

Vayamos a ver las consecuencias que se pueden generar cuando el beneficiario del cheque, recibe el título valor por parte de su emitente, sabiendo perfectamente que está desprovisto de fondos, utilizando la coacción, el chantaje o la amenaza; en este caso, la supuesta víctima sería autor mediato del delito en análisis, lo que resulta paradojal, a menos que se siga con la tesis de un bien jurídico supra-individual: el tráfico jurídico-mercantil.

Para que haya de promoverse la acción penal, el agente debe haber cumplido con exactitud el procedimiento que se ha previsto en este párrafo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERTO ESTRELLA, OSCAR; *De los Delitos sexuales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

ANTOLISEI, FRANCISCO; *Manuale di Diritto Penale*, Parte especial, 13era. Edición, Milano. 1957.

ARROYO ZAPATERO, LUIS A., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Mª Terradillos Basoco, Juan y otros; *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* – In memoriam. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. Cuenca, España, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y DIAZ MAROTO, JULIO; *Manual de Derecho Penal, parte especial, Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*; Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2da. Edición, Madrid, 1991.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, PÉREZ MANZANO, MERCEDES Y SUÁREZ GONZÁLES, CARLOS; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Segunda edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 1993.

BARRERA DOMINGUEZ, HUMBERTO; *Delitos sexuales*, Editorial Visión, Bogotá, 1984.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; *Temas de Derecho Penal*, Ed. Cultural Cuzco, Lima - Perú, 1993.

BLANCO LOZANO, CARLOS; *Tratado de Derecho Penal Español*, Volumen 1 y 2. Tomo II. El Sistema de la Parte Especial. J.M. BOSCH EDITOR, España, 2005.

BOIX REIG, JAVIER; *El delito de estupro fraudulento*, Ed. Publicaciones de la U. Complutense, Madrid, 1979.

BRAMONT ARIAS-TORRES, LUIS y GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ta. Edición; San Marcos, Lima - Perú; 1998.

BUSTOS RAMIREZ, JUAN; *Manual de derecho penal, parte especial*, Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1986.

CANCIO MÉLIA; MANUEL; En: *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*; Edit. GRIJLEY, Biblioteca de autores extranjeros; N° 6; Lima - Perú, año 2000.

CARMONA SALGADO; *Los delitos de abusos deshonestos*; Barcelona, 1981.

CARNELUTTÍ, FRANCESCO; *El Delito, Lecciones de Derecho Penal*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1952.

CARO CORIA, DINO y SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR; *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Aspectos penales y procesales*; Ed. GRIJLEY, 1era. edición, Lima, septiembre del 2000.

CARRARA, FRANCESCO; *Programa de Derecho Criminal*, V. 2, T. IV, Ed. Temis, Bogotá, 1988.

CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS; *Jurisprudencia Penal 3, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2006.

CEREZO MIR, JOSÉ; *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, T.I., 5ta Edición, TECNOS, Madrid, 2000.

COBO DEL ROSAL, MANUEL (Director); *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Tomos I y II. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid, 1996.

CÓDIGO PENAL, *DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, Primera edición, Tomo II, Editorial TRIVIUM, Madrid, 1997.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *Delitos contra las Personas*, Madrid, 1999.

CREUS, CARLOS; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomos I, II y III. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1era. Reimpresión, 1996.

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL; *"El Redescubrimiento de la víctima: victimización secundaria y programas de reparación del daño. La denominada "Victimización terciaria"* (el penado como víctima del sistema legal), en la Victimología, Madrid, 1993.

CUELLO CALÓN, EUGENIO; *Derecho Penal, Parte Especial*, V. II, T. II, Ed. Bosh, Barcelona, 1980.

CURY URZÚA, ENRIQUE; *Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición ampliada, Chile, 2005.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL Y GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO; *Estudios de filosofía del derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Editorial Cordillera SAC, Lima, 2006.

DE RIVACOBA, MANUEL; *Elementos de Criminología*. EDEVAL. Valparaíso, 1982.

DE VICENTE MARTINEZ, ROSARIO; *"Los delitos contra la libertad sexual desde la perspéctiva del Género"*.

De Vicente Remesal, F. J.; *Violación y estupro; error sobre la base de doce años*. En CPC., 1986.

De Guzmán, Chrysolito; *Delitos Sexuales*, Ed. Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1988.

Díez Picazo, Luis y Gullon, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*. Tomos I, II y III. Décima edición, tecnos, 2da. Reimpresión, 2002.

Dialogo con la jurisprudencia, *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, 1era Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Diez Ripolles, José Luis; *El Derecho Penal Ante el Sexo*, Ed. Bosh. Barcelona, 1981.

- *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, Barcelona, 1982.*
- *La protección de la libertad sexual, Barcelona, 1985.*
- *Delitos contra la vida e integridad física; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.*
- *Los delitos de Lesiones*; Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

Diez Ripollés, Jose Luis; *El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual"*.

Donna, Edgardo Alberto; *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomos I, II-A, II-B y II-C, 2da Edición actualizada, Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2003.

Emmeneger, Susan; *"Perspectivas de Género en Derecho"*.

Eser, Albin; *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Editorial IDEMSA, Lima, setiembre de 1998.

Espinoza Espinoza, Juan; *Ley de Protección al Consumidor*; Editorial Rodhas, Lima, abril del 2004.

Faraldo Cabana, Patricia; *Los Delitos Societarios*; Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Ferrajoli, Luigi; *"Derecho y Razón"* (Teoría del Garantismo Penal). Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juán Carlos Bayón Mohino, Juán Terradillos Basoco y Rocío Cantorero Baldrés; Editorial Trotta, 1995, Madrid.

Ferrer Sama, A.; *La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo*. En ADP, 1949.

Florián, Eugenio; *Tratado de Diritto penale, diritto contra la libertad individual*, Milano, 1936.

Fontán Balestra, Carlos; *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, Vol. V. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

- *Delitos sexuales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1945.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, 1987.

FRAGOSO, HELENO CLAUDIO; *Lições de Direito penal, parte especial*, V. II, 5ta., edición, Ed. Forense, Río de Janeiro, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE; *Algunos aspectos del delito de violación*, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1981.

Sexualidad y Crimen, REUS, Madrid, 1969.

GÓMEZ EUSEBIO; *Tratado de Derecho Penal*. Tomos II y III. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1939.

GÓMEZ, EUSEBIO; *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Buenos Aires, 1940.

GRACIA MARTÍN, LUIS Y DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.

GUTIÉRREZ CAMACHO, WALTER (Director); *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomos I y II. Gaceta Jurídica – Congreso de la República del Perú, primera reimpresión, febrero del 2006.

HÄBERLE, METER; *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Edición a cargo de JOSÉ LUIS MONOREO PÉREZ, Catedrático de la Universidad de Granada, Granada, 2003.

HURTADO POZO, JOSÉ; *"Derecho Penal y Discriminación de la Mujer – Moral, sexualidad y derecho penal"*. Anuario de Derecho Penal, 1999-2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS; *Principios del Derecho Penal*. La Ley y el Delito. ABELEDO – PERROT. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1958.

LAJE ANAYA, JUSTO; *Homicidios Calificados*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970.

LAURENZO COPELLO, LAURA; *Los delitos contra el Honor*; Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

LIBER AMICORUM; *Justicia Penal en el siglo XXI* – en Homenaje al profesor ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA.

LOGOZ, PAUL; *Comentaire du code pénal suisse, partie spéciale*, Ed. Delachaux, Paris, 1955.

LÓPEZ GUERRA, LUÍS, GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN, ESPÍN, EDUARDO, PÉREZ TREMPS, PABLO Y SATRÚSTEGUI, MIGUEL; *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.

LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA; *"Compendio de Derecho Penal"*. Parte Especial. Conforme al Código Penal de 1995. Dykinson, Madrid, 1996.

MACIÁ GÓMEZ, RAMÓN; *El Delito de Injuria*. Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997.

MALGALHAES NORONHA, E.; *Direito Penal, parte especial*, V. 2, 6ta. Edición. Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1971.

MAGGIORE, GIUSEPPE; *Derecho Penal*. V. IV. Ed. Temis, Bogotá, 1955.

MANUALES DE FORMACIÓN CONTINUADA 3, *Delitos contra las Personas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

MANZINI, VINCENZO; *Tratado de Derecho Penal*, V. III, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1972.

- *Delitos contra la libertad y honor sexuales*; Ed. TEMIS, Bogotá.

MARTINEZ ZUÑIGA, LISANDRO; *Derecho Penal Sexual*, T. I, Ed. Temis, Bogotá, 1972.

MERINO LUCERO, BEATRIZ; *Matrimonio y Violación*. «El debate del artículo 178° del Código Penal Peruano; Atena editores, Lima, noviembre de 1997.

MEZGER, EDMUND; *Derecho Penal. Parte Especial*. Traducción de la 4ª edición alemana (1954) por el Dr. Conrado Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires

MIR PUIG; SANTIAGO; *Derecho Penal. Parte General*; 4ta. Edición con arreglo al Código Penal Español de 1995, Barcelona, 1996.

MIRABETTE, JULIO FABRINI; *Manual de Direito Penal*, V. II, Ed. ATLAS, Sao Paulo, 1985.

MONTOYA VIVANCO; IVÁN; *Informe de la Defensoría del Pueblo*; «Discriminación sexual y aplicación de la ley»; Lima - Perú; año 2000.

MORAS MOM, JORGE; *Los delitos de violación y corrupción*, Buenos Aires, 1971.

MORALES PRATS, FERMÍN; *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática. Ediciones Destino Colección Nuevo Derecho*. Barcelona, 1984.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ava. Edición, Valencia, 1991.

Derecho Penal. Parte Especial, Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1,995, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

NEUMAN, ELIAS; "Victimología" – *El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales"*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

NÚÑEZ, RICARDO C.; *Derecho Penal Argentino, parte especial*, Tomos I, II, III, IV y V. Editorial Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1967.

Derecho Penal Argentino, parte general, T.I., Buenos Aires, 1959.

O´CALLAGHAN, XAVIER; *Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

ORTS BERENGUER, EL DELITO DE VIOLACIÓN, VALENCIA, 1981.

PASTOR MUÑOZ, NURIA; *La determinación del Engaño en el delito de Estafa.* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, Madrid – Barcelona, 2004.

PÉREZ, LUIS CARLOS; *Derecho Penal*, T. IV. Ed. Temis, Bogotá, 1985.

PECO, JOSÉ; *Proyecto de Código Penal*, Exposición de Motivos, Ed. Talleres Gráficos Denbigh, La Plata, 1942.

PEÑA CABRERA, RAÚL; *Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General.* 3 era. Edición completamente corregida y aumentada, Ed. Grijley, Lima - Perú, 1999.

- *Derecho Penal Peruano. Parte Especial*, Lima - Perú, 1966.
- *Derecho Penal. Parte Especial. "Delitos Contra el honor, la familia y la libertad".*
- *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, T.I., Ediciones Jurídicas, Lima - Perú, 1993.

PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL; *Derecho Penal Peruano.* Primera Parte. Teoría de la Imputación del delito. Editorial Rodhas. Lima, 2004.

- *Derecho Penal Peruano. Segunda Parte. Teoría de la pena y las consecuencias jurídicas del delito.* Editorial Rodhas. Lima, 2004.
- *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Edición, Editorial Rodhas, Lima, 2007.
- *Manual de Derecho Procesal Penal.* Editorial Rodhas, Lima, 2008.
- *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal.* Primera edición. Editorial Rodhas, Lima, 2007.
- *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual.* IDEMSA, Lima, 2007.
- *En coautoría con Miranda Estrampes, Manuel*; Temas de Derecho Penal y Procesal Penal, APECC, Lima, 2008.
- En Coordinación con Montes Flores, Efraín y Sánchez Mercado, Miguel Ángel; Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomos I y II. ARA EDITORES, Perú, 2006.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL; *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas.* GRIJLEY, Lima, 2004.

PUMPIDO FERREIRO , CÁNDIDO CONDE; *Derecho Penal. Parte Especial*, 2da. Edición revisada y puesta al día, Editorial COLEX, España, 1990.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO; *Compendio de Derecho Penal*, V. III, Ed. Revista de derecho privado, Madrid, 1958.

QUINTERO, OLIVARES; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*; edit. ARAZANDI, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Director) y MORALES PRATS, FERMÍN (Coordinador); *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomos I, II y III. Quinta edición, THOMSON – ARAZADI, Navarra, 2005.

QUERALT JIMENEZ, JOAN J.; *Derecho Penal. Parte Especial*, V.I., Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

RAMÍREZ CRUZ, Eugenio Mª; *Tratado de Derechos Reales*, Tomos I y II. Editorial Rodhas, junio 2007.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO; *Anteproyecto del Código Penal Colombiano*, Bogotá, 1974.

RODRIGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA; *Derecho Penal Español, parte especial*. Ed. Carasa, Madrid, 1975.

RODRÍGUEZ DEVESA; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 1992.

RODRIGUEZ RAMOS; *Existe una falta de abuso deshonesto*. En tema de Derecho Penal, Madrid, 1977.

ROJAS, NERIO; *Medicina Legal*, Librería el Ateneo Editorial, Dúodecima edición, Buenos Aires, 1982.

ROJAS VARGAS, FIDEL, INFANTES VARGAS, ALBERTO Y QUISPE PERALTA, Lester León; *Código Penal*. Tomo II. Parte Especial, 3era. Edición, IDEMSA, 2007.

ROJAS VARGAS, FIDEL; *Delitos contra el Patrimonio*, Grijley, Volumen I, GRIJLEY, Lima, 2000.

ROJAS VARGAS, FIDEL; *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*. Jurista Editores, Lima, 2004.

ROMERO, SIRVEN C.; *Delitos contra la Libertad Sexual*. En Cobo - Bajo, T. XIII, 1991.

ROXÍN, CLAUS; *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981.

Derecho Penal. Parte General. Tomo I. *Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*, 2° edición, Traducido por Diego Manuel Luzón Peña; Editorial Civitas S.A., 1997.

ROY FREYRE, LUIS; *Derecho Penal*, Ed. Eddili, Lima, 1986.

RUÍZ RODRÍGUEZ, LUIS RAMÓN; *Protección Penal del Mercado de Valores*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

RUIZ MIGUEL, CARLOS; *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. TECNOS. Madrid, 1995.

SAINZ CANTERO, J. A.; *La reforma del Derecho Penal Sexual*, En ADP. 1978.

SALINAS SICCHA, RAMIRO; *Delitos de acceso carnal sexual*, IDEMSA, Lima - Perú, 2005.

- *Derecho Penal. Parte Especial*, IDEMSA, Lima, septiembre 2004.

- *Delitos contra el Patrimonio*; Jurista Editores, 2da. Edición, 2006.

SEGURA SALAS, CELINDA ENEDINA y VILLALTA INFANTE, MARCOS; *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2004.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; *Derecho Penal. Parte Especial.* «Delitos contra las personas; Ed. DYKINSON, Madrid, 1996.

SILVA SÁNCHEZ; JESÚS MARÍA; *Estudios de Derecho Penal*, Biblioteca de autores extranjeros, N° 5; Editorial Grijley, Lima - Perú, septiembre de 2,000.

- *"Innovaciones tecnoprácticas de la Victimología en el Derecho Penal"*. Servicio Editorial de la U.P.V, 1990.
- *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María BOSCH EDITOR SA – Barcelona, Zaragoza, 1992.

SOLÉ RIERA, JAIME; *"La tutela de la víctima en el proceso penal"*. José María Bosh Editor – Barcelona, 1997.

SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*, Tomos I, II, III y IV, Buenos Aires, 1969.

Derecho Penal Argentino, T.I., Buenos Aires, 1951.

SOBRAMONTE MARTINEZ, J.E.; *Prostitución y Código Penal*, Valencia, 1983.

URÉ, ERNESTO J.; *El pudor y la ley penal*, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1959.

URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ; *Jurisprudencia Penal*. Jurista Editores, junio de 2005, Lima.

VALENCIA, JORGE ENRIQUE; *Delitos contra la libertad y el pudor sexuales*, 1993.

VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL; *El Delito de Estafa*, BOSH, Casa Editorial SA, Barcelona1987-1992.

VÁSQUEZ GARCÍA, YOLANDA; *Derecho de Familia*, Tomo I. Huallaga Editorial, Lima, junio 1998.

VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E. y otros; *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

VILLA STEIN, JAVIER; *Derecho Penal. Parte Especial.* I-B. *«Delitos contra el honor, la familia y la libertad»*, Ed. San Marcos, Lima - Perú, 1998.

ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO; *En torno de la cuestión penal*, Montevideo - Buenos Aires, 2005.

- *El enemigo en el Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2006
- *Tratado de Derecho Penal*, Ts. III y IV, Buenos Aires, 1981.

Este libro se terminó de imprimir en el mes de mayo
del año 2019, en los talleres gráficos de IDEMSA
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)