RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular de Lima
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL

Parte Especial

VOLÚMEN 2

EDITORIAL
IUSTITIA

RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular de Lima

Derecho Penal
Parte Especial

7ª edición

Volumen 2

IUSTITIA

Sexta edición: julio 2015
Séptima edición: mayo 2018

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2018, *Derecho Penal. Parte Especial - Volumen 2*
© 2018, Ramiro Salinas Siccha
© 2018, Editorial Iustitia S.A.C.
Oficina principal y distribución
Jr. Azángaro 1077 • Cercado de Lima
Tlfs.: (51-1) 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com
grijle_import@yahoo.com

Composición e Impresión : *Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL*
Av. Tingo María 1330 - Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2018-04918
ISBN: 978-612-4362-09-5

Tiraje: 1,000 ejemplares

Para mis hijos: Shirley Josselyn, Jeffry, Keyla Geraldine, Félix Daniel y Valeria Nicole, quienes son la inspiración y alegría de todos mis proyectos personales, académicos y profesionales.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la sétima edición lxv
Prólogo a la sexta edición lxxi
Prólogo a la quinta edición lxxvii
Prólogo a la cuarta edición lxxxiii
Importancia de la dogmática jurídico-penal lxxxvii

TÍTULO I
DELITOS CONTRA LA VIDA
Y LA SALUD DE LAS PERSONAS

Capítulo I
HOMICIDIO

Subcapítulo 1: Generalidades 2
1. Cuestión preliminar 2
2. Protección del derecho a la vida 4

Subcapítulo 2: Homicidio simple 9
1. Tipo penal 9
2. Tipicidad objetiva 9
   2.1. Bien jurídico protegido 11
   2.2. Sujeto activo 12
   2.3. Sujeto pasivo 12

3. Tipicidad subjetiva 13
3.1. La categoría del error en homicidio 17
4. Antijuridicidad 19
5. Culpabilidad 23
6. Consumación 26
7. Tentativa 26
8. Penalidad 28

Subcapítulo 3: El delito de parricidio 28
1. Tipo penal 28
2. Tipicidad objetiva 30
2.1. Parricidio simple 30
2.2. Parricidio agravado 44
3. tipicidad subjetiva 50
3.1. Solución en caso de error 52
4. Antijuridicidad 53
5. Culpabilidad 54
6. Consumación 56
7. Problema de la participación en el parricidio 57
8. Tentativa 61
9. Penalidad 62

Subcapítulo 4: Asesinato 62
1. Cuestión previa 62
2. Tipo penal 64
3. Tipicidad objetiva 65
3.1. Por ferocidad 67
3.2. Por codicia 70
3.3. Por lucro 71
3.4. Por placer 75
3.5. Para facilitar otro delito 76
3.6. Para ocultar otro delito 81
3.7. Con gran crueldad 84

3.8. Con alevosía 88
3.9. Por fuego 96
3.10. Por explosión 97
3.11. Otros medios capaces de poner en peligro la vida o la salud de otras personas 98
3.12. Otro medio también puede ser el veneno 100
3.13. Bien jurídico tutelado 102
3.14. Sujeto activo 102
3.15. Sujeto pasivo 102
4. Tipicidad subjetiva 103
5. Antijuridicidad 104
6. Culpabilidad 104
7. Consumación 105
8. Tentativa 110
9. Penalidad 111

Subcapítulo 5: Asesinato por la condición de sujeto público de la víctima 111
1. Tipo penal 111
2. Hermenéutica jurídica si la víctima cumple función pública 112
3. Penalidad 116

Subcapítulo 6: El delito de feminicidio 116
1. Cuestión previa 116
2. Tipo penal 118
3. Tipicidad objetiva 119
3.1. Feminicidio agravado 124
3.2. Bien jurídico protegido 130
3.3. Sujeto activo 130
3.4. Sujeto pasivo 132
4. Tipicidad subjetiva 132
5. Antijuridicidad 132
6. Culpabilidad 133

7. Consumación 134
8. Tentativa 135
9. Penalidad 135

Subcapítulo 7: El delito de asesinato por sueldo: sicariato 136
1. Cuestión previa 136
2. Tipo penal 139
3. Hermenéutica jurídica 140
3.1. Finalidad del Decreto Legislativo N.° 1181 141
3.2. Crítica a la finalidad invocada por los proyectos de ley 144
3.3. El homicidio por lucro 148
3.4. El homicidio por sueldo: sicariato 151
3.5. Hermenéutica jurídica de la fórmula legislativa 108-C 154
3.6. Bien jurídico protegido 156
3.7. Sicariato agravado 157
3.8. Penalidad 158

Subcapítulo 8: El delito de conspiración y ofrecimiento del delito de sicariato 159
1. Tipo penal 159
2. Hermeneútica jurídica 159
3. Penalidad 164

Subcapítulo 9: Homicidio por emoción violenta 165
1. Tipo penal 165
2. Tipicidad objetiva 165
2.1. Agravante del homicidio por emoción violenta 171
2.2. Bien jurídico protegido 173
2.3. Sujeto activo 174
2.4. Sujeto pasivo 174
3. Tipicidad subjetiva 175
4. Antijuridicidad 175
5. Culpabilidad 176
6. Consumación 177

7. Tentativa 177
8. Penalidad 177
Subcapítulo 10: Infanticidio 178
1. Tipo penal 178
2. Tipicidad objetiva 178
2.1. Durante el parto 178
2.2. Bajo la influencia del estado puerperal 181
2.3. Fundamento del privilegio punitivo 182
2.4. Bien jurídico tutelado 183
2.5. Sujeto activo 183
2.6. Sujeto pasivo 184
3. Tipicidad subjetiva 185
4. Antijuridicidad 185
5. Culpabilidad 186
6. Consumación 186
7. Tentativa 187
8. Penalidad 187
Subcapítulo 11: Homicidio culposo 188
1. Tipo penal 188
2. Tipicidad objetiva 188
2.1. Homicidio culposo agravado 196
2.2. Bien jurídico protegido 201
2.3. Sujeto activo 201
2.4. Sujeto pasivo 201
3. Tipicidad subjetiva 201
4. Consumación 202
5. Tentativa 202
6. Penalidad 203
Subcapítulo 12: Homicidio piadoso 203
1. Consideraciones generales 203
2. El homicidio piadoso es compatible con la moral 205

3. El médico humanista y el homicidio piadoso 207
4. Circunstancias a tener en cuenta para declarar la impunidad del matar por piedad 208
5. Circunstancia que fundamenta la impunidad del homicidio piadoso 211
6. El médico y el derecho al consentimiento informado 213

Subcapítulo 13 : La eutanasia en el Código Penal 215

1. Tipo penal 215
2. Tipicidad objetiva 215
   2.1. Bien jurídico tutelado 217
   2.2. Sujeto activo 217
   2.3. Sujeto pasivo 218
3. Tipicidad subjetiva 218
4. Antijuridicidad 219
5. Culpabilidad 219
6. Consumación 220
7. Tentativa 220
8. Penalidad 220

Subcapítulo 14: Instigación y ayuda al suicidio 221

1. Cuestión previa 221
2. Tipo penal 222
3. Tipicidad objetiva 222
   3.1. Circunstancia agravante 226
   3.2. Bien jurídico protegido 227
   3.3. Sujeto activo 227
   3.4. Sujeto pasivo 227
4. Tipicidad subjetiva 228
5. Consumación 228
6. Tentativa 229
7. Penalidad 229

Capítulo II
ABORTO

Subcapítulo 1: Consideraciones generales 230
1. Preliminares 230
2. Posiciones doctrinarias 232
3. El sistema de las indicaciones 235
4. La solución del plazo 236

Subcapítulo 2: El autoaborto 237
1. Tipo penal 237
2. Tipicidad objetiva 237
   2.1. Bien jurídico protegido 239
   2.2. Sujeto activo 240
   2.3. Sujeto pasivo 240
3. Tipicidad subjetiva 241
4. Antijuridicidad 241
5. Culpabilidad 242
6. Consumación 242
7. Tentativa 243
8. Penalidad 244

Subcapítulo 3: Aborto consentido 244
1. Tipo penal 244
2. Tipicidad objetiva 245
   2.1. Aborto seguido de muerte 247
   2.2. Bien jurídico protegido 248
   2.3. Sujeto activo 249
   2.4. Sujeto pasivo 249
3. Tipicidad subjetiva 249
4. Antijuridicidad 250
5. Culpabilidad 250
6. Consumación 251

7. Participación 251
8. Tentativa 252
9. Penalidad 252
Subcapítulo 4: Aborto no consentido 252
1. Tipo penal 252
2. Tipicidad objetiva 252
2.1. Aborto no consentido seguido de muerte 255
2.2. Bien jurídico protegido 255
2.3. Sujeto activo 256
2.4. Sujeto pasivo 256
3. Tipicidad subjetiva 257
4. Antijuridicidad 257
5. Culpabilidad 258
6. Consumación 258
7. Tentativa 259
8. Participación 259
9. Penalidad 259
Subcapítulo 5: Aborto abusivo o causado por profesional 260
1. Tipo penal 260
2. Hermenéutica Jurídica 260
3. Penalidad 263
Subcapítulo 6: Aborto preterintencional 263
1. Tipo penal 263
2. Tipicidad objetiva 264
2.1. Bien jurídico protegido 266
2.2. Sujeto activo 266
2.3. Sujeto pasivo 266
3. Tipicidad subjetiva 266
4. Antijuridicidad 267
5. Culpabilidad 268
6. Consumación 268

7. Tentativa 268
8. Penalidad 269
Subcapítulo 7: Aborto terapéutico 269
1. Tipo penal 269
2. Tipicidad objetiva 269
3. Fundamento del aborto terapéutico o necesario 274
4. Conflicto de intereses 275
Subcapítulo 8: Aborto sentimental o ético 276
1. Tipo penal 276
2. Tipicidad objetiva 276
2.1. Bien jurídico protegido 279
2.2. Sujeto activo 280
2.3. Sujeto pasivo 280
3. Tipicidad subjetiva 280
4. Consumación 280
5. Penalidad 280
Subcapítulo 9: Aborto eugenésico 281
1. Tipo penal 281
2. Tipicidad objetiva 281
2.1. Bien jurídico protegido 283
2.2. Sujeto activo 283
2.3. Sujeto pasivo 283
3. Tipicidad subjetiva 283
4. Consumación 283
5. Penalidad 284

Capítulo III
DELITOS CONTRA LA SALUD

Subcapítulo 1: Consideraciones generales 285
1. Preliminares 285
2. Concepto del bien jurídico salud 287

3. El bien jurídico del delito de lesiones en el sistema penal peruano.... 288

Subcapítulo 2: Lesiones graves 290

1. Tipo penal 290
2. Tipicidad objetiva 291
   - 2.1. Circunstancias que califican la lesión como grave 293
   - 2.2. Circunstancias agravantes del delito de lesiones graves 303
   - 2.3. Bien jurídico protegido 310
   - 2.4. Sujeto activo 310
   - 2.5. Sujeto pasivo 310
3. Tipicidad subjetiva 311
4. Antijuridicidad 311
5. Culpabilidad 315
6. Consumación 316
7. Tentativa 317
8. Penalidad 318

Subcapítulo 3: Agravantes del delito de lesiones graves en contra de las mujeres e integrantes del grupo familiar 319

1. Tipo penal 319
2. Hermenéutica jurídica 320
3. Penalidad 323

Subcapítulo 4: Lesiones leves 323

1. Tipo penal 323
2. Tipicidad objetiva 325
   - 2.1. Bien jurídico protegido 327
   - 2.2. Sujeto activo 328
   - 2.3. Sujeto pasivo 328
3. Tipicidad subjetiva 328
4. Circunstancias agravantes del delito de lesiones leves 329
   - 4.1. Muerte de la víctima como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado.... 329

4.2. La víctima es miembro de la policía nacional del perú o de las fuerzas armadas, magistrado del poder judicial, del ministerio público o del tribunal constitucional o autoridad elegida por mandato popular o servidor civil y es lesionada en el ejercicio de sus funciones oficiales o como consecuencia de ellas 330

4.3. La víctima es menor de edad, adulta mayor o tiene discapacidad y el agente se aprovecha de dicha condición 330

4.4. La víctima es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B 331

4.5. La víctima se encontraba en estado de gestación..... 331

4.6. La víctima es el padrastro; madrastra; ascendiente o descendiente por consanguinidad, adopción o por afinidad; pariente colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción, o segundo grado de afinidad; habita en el mismo hogar, siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, y la violencia se da en cualquiera de los contextos de los numerales 1, 2 y 3 del primer párrafo del artículo 108-B..... 332

4.7. La víctima mantiene cualquier tipo de relación de dependencia o subordinación sea de autoridad, económica, laboral o contractual y el agente se hubiera aprovechado de esta situación..... 332

4.8. Para cometer el delito se hubiera utilizado cualquier tipo de arma, objeto contundente o instrumento que ponga en riesgo la vida de la víctima..... 332

4.9. El delito se hubiera realizado con ensañamiento o alevosía .. 333

4.10. Muerte de la víctima como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado 333

5. Antijuridicidad 334

6. Culpabilidad..... 335

7. Consumación 337

8. Tentativa..... 337

9. Penalidad..... 337

Subcapítulo 5: Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar 338
1. Tipo penal 338
2. Hermenéutica jurídica 339
2.1. Circunstancias agravantes 340
3. Penalidad 341
Subcapítulo 6: Lesiones con resultado fortuito 341
1. Tipo penal 341
2. Tipicidad objetiva 341
3. Tipicidad subjetiva 344
4. Penalidad 345
Subcapítulo 7: Lesiones culposas 345
1. Tipo penal 345
2. Tipicidad objetiva 346
2.1. Lesiones culposas agravadas 353
2.2. Bien jurídico protegido 357
2.3. Sujeto activo 357
2.4. Sujeto pasivo 357
3. Tipicidad subjetiva 357
4. Consumación 358
5. Procedimiento para la acción penal 358
6. Penalidad 359
Subcapítulo 8: Lesiones al feto 360
1. Cuestión preliminar 360
2. Tipo penal 363
3. Tipicidad objetiva 364
3.1. Bien jurídico tutelado 365
3.2. Sujeto activo 366
3.3. Sujeto pasivo 366
4. Tipicidad subjetiva 366

5. Consumación y tentativa 367
6. Penalidad 367

Subcapítulo 9: Daño psíquico y afectación psicológica, cognitiva o conductual 367
1. Tipo penal 367
2. Hermenéutica jurídica 369

Capítulo IV
EXPOSICIÓN A PELIGRO O ABANDONO DE PERSONAS EN PELIGRO

Subcapítulo 1: Consideraciones generales 372

Subcapítulo 2 : Exposición o abandono de menores o incapaces 374
1. Tipo penal 374
2. Tipicidad objetiva 374
   2.1. Sujeto activo 379
   2.2. Sujeto pasivo 380
3. Tipicidad subjetiva 380
4. Antijuridicidad 381
5. Culpabilidad 382
6. Consumación 382
7. Resultado que agrava la conducta de exposición o abandono de menores o incapaces a peligro 383
8. Penalidad 384

Subcapítulo 3: Omisión del deber de socorro 384
1. Tipo penal 384
2. Tipicidad objetiva 385
   2.1. Bien jurídico protegido 387
   2.2. Sujeto activo 387
   2.3. Sujeto pasivo 388
3. Tipicidad subjetiva 388

4. Antijuridicidad 388
5. Culpabilidad 389
6. Consumación 389
7. Penalidad 390

Subcapítulo 4: Omisión de auxilio o aviso a la autoridad 390
1. Tipo penal 390
2. Tipicidad objetiva 391
   2.1. Bien jurídico protegido 393
   2.2. Sujeto activo 394
   2.3. Sujeto pasivo 394
3. Tipicidad subjetiva 394
4. Antijuridicidad 395
5. Culpabilidad 395
6. Consumación 395
7. Penalidad 396

Subcapítulo 5: Exposición a peligro de personas dependientes 396
1. Tipo penal 396
2. Tipicidad objetiva 397
   2.1. Bien jurídico protegido 400
   2.2. Sujeto activo 400
   2.3. Sujeto pasivo 400
3. Agravante del delito de exposición a peligro de personas dependientes 401
4. Tipicidad subjetiva 402
5. Consumación 403
6. Penalidad 404

TÍTULO II
DELITOS CONTRA EL HONOR DE LAS PERSONAS

Capítulo V
DELITOS CONTRA EL HONOR

Subcapítulo 1: Cuestiones preliminares 406
1. Generalidades 406
2. El honor desde su aspecto objetivo 408
3. El honor desde su aspecto subjetivo 409
4. El honor desde una concepción normativa 410
5. El honor en nuestra legislación 413
6. Animus iniuriandi 415
7. ¿Es la persona jurídica titular del bien jurídico honor? 418
8. Posición discutible del tribunal constitucional 422

Subcapítulo 2: Injuria 424
1. Tipo penal 424
2. Tipicidad objetiva 425
   2.1. Bien jurídico protegido 428
   2.2. Sujeto activo 429
   2.3. Sujeto pasivo 429
3. Tipicidad subjetiva 429
4. Antijuridicidad 431
5. Culpabilidad 431
6. Consumación 431
7. Tentativa 432
8. Penalidad 433

Subcapítulo 3: Calumnia 433
1. Tipo penal 433
2. Tipicidad objetiva 433

2.1. Bien jurídico protegido 436
2.2. Sujeto activo 436
2.3. Sujeto pasivo 437
3. Tipicidad subjetiva 437
4. Antijuridicidad 438
5. Culpabilidad 438
6. Consumación 439
7. Tentativa 440
8. Penalidad 440
Subcapítulo 4: Difamación 440
1. Tipo penal 440
2. Tipicidad objetiva 441
2.1. Bien jurídico protegido 444
2.2. Sujeto activo 445
2.3. Sujeto pasivo 445
2.4. El delito de difamación agravada 446
2.5. Difamación y medios de comunicación social 448
2.6. Derecho al honor y a las libertades de información y expresión según jurisprudencia vinculante 453
3. Tipicidad subjetiva 458
4. Antijuridicidad 460
5. Culpabilidad 461
6. Consumación 462
7. Penalidad 463
Subcapítulo 5: Excepciones del delito de injuria y difamación 464
1. Descripción legal 464
2. Cuestión previa 464
3. Excepciones legales 466
Subcapítulo 6: La *exceptio veritatis* o prueba de la verdad 469
1. Descripción legal 469
2. Definición de la *exceptio veritatis* 470

3. Circunstancias en las cuales funciona 471

Subcapítulo 7: Inadmisibilidad absoluta de la *exceptio veritatis* 479

1. Descripción legal 479
2. Fundamento de la norma 479
3. Supuestos que no admiten la *exceptio veritatis* 480

Subcapítulo 8: Difamación o injuria encubierta o equívoca 483

1. Descripción legal 483
2. Análisis del tipo penal 483

Subcapítulo 9: Injurias recíprocas 486

1. Tipo penal 486
2. Fundamento de la norma 487
3. Elementos constitutivos de las injurias recíprocas 488
4. Ofensa a la memoria de personas 490

TÍTULO III
DELITOS CONTRA LA FAMILIA

1. Concepto de familia 493
2. Importancia de la familia en nuestro sistema jurídico 494
3. Consideraciones respecto del adulterio 496

Capítulo I
MATRIMONIO ILEGAL

Subcapítulo 1: Generalidades 499

1. Importancia de la institución del matrimonio en nuestro sistema jurídico 499
2. Concepto de matrimonio legal o eficaz 501

Subcapítulo 2: Bigamia 502

1. Tipo penal 502
2. Tipicidad objetiva 503
   2.1. Bien jurídico protegido 505

2.2. Sujeto activo 506
2.3. Sujeto pasivo 506
2.4. El delito de bigamia agravada 507
3. Tipicidad subjetiva 508
4. Antijuridicidad 509
5. Culpabilidad 510
6. Consumación 510
7. Tentativa 513
8. Penalidad 513
Subcapítulo 3: Matrimonio con persona casada 513
1. Tipo penal 513
2. Tipicidad objetiva 514
2.1. Bien jurídico protegido 515
2.2. Sujeto activo 515
2.3. Sujeto pasivo 515
3. Tipicidad subjetiva 515
4. Antijuridicidad 516
5. Culpabilidad 517
6. Consumación 517
7. Tentativa 517
8. Penalidad 518
Subcapítulo 4: Celebración de matrimonio ilegal 518
1. Tipo penal 518
2. Tipicidad objetiva 519
2.1. Bien jurídico protegido 520
2.2. Sujeto activo 520
2.3. Sujeto pasivo 520
3. Tipicidad subjetiva 520
4. Antijuridicidad 523
5. Culpabilidad 523
6. Consumación y tentativa 524

7. Penalidad 524

Subcapítulo 5: Inobservancia de las formalidades para contraer matrimonio 525

1. Tipo penal 525
2. Tipicidad objetiva 525
   2.1. Bien jurídico tutelado 528
   2.2. Sujeto activo 528
   2.3. Sujeto pasivo 529
3. Tipicidad subjetiva 529
4. Consumación y tentativa 530
5. Penalidad 530

Capítulo II
DELITOS CONTRA EL ESTADO CIVIL

Subcapítulo 1: Generalidades 531

Concepto de estado civil 532

Subcapítulo 2: Alteración o supresión del estado civil 533

1. Tipo penal 533
2. Tipicidad objetiva 533
   2.1. Bien jurídico tutelado 535
   2.2. Sujeto activo 535
   2.3. Sujeto pasivo 535
   2.4. Suprimir el estado civil 536
   2.5. Alteración del estado civil 536
3. Tipicidad subjetiva 537
4. Antijuridicidad 537
5. Culpabilidad 538
6. Consumación 539
7. Tentativa 539
8. Penalidad 540

Subcapítulo 3: Fingimiento de embarazo o parto 540
1. Tipo penal 540
2. Tipicidad objetiva 540
   2.1. Fingimiento de embarazo 541
   2.2. Fingimiento de parto 541
   2.3. Bien jurídico tutelado 542
   2.4. Sujeto activo 542
   2.5. Sujeto pasivo 542
3. Tipicidad subjetiva 543
4. Antijuridicidad 543
5. Culpabilidad 544
6. Consumación 544
7. Tentativa 545
8. Participación 545
9. Penalidad 546

Subcapítulo 4: Alteración o supresión de la filiación de menor 547
1. Concepto de filiación 547
2. Tipo penal 548
3. Tipicidad objetiva 548
   3.1. Bien jurídico protegido 551
   3.2. Sujeto activo 551
   3.3. Sujeto pasivo 552
4. Tipicidad subjetiva 552
5. Antijuridicidad 552
6. Culpabilidad 553
7. Consumación y tentativa 553
8. Penalidad 554

Subcapítulo 5: El honor en los delitos contra el estado civil 554
1. Tipo penal 554
2. Leit motiv del tipo penal 554

Capítulo III
ATENTADOS CONTRA LA PATRIA POTESTAD

Subcapítulo 1: Generalidades 556
1. La patria potestad en nuestro sistema jurídico 556
2. Concepto de la patria potestad 557
3. La patria potestad como bien jurídico 558

Subcapítulo 2: Sustracción de menor 559
1. Tipo penal 559
2. Tipicidad objetiva 560
   2.1. Sustracción de menor 560
   2.2. Rehusar la entrega de un menor 563
   2.3. Bien jurídico protegido 564
   2.4. Sujeto activo 564
   2.5. Sujeto pasivo 565
3. Tipicidad subjetiva 565
4. Antijuridicidad 566
5. Culpabilidad 566
6. Consumación y tentativa 567
7. Penalidad 567

Subcapítulo 3: Inducción a la fuga de un menor 567
1. Tipo penal 567
2. Tipicidad objetiva 568
   2.1. Bien jurídico protegido 570
   2.2. Sujeto activo 571
   2.3. Sujeto pasivo 571
3. Tipicidad subjetiva 572
4. Antijuridicidad 572
5. Culpabilidad 572
6. Consumación Y Tentativa 573
7. Penalidad 574

Subcapítulo 4: Instigación de menores a participar en pandillas perniciosas 574
1. Tipo penal 574
2. Hermenéutica jurídica 575
3. Agravantes 577
4. Penalidad 580

Capítulo IV
OMISIÓN DE ASISTENCIA FAMILIAR

Subcapítulo 1: Generalidades 581
1. Concepto de alimentos 581
2. Sujetos que tienen el deber de los alimentos 582
3. Sujetos que tienen derecho a los alimentos 583
4. El derecho penal en las relaciones familiares 583

Subcapítulo 2: Incumplimiento de obligación alimentaria 584
1. Tipo penal 584
2. Tipicidad objetiva 585
   2.1. Bien jurídico protegido 589
   2.2. Sujeto activo 590
   2.3. Sujeto pasivo 591
   2.4. Delito de omisión propia 591
   2.5. Delito permanente 592
   2.6. Circunstancias agravantes 595
3. Tipicidad subjetiva 597
4. Antijuridicidad 598
5. Culpabilidad 598
6. Consumación y tentativa 599
7. Penalidad 600

Subcapítulo 3: Abandono de mujer en gestación 601
1. Tipo penal 601
2. Tipicidad objetiva 601

2.1. Bien jurídico tutelado 604
2.2. Sujeto activo 605
2.3. Sujeto pasivo 605
3. Tipicidad subjetiva 605
4. Antijuridicidad 606
5. Culpabilidad 606
6. Consumación y tentativa 607
7. Penalidad 607

TÍTULO IV
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

1. La categoría de la libertad 609
2. Origen y evolución de la libertad como derecho 611
3. El derecho a la libertad en nuestro sistema jurídico 612

Capítulo I
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

Subcapítulo 1: Generalidades 615
1. Concepto de libertad personal 615
2. La libertad personal como derecho 616
Subcapítulo 2: Coacción 616
1. Tipo penal 616
2. Tipicidad objetiva 617
2.1. Bien jurídico protegido 619
2.2. Sujeto activo 620
2.3. Sujeto pasivo 620
3. Tipicidad subjetiva 621
4. Antijuridicidad 621
5. Culpabilidad 621
6. Consumación y tentativa 622

7. Penalidad 622
Subcapítulo 3: Secuestro 622
1. Tipo penal 622
2. Tipicidad objetiva 625
2.1. Agravantes 628
2.2. Bien jurídico protegido 642
2.3. Sujeto activo 643
2.4. Sujeto pasivo 643
3. Tipicidad subjetiva 644
4. Antijuridicidad 645
5. Culpabilidad 646
6. Consumación 648
7. Tentativa y actos preparatorios 650
8. Diferencia entre el delito de coacción y secuestro 651
9. Penalidad 652
10. La pena de cadena perpetua 652
11. Imponer cadena perpetua origina un absurdo jurídico 657
Subcapítulo 4: Trata de personas 658
1. Cuestión previa 658
2. Tipo penal 662
3. Tipicidad objetiva 663
3.1. Verbos rectores y conductas típicas 664
3.2. Lugar de desarrollo de las conductas típicas 666
3.3. Medios coactivos típicos 666
3.4. Finalidad del agente 671
3.5. Bien jurídico protegido 673
3.6. Sujeto activo 674
3.7. Sujeto pasivo 677
4. Tipicidad subjetiva 677
5. Antijuridicidad 678
6. Culpabilidad 679

7. Tentativa y consumación 679
8. Penalidad 681

Subcapítulo 5: Trata de personas agravada 681
1. Tipo penal 681
2. Tipicidad objetiva 682
3. Circunstancias agravantes 682
4. Penalidad 693

Subcapítulo 6: Explotación sexual 693
1. Tipo penal 696
2. Hermenéutica jurídica 697
   2.1. Agravantes con pena no menor de quince ni mayor de veinte años: 699
   2.2. Agravantes con pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años 699
   2.3. Agravantes con pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años 702
3. Penalidad 702

Subcapítulo 7: Esclavitud y otras formas de explotación 703
1. Tipo penal 703
2. Hermenéutica jurídica 705
   2.1. Agravantes con pena no menor de quince ni mayor de veinte años: 709
   2.2. Agravantes con pena no menor de veinte ni mayor de veinticinco años: 710
   2.3. Agravantes con pena no menor de veinticinco ni mayor de treinta años: 710
3. Penalidad 710

Capítulo II
VIOLACIÓN DE LA INTIMIDAD

Subcapítulo 1: Generalidades 713
1. Concepto de intimidad y derecho a la intimidad 713

2. La intimidad como derecho: origen y evolución 716
3. Derecho penal e intimidad 721
4. El derecho a la intimidad en nuestro sistema jurídico 722

Subcapítulo 2: Violación de la intimidad 725
1. Tipo penal 725
2. Tipicidad objetiva 726
2.1. Agravantes del delito de violación de la intimidad 729
2.2. Bien jurídico protegido 730
2.3. Sujeto activo 731
2.4. Sujeto pasivo 731
3. Tipicidad subjetiva 732
4. Antijuridicidad 733
5. Culpabilidad 734
6. Consumación 735
7. Tentativa 736
8. Penalidad 736

Subcapítulo 3: Tráfico ilegal de datos personales 737
1. Tipo penal 737
2. Tipicidad objetiva 737
2.1. Bien jurídico protegido 738
2.2. Sujeto activo 738
2.3. Sujeto pasivo 739
3. Tipicidad subjetiva 739
4. Antijuridicidad 739
5. Culpabilidad 739
6. Consumación y tentativa 740
7. Penalidad 740

Subcapítulo 4: Violación de la intimidad agravada por la calidad o función del autor 740
1. Tipo penal 740
2. Hermenéutica jurídica 741

3. Penalidad 742

Subcapítulo 5: Revelación de la intimidad conocida por motivos de trabajo 743

1. Tipo penal 743
2. Tipicidad objetiva 743
   2.1. Supuestos delictivos 744
   2.2. Bien jurídico protegido 745
   2.3. Sujeto activo 745
   2.4. Sujeto pasivo 745
3. Tipicidad subjetiva 745
4. Antijuridicidad 746
5. Culpabilidad 746
6. Consumación y tentativa 746
7. Penalidad 747

Subcapítulo 6: Organización y empleo ilícito de archivos políticos o religiosos 747

1. Tipo penal 747
2. Tipicidad objetiva 747
   2.1. Conducta agravada por la calidad del agente 750
   2.2. Bien jurídico protegido 751
   2.3. Sujeto activo 751
   2.4. Sujeto pasivo 752
3. Tipicidad subjetiva 752
4. Antijuridicidad 753
5. Culpabilidad 753
6. Consumación y tentativa 753
7. Penalidad 754

Subcapítulo 7: Acción privada 754

1. Cláusula penal 754
2. Hermenéutica jurídica 755

Capítulo III
VIOLACIÓN DE DOMICILIO

Subcapítulo 1: Generalidades 758
1. El domicilio en nuestro sistema jurídico 758
2. Concepto de domicilio para el derecho penal 759
3. Sujetos que tienen derecho al domicilio 760

Subcapítulo 2: Violación de domicilio 762
1. Tipo penal 762
2. Tipicidad objetiva 762
   2.1. Bien jurídico protegido 767
   2.2. Sujeto activo 770
   2.3. Sujeto pasivo 770
3. Tipicidad subjetiva 770
4. Antijuridicidad 771
5. Culpabilidad 771
6. Consumación y tentativa 772
7. Penalidad 773

Subcapítulo 3: Allanamiento ilegal de domicilio 773
1. Tipo penal 773
2. Tipicidad objetiva 773
   2.1. Bien jurídico protegido 780
   2.2. Sujeto activo 780
   2.3. Sujeto pasivo 781
3. Tipicidad subjetiva 781
4. Antijuridicidad 782
5. Culpabilidad 782
6. Consumación y tentativa 783
7. Penalidad 784

CAPÍTULO IV
VIOLACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Subcapítulo 1: Generalidades 785
1. Concepto de las comunicaciones 785
2. Regulación de las comunicaciones en nuestro sistema jurídico 786
3. Importancia del secreto de las comunicaciones 788

Subcapítulo 2: Apertura o apoderamiento indebido de correspondencia 789
1. Tipo penal 789
2. Tipicidad objetiva 789
   2.1. Bien jurídico protegido 793
   2.2. Sujeto activo 793
   2.3. Sujeto pasivo 793
3. Tipicidad subjetiva 793
4. Antijuridicidad 794
5. Culpabilidad 795
6. Tentativa y consumación 795
7. Penalidad 796

Subcapítulo 3: Interferencia telefónica 796
1. Tipo penal 796
2. Tipicidad objetiva 797
   2.1. La conducta agravada por la calidad del agente 801
   2.2. La agravante por la información clasificada como secreta, reservada o confidencial 801
   2.3. La información compromete la defensa, seguridad o soberanía nacionales 807
   2.4. Si el agente es integrante de organización criminal 807
   2.5. Si el agente fabrica, adquiere, introduce al territorio nacional, posee o comercializa equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones o similares 807

2.6. Bien jurídico protegido 808
2.7. Sujeto activo 809
2.8. Sujeto pasivo 809
3. Tipicidad subjetiva 809
4. Antijuridicidad 810
5. Culpabilidad 810
6. Tentativa y consumación 810
7. Penalidad 812

Subcapítulo 4: Interferencia de comunicaciones electrónicas o de mensajería instantánea 812
1. Tipo penal 812
2. Hermenéutica jurídica 813
3. Penalidad 814

Subcapítulo 5: Desvío o supresión de correspondencia 815
1. Tipo penal 815
2. Tipicidad objetiva 815
2.1. Bien jurídico protegido 817
2.2. Sujeto activo 817
2.3. Sujeto pasivo 817
3. Tipicidad subjetiva 818
4. Antijuridicidad 818
5. Culpabilidad 818
6. Consumación 819
7. Tentativa 819
8. Penalidad 819

Subcapítulo 6: Publicación indebida de correspondencia 819
1. Tipo penal 819
2. Tipicidad objetiva 820
2.1. Bien jurídico protegido 821
2.2. Sujeto activo 822
2.3. Sujeto pasivo 822

3. Tipicidad subjetiva 822
4. Antijuridicidad 822
5. Culpabilidad 823
6. Tentativa y consumación 823
7. Penalidad 823

Capítulo V
VIOLACIÓN DEL SECRETO PROFESIONAL

Subcapítulo 1: Generalidades 824
Concepto de secreto profesional 824
Subcapítulo 2: Violación del secreto profesional 825
1. Tipo penal 825
2. Tipicidad objetiva 826
2.1. Bien jurídico protegido 827
2.2. Sujeto activo 828
2.3. Sujeto pasivo 828
3. Tipicidad subjetiva 829
4. Antijuridicidad 829
5. Culpabilidad 829
6. Tentativa y consumación 830
7. Penalidad 830

Capítulo VI
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN

Subcapítulo 1: Generalidades 831
La libertad de reunión en nuestro sistema jurídico 831
Subcapítulo 2: Impedimento o perturbación de una reunión pública ... 833
1. Tipo penal 833
2. Tipicidad objetiva 834
2.1. Bien jurídico protegido 836

2.2. Sujeto activo 837
2.3. Sujeto pasivo 837
3. Tipicidad subjetiva 837
4. Antijuridicidad 837
5. Culpabilidad 838
6. Consumación y tentativa 838
7. Penalidad 838

Subcapítulo 3: Abuso de cargo 839
1. Tipo penal 839
2. Tipicidad objetiva 839
2.1. Bien jurídico protegido 841
2.2. Sujeto activo 841
2.3. Sujeto pasivo 841
3. Tipicidad subjetiva 841
4. Antijuridicidad 842
5. Culpabilidad 842
6. Consumación y tentativa 843
7. Penalidad 843

Capítulo VII
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

Subcapítulo 1: Generalidades 844
1. Concepto de libertad de trabajo 844
2. Origen y evolución de los derechos laborales a nivel constitucional 845

Subcapítulo 2: Delitos contra la libertad sindical 846
1. Tipo penal 846
2. Tipicidad objetiva 847
2.1. Otros supuestos delictivos 850
2.2. Bien jurídico protegido 855
2.3. Sujeto activo 855

2.4. Sujeto pasivo 856
3. Tipicidad subjetiva 856
4. Consumación y tentativa 856
5. Penalidad 857

Subcapítulo 3: El delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales 857
1. Tipo penal 857
2. Tipicidad objetiva 858
2.1. Circunstancia agravante 864
2.2. Bien jurídico protegido 865
2.3. Sujeto activo 866
2.4. Sujeto pasivo 866
3. Tipicidad subjetiva 867
4. Consumación y tentativa 867
5. Penalidad 868

Subcapítulo 4: El delito de trabajo forzoso 869
1. Tipo penal 869
2. Hermenéutica jurídica 870
2.1. Circunstancias agravantes del delito de trabajo forzoso 874
3. Penalidad 880

Capítulo VIII
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Subcapítulo 1: Generalidades 881
1. Concepto de la libertad de expresión 881
2. Importancia de la libertad de expresión en nuestro sistema jurídico . 883

Subcapítulo 2: Delito contra la libertad de expresión 884
1. Tipo penal 884
2. Tipicidad objetiva 884
2.1. Bien jurídico protegido 887
2.2. Sujeto activo 889

2.3. Sujeto pasivo 890
3. Tipicidad subjetiva 890
4. Antijuridicidad 890
5. Culpabilidad 890
6. Tentativa y consumación 891
7. Penalidad 891

Capítulo IX
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

Subcapítulo 1: Generalidades 893
1. Fundamentos del origen de la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales 893
2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales 897
2.1. La libertad en el ámbito sexual: Libertad sexual 902
2.2. La indemnidad sexual como bien jurídico 904
Subcapítulo 2: Delito de acceso carnal sexual 907
1. Cuestión previa 907
2. Tipo penal 908
3. Tipicidad objetiva 909
3.1. Medios típicos del acceso sexual prohibido 919
3.2. Bien jurídico protegido 928
3.3. Sujetos del delito de acceso carnal sexual 930
4. Tipicidad subjetiva 937
4.1. Elemento subjetivo adicional al dolo 937
4.2. Dolo 938
4.3. El error de tipo 939
5. Antijuridicidad 940
5.1. ¿El consentimiento es causa de justificación o atipicidad? ... 941
6. Culpabilidad 942

6.1. Error de prohibición 943
7. Tentativa 944
7.1. La tentativa en el delito de acceso carnal sexual por amenaza grave 947
8. Consumación 948
9. Autoría 949
9.1. Cuestión previa 949
9.2. Autoría 950
10. Participación 954
11. Circunstancias agravantes del delito de acceso carnal sexual 956
11.1. Asalto sexual con el concurso de dos o más sujetos 956
11.2. El acceso carnal sexual se realiza a mano armada 958
11.3. El agente se haya prevalido de cualquier posición, cargo o parentesco 959
11.4. Agravante por calidad o cualidad especial del agente 962
11.5. Víctima con edad entre 14 y 18 años 963
11.6. Agente portador de enfermedad de transmisión sexual 964
11.7. Autor es docente o auxiliar de educación 966
11.8. Muerte de la víctima 966
11.9. Lesiones graves en la víctima 968
11.10. Crueldad sobre la víctima 969
12. Acceso carnal sexual violento dentro del matrimonio 970
12.1. No constituye delito 970
12.2. No se configura delito salvo excepciones 972
12.3. Se configura el delito de acceso carnal sexual 973
13. Penalidad 977
Subcapítulo 3: Delito de acceso carnal sexual presunto 978
1. Tipo penal 978
2. Tipicidad objetiva 979
2.1. Colocar en estado de inconsciencia 981
2.2. La víctima en la circunstancia de imposibilidad de resistir ... 983

2.3. Circunstancias agravantes 984
2.4. Bien jurídico protegido 986
2.5. Sujeto activo 986
2.6. La coautoría 987
2.7. Sujeto pasivo 988
3. Tipicidad subjetiva 988
4. Antijuridicidad 990
5. Culpabilidad 990
6. Tentativa y consumación 990
7. Penalidad 991

Subcapítulo 4: Delito de acceso carnal sexual abusivo 992
1. Tipo penal 992
2. Tipicidad objetiva 992
2.1. Circunstancias agravantes 998
2.2. Bien jurídico protegido 999
2.3. Sujeto activo 1000
2.4. Sujeto pasivo 1001
3. Tipicidad subjetiva 1001
3.1. Error de tipo 1002
4. Antijuridicidad 1003
5. Culpabilidad 1003
6. Tentativa y consumación 1003
7. Penalidad 1004

Subcapítulo 5: Delito de acceso carnal sexual sobre menores 1005
1. Tipo penal 1005
2. Cuestión previa 1005
2.1. La inconstitucionalidad del delito de violacion sexual consentido sobre adolescentes 1006
2.2. Efectos perjudiciales del inciso 3 del artículo 173° CP 1009
2.3. La justicia penal y el problema social 1010

2.4. Reconduccion del delito de abuso sexual no consentido al artículo 170° CP 1013
2.5. Declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 CP 1015
2.6. Error del tribunal constitucional 1018
2.7. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad 1021
3. Tipicidad objetiva 1023
3.1. El consentimiento del menor en la jurisprudencia 1025
3.2. Pena más drástica cuando menor es la edad de la víctima 1029
3.3. Desde cuándo corre el término de la prescripción de la acción penal 1032
3.4. Agravantes de acceso sexual sobre un menor 1033
3.6. Bien jurídico protegido 1040
3.7. Sujeto activo 1042
3.8. Sujeto pasivo 1042
4. Tipicidad subjetiva 1043
4.1. Error de tipo 1044
5. Antijuridicidad 1048
6. Culpabilidad 1048
6.1. Error culturalmente condicionado 1049
7. Tentativa 1051
8. Consumación 1054
9. Autoría y participación 1058
10. Penalidad 1060
Subcapítulo 6: Delito de acceso sexual en personas dependientes .. 1061
1. Tipo penal 1061
2. Tipicidad objetiva 1061
2.1. Circunstancias agravantes 1064
2.2. Bien jurídico protegido 1065
2.3. Sujeto activo 1066
2.4. La coautoría 1066

2.5. Sujeto pasivo 1067
3. Tipicidad subjetiva 1067
3.1. Error de tipo 1068
4. Tentativa y consumación 1068
5. Penalidad 1069
Subcapítulo 7: Actos contrarios al pudor 1069
1. Tipo penal 1069
2. Tipicidad objetiva 1070
2.1. Circunstancias agravantes 1073
2.2. Bien jurídico protegido 1077
2.3. Sujeto activo 1078
2.4. Sujeto pasivo 1078
3. Tipicidad subjetiva 1078
4. Antijuridicidad 1079
5. Culpabilidad 1079
6. Tentativa y consumación 1080
7. Penalidad 1080
Subcapítulo 8: Atentado al pudor de menor 1081
1. Tipo penal 1081
2. Tipicidad objetiva 1081
2.1. Circunstancia agravante 1082
2.2. Bien jurídico protegido 1084
2.3. Sujeto activo 1084
2.4. Sujeto pasivo 1084
3. Tipicidad subjetiva 1085
4. Antijuridicidad 1086
5. Culpabilidad 1086
6. Tentativa y consumación 1086
7. Penalidad 1087
Subcapítulo 9: Responsabilidad civil especial 1088
1. Tipo penal 1088

2. Hermenéutica jurídica 1088
Subcapítulo 10: Tratamiento terapéutico 1091
1. Tipo penal 1091
2. hermenéutica jurídica 1091

Capítulo X
PROXENETISMO

Subcapítulo 1: Generalidades 1094
Conceptos generales 1094
Subcapítulo 2: Favorecimiento a la prostitución 1097
1. Tipo penal 1097
2. Tipicidad objetiva 1098
2.1. Conductas delictivas agravadas 1100
2.2. Bien jurídico protegido 1102
2.3. Sujeto activo 1103
2.4. Sujeto pasivo 1103
3. Tipicidad subjetiva 1103
4. Antijuridicidad 1104
5. Culpabilidad 1104
6. Tentativa y consumación 1104
7. Penalidad 1105
Subcapítulo 3: Rufianismo 1106
1. Tipo penal 1106
2. Tipicidad objetiva 1106
2.1. Circunstancias agravantes 1108
2.2. Bien jurídico protegido 1109
2.3. Sujeto activo 1109
2.4. Sujeto pasivo 1109
3. Tipicidad subjetiva 1109
4. Antijuridicidad 1110

5. Culpabilidad 1110
6. Tentativa y consumación 1111
7. Penalidad 1112

Subcapítulo 4: Prostitución de personas 1112
1. Tipo penal 1112
2. Tipicidad objetiva 1113
   2.1. Circunstancias agravantes 1114
   2.2. Bien jurídico protegido 1116
   2.3. Sujeto activo 1117
   2.4. Sujeto pasivo 1117
3. Tipicidad subjetiva 1117
4. Antijuridicidad 1118
5. Culpabilidad 1118
6. Tentativa y consumación 1118
7. Penalidad 1119

Subcapítulo 5: Turismo sexual adolescente 1120
1. Tipo penal 1120
2. Tipicidad objetiva 1120
   2.1. Agravantes del turismo sexual adolescente 1123
   2.2. Bien jurídico protegido 1124
   2.3. Sujeto activo 1125
   2.4. Sujeto pasivo 1125
3. Tipicidad subjetiva 1125
4. Tentativa y consumación 1126

Subcapítulo 6: Uso de los medios de comunicación para promocionar la prostitución adolescente, turismo sexual adolescente y trata de menores 1126
1. Tipo penal 1126
2. Hermenéutica jurídica 1127

Capítulo XI
OFENSAS AL PUDOR PÚBLICO

Subcapítulo 1: Ofensas al pudor público realizando conductas obscenas 1129
1. Tipo penal 1129
2. Tipicidad objetiva 1130
2.1. Conductas agravadas 1131
2.2. Bien jurídico protegido 1133
2.3. Sujeto activo 1134
2.4. Sujeto pasivo 1134
3. Tipicidad subjetiva 1134
4. Antijuridicidad 1135
5. Culpabilidad 1135
6. Tentativa y consumación 1135
7. Penalidad 1136
Subcapítulo 2: Pornografía infantil y adolescente 1137
1. Tipo penal 1137
2. Tipicidad objetiva 1137
2.1. Agravantes de la pornografía infantil y adolescente 1140
2.2. Bien jurídico protegido 1141
2.3. Sujeto activo 1141
2.4. Sujeto pasivo 1142
3. Tipicidad subjetiva 1142
4. Antijuridicidad 1142
5. Culpabilidad 1142
6. Tentativa y consumación 1143
7. Penalidad 1143
Subcapítulo 3: Proposiciones sexuales a menores de edad 1144
1. Tipo penal 1144
2. Tipicidad objetiva 1144

2.1. Bien jurídico protegido 1145
2.2. Sujeto activo 1145
2.3. Sujeto pasivo 1146
3. Tipicidad subjetiva 1146
4. Tentativa y consumación 1146
5. Penalidad 1146

Capítulo XII
DISPOSICIÓN COMÚN Penalidad DEL CÓMPLICE PRIMARIO

1. Precepto penal 1148
2. Hermenéutica jurídica 1148

TÍTULO V
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1. El patrimonio en el derecho privado y su repercusión en el derecho penal 1151
2. Bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales: propiedad o patrimonio 1154
3. Teorías sobre el concepto y naturaleza de patrimonio 1157
4. Valoración económica de los bienes 1159

Capítulo I
HURTO

Subcapítulo 1: Hurto simple 1164
1. Tipo penal 1164
2. Tipicidad objetiva 1164
2.1. Acción de apoderar 1167
2.2. Ilegitimidad del apoderamiento 1168
2.3. Acción de sustracción 1169
2.4. Bien mueble 1170

2.5. Recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación como objeto de hurto 1175
2.6. Valor del bien mueble 1176
2.7. Bien mueble total o parcialmente ajeno 1177
2.8. Bien jurídico protegido 1178
2.9. Sujeto activo 1179
2.10. Sujeto pasivo 1180
3. Tipicidad subjetiva 1180
3.1. Provecho económico 1181
4. Antijuridicidad 1183
5. Culpabilidad 1183
6. Consumación 1184
7. Tentativa 1187
8. Penalidad 1188
Subcapítulo 2: Hurto agravado 1188
1. Tipo penal 1188
2. Tipicidad objetiva 1190
2.1. Hurto mediante destreza 1195
2.2. Hurto por escalamiento 1196
2.3. Hurto mediante destrucción de obstáculos 1197
2.4. Hurto por rotura de obstáculos 1198
3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado 1199
3.1. Hurto con ocasión de incendio 1200
3.2. Hurto en inundación 1200
3.3. Hurto en naufragio 1201
3.4. Hurto en calamidad pública 1201
3.5. Hurto en desgracia particular de la víctima 1202
4. Sobre los bienes muebles que forma el equipaje de viajero 1203
5. Mediante el concurso de dos o más personas 1204
6. En inmueble habitado 1206

7. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos 1208
8. Sobre bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la nación 1209
9. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica 1211
10. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos 1211
11. Utilizando el espectro radioeléctrico 1212
12. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima 1213
13. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios 1214
14. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos y elementos de seguridad 1215
15. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones encargadas de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones 1216
16. Hurto en agravio de menores de edad 1216
17. Hurto en agravio de personas con discapacidad 1217
18. Hurto en agravio de mujeres en estado de gravidez 1218
19. Hurto en agravio de adulto mayor 1218
20. Cuando el objeto del hurto son bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para realizar todo el proceso de aprovechamiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados 1219
21. Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos 1220
22. Penalidad 1221

Subcapítulo 3: Hacer dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas 1222

1. Tipo penal 1222
2. Tipicidad objetiva 1223
3. Bien jurídico protegido 1226

4. Sujeto activo 1226
5. Sujeto pasivo 1226
6. Tipicidad subjetiva 1227
7. Consumación y tentativa 1227
8. Penalidad 1227
Subcapítulo 4: Hurto de uso 1228
1. Tipo penal 1228
2. Tipicidad objetiva 1228
2.1. Acción de sustracción 1229
2.2. Mínimo apoderamiento 1229
2.3. Provecho temporal 1230
2.4. Uso momentáneo del bien 1230
2.5. Devolución del bien 1230
2.6. Bien ajeno 1231
2.7. Valor del bien 1232
2.8. Bien jurídico protegido 1233
2.9. Sujeto activo 1233
2.10. Sujeto pasivo 1233
3. Tipicidad subjetiva 1233
4. Antijuridicidad 1234
5. Culpabilidad 1234
6. Tentativa 1234
7. Consumación 1235
8. Penalidad 1235

Capítulo II
ROBO

Subcapítulo 1: Generalidades 1236
1. Naturaleza del delito de robo 1236
2. Valor del bien objeto de robo 1239
3. Diferencias sustanciales entre hurto y robo 1239

Subcapítulo 2: Robo simple 1240
1. Tipo penal 1240
2. Tipicidad objetiva 1240
   2.1. Acción de apoderar 1242
   2.2. Ilegitimidad del apoderamiento 1243
   2.3. Acción de sustracción 1243
   2.4. Bien mueble 1244
   2.5. Bien mueble total o parcialmente ajeno 1245
   2.6. Violencia y amenaza como elementos constitutivos del delito de robo 1246
   2.7. Bien jurídico protegido 1254
   2.8. Sujeto activo 1257
   2.9. Sujeto pasivo 1257
3. Tipicidad subjetiva 1258
4. Antijuridicidad 1258
5. Culpabilidad 1259
6. Tentativa 1260
7. Consumación 1262
8. Autoría y participación 1267
9. Penalidad 1268

Subcapítulo 3: Robo agravado 1268
1. Tipo penal 1268
2. Tipicidad objetiva 1270
   2.1. Circunstancias agravantes 1272
3. Concurso aparente de leyes 1321
4. Penalidad 1323

Capítulo II-A
ABIGEATO

Subcapítulo 1: Tipo básico 1325
1. Tipo penal 1325

2. Hurto simple de ganado 1326
3. Consumación Y Tentativa 1328
4. Penalidad 1329
5. Circunstancias agravantes del hurto de ganado 1329
6. Penalidad de las circunstancias agravantes 1330

Subcapítulo 2: Abigeato de uso 1331
1. Tipo penal 1331
2. Tipicidad objetiva 1331
3. Penalidad 1332

Subcapítulo 3: Abigeato agravado 1333
1. Tipo penal 1333
2. Hermenéutica jurídica 1333
3. Penalidad 1337

Capítulo III
APROPIACIÓN ILÍCITA

Subcapítulo 1: Tipo básico 1338
1. Tipo penal 1338
2. Tipicidad objetiva 1339
   2.1. Bien mueble 1340
   2.2. Apropiación indebida 1341
   2.3. Que el bien haya sido recibido mediante título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado 1343
   2.4. Provecho propio o de un tercero 1348
   2.5. Bien jurídico protegido 1348
   2.6. Sujeto activo 1350
   2.7. Sujeto pasivo 1350
3. Tipicidad subjetiva 1350
4. Circunstancias agravantes 1351
5. Antijuridicidad 1356

6. Culpabilidad 1357
7. Consumación 1358
8. Penalidad 1360
Subcapítulo 2: Sustracción de bien propio 1361
1. Tipo penal 1361
2. Tipicidad objetiva 1361
2.1. Sustracción del bien mueble 1362
2.2. El sujeto activo debe ser el propietario 1362
2.3. El sujeto pasivo debe poseer el bien de modo legítimo 1362
2.4. El acto debe causar perjuicio 1363
2.5. Bien jurídico protegido 1364
2.6. Sujeto activo 1364
2.7. Sujeto pasivo 1365
3. Tipicidad subjetiva 1365
4. Antijuridicidad 1365
5. Culpabilidad 1366
6. Consumación y tentativa 1366
7. Penalidad 1367
Subcapítulo 3: Apropiación de bien perdido o de tesoro 1367
1. Tipo penal 1367
2. Tipicidad objetiva 1367
2.1. Bien jurídico protegido 1371
2.2. Sujeto activo 1371
2.3. Sujeto pasivo 1371
3. Tipicidad subjetiva 1371
4. Antijuridicidad 1372
5. Culpabilidad 1372
6. Consumación Y Tentativa 1372
7. Penalidad 1373
Subcapítulo 4: Apropiación de un bien por error o caso fortuito ... 1373
1. Tipo penal 1373

2. Tipicidad objetiva 1373
2.1. Bien jurídico protegido 1375
2.2. Sujeto activo 1375
2.3. Sujeto pasivo 1375
3. Tipicidad subjetiva 1376
4. Consumación Y Tentativa 1376
5. Penalidad 1376
Subcapítulo 5: Disponer o apropiación de bien recibido en prenda 1377
1. Tipo penal 1377
2. Tipicidad objetiva 1377
2.1. Modalidades de la apropiación ilícita de prenda 1380
2.2. Bien jurídico protegido 1381
2.3. Sujeto activo 1381
2.4. Sujeto pasivo 1381
3. Tipicidad subjetiva 1381
4. Antijuridicidad 1382
5. Culpabilidad 1382
6. Consumación y tentativa 1383
7. Penalidad 1384

Capítulo IV
RECEPTACIÓN

Subcapítulo 1: Tipo general 1385
1. Cuestiones generales 1385
2. Clases de receptación 1386
3. Tipo penal 1387
4. Tipicidad objetiva 1387
4.1. El bien objeto del delito debe ser objeto material de un delito anterior 1388
4.2. El bien objeto del delito debe ser el mismo del delito precedente 1389

4.3. El agente debe saber que el bien mueble proviene de un delito o en su caso, debe presumirlo 1390
4.4. Modalidades por las cuales se materializa en la realidad concreta 1392
4.5. Bien jurídico protegido 1398
4.6. Agravantes del delito de receptación 1398
4.7. Sujeto activo 1404
4.8. Sujeto pasivo 1405
5. Tipicidad subjetiva 1405
6. Antijuridicidad 1407
7. Culpabilidad 1407
8. Consumación y tentativa 1408
9. Penalidad 1408

Subcapítulo 2: Distribución de señales de satélite portadoras de programas 1409

1. Tipo penal 1409
2. Tipicidad objetiva 1410
2.1. El bien objeto del delito debe ser una señal de satélite portadora de programas de un delito anterior 1410
2.2. La señal de satélite del delito debe ser el mismo del delito precedente 1411
2.3. El agente debe saber que la señal de satélite portadora de programas proviene de un delito 1411
2.4. Bien jurídico protegido 1412
2.5. Sujeto activo 1412
2.6. Sujeto pasivo 1412
3. Tipicidad subjetiva 1413
4. Consumación y tentativa 1413
5. Penalidad 1413

Capítulo V
ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES

Subcapítulo 1: Estafa 1414
1. Cuestiones generales 1414
2. Tipo penal 1415
3. Tipicidad objetiva 1415
3.1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta 1420
3.2. Inducción a error o mantener en él 1425
3.3. Perjuicio por desprendimiento patrimonial 1427
3.4. Provecho indebido para sí o para un tercero 1429
3.5. Agravantes 1430
3.6. Bien jurídico protegido 1435
3.7. Sujeto activo 1435
3.8. Sujeto pasivo 1436
4. Tipicidad subjetiva 1436
5. Antijuridicidad 1437
6. Culpabilidad 1437
7. Tentativa 1438
8. Consumación 1438
9. Estafa y apropiación ilícita 1440
10. Penalidad 1440
Subcapítulo 2: Defraudación 1441
1. Tipo penal 1441
2. Hermenéutica jurídica 1441
2.1. Simulación o fraude procesal 1442
2.2. Abuso de firma en blanco 1444
2.3. Alteración de los precios y condiciones de contratos 1446
2.4. Estelionato 1449
3. Penalidad 1454

Capítulo VI
FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

Subcapítulo 1: Generalidades 1455
1. Cuestión previa 1455
2. Tipo penal 1463
3. Tipicidad objetiva 1464
   3.1. Ocultar la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances 1465
   3.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica 1468
   3.3. Promover fraudulentamente falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones 1470
   3.4. Aceptar acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito 1471
   3.5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes 1473
   3.6. Omitir comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con los de la persona jurídica 1474
   3.7. Asumir préstamos para la persona jurídica en forma indebida.. 1476
   3.8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica 1477
   3.9. Bien jurídico protegido 1478
   3.10. Sujeto activo 1479
   3.11. Sujeto pasivo 1481
4. Tipicidad subjetiva 1481
5. Antijuridicidad 1482
6. Culpabilidad 1482
7. Tentativa Y Consumación 1483
8. Penalidad 1485

Subcapítulo 2: Informes distorsionados de auditoría 1485
1. Tipo penal 1485

2. Tipicidad objetiva 1487
2.1. Bien jurídico protegido 1488
2.2. Sujeto activo 1488
2.3. Sujeto pasivo 1488
3. Tipicidad subjetiva 1489
4. Consumación y tentativa 1489
5. Penalidad 1490
Subcapítulo 3: Fraude por contabilidad paralela 1490
1. Tipo penal 1490
2. Tipicidad objetiva 1491
2.1. Bien jurídico protegido 1492
2.2. Sujeto activo 1493
2.3. Sujeto pasivo 1493
3. Tipicidad subjetiva 1494
4. Antijuridicidad 1494
5. Culpabilidad 1494
6. Tentativa Y Consumación 1495
7. Penalidad 1496

Capítulo VII
EXTORSIÓN Y CHANTAJE

Subcapítulo 1: Extorsión 1497
1. Tipo penal 1497
2. Tipicidad objetiva 1500
2.1. Obligar a otro o a un tercero 1502
2.2. Violencia 1503
2.3. Amenaza 1504
2.4. Finalidad de la violencia o la amenaza 1506
2.5. Objetivo del sujeto activo: lograr una ventaja 1508
2.6. Ventaja indebida 1509

2.7. Bien jurídico protegido 1509
2.8. Sujeto activo 1511
2.9. Sujeto pasivo 1511
3. Comportamientos que configuran extorsión 1512
4. Tipicidad subjetiva 1513
5. Circunstancias agravantes 1513
5.1. Agravante por el tiempo de duración del secuestro 1513
5.2. Agravantes por la calidad del rehén 1515
5.3. Agravante por el actuar del agente 1520
5.4. Agravante por la forma de participación de agentes 1521
5.5. Agravante por el uso de armas de fuego o artefactos explosivos 1524
5.6. Agravantes por el resultado 1524
6. Antijuridicidad 1526
7. Culpabilidad 1527
8. Tentativa y consumación 1527
9. Coautoría 1529
10. Participación 1530
11. Diferencia sustancial entre secuestro y secuestro extorsivo 1531
12. El delito de extorsión especial 1532
13. El delito de extorsión de los funcionarios públicos 1534
14. Penalidad 1534
15. La pena de cadena perpetua 1535
16. Imponer cadena perpetua origina un absurdo jurídico 1539
Subcapítulo 2: Chantaje 1540
1. Tipo penal 1540
2. Tipicidad objetiva 1540
2.1. Bien jurídico protegido 1545
2.2. Sujeto activo 1546
2.3. Sujeto pasivo 1546
3. Tipicidad subjetiva 1546

4. Antijuridicidad 1547
5. Culpabilidad 1547
6. Tentativa y consumación 1547
7. Penalidad 1548

Capítulo VIII
USURPACIÓN

Subcapítulo 1: Tipo básico 1549
1. Tipo penal 1549
2. Tipicidad objetiva 1551
2.1. Bien jurídico protegido 1553
2.2. Sujeto activo 1555
2.3. Sujeto pasivo 1555
3. Modalidades de usurpación 1555
3.1. El inciso primero del artículo 202 del C.P. 1555
3.2. El inciso segundo del artículo 202 del C.P. 1557
3.3. El inciso tercero del artículo 202 del C.P. 1567
3.4. Inciso cuarto del artículo 202° del C.P. 1571
4. Tipicidad subjetiva 1574
5. Antijuridicidad 1575
6. Culpabilidad 1576
7. Tentativa 1577
8. Consumación 1577
9. La usurpación: delito instantáneo o permanente 1579
10. Penalidad 1583
Subcapítulo 2: Usurpación de aguas 1584
1. Tipo penal 1584
2. Tipicidad objetiva 1584
2.1. Bien jurídico protegido 1586
2.2. Sujeto activo 1586

2.3. Sujeto pasivo 1586
3. Tipicidad subjetiva 1586
4. Antijuridicidad 1587
5. Culpabilidad 1587
6. Tentativa y consumación 1587
7. Penalidad 1588

Subcapítulo 3: Usurpación agravada 1588
1. Tipo penal 1588
2. Hermenéutica jurídica 1590
2.1. Agravantes por los medios empleados 1590
2.2. Agravantes por el número de agentes 1592
2.3. Agravantes por la calidad del inmueble 1593
2.4. Afectando la libre circulación en vías de comunicación 1595
2.5. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales 1595
2.6. Abusando de su condición de funcionario o servidor público o de la función notarial o arbitral 1596
2.7. 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.... 1597
3. Penalidad 1598

Capítulo IX
DAÑOS

Subcapítulo 1: Tipo básico 1599
1. Tipo penal 1599
2. Tipicidad objetiva 1600
2.1. Comportamientos delictivos 1600
2.2. Objeto del delito de daños 1602
2.3. Bien total o parcialmente ajeno 1602
2.4. Valor del bien mueble o inmueble 1603

2.5. Bien jurídico protegido 1604
2.6. Sujeto activo 1605
2.7. Sujeto pasivo 1605
3. Tipicidad subjetiva 1605
4. Antijuridicidad 1606
5. Culpabilidad 1607
6. Tentativa y consumación 1607
7. Penalidad 1607

Subcapítulo 2: Agravantes del delito de daños 1608
1. Tipo penal 1608
2. Hermenéutica jurídica 1609
2.1. Agravantes por la naturaleza de los bienes 1609
2.2. Agravantes por los medios empleados 1613
3. Penalidad 1615

Subcapítulo 3: Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres 1616
1. Tipo penal 1616
2. Hermenéutica jurídica 1616
3. Penalidad 1619

Subcapítulo 4: Producción o venta de productos dañinos para consumo de animales 1620
1. Tipo penal 1620
2. Tipicidad objetiva 1620
2.1. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificados 1621
2.2. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos 1621
2.3. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados 1621
2.4. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificadas 1621

2.5. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos 1622
2.6. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados... 1622
2.7. Bien jurídico protegido 1622
2.8. Sujeto activo 1622
2.9. Sujeto pasivo 1623
3. Tipicidad subjetiva 1623
4. Antijuridicidad 1623
5. Culpabilidad 1624
6. Tentativa y consumación 1624
7. Penalidad 1625

Capítulo X
DISPOSICIÓN COMÚN CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE PUNIBILIDAD

1. Tipo penal 1627
2. Hermenéutica jurídica 1627

Bibliografía 1635

PRÓLOGO
A LA SÉTIMA EDICIÓN

Con gratitud presento a la comunidad jurídica la sétima edición del libro titulado DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL. Las diversas modificaciones e incorporaciones de nuevos delitos a nuestro maltratado Código Penal de 1991, efectuadas por diversos Decretos Legislativos aprobados y publicados a consecuencia del otorgamiento de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo en el 2016, han impuesto la obligación intelectual de actualizar nuestro trabajo que en su primera edición apareció en el 2004.

En efecto, el Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 06 de enero del 2017, ha modificado el contenido del artículo 108-B que regula el delito de feminicidio. Se ha incorporado como agravante, entre otras, el hecho concreto de que el agente realice la acción homicida "a sabiendas de la presencia de las hijas o hijos de la víctima o de niños, niñas o adolescentes que se encuentren bajo su cuidado". Esta agravante ha sido objeto de interpretación jurisprudencial por el Acuerdo Plenario N.° 001-2016/CJ-116, publicado en El Peruano el 17 de octubre del 2017.

El citado Decreto Legislativo también ha modificado el contenido del tipo penal 121 que regula el delito de lesiones graves. Se ha previsto como lesiones graves la "afectación psicológica generada como consecuencia de que el agente obligue a otro a presenciar cualquier modalidad de homicidio doloso, lesión dolosa o violación sexual, o pudiendo evitar esta situación no lo hubiera hecho". De igual modo se ha modificado el contenido del artículo 121-B que regula el delito de lesiones graves por

violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Aquí se ha agregado como agravante "cuando la afectación psicológica a la que se hace referencia en el numeral 4 del primer párrafo del artículo 121, se causa a los hijos, hijas, niñas, niños o adolescentes bajo el cuidado de la víctima de feminicidio, de lesiones en contextos de violencia familiar o de violación sexual". Estos cambios legislativos han sido objeto de hermenéutica jurídica por el Acuerdo Plenario N.° 002-2016/CJ-116, publicado en El Peruano el 17 de octubre del 2017.

Asimismo, el Decreto Legislativo N.° 1323 ha incorporado en nuestro Código Penal tres nuevos delitos. El delito de explotación sexual está previsto en el artículo 153-B, que en su tipo básico se configura cuando el agente "obliga a una persona a ejercer actos de connotación sexual con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico o de otra índole"; el delito de esclavitud y otras formas de explotación está previsto en el artículo 153-C, que en su tipo básico se configura cuando el agente "obliga a una persona a trabajar en condiciones de esclavitud o servidumbre, o la reduce o mantiene en dichas condiciones, con excepción de los supuestos del delito de explotación sexual"; y el delito de trabajo forzoso está previsto en el numeral 168-B del Código Penal, que se configura cuando el sujeto activo "somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no". Se han incorporado a nuestro sistema penal estos nuevos delitos con sus respectivas agravantes.

El Decreto Legislativo N.° 1323 también ha modificado el artículo 208 del C.P., que regula lo que se conoce en nuestro sistema penal como las excusas absolutorias. Se ha precisado que "la excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar".

Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 1351, publicado el 07 enero del 2017, ha modificado el artículo 128 del C.P., que regula el delito de exposición a peligro de una persona dependiente. Se ha previsto incrementar la pena "en los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de catorce años de edad".

En otro extremo, el Decreto Legislativo N.° 1351 ha modificado el contenido del numeral 196-A del C.P., que regula el delito de estafa

agravada. Allí se agregó la circunstancia agravante que se verifica cuando el agente realiza la conducta prohibida "con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima".

Finalmente, por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30556, publicada el 29 abril del 2017, se ha modificado el artículo 204 que prevé las circunstancias que agravan el delito de usurpación. Allí se ha incorporado como agravante, entre otras, el hecho de usurpar "inmuebles en zonas declaradas de riesgo no mitigable".

Estas y otras modificaciones e incorporaciones legislativas a nuestro sistema penal han sido objeto de hermenéutica jurídica en la presente edición.

No está de más precisar que cuando nos referimos a la tipicidad de los delitos que se tratan, tomamos en cuenta el subelemento "imputación objetiva" y los criterios que la excluyen (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y autopuesta en peligro de la víctima). Actualmente, resulta obvio que la imputación objetiva es un elemento más de la tipicidad objetiva. En un delito concreto, primero se determinará el nexo causal o lo que denominamos acción típica y luego, en un segundo nivel, se pasará a verificar si la conducta puede ser atribuida penalmente a su posible autor (imputación objetiva). Esto es muy importante y se debe tener en cuenta para no caer en el error frecuente de considerar que con la imputación objetiva desaparece el elemento objetivo de "nexo causal". Este elemento subsiste, pero por sí solo resulta insuficiente para completar la tipicidad objetiva de una conducta determinada. Ahora bien, se sostiene que aparte del nexo causal debe verificarse la imputación objetiva. En este nivel de la tipicidad objetiva, se verificará si el autor al desarrollar su conducta activa u omisiva creó un riesgo (peligro) prohibido o aumentó un riesgo (peligro) normalmente permitido y como consecuencia de ello, se verificó el resultado dañoso que pertenece al ámbito de protección de la norma penal. En la realidad, el resultado dañoso no es otra cosa que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger.

En un caso judicial concreto, cuando el operador jurídico determina que en la conducta se verifican los elementos de la tipicidad objetiva, recién pasará a verificar la tipicidad subjetiva constituido por el dolo o la culpa y, cuando corresponda, el elemento subjetivo adicional al dolo (delitos de tendencia interna trascendente). Este último aspecto es im-

portante debido que en nuestro sistema jurídico, por ejemplo, los delitos sexuales o los delitos patrimoniales son de tendencia interna trascendente. De ahí que es lugar común que en la doctrina se sostenga que la tipicidad subjetiva no se completa solo con el dolo, dado que es necesario verificar la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, el cual es la satisfacción sexual que busca el autor al realizar su conducta o, en su caso, el lucro que guía al autor de un delito patrimonial. Si en la conducta judicializada no se verifica aquellos móviles o finalidades del agente, tal conducta no podrá ser subsumida en alguno de los tipos penales que sancionan los delitos sexuales o delitos patrimoniales.

Reitero: a diferencia de otros libros o ensayos publicados en el Perú sobre los temas tratados, solo hacemos uso en forma ocasional de la bibliografía extranjera. Si se requiere saber la posición doctrinaria de los diversos juristas extranjeros de Derecho Penal, este no es el texto apropiado. No se pretende hacer Derecho Penal comparado.

El objetivo primordial de nuestro trabajo es más modesto. Solo se pretende hacer dogmática penal sobre los delitos de la parte especial de nuestro Código Penal. Por esta razón, para sustentar y argumentar posiciones y opiniones, se utiliza la bibliografía nacional y, sobre todo, los pronunciamientos de las Salas Penales de nuestra Corte Suprema[1], que en cantidad es abundante, pero que en calidad podemos mejorar aún más. Se ha incorporado precedentes jurisprudenciales recientes.

De la lectura y análisis de las diversas casaciones y ejecutorias supremas que se citan, se advierte el esfuerzo que vienen haciendo nuestros Jueces Supremos en plantear bien el o los problemas jurídicos del caso, luego tratan de darle la mejor solución jurídica (*ratio decidendi*) y finalmente tratan de fundamentar adecuadamente la solución del caso (*obiter dicta*). Esas casaciones o ejecutorias son para admirar, hacen pedagogía y, lo que es más provechoso, sirven a los docentes para hacer pedagogía. Sin embargo, todavía encontramos otras que se prefiere no terminar de leerlas para no desalentarnos. Consideramos que no es un buen preceden-

[1] La trascripción ha sido efectuada por la abogada Norminda Flores Huamán a quien expreso mi agradecimiento y reconocimiento por su invalorable apoyo en mis objetivos intelectuales y profesionales.

te judicial emitido por la última instancia de la justicia penal ordinaria, aquel que se traduce en bastantes páginas o bastantes considerandos. La abundancia de fundamentos trae consigo hasta cuatro graves defectos detectados. Primero, se construyen fundamentos contradictorios. Segundo, para responder el o los problemas jurídicos planteados (si realmente se llegan a plantear) se formulan muchas *ratios decidendi*. Tercero, ante tantos fundamentos, resulta difícil saber cuáles constituyen *ratio decidendi* y cuáles *obiter dicta*. Finalmente, lo que es más grave desde nuestra óptica, nadie lee este tipo de precedentes judiciales. Los profesores cuando citan este tipo de pronunciamientos judiciales lo hacen para exhortar a los alumnos o discentes que esa no es la forma adecuada de redactar una resolución judicial de segunda o última instancia. En lo único que se constituyen es en ejemplo de cómo no redactar una resolución judicial.

Por mi experiencia de juez en actividad, insisto que nuestras resoluciones no son para el abogado o entendido en derecho, sino son para el justiciable. El destinatario final es el ciudadano de a pie que tiene problemas en la justicia penal y, por tanto, espera respuestas de sus jueces. El justiciable debe leer y entender nuestras decisiones y para que ello suceda, es necesario tener en cuenta dos aspectos: Resoluciones no muy amplias; y redactadas en un lenguaje sencillo y claro, dejando de lado todo tipo de tecnicismos jurídicos.

Lima, abril del 2018

RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular
Profesor Universitario.

PRÓLOGO
A LA SEXTA EDICIÓN

Presentamos nuevamente a la comunidad jurídica el libro titulado *Derecho Penal, Parte Especial*, pero en forma poco usual en nuestra patria, en su sexta edición. Los reiterados cambios legislativos que ha sufrido y viene sufriendo nuestro maltratado Código Penal[1] imponen la obligación de seguir actualizando nuestro trabajo que apareció en el 2004 sin mayores expectativas académicas. No obstante, ha sido toda una sorpresa que se haya constituido en un manual de primera mano para hombres y mujeres de derecho, así como de los jóvenes estudiantes que se vienen formando en las aulas universitarias.

La presente edición ha sido actualizada y ampliada, al punto que no nos parece una exageración precisar que supera a las ediciones anteriores en cuanto a conceptos dogmáticos de los delitos que se tratan, así como en las citas e invocación de nuevos y recientes precedentes jurisprudenciales.

Los temas que se estudian y analizan, en estos tiempos de cultura horizontal, son de vital importancia y deben ser conocidos a plenitud por todo hombre y mujer de derecho, pues se ha llegado al consenso general de considerar que los delitos contra el derecho a la vida dependiente e independiente, el derecho a la integridad física y mental, el derecho a la salud, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la

(1) El libro, respecto a los temas que se tratan, está actualizado hasta el 16 de agosto de 2015, fecha en la que se publicó el decreto legislativo N° 1187 que modificó el delito de extorsión y la usurpación agravada. Incluso aquí se ha incluido un capítulo sobre el mal denominado delito de sicariato, introducido innecesariamente en nuestro Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1181 publicado el 27 de julio de 2015.

familia, el derecho a la libertad en todas sus manifestaciones y el derecho al patrimonio de los peruanos, son delitos de primer orden y de presencia frecuente en los estrados judiciales. Se constituyen en delitos que en forma concreta y directa afectan la dignidad personal del perjudicado. De modo que deben ser conocidos en amplitud para evitar que hechos punibles queden sin sanción, y en otros casos, hechos en los cuales por falta de algún elemento objetivo o subjetivo no llegan a ser delito por la lógica de nuestro sistema jurídico penal, basado primordialmente en el principio de legalidad, se constituyan en objeto de sanción penal. Estamos convencidos de que aun cuando parece obvio, solo la interpretación y comprensión racional de los elementos objetivos y subjetivos de cada delito(2), libera a su aplicación práctica del acaso y arbitrariedad que tanto daño hace a la administración de justicia penal en nuestro país.

Igual que en todos nuestros trabajos, insistimos en advertir a nuestros lectores que a diferencia de otros libros, artículos o ensayos publicados en el Perú sobre los temas tratados, aquí solo hacemos uso en forma ocasional de la ubérrima bibliografía extranjera. De entrada, debemos precisar que si se requiere saber la posición doctrinaria de los diversos juristas extranjeros de Derecho Penal sobre los delitos objeto del presente libro, este no es el texto apropiado, toda vez que el presente trabajo no tiene como objetivo efectuar Derecho Penal comparado.

Los objetivos de nuestros trabajos son más modestos. Solo se pretende hacer dogmática penal peruana sobre los delitos de la Parte Especial de nuestro Código Penal. En tal objetivo, para sustentar y argumentar posiciones y opiniones, se utiliza la escasa bibliografía nacional y nuestros precedentes jurisprudenciales(3),

(2) Aquí aprovecho para apuntar lo siguiente: solo conociendo perfectamente los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo penal de la Parte Especial del Código Penal de 1991 y sus leyes modificatorias, podemos hacer un uso adecuado y racional del Código Procesal Penal de 2004. Sin dominar dogmática penal, es imposible hacer frente a un proceso penal bajo el modelo acusatorio garantista con ciertos rasgos adversariales. Resulta obvio que sin dogmática penal, no es posible llegar a dominar racionalmente las técnicas de litigación oral y, menos, las técnicas de juzgamiento.

(3) La transcripción fue realizada por la Dra. Norminda Flores Huamán a quien expreso mi agradecimiento y reconocimiento por su invalorable apoyo en mis objetivos intelectuales y profesionales.

que en cantidad es abundante, pero que en calidad todavía hay muchísimo por hacer.

En efecto, de la lectura de diversas ejecutorias supremas advertimos fácilmente el esfuerzo que vienen haciendo algunos Jueces Supremos en plantear bien el problema jurídico del caso, luego tratan de dar la mejor solución (ratio decidendi) y finalmente, tratan de fundamentar adecuadamente su solución al caso planteado (los obiter dicta). Ese tipo de ejecutorias son para admirar, hacen pedagogía y lo que es más provechoso, sirven para hacer pedagogía en las aulas universitarias. En cambio, hay otras que se prefiere no terminar de leerlas para no desalentarnos. Aquí debemos precisar que no es buena ejecutoria suprema aquella que se traduce en abundantes páginas o en amplitud de considerandos como algunos piensan y exigen. No debe obviarse que la abundancia de fundamentos trae consigo cuatro graves defectos o problemas. Primero, se construyen fundamentos contradictorios. Segundo, para responder el problema jurídico planteado (si realmente se llega a plantear) se formulan muchas ratio decidendi. Tercero, ante la abundancia de fundamentos, al final es muy difícil saber cuáles constituyen ratio decidendi y cuáles son obiter dicta. Finalmente, lo que es más grave desde mi óptica, nadie lee este tipo de ejecutorias. Los profesores haciendo pedagogía, si alguna vez citamos este tipo de ejecutorias, es para exhortar a los alumnos o discentes que esa no es la forma adecuada de redactar una resolución judicial de segunda o última instancia judicial. En lo único que se constituyen es en ejemplo de cómo no redactar una resolución judicial. Pareciera que algunos jueces supremos no se terminan de convencer que trabajan y administran justicia ordinaria en la última instancia del Poder Judicial.

Una de las diferencias, y la más importante, entre la última instancia y segunda o primera es la extensión de la resolución judicial. De la última instancia se espera una abstracción única donde se determine en forma adecuada el problema o problemas jurídicos que encierra el caso, luego se dé la solución o soluciones más razonables a los problemas identificados y finalmente, se precise tres o cuatro considerando que apoyen o fundamenten cada solución al caso. En la mayoría de casos judiciales siempre hay uno o dos los problemas jurídicos relevantes del caso, planteados normalmente en los recursos impugnatorios como agravios. En estos

procesos, se espera una ejecutoria suprema precisa y con una extensión no mayor a cinco páginas. En otros procesos judiciales que son los menos, donde hay más de tres problemas jurídicos relevantes, se espera una ejecutoria precisa y pedagógica con una extensión no mayor de veinte páginas. Y decimos solo problemas relevantes. No todo problema da origen a una ratio decidendi, pues muchos de ellos pueden ser respondidos con los obiter dicta. Concluyendo, se espera que una ejecutoria o casación suprema se constituya en una verdadera pieza jurídica que sirva de orientación a los operadores de las instancias judiciales inferiores(4).

Jamás debemos soslayar los jueces, que nuestro trabajo traducido en resoluciones son para el justiciable y no para el abogado o entendido en derecho. Eso significa que nuestras resoluciones deben ser accesibles a los usuarios de la administración de justicia penal. El destinatario final es el ciudadano de a pie. Ellos deben leer nuestras decisiones y para que ello suceda es necesario tener en cuenta dos aspectos. Resoluciones no muy amplias, y segundo, redactadas en un lenguaje sencillo y claro, dejando de lado todo tipo de tecnicismos jurídicos. Sin duda en las resoluciones judiciales la brevedad lleva a más claridad, en el texto y en las frases(5).

En otro extremo, no recurrimos tanto a fuentes extranjeras para efectuar hermenéutica jurídica de los delitos previstos y sancionados en la parte especial de nuestro Código Penal, pues –reitero– no queremos correr el riesgo de caer en lo que atinadamente advierte el profesor Hurtado Pozo, de evidenciar una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada. Todo hombre y mujer de derecho sabe bien o debiera saber que los autores extranjeros (que pueden ser brillantes y admirables en su producción intelectual) cuando hacen dogmática penal, lo hacen con

(4) Considero que se mejoraría muchísimo si el Poder Judicial capacitara, en estos aspectos, a quienes redactan los proyectos de las ejecutorias o casaciones supremas, como son los secretarios o asistentes judiciales que trabajan en la Salas Penales de la Cortes Suprema.

(5) Cfr. SCHONBOHM, Horst, *Manual de sentencias penales, aspectos generales de estructura, argumentación y valoración probatoria*, Ara editores, Lima, 2014, p. 35.

base en los lineamientos, principios y reglas de los Códigos Penales de sus respectivos países, cuyas fórmulas legislativas de los delitos, aun cuando aparentemente tienen parecido contenido, parecido objetivo y hasta la misma nomenclatura o etiqueta, no son las mismas que las recogidas en el Código Penal peruano de 1991 o las leyes penales especiales.

Finalmente, es obvio que un alto grado de simplificación de los temas complejos y la abstracción de situaciones particulares son el costo que se tiene que pagar para ocuparse de estos temas complicados en un número razonable de páginas de un manual, en vez de la escritura de enormes volúmenes, pues como pudiera esperarse, por los temas que se abordan, no se trata de un libro enciclopédico, sino por el contrario, se trata de un manual cuyo único objetivo es constituirse en herramienta legal de primera mano para comenzar a conocer el complicado y nada pacífico mundo de los delitos de la Parte Especial de nuestro Código Penal, y también constituirse en un libro eficaz donde se encuentren las primeras pautas o indicios razonables para encontrar la posible solución jurídica a los casos reales que se presentan a diario en los estrados judiciales.

Lima, setiembre de 2015

RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular de Lima

PRÓLOGO
A LA QUINTA EDICIÓN

La cuarta edición de esta obra ha tenido efímero paso por las librerías. Ante el reclamo de los colegas por contar con un libro actualizado sobre los delitos más recurrentes en los estrados judiciales, ponemos en consideración la quinta edición de nuestro manual. Se trata de una edición no solo actualizada, sino también aumentada con el análisis de las últimas reformas a la legislación penal en nuestra patria, así como el análisis de recientes precedentes jurisprudenciales.

Aquí quiero insistir en el cambio de método que debemos ensayar en la enseñanza y aprendizaje del Derecho en nuestro país. Desde el primer momento en que una persona decide hacerse hombre o mujer de leyes, debemos enseñarle a pensar como jurista. La dosis de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos debe enseñarse no en el vacío, sino a partir de la discusión argumentativa de sentencias, mostrando cómo aparecen en la realidad aplicativa del Derecho. Enseñando a los estudiantes a ver, extraer, aplicar e incluso construir por sí mismos, las normas y las teorizaciones dogmático-jurídicas a partir de casos reales y concretos. El objetivo es formar buenos profesionales del Derecho, juristas técnicamente competentes y bien formados en los principios morales, no simplemente porque conozcan las teorías jurídicas, sino porque tengan aptitudes para manejarlas con habilidad de un modo instrumentalista, dejando de lado el formalismo. El jurista desde su formación debe ser capaz de argumentar jurídicamente un espectro de soluciones posibles mucho mayor que las que se le presentan «congeladas» desde la literalidad de la norma o desde su interpretación doctrinaria dominante.

Considero que para tal objetivo sirve el método del caso, el mismo que tiene su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, en el sistema del *Common Law*. Surgió aproximadamente en 1870. Para entender la naturaleza y significado del método del caso, resulta necesario hacer un recuento histórico de la enseñanza del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica. Esto es, cómo se han formado y cómo se forman actualmente los hombres de leyes en el gigante del norte.

En Estados Unidos desde que se comenzó a formar abogados, se identifican hasta tres etapas. Estas etapas se dividen de acuerdo a determinado modelo particular de enseñanza del Derecho. La primera etapa se conoce como el modelo Litchfield. Aparece con la independencia de los EEUU, de Inglaterra. En esta etapa, los abogados norteamericanos se formaban en la práctica como pasantes. Si alguien quería ser abogado no tenía más que pagar a un Estudio de Abogados para que le enseñe y le prepare sobre la forma de tramitar un proceso y, sobre todo, le enseñe y prepare a pararse frente a un estrado judicial para defender un caso. En esta etapa, muchos despachos de abogados dejaron de litigar en los estrados judiciales, dedicándose en cambio, solo a formar futuros hombres de leyes. Así surgió la célebre escuela de Litchfield (Connecticut), fundada en 1784, la que se considera la primera "Facultad" de Derecho en Estados Unidos.

La segunda etapa se conoce como el modelo Blackstone. Luego de buen tiempo, en la Universidad de Harvard se crea o funda la primera Facultad de Derecho y se comienza a formar por primera vez abogados norteamericanos en una universidad. En la Facultad, la enseñanza del Derecho se realizaba con base en los famosos *Commentaries* (*Comentarios*) de Blackstone. En realidad, aquellos comentarios no fueron pensados para la formación de juristas en la universidad, sino para un público más amplio, pero las facultades de Derecho lo adoptaron como la "Biblia" de la enseñanza del Derecho tanto en Inglaterra como en Estados Unidos. La enseñanza estaba concebida más como un aprendizaje técnico que como una disciplina académica respetable que se enseñe en la universidad.

Finalmente, la tercera etapa es la conocida como modelo Langdell. Comenzó con el nombramiento de Christopher Columbus Langdell como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Langdell consideraba que el Derecho era una ciencia y como tal debía ser enseñada en la universidad. Pensaba que el Derecho (jurisprudencia) era un número reducido de normas las mismas que se dividían en reglas, principios y doctrinas. Había llegado a la conclusión de que el estudio del Derecho debía consistir en el dominio de principios y doctrinas básicas y que para alcanzar tal objetivo, era necesario analizar una serie de "casos" o sentencias judiciales seleccionadas en las que los principios y doctrinas tomaban cuerpo. En consecuencia, el método de enseñanza del Derecho debía centrarse en el estudio de esos casos; nace así el case method (método del caso), dejando de lado la clase magistral. Sin duda, el método del caso ha evolucionado, al punto que actualmente puede afirmarse que consiste en lo siguiente:

1. Estudiar casos (sentencias): La idea es que al estudiante no se le deben decir las normas aplicables al caso concreto, sino que él por la lectura y análisis de las sentencias, debe encontrarlas. El espíritu es inductivo no deductivo. De la sentencia se va a la norma general. No al contrario.

2. Libro de casos más otros materiales (*case book*). Se le entrega al estudiante un libro de casos y otros libros de texto. En el libro de casos no existe cualquier caso (sentencia o resolución judicial), sino solo las sentencias o resoluciones paradigmáticas. No necesariamente la primera sentencia de determinado Juzgado o Sala, sino solo las sentencias que resuelven casos emblemáticos y, por ende, desarrollen determinada doctrina jurisprudencial (en el Perú, por ejemplo, las sentencias vinculantes, los acuerdos plenarios, etc.). Del libro de casos se escogen las sentencias a leer y trabajar por parte de los estudiantes. Adicionalmente se le entrega un libro de texto que debe ser utilizado como material de consulta al final de haber analizado la sentencia escogida.

3. Lectura (análisis) y resumen de la sentencia leída (*case brief*). Una vez que el profesor en clase escoge las sentencias a estudiar, reparte o

asigna a cada estudiante su sentencia o resolución judicial relevante. El estudiante comienza a dar lectura y analizar la sentencia asignada. Luego de leer la sentencia completa, tiene que efectuar la síntesis de la sentencia. Esto es lo que los norteamericanos denominan el *case brief*. Este resumen del caso es de mucha utilidad. En efecto, sirve para poder utilizarlo después con el fin de analizar otra sentencia o para recordar qué dijo tal o cual sentencia. Pero lo más relevante en cuanto a utilidad, es que al tener que hacerse por escrito y exponerse oralmente en clase, se obliga al estudiante a analizar en forma seria y exhaustiva la sentencia. Luego de tal trabajo, es posible que el estudiante se acuerde toda su vida de los argumentos de la sentencia analizada, pudiendo hacer uso de ellos cuando se desenvuelva como abogado defendiendo otro caso parecido.

Para viabilizar el *case brief* es necesario tener en cuenta que no debe hacerse el resumen sin haberse leído por completo la sentencia. El resumen debe hacerlo el estudiante con sus propios términos o palabras usuales. No es aconsejable utilizar palabras rebuscadas o hacer uso de latinismos. En cuanto a la extensión, debe tenerse en claro que se trata de un resumen o síntesis, por lo que es recomendable el llenado hasta de dos hojas. Para el *case brief* se recomienda seguir la estructura siguiente:

3.1. Encabezamiento. Muchas veces se identifica con el número de la sentencia o el nombre de los implicados. No hay inconveniente en identificar el caso con el tema por resolver.

3.2. Hechos. Solo los relevantes. Tarea compleja y decisiva. El estudiante tiene que realizar un test: ¿si el hecho no estuviera, hubiese cambiado la parte resolutiva? Si es afirmativa, entonces es relevante. Si es negativa, el hecho no es relevante.

3.3. Historia procesal: El recuento de la forma como llegó el caso al Juez, autor de la sentencia. Esta parte del *case brief* puede obviarse.

3.4. Cuestiones jurídicas (*issues*): Se refiere a determinar cuál o cuáles son los problemas jurídicos básicos que se discute en la sentencia. Citar todas las cuestiones jurídicas relevantes que se plantean y, obviamente, van a constituir el objeto de pronunciamiento en la sentencia.

3.5. Solución del caso (*holding*): Es el elemento más importante. Este es el precedente. Es la respuesta que da el Juez a la cuestión jurídica planteada. No es la decisión particular, sino es el fundamento jurídico adoptado. El *holding* es una norma general en la interpretación defendida por el Juez o tribunal que fundamenta o justifica el fallo en particular. Es el enunciado interpretado. Se ha llegado a él mediante enunciados interpretativos. Es la *ratio decidendi* del caso.

3.6. Argumentos de apoyo (*rationale*): Lo conforman los argumentos que apoyan el *holding*. Son los enunciados interpretativos. Aquí se utilizan los cánones de la interpretación y la argumentación[1].

4. Método socrático en el aula. Luego que se ha dado un tiempo prudencial al estudiante para efectuar el análisis y resumen del caso, el profesor en el aula escoge a un estudiante para que plantee el caso. Tiene que exponerlo sin leer. Acto seguido, se le hace preguntas sobre lo planteado. Luego se abre el debate entre todos los estudiantes presentes. En el debate, el profesor hace de moderador y, por tanto, delimita los temas en debate. Este método incentiva la competitividad entre los estudiantes. En el debate, el profesor puede utilizar algún tiempo para explicar los temas oscuros o controvertidos. Finalmente, el profesor da por cerrado el debate y pasa a exponer las conclusiones. En esta etapa, el profesor dará a conocer la respuesta correcta del caso. En algunos casos, no hay conclusiones (el Derecho es argumentativo).

El método socrático empleado en el aula ha recibido múltiples críticas, debido a que causa o genera angustias en el estudiante, no obstante, es función del profesor minimizar tal efecto y propiciar, por el contrario, sana competencia entre los estudiantes y debates jurídicos alturados.

5. Mapa conceptual o esquema del sector del Derecho tocado en el caso (*Review* más *Autlres*). Una vez concluido el debate, el estudiante debe revisar su resumen del caso e incorporar los nuevos datos que han salido del debate. Muchas veces, se recompondrá el *case brief*. Aquí se recomienda hacer uso de los textos, manuales, revistas, etc., respecto

[1] Los *obiter dicta* son argumentos adicionales que no son la *ratio decidendi*. Apoyan la *ratio decidendi*. No vinculan.

del tema tratado. Pero eso sí, la revisión de textos debe hacerse al final, nunca antes de efectuarse el resumen del caso.

El método está planteado[2], es tarea de los profesores ponerlo en práctica en las Facultades de Derecho de nuestras universidades. Ese es el reto actual para mejorar la enseñanza del Derecho, mucho más si nuestra justicia penal se viene encaminando por la senda de la predictibilidad, pues con más frecuencia las Salas Penales de la Corte Suprema vienen dictando precedentes (sentencias) normativas o vinculantes.

Lima, mes morado del 2012

RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular de Lima

[2] Estos apuntes se han preparado con base en las clases presenciales dictadas por el profesor español Pérez Lledó en el Primer Programa de Acreditación de Docentes de la Academia de la Magistratura (PAD-AMAG). Enseñanza del Derecho y Argumentación Jurídica (2012). Asimismo, se ha tomado en cuenta el libro: *La enseñanza del derecho, dos modelos y una propuesta*, PÉREZ LLEDÓ, Juan, editorial Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006, pp. 37-114.

PRÓLOGO
A LA CUARTA EDICIÓN

La tercera edición de esta obra se agotó hace más de un año y era nuestra obligación preparar una nueva entrega a los lectores, renunciando de esa forma al recurso fácil de la reimpresión. En tal sentido, la presente es una edición no solo actualizada, sino también aumentada con el análisis de las últimas reformas a la legislación penal en nuestra patria, así como de los últimos y más significativos precedentes jurisprudenciales.

La parte dogmática del Derecho Penal referente a la Parte Especial, no es ajena al cambio del Derecho que se produce tanto en el aspecto teórico como en la jurisprudencia. De ahí que la presente edición, aun cuando los conceptos y teorías centrales se mantienen, se haya alimentado de nuevos conceptos y nuevos precedentes judiciales con la finalidad de poner al día, en lo posible, a nuestros lectores que hacen uso de nuestros trabajos en el campo académico y en la práctica forense, fiscal y judicial. En esta edición, incluso se citan párrafos de las sentencias dictadas contra el ex presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, que todo hombre y mujer de Derecho de nuestro país deben conocer.

Igual que en la edición anterior y como en todos nuestros trabajos, resulta indispensable advertir que a diferencia de otras obras de Derecho Penal editadas en el Perú, en la presente, para sustentar o argumentar posiciones y opiniones, solo se hace uso en forma tangencial de la abundante bibliografía extranjera, y más bien, pese a lo escaso, hacemos uso de la bibliografía nacional y de nuestros precedentes jurisprudenciales,

que en calidad, en los últimos tiempos, ha mejorado, pero todavía queda mucho camino por abrir y recorrer.

En efecto, no recurrimos tanto a fuentes extranjeras para efectuar la hermenéutica de la parte especial de nuestro Código Penal, pues de lo contrario revelaría, como franca y en forma atinada enseña el profesor José Hurtado Pozo: «una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada».

No nos limitamos a realizar exclusiva interpretación doctrinaria de los tipos penales referentes a los delitos que se tratan, sino también, recurrimos a la jurisprudencia de «calidad» elaborada por nuestros jueces penales, a fin de saber cómo se interpretan y aplican los tipos penales en los casos concretos que la realidad presenta.

Optamos por esta forma de hacer dogmática debido a que actualmente en la doctrina jurídica más avanzada es lugar común afirmar que no se puede conocer el derecho de un país leyendo simplemente sus leyes; asimismo, tampoco es suficiente consultar la doctrina elaborada a partir de ellas. Para conocer el Derecho de un país, es indispensable saber cómo sus leyes son aplicadas, en consecuencia interpretadas por los diversos órganos encargados de aplicarlas y, en particular, por los órganos judiciales. Los jueces, en la medida en que de manera constante y coherente justifican jurídicamente sus decisiones en los innumerables procesos que conocen y resuelven, otorgan un sentido determinado a las disposiciones legales. De ahí la importancia de que los precedentes jurisprudenciales vayan adquiriendo mayor calidad en el ámbito penal, donde se protegen los bienes jurídicos fundamentales que hacen posible la convivencia pacífica en un Estado social y democrático de Derecho.

Este es uno de los objetivos, y quizá el principal, de la actual orientación de la educación universitaria en Europa. Desde 1999, con la célebre «Declaración de Bolonia», se dio inició al proyecto de construcción del denominado «Espacio Europeo de Enseñanza Superior» (EEES), cuya finalidad es aprovechar la unificación para elevar la calidad de la enseñanza universitaria. Para tal efecto se ha adoptado el modelo de las universidades norteamericanas. El EEES representa una cierta «nortea-

mericanización» de la universidad europea. Se plantea que la enseñanza tradicional, basada en la mera transmisión de información acerca de conocimientos, de contenidos, y su recepción pasiva por el estudiante, debe ser superada por una educación en capacidades, en habilidades y competencias, es decir, una formación mucho más metodológica que no se limite a informar contenidos, sino que enseñe a usarlos de un modo práctico, y, vinculado con esto, que capacite también al estudiante para adquirir nuevos conocimientos y nuevas aptitudes por sí mismo.

En concreto, se trata de hacer realidad el eslogan de las Facultades de Derecho de las universidades de Estados Unidos: «enseñar a pensar como juristas». En tal sentido, la dosis de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos se enseñarán no en el vacío, sino a partir de la discusión argumentativa de sentencias y casos prácticos, mostrando cómo aparecen en la realidad aplicativa del Derecho y enseñando a los estudiantes a ver, extraer, aplicar e incluso construir por sí mismos, las normas y las teorizaciones dogmático-jurídicas verdaderamente útiles, elaboradas a partir de casos concretos. El objetivo es formar buenos profesionales del Derecho, juristas técnicamente competentes y bien orientados moralmente, no simplemente porque conozcan el Derecho, sino porque tengan aptitudes para manejarlo hábilmente de un modo no formalista sino instrumentalista; capaces de argumentar jurídicamente un espectro de soluciones posibles mucho mayor que las que *prima facie* se le presentan «congeladas» desde la literalidad de la norma o de su interpretación dominante.

Esa es la línea que adoptamos y esperamos se vaya consolidando en nuestra patria. Considero que en la formación de abogados, las Facultades de Derecho de nuestras universidades tienen que ponerse como objetivo principal esta orientación. Lo contrario es destinarse al permanente fracaso.

Por lo demás, la explicación dogmática con el uso de los precedentes jurisprudenciales se vuelve una necesidad ineludible en nuestro país donde el derecho positivo impone que los precedentes judiciales en materia penal dictados por las Salas Penales de la Corte Suprema, tengan carácter normativo o vinculante cuando así se precise en la sentencia.

Los Jueces que integran las Salas Penales de la Corte Suprema, decididamente han asumido tal tarea. Vienen encaminando a nuestra admi-

nistración de justicia penal por la senda de la predictibilidad, emitiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales con carácter vinculante entre ejecutorias y acuerdos plenarios, producto de plenos jurisdiccionales.

En estos tiempos de postmodernidad, no podemos aceptar pasivamente que casos penales parecidos tengan solución judicial diferente.

Debo precisar que de modo alguno pretendemos que el presente trabajo se limite a expresar nuestras opiniones o creencias teóricas o prácticas sobre los delitos de la parte especial, sino por el contrario, se busca fundamentar nuestras opiniones o creencias, dando razones a favor de estas, toda vez que estamos convencidos de que «argumentar no es un proceso orientado a establecer nuestras opiniones o creencias, sino a determinar su fundamentación». Para ello, hacemos uso del método jurídico entendido como el conjunto de operaciones destinadas a justificar una solución jurídica considerada correcta, coherente, justa y aplicable para la solución del caso concreto que la realidad cotidiana presenta.

Finalmente, expreso mi sincero reconocimiento al doctor Mateo Castañeda Segovia, brillante fiscal superior, por la oportunidad que me brindó de trabajar a su lado por más de cinco años en el Ministerio Público. La experiencia, las orientaciones y sugerencias que de él recibí han servido para enriquecer esta edición. Asimismo, debo felicitar y reconocer a los jueces superiores titulares de Lima Gino Yangali Iparraguirre, Saúl Peña Farfán, Rosa Dávila Bronicano, Jorge Plasencia Cruz y la doctora Liz Patricia Benavides Vargas, por su tenacidad y perseverancia en hacer que se aplique la Ley de Carrera Judicial. Para ellos, todo mi aprecio y gratitud.

También expreso mi especial admiración y reconocimiento a la doctora Norminda Flores Huamán por su constante e incondicional compromiso y apoyo en la realización de todos mis proyectos personales, profesionales y académicos.

Lima, noviembre del 2010

RAMIRO SALINAS SICCHA
Juez Superior Titular de Lima

IMPORTANCIA DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

El trabajo que presentamos a la comunidad estudiosa e interesada en el derecho penal constituye un ejemplo de lo que entendemos por dogmática jurídico-penal. Se ha realizado haciendo uso del método dogmático. Ello debido a que nuestro objetivo primordial radica en contribuir de alguna manera a que la aplicación del derecho penal a la vida o realidad cotidiana sea de manera racional, previsible y legítima. No olvidemos que el derecho sale de la realidad para volver a ella, normando la conducta de los hombres. Al tener un problema de carácter penal, el ciudadano, haciendo uso de las categorías y conceptos de la dogmática, sabe a qué atenerse (seguridad jurídica) y, sobre todo, entiende que el Estado no puede atropellarlo de modo legítimo (control del poder punitivo).

No obstante, la claridad, precisión, brillantez de sus conceptos y fuerza de convicción, la dogmática penal siempre ha estado en cuestionamiento y constante revisión de su contenido. De esa forma, en el libro homenaje a Luis Jiménez de Asúa, titulado "Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del derecho", (1970), el profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, con su investigación "Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", puso en el tapete que en la década del sesenta, en Alemania, donde el derecho penal ha alcanzado un desarrollo sostenido extraordinario, existían círculos intelectuales en los cuales había caído en descrédito la culpabilidad, la pena, el Derecho penal y, naturalmente, como consecuencia, la ciencia del derecho penal.

Se había establecido que toda conducta humana es condicionada por diversos factores, por tanto, el libre albedrío, base de la culpabilidad, no existe o por lo menos no puede ser demostrado en forma objetiva. Esta fue la premisa para concluir que el contenido de la culpabilidad, base de la pena, es falso. Trayendo como efecto lo que Gimbernat etiqueta como "la teoría del dominó": La crisis de la culpabilidad trae consigo la de la pena; y sin pena no puede haber derecho penal y, sin este, tampoco una ciencia del derecho penal.

Desde otra óptica, Bustos Ramírez en su investigación *Criminología crítica y derecho penal*, publicada en Nuevo Foro Penal (1987), sostenía que el resurgimiento de la criminología crítica en las últimas décadas ha socavado las bases de sustentación de la dogmática provocando una revisión completa del derecho penal. Sentenciando fatalmente el citado penalista, que la identificación entre dogmática y derecho penal había caído en crisis. En esta misma postura, a finales de los años ochenta, Eugenio Raúl Zaffaroni diagnosticaba que en pocos años la crítica sociológica al sistema penal provocó un cuadro bastante desconcertante para la dogmática penal, que no logra asimilarla, sino que, por el contrario, en opinión de muchos autores conduce a su desaparición(1). La crítica sociológica concluye que si el ejercicio de poder del sistema penal pierde legitimidad, parece imposible salvar a la dogmática.

El profesor argentino llegó a sostener que desde los países donde el derecho punitivo alcanzó cierto desarrollo, se recibían los argumentos teóricos deslegitimantes, cuya proliferación fue altamente favorecida por un envejecimiento filosófico del derecho penal, que terminó manejándose con antropologías insostenibles en las grandes líneas del pensamiento, como también con la apelación a las ficciones y metáforas renovadas, aunque, a veces, en forma mucho menos coherente que en sus versiones originales.

Ello ha generado un retorno a los orígenes de la dogmática penal del siglo XVIII y principios del siglo XIX y, por tanto, desde esa perspectiva una vuelta a la política criminal; y no es extraño, entonces, que autores

(1) BUSTOS RAMÍREZ, 1989, pp. 431-444.

como Roxin planteen que la dogmática debe entenderse y comprenderse desde la óptica de la política criminal, pues en su estructura está atravesada por ella. Desde los años ochenta hacia delante puede señalarse que la política criminal, como perspectiva de la dogmática penal en su vertiente de prevención general, aparece como dominante, muestra de ello son el trabajo de los profesores alemanes Roxin y Jakobs(2).

En líneas generales, la crítica sociológica, de modo alguno, pretendió o pretende la desaparición de la dogmática jurídico-penal, a lo más, aspira a que se revisen todas las instituciones dogmáticas y se les construya y conceptualice de manera diferente, es decir, desde el punto de vista sociológico. Se hace necesario una dogmática de nuevo estilo. Para lograr tal objetivo el derecho internacional de los derechos humanos juega un rol protagónico. En tal sentido, Zaffaroni concluyó su interesante trabajo afirmando que la construcción de un nuevo derecho penal humanista debe tener como tarea principal la de reformular los enunciados de todos los principios del derecho penal de garantías, desde la óptica de que se trata de enunciados útiles para limitar la intervención punitiva, que en su aplicación concreta y progresiva iría generando un estándar de máximo de irracionalidad tolerada en función de la limitación del poder disponible por parte de las agencias judiciales.

Se trata de convertir al derecho penal en una disciplina de garantías en un sistema democrático de derecho; de modo que la intervención punitiva del Estado sea reducida al mínimo y toda fundamentación de ella sea al mismo tiempo una base de limitación y no de extensión de su control. En ese sentido, la criminología crítica se convierte en un planteamiento que pone siempre en tensión y en el límite de sus posibilidades al sistema. Desde una perspectiva crítica del sistema, el derecho penal pasa a identificarse con un garantismo máximo y, por ende, a constituirse en un derecho penal mínimo(3).

Los críticos del derecho penal sostienen que se hace necesaria una dogmática que paute la estrategia de las agencias judiciales en función

(2) *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, 2004, I, p. 662.

(3) BUSTOS RAMÍREZ, 2004a.

de la necesidad impostergable de controlar la violencia estatal. En consecuencia, se exige una reconstrucción de la dogmática desde la política criminal como fue en sus inicios desde la prevención general, es decir, hay una coincidencia desde los orígenes del derecho penal con un replanteamiento de la dogmática penal como el instrumento más importante y de mayor desarrollo dentro del campo del derecho penal.

Por otro lado, también se ha llegado a objetar a la dogmática penal, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. No obstante, si recordamos que el derecho penal, en cuanto funciona como un cuerpo sistemático y armónico de reglas normativas dirigidas a lograr o mantener una pacífica convivencia social, solo puede ser enteramente comprendido e internalizado a partir de un real conocimiento de las dos partes que conforman su estructura legislativa: la parte general que se ocupa del estudio de la teoría del delito y de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito en abstracto; y la parte especial que se ocupa del estudio del delito y de la pena en concreto, esto es, aplicada a los casos.

Es más, si recordamos la real significación y finalidad de la pena, creemos que de ningún modo exagera la dogmática penal atravesada por la política criminal cuando emite y fija conceptos. Pues la pena que se convierte en el medio más doloroso del Estado para encauzar la vida social, está solo justificada porque tanto como dolorosa es necesaria. La importancia de la dogmática penal radica en que dispone de mecanismos precisos para que la pena permanezca siempre bajo control y solo sea aplicada en aquellos supuestos en que es verdaderamente necesaria para el mantenimiento de una convivencia social soportable y pacífica.

Pese a las severas críticas a la dogmática jurídico-penal, provenientes de diversas corrientes, nadie que tome conciencia de cuáles son sus objetivos o finalidades en tanto no se encuentre otra alternativa, puede poner en tela de juicio su utilidad para la solución de concretos problemas judiciales de carácter penal. La dogmática penal, sea en su sentido tradicional o en la óptica sociológica, en un Estado democrático de derecho cumple dos roles primordiales: dar seguridad jurídica a los ciudadanos y controlar, poniendo límites, al poder estatal. En suma, sirve como instrumento o medio social de

control, de seguridad, previsibilidad, certeza y de límites. No obstante, de modo alguno puede servir para solucionar los problemas sociales que genera la delincuencia como lo piensan ciertos sectores en nuestro país[4] al recurrir al derecho penal para frenar la comisión de hechos delictivos imponiendo penas severas a ciertas conductas y penalizar otras, las que con el uso de otro medio de control pueden ser frenadas.

La ciencia penal se expresa a través de la dogmática como sistema. Aspira a establecer las bases para una administración de justicia igualitaria y justa. Solo la comprensión de las conexiones internas del derecho penal liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad (Hans Welzel). Toda construcción dogmática aspira al señalamiento de reglas que hagan previsible y racional el ejercicio del poder punitivo. La incapacidad de controlar los límites de la decisión judicial es el alto precio que se paga por la ausencia de estructuras dogmáticas claras y bien definidas. El componente intuitivo o sentimental, no normativo, no dogmático, genera inseguridad jurídica. Sin límites, sin conceptos, no se tiene una aplicación segura y calculable del derecho penal, gobierna la irracionalidad, la arbitrariedad y la improvisación.

De ahí que el profesor alemán Jescheck enseñe que la dogmática jurídico-penal ordena los conocimientos, las particularidades, establece categorías, conceptos, construye sistemas, interpreta, sistematiza todo en referencia al derecho positivo: su finalidad es proporcionar seguridad jurídica de otro modo inexistente. Y la seguridad jurídica exige como presupuesto, por un lado, la previsibilidad, la calculabilidad y la continuidad –estabilidad– de las decisiones judiciales; y, por otro, la igualdad, en cuya virtud todos los ciudadanos tienen derecho a un mismo tratamiento en la aplicación del derecho dentro del territorio del Estado[5].

(4) En particular, los congresistas de la República y sus asesores, quienes ante el mínimo problema que surge en la coyuntura social y política, inmediatamente presentan proyectos de ley pretendiendo hacer creer a la población que el derecho penal es la panacea a todos los males sociales.

(5) BACIGALUPO **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 26.

Cuando menos esté desarrollada la dogmática penal en un país, más imprevisible y arbitraria será la decisión del legislador y de los jueces. Más dependerá del apasionamiento político y de factores incontrolables la tipificación de una conducta por parte del legislador y, a su vez, dependerá del azar e improvisación la condena o la absolución de un ciudadano por parte del juzgador. Ello debido a que si no se conocen debidamente las instituciones y categorías penales, no se conocen los límites de un tipo penal. Si no se han establecido dogmáticamente sus alcances, la punición o impunidad de una conducta no será una actividad racional, ordenada y meticulosa como debería ser; sino, por el contrario, una cuestión de improvisación, ignorancia, buena suerte y, cuando no, utilizada para conseguir fines oscuros y tendenciosos, con el consecuente quebrantamiento de la administración de justicia penal.

Actualmente, nadie ignora que la tarea a cumplir por la pena, aparte de constituir un castigo, es la de reforzar el carácter inhibidor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que serán más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de su comportamiento. Sería absurdo que se castigue con mayor severidad un delito contra la propiedad que uno contra la vida. No obstante, esto no sucede porque el libre albedrío sea la base de la pena, sino porque el legislador tiene que intentar alcanzar una cierta eficacia racional a través del importante medio de política social que es el derecho penal, por lo que no puede castigar cualquier lesión de un bien jurídico protegido con la misma pena. Es preciso establecer una graduación según la importancia que da al bien jurídico lesionado.

Castigar con el máximo rigor todos los delitos prescindiendo del distinto trastorno social que producen, es inadmisible. La pena no se puede aplicar en forma derrochadora, sino cautelosamente; caso contrario, se establecería el desconcierto en los mecanismos humanos de control y solo se conseguiría la destrucción del efecto de la pena de ser un importante medio de encauzamiento de conductas.

Pero, ¿quién nos orienta en ese sentido? La respuesta salta por sí sola: la dogmática jurídico-penal. La dogmática nos enseña lo que es debido sobre la base del derecho. La dogmática jurídico-penal averigua

el contenido del derecho penal, le interesa determinar cuáles son los presupuestos que han de darse en un caso real concreto para que entre a tallar un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo penal de otro, dónde acaba el comportamiento impune y cuándo empieza el punible. En concreto, la dogmática jurídico-penal es la materia que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal.

No obstante, las severas críticas a la dogmática penal han generado consecuencias encomiables y positivas. Actualmente, esta no responde ante el derecho positivo como un puro comentario a la ley y tampoco se limita a facilitar su comprensión como exposición aclaratoria. La dogmática es crítica y no está dispuesta a interpretar todo lo que le pongan delante(6).

La dogmática no implica un dogmatismo. Si bien es cierto que ella parte de las normas jurídicas positivas consideradas como dogmas, también lo es que tal expresión no significa que se acepta en forma acrítica una verdad absoluta e inmutable. Las normas jurídicas se encuentran relativizadas por el progresivo avance del conocimiento. Las propuestas dogmáticas en derecho penal requieren argumentos convincentes al abordar un problema jurídico e igualmente pasa por el cernidor de la crítica y revisión de las propuestas, en su constante estudio.

Ahora, nadie que conozca las categorías elementales del derecho punitivo, puede soslayar que la dogmática y lo que es propio a su finalidad científica –su carácter abierto– le obliga a procesos continuos de rediscusión y profundización de sus planteamientos, cuyo objetivo fundamental solo puede ser la dignidad del ser humano. Actualmente, la dogmática ha llegado a constituirse en un sistema abierto de conocimientos en continua interpretación, discusión, análisis, crítica, reelaboración y creación, pues al final, no le falta razón a Manuel Atienza cuando sostiene que el derecho es una ciencia eminentemente argumentativa.

La continua discusión científica de la dogmática jurídico-penal ha llegado al punto de extender su horizonte más allá de los límites territoriales de cada país, por lo que no ha faltado un tratadista (Jesús

(6) URQUIZO OLAECHEA, 1997, pp. 63-70.

María Silva Sánchez, profesor español) que ha propuesto declarar su carácter supranacional. Esta sugerencia no es una casualidad, sino, por el contrario, en tiempos postmodernos en los cuales nos ha tocado vivir, donde la tendencia a la globalización en todos los aspectos se impone, la dogmática penal no puede ser ajena a tal situación. Pero ello, de modo alguno, significa que el legislador y el jurista nacional van a recepcionar al derecho penal extranjero sin analizar y meditar debidamente las consecuencias que puedan producirse en nuestro peculiar sistema, al incluir conceptos o instituciones desconocidos, endémico problema de nuestros legisladores y juristas(7). Sino todo lo contrario, deberá ser más analítico y crítico para evitar potenciar nuestra dependencia cultural respecto de los países centrales.

OBJETIVO DE LA PARTE ESPECIAL

Bien se conoce que el derecho penal se divide en dos secciones claramente diferenciables, las mismas que han recibido el nombre de parte general y parte especial. La primera se ocupa de todos los problemas, categorías y conceptos que son comunes a la generalidad de conductas delictivas previstas en el *corpus iuris penale* y las leyes penales especiales que aparecen a la hora de aplicar cada una de ellas en la realidad cotidiana. En tanto que la segunda se ocupa de estudiar, interpretar, discutir y analizar cada conducta ilícita recogida en un tipo penal concreto. Aquí se encuentra simplemente la voluntad del legislador indicando cuáles son las conductas criminalmente punibles. De allí que, entonces, si el derecho penal se encarga de tutelar o proteger derechos e intereses jurídicos predominantes, resultará fundamental conocer el modo como se concreta y organiza. En consecuencia, en la parte especial se determinan cuáles son las características o elementos peculiares de cada una de las conductas delictivas. En esta sección, se pone siempre de relieve la importancia del bien jurídico protegido, debido a que según su importancia se determinará el grado de reprochabilidad y se graduarán las penas que se impondrán al agente.

(7) PRADO SALDARRIAGA, 1998, pp. 201-206.

No obstante, tal división no significa que ellas funcionen independientemente la una de la otra, con reglas y principios propios no vinculados entre sí. En los tiempos actuales, resulta imposible pensar en la operatividad de un sector enteramente aislado del otro. Por el contrario, ambas partes del derecho penal, si bien con características particulares, funcionan también sometidas al canon científico de que lo individual se conoce y realiza mejor mediante la determinación sistemática de principios comunes. De esa forma, hoy en día es común entre los penalistas, desterrando perjuicios históricos, concluir que ambos sectores del conocimiento del derecho penal se hallan en estrecha relación entre sí hasta el punto que la parte general del Código Penal carecería de todo sentido sin la existencia de una parte especial. En tanto que esta última constituye el ámbito dentro del cual están llamadas a tener aplicación y adquirir vida los principios de la parte general.

En la parte especial de un Código Penal, el legislador describe las formas de conducta que son socialmente dañosas que se conminan con el gravoso instrumento de la sanción penal. El legislador describe típicamente la conducta socialmente dañosa como un ataque (ya sea de lesión o peligro) a un bien merecedor de protección, al que denominamos bien jurídico. Esta descripción debe ser precisa, sobre todo como consecuencia de las exigencias de seguridad jurídica, y debe llevarse a cabo a través de una ley. Correspondiendo a la dogmática penal de la parte especial, como misión esencial, analizar sus elementos constitutivos, discutir sus alcances y de ser necesario proponer reformas. En otros términos, podemos decir con el profesor argentino Jorge Buompadre[8], que el objeto o misión de la parte especial consiste en la descripción de las conductas socialmente dañosas a bienes merecedores de protección legal, que en el léxico penal se denominan bienes jurídicos.

El bien jurídico protegido es el punto de referencia fundamental tanto para fijar si determinada conducta se subsume al tipo penal construido por el legislador y recogido en el Código Penal, como para valorar la gravedad o importancia de cada delito. Asimismo, resulta importante

(8) BUOMPADRE, 2000, I, p. 35.

para ordenar sistemáticamente los delitos a lo largo de toda la parte especial. Ello genera dos grandes grupos:

En el primero pueden situarse todos los bienes jurídicos individuales, es decir, intereses particulares que de ser puestos en peligro o lesionados afectan a las personas en forma individual como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio. A tales bienes jurídicos corresponden todas las figuras delictivas que ahora se analizan. En el segundo grupo se concentran los bienes jurídicos de la sociedad o del Estado, es decir, intereses públicos que de ponerse en peligro o lesionarse afectarían a un grupo de personas y en otros casos, comprometerían al normal funcionamiento del aparato estatal. Aquí se cautelan los bienes jurídicos denominados orden económico, administración pública, fe pública, etc. No obstante, cabe preguntarse: ¿dónde se ubican los delitos que protegen la ecología, cuyos efectos lesionan directamente intereses de ciertos grupos de ciudadanos y también intereses del Estado? La respuesta que demos, nos convence de que los límites entre unos delitos y otros no son compartimentos estancos, sino que hay numerosos entrecruzamientos de los intereses del Estado y los intereses de los ciudadanos en particular.

En consecuencia, la distinción entre bienes jurídicos que corresponden a la protección de intereses colectivos y bienes jurídicos que sirven para la tutela de los particulares es posible tan solo en una consideración primaria. En una comunidad organizada en aras del interés de los ciudadanos, el ataque al Estado afecta directamente al ciudadano en particular, y viceversa, el ataque a un interés particular afecta también directamente a la sociedad jurídicamente organizada (Estado), pues a esta no le es indiferente que uno de sus miembros haya sido asesinado, lesionado, estafado, etc. De ahí que el Estado, en los sistemas jurídicos de orientación romano-germánica, haya asumido el monopolio de la acción penal, hasta el punto que si este por medio del Ministerio Público no acciona, el delito queda impune; esta es una característica del principio acusatorio que recoge y asume el modelo procesal penal constitucional peruano.

No obstante, tal situación no se pondría en evidencia sin recurrir al instrumento de la dogmática jurídico-penal, la cual al sistematizar conceptos e instituciones pone en el tapete circunstancias que de otro modo pasarían desapercibidas.

Capítulo VI
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Generalidades:** La libertad de reunión en nuestro sistema jurídico. **Subcapítulo 2: Impedimento o perturbación de una reunión pública:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación y tentativa. 7. Penalidad. **Subcapítulo 3: Abuso de cargo:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación y tentativa. 7. Penalidad.

Subcapítulo 1
Generalidades

LA LIBERTAD DE REUNIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Se acepta, sin mayor discusión, como la mayoría de los derechos reconocidos a nivel constitucional por nuestro país, el de reunión también tiene su fuente formal más remota en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En el artículo 20 de la citada declaración se prescribe: 1) toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica, 2) nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación. Aquí se recogió a la libertad de reunión y asociación tanto desde un aspecto positivo como negativo, esto es, se dispone que toda persona tiene derecho a reunirse o asociarse libremente en el tiempo y circunstancias que considere adecuadas con la única condición que lo realice en forma pacífica, es decir, sin alterar el orden público. Asimismo, se dispone que ninguna persona pueda ser obligada a reunirse o asociarse en contra de su voluntad. Ello significa que si a una persona no le inte-

resa reunirse, nadie puede obligarla. En suma, el derecho a la libertad de reunión representa el derecho a la libre disposición del espíritu de los hombres, pues de acuerdo a sus ideales y pensamiento podrá reunirse con los demás para discutir o deliberar respecto de temas de interés común o en todo caso, negarse a hacerlo.

En el sistema jurídico nacional, el derecho a la libertad de reunión se encuentra previsto en el inciso 12 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Aquel numeral prescribe que toda persona tiene derecho: "A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas o vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas".

En líneas generales de este dispositivo constitucional se tiene lo siguiente:

- Primero, toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente para discutir o deliberar determinados temas de interés colectivo. Esta reunión aparte de pacífica debe realizarse sin armas (al no hacerse distinción se entiende que se trata de todo tipo de arma), de modo que si se hace con algún tipo de armas, así se demuestre que es pacífica (sin alterar la paz o tranquilidad pública), desaparece el derecho de reunión.
- Segundo, las reuniones pacíficas y sin armas que se realicen dentro de un local ya sea privado o abierto al público, no requieren aviso previo a la autoridad, es decir, los organizadores de la reunión pacífica dentro de un local no requieren obtener autorización o permiso alguno.
- Tercero, las reuniones pacíficas y sin armas convocadas en plazas o vías públicas, requieren ser anunciadas anticipadamente a la autoridad política, esto es, a la autoridad que representa al Poder Ejecutivo (prefecto), el cual es el encargado del orden público. Debe quedar claro que la norma constitucional hace referencia a efectuar simplemente un anuncio anticipado, es decir, poner en conocimiento a la autoridad que se efectuará a cabo la reunión

en determinada plaza o vía pública. La norma constitucional no exige obtener una autorización o permiso. Solo exige hacer saber a la autoridad política el día, hora y la plaza o vía pública en que tendrá lugar la reunión pacífica.

Y, cuarto, ante el anuncio que se realizará una reunión pública, la autoridad política tiene la potestad de prohibir la realización de la reunión por motivos probados y fundados de seguridad pública o también de sanidad pública. Los motivos de la prohibición deben ser evidentes y probados, y solo por seguridad o sanidad pública. Si se establece que la prohibición no tenía motivos o razones probadas o fue por causa diferente a las establecidas, será ilegal la prohibición. Enrique Chirinos Soto[935] indica que "las personas afectadas pueden interponer ante los tribunales la correspondiente acción de amparo contra prohibiciones caprichosas".

Finalmente, con carácter informativo, debe indicarse que el derecho de reunión puede ser suspendido por el Poder Ejecutivo en los estados de excepción, esto es, en los estados de emergencia y de sitio de conformidad a lo prescrito en el artículo 137 de la Carta Política.

Subcapítulo 2
Impedimento o perturbación de una reunión pública

1. TIPO PENAL

La conducta delictiva que se traduce en impedir o perturbar la realización de una reunión pública, aparece regulada en el tipo penal del artículo 166 del Código Penal que indica:

> El que, con violencia o amenaza, impide o perturba una reunión pública lícita, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días multa.

935) CHIRINOS SOTO, 1997, p. 31.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de violación de la libertad de reunión se configura objetivamente cuando el sujeto activo haciendo uso de la violencia o amenaza, impide o perturba la realización de una reunión pública lícita.

Del supuesto de hecho del tipo penal se advierte que se recogen dos supuestos delictivos independientes, esto es, el de impedir la realización de una reunión pública lícita y el de perturbar el desenvolvimiento normal de una reunión pública convocada.

Teniendo en cuenta que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, impedir significa imposibilitar la ejecución de una cosa, para efectos de interpretar el tipo penal debe entenderse por impedir tanto el hecho de que el agente haciendo uso de la violencia (fuerza física) o la amenaza (anuncio de causar un mal) impide que la reunión convocada lícitamente llegue a efectuarse, es decir, los convocados lleguen a reunirse o, mejor dicho, se dé inicio a la reunión; así como, que una vez reunidos imposibilita su desarrollo, esto es, impida que la reunión llegue a concluir normalmente. En suma, impide que la reunión cumpla sus fines para la cual fue organizada y convocada.

El supuesto de impedir puede materializarse hasta en dos circunstancias claramente diferentes. a) el agente puede desarrollar su conducta punible antes de que se lleguen a reunir las personas interesadas en la reunión pública convocada. Por ejemplo, colocarse en la puerta de acceso al local donde se tiene previsto realizarse la reunión e impedir ya sea haciendo uso de la violencia física o la amenaza, que las personas ingresen. b) el agente puede desenvolver su conducta criminal llevándose a cabo la reunión pública; impide que concluya. Por ejemplo, se configurará objetivamente el ilícito cuando estando ya reunidas las personas, el agente haciendo uso de la violencia física o amenaza grave logra dispersar a las personas, desactivando de ese modo la reunión. Es decir, logra que la reunión no cumpla sus objetivos.

En la doctrina nacional no hay mayor discusión. Así, Bramont-Arias y García Cantizano[936] enseñan que "por impedir se entiende obstacu-

[936] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 222.

lizar en una forma eficaz el comienzo de una reunión, logrando su cese; por lo tanto realizará este comportamiento quien por medios eficaces, pone trabas al comienzo de la reunión y quien provoca su conclusión, una vez que ya ha comenzado, dado que no se distingue entre impedir el acto en el mismo instante de su inicio o durante su desarrollo". Por su parte, Villa Stein[937] indica que "la reunión es impedida cuando no se la deja iniciar o proseguir, propiciando u obligando su cese o término sin importar la causa que anime al actor".

Asimismo, teniendo en cuenta que de acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española por perturbar se entiende "trastornar el orden y concierto de las cosas o su quietud y sosiego", para efectos del tipo penal, debe interpretarse como trastornar el orden en que se desarrolla la reunión de modo que aquella no se desenvuelve con normalidad o en forma regular. El agente, haciendo uso de la violencia o amenaza realiza actos que perturban el normal desenvolvimiento de la reunión pública. Respecto de este punto también hay uniformidad de criterio dentro de la doctrina peruana. De ese modo, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[938] apuntan que "por perturbar se entiende influir en el desenvolvimiento de una reunión, de modo que esta pasa a desarrollarse irregularmente". En tanto que Villa Stein[939] sostiene que "la reunión es perturbada, cuando sin impedirla o desactivarla, se le afecta en su desenvolvimiento esperado. No se la deja desarrollar como quieren los ciudadanos reunidos".

Los medios por los cuales el agente perfecciona objetivamente el ilícito en hermenéutica lo constituye la violencia, entendida como el desarrollo de una fuerza física sobre las personas reunidas y la amenaza, entendida como el anuncio serio de causar un mal en el supuesto de que se realice la reunión. De tal modo, se evidencia que por el tipo de medios empleados por el sujeto activo de la conducta ilícita, en la realidad, pueden presentarse hasta cuatro formas independientes de consumación. Ello sin pretender negar que muy bien puede hacerse

(937) VILLA STEIN, 1998a, p. 165.

(938) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 222.

(939) VILLA STEIN, 1998a, p. 165.

uso, a la vez, de la amenaza y violencia física para impedir o perturbar el desarrollo normal de una reunión pública.

Así tenemos:

a. Impedir la realización de la reunión pública haciendo uso de la violencia.
b. Impedir la realización de la reunión pública haciendo uso de la amenaza.
c. Perturbar el desarrollo de la reunión pública por medio de la violencia.
e. Perturbar el desarrollo de la reunión pública por medio de la amenaza.

Elemento objetivo de carácter normativo. Entre los elementos objetivos del tipo penal que recoge el ilícito de violación de la libertad de reunión pública, interviene uno de carácter normativo, esto es, que la reunión pública debe ser lícita. Para saber cuándo una reunión pública es lícita debemos recurrir a la norma constitucional respectiva (inciso 12, artículo 2), y como ya hemos dejado indicado, estaremos ante una reunión lícita cuando concurran las siguientes circunstancias: i) se trate de una reunión pacífica y sin armas, ii) aquella reunión se lleve a cabo en un local privado o abierto al público, iii) si aquella reunión se realiza en una plaza o vía pública, contar con el documento por el cual se anunció o comunicó su realización anticipadamente a la autoridad política, y iv) que la reunión no haya sido prohibida por la autoridad política por razones probadas de seguridad y sanidad públicas.

Al infringirse cualquiera de estas circunstancias estaremos ante una reunión pública ilícita e ilegal, a la cual nuestro derecho punitivo no tiene razón de garantizarla. En efecto, cualquier conducta contra una reunión pública ilícita será atípica a excepción que se produzca como consecuencia de ello, otros delitos como, por ejemplo, lesiones o muertes que en todo caso, serán imputados al agente, pero de ningún modo se configurará el delito en análisis.

2.1. Bien jurídico protegido

No cabe mayor discusión respecto del bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 166 del C.P. Se coincide en indicar que el bien jurídico lo constituye el derecho a la libertad de reunión pública, consagrado en el inciso 12 del artículo 2 de la Consti-

tución Política de 1993. En suma, se pretende proteger el derecho que tenemos los ciudadanos en un Estado social y democrático de derecho de reunirnos pacíficamente y sin armas en el lugar y tiempo que consideremos adecuado con la finalidad de deliberar ciertos temas de interés particular o colectivo.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona. Se trata de un delito común. El tipo penal no exige ninguna cualidad o condición especial para realizar el hecho punible. Solo se excluye a los funcionarios públicos que en ejercicio de su cargo realicen los elementos objetivos del tipo, pues la conducta de aquellos aparece recogida en el tipo penal que analizaremos a continuación, esto es, en el tipo penal del artículo 167 del C.P.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto o la víctima puede ser cualquier persona o grupo de personas, pudiendo ser natural o jurídica. Dentro de las últimas encontramos a los partidos políticos, asociaciones, etc. Ante una conducta contra la libertad de reunión, sujeto pasivo podrá ser cualquier persona individual que iba a participar o venía participando en la reunión pública lícita, así como el o los organizadores.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, es decir, el agente o sujeto activo actúa con conciencia y voluntad de realizar todos los elementos del tipo objetivo. A pesar, que el tipo no hace mención expresa al dolo, este se sobreentiende en virtud de la técnica de *numerus apertus* utilizada por el legislador para regular los delitos dolosos en el primer párrafo del artículo 12 del Código Penal. Siendo posible el dolo en sus diversas manifestaciones: directo, indirecto y dolo eventual.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifican los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito de impedimento o perturbación de una reunión pública lícita, corres-

ponderá al operador jurídico determinar si en la conducta típica concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se llega a concluir que en la conducta analizada no aparece alguna causa de justificación, estaremos ante una conducta típica y antijurídica.

5. CULPABILIDAD

En la etapa de la culpabilidad corresponde al operador jurídico determinar si la conducta típica y antijurídica es posible ser atribuida o imputada a su autor. Es decir, se analizará si el autor de la conducta efectuada es imputable, es decir, mayor de edad y no sufre de alguna anomalía psíquica considerable; luego, analizará si el agente al momento de actuar conocía la antijuridicidad de su conducta y, finalmente, verificará si el autor en lugar de perfeccionar el injusto penal pudo actuar de modo diferente a la de impedir o perturbar una reunión pública lícita haciendo uso de la violencia o la amenaza.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito puede consumarse hasta en tres momentos, según sean las circunstancias en que el agente desarrolla su conducta delictiva. En el primer supuesto, el delito se perfecciona en el mismo instante en que el agente comienza a impedir que las personas se reúnan. El segundo supuesto se perfecciona cuando el agente comienza a impedir el desenvolvimiento de la reunión. Comienza a disolver la reunión. Y finalmente, el tercer supuesto se consuma en el mismo instante en que comienza a realizar actos perturbatorios con la finalidad de que la reunión se desenvuelva de manera irregular. Se trata de un delito instantáneo.

Es posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa, ello se producirá cuando aquel por los deficientes medios empleados no logra su finalidad de impedir la realización de la reunión pública o, en su caso, no logra perturbar el desarrollo de la reunión.

7. PENALIDAD

Al agente de la presente conducta punible se le impondrá la pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de un año y unido a esta pena, sesenta a noventa días multa.

Subcapítulo 3
Abuso de cargo

TIPO PENAL

La conducta delictiva que desarrolla un funcionario público que pone en peligro o lesiona la libertad de reunión debidamente garantizada por nuestra Carta Magna, aparece tipificado en el artículo 167 del Código Penal que *ad litterae* indica:

> El funcionario público que abusando de su cargo no autoriza, no garantiza, prohíbe o impide una reunión pública, lícitamente convocada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3.

TIPICIDAD OBJETIVA

La figura delictiva se perfecciona objetivamente cuando el agente que tiene la condición especial de funcionario público en ejercicio no autoriza o no garantiza o prohíbe o impide la realización de una reunión pública convocada lícitamente. De la lectura del tipo penal se evidencia que el supuesto de hecho recoge hasta cuatro modalidades en que puede consumarse el delito en sede.

En efecto, tenemos las siguientes formas independientes que lesionan ponen en peligro el bien jurídico protegido:

El delito se configura cuando el funcionario público en ejercicio de sus funciones sin motivo aparente no autoriza la realización de una reunión pública y por el contrario, la deniega.

También el injusto penal se configura cuando el funcionario público en ejercicio de su cargo no garantiza la realización de la reunión que en principio autorizó. Bramont-Arias y García Cantizano[940] afirman que "no garantizar se entiende en el sentido de que el funcionario

[940] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 224.

no ofrece las medidas necesarias para que se respete la seguridad y el orden preciso en el desarrollo de la reunión".

c. Asimismo, se materializa el ilícito penal cuando el funcionario público en ejercicio de sus funciones sin que concurran las circunstancias establecidas claramente en la Constitución (inciso 12 del artículo 2), luego de la comunicación o anuncio anticipado que le hacen los organizadores, mediante resolución arbitraria prohíbe la realización de la reunión pública que le anuncian.

d. Finalmente, se configura el delito cuando el funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones personalmente u ordenando a tercera persona impide la realización de la reunión pública que le han anunciado anticipadamente o en su caso, desactiva la reunión que se viene desarrollando de modo que no deje que cumpla su finalidad para la cual se convocó.

Por otro lado, la conducta prevista en el tipo penal en análisis debe perfeccionarse por el funcionario en pleno ejercicio de sus funciones, esto es, el funcionario se extralimita en sus funciones realizando cualquiera de las conductas previstas que de modo evidente lesionan el derecho a la libertad de reunión consagrado en nuestra Carta Política. Aquí, el funcionario realiza un abuso de sus funciones o atribuciones establecidas. Bramont-Arias y García Cantizano[941], sucintamente, enseñan que "elemento fundamental del tipo es que el funcionario público abuse de su cargo, esto es, realice un acto excesivo, indebido e injustificado en el desempeño de su función, cuando la reunión ha sido lícitamente convocada". A *contrario sensu*, si el funcionario, por ejemplo, se encuentra de vacaciones o suspendido y realiza cualquiera de las hipótesis delictivas enumeradas, su conducta se subsumirá en el tipo penal del artículo 166, pero de ningún modo en el tipo penal en comentario.

Resulta necesario dejar establecido que haciendo una interpretación sistemática del tipo penal, este no se refiere a cualquier funcionario investido de autoridad pública, sino solo a aquel que dentro de sus funciones establecidas por ley le corresponde autorizar, garantizar o prohibir la rea-

[941] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 224.

lización de una reunión pública. En principio, se refiere a la autoridad que representa al Poder Ejecutivo (prefectos, oficiales de la Policía Nacional), el cual es el encargado de mantener el orden público.

Es otro elemento objetivo del tipo penal el hecho de que la reunión que no se autoriza, no se garantiza, se prohíbe o se impide, sea lícita, es decir, se trate de una reunión pacífica y sin armas y se haya anunciado con anticipación a la autoridad correspondiente. Si de los hechos se llega a establecer que se trataba de una reunión ilícita o ilegal, la conducta exteriorizada por el funcionario público será atípica.

2.1. Bien jurídico protegido

Igual como sucede con el tipo penal anterior, aquí se pretende tutelar o proteger el bien jurídico constituido por el derecho a la libertad de reunión que tenemos todas las personas, incluso las personas jurídicas.

2.2. Sujeto activo

Se trata de un delito especial. El tipo penal exige que el sujeto activo debe tener la condición de funcionario público. Nadie que no tenga aquella condición podrá realizar el injusto penal. Es más, el tipo penal está limitado a todos aquellos funcionarios públicos que dentro de sus funciones está la de autorizar, garantizar o prohibir la realización de una reunión pública. Caso contrario, si, por ejemplo, un juez o fiscal realiza cualquiera de las conductas previstas en el tipo penal, de ningún modo, podrá imputársele el delito en sede, pues dentro de sus funciones no se encuentra el de autorizar, garantizar o prohibir reuniones públicas. Su conducta se subsumiría en otro tipo penal como podría ser el de abuso de autoridad. Se excluye a los servidores públicos.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima puede ser cualquier persona particular o una persona jurídica que haya decidido organizar una reunión pública.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se desprende con claridad que estamos ante conductas de comisión dolosa. Queda excluido cualquier com-

portamiento imprudente. En efecto, el funcionario público actúa con conciencia y voluntad de realizar todos los elementos objetivos del tipo penal. Es posible que concurra el error de tipo, siendo de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 14 de nuestro Código Penal.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifican los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito de abuso de cargo por parte del funcionario público, corresponderá al operador jurídico determinar si en la conducta típica concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se llega a concluir que en la conducta analizada no aparece alguna causa de justificación, estaremos ante una conducta típica y antijurídica.

5. CULPABILIDAD

En la etapa de la culpabilidad corresponde al operador jurídico determinar si la conducta típica y antijurídica es posible ser atribuida o imputada a su autor. Es decir, se analizará si el funcionario público de la conducta efectuada es imputable, es decir, no sufre de alguna anomalía psíquica considerable; luego analizará si el agente al momento de actuar conocía la antijuridicidad de su conducta y finalmente, verificará si el autor en lugar de perfeccionar el injusto penal pudo actuar de modo diferente a la de abusar del ejercicio del cargo no autorizando, no garantizando, prohibiendo o impidiendo la realización de una reunión pública lícita.

El error de prohibición puede presentarse, por ejemplo, cuando el funcionario público no autorice una reunión pública por una errónea interpretación de la ley respectiva que establece en qué casos no se autoriza una reunión pública. Queda a instancia del operador jurídico determinar si se trata de un error vencible o invencible. Si se establece que se trata de un error vencible se atenuará la pena que corresponda. Caso contrario, si se establece que se trata de un error invencible, se excluirá la responsabilidad según el artículo 14 del C.P.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Según sea la modalidad exteriorizada por el sujeto activo se perfeccionará el injusto penal.

En efecto, si se trata de la conducta de no autorizar, se consumará en el instante en que el funcionario público firme la resolución por la cual deniega la autorización peticionada para realizarse la reunión pública. En el caso de no garantizar el desarrollo normal de la reunión se perfecciona cuando el funcionario público no presta las garantías necesarias para el desenvolvimiento normal de la reunión lícitamente convocada. Tratándose de la figura de prohibir, se perfecciona en el momento en que el funcionario público emite resolución prohibiendo la realización de la reunión pública anunciada. Asimismo, en cuanto a la figura de impedir, esta se consuma cuando el funcionario público fácticamente impide que se reúnan las personas o, en todo caso, disuelve la reunión antes que concluya.

Es posible la tentativa, por ejemplo, cuando pese al intento de disolver una reunión el funcionario público no logra su objetivo por férrea resistencia de las personas reunidas.

7. PENALIDAD

Al momento de individualizar la pena, la autoridad jurisdiccional tiene la facultad de imponer la pena privativa de libertad que oscila entre dos a cuatro años, asimismo, se dispondrá inhabilitación de uno a dos años conforme el artículo 36, incisos 1, 2 y 3.

Capítulo VII
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO

Subcapítulo 1: Generalidades 1. Concepto de libertad de trabajo. 2. Origen y evolución de los derechos laborales a nivel constitucional. **Subcapítulo 2: Delitos contra la libertad sindical.** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Otros supuestos delictivos. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Consumación y tentativa. 5. Penalidad. **Subcapítulo 3: El delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales.** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad Objetiva. 2.1. Circunstancia agravante. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Consumación y tentativa. 5. Penalidad. **Subcapítulo 4: El delito de trabajo forzoso.** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 2.1. Circunstancias agravantes del delito de trabajo forzoso. 3. Penalidad.

Subcapítulo 1
Generalidades

1. CONCEPTO DE LIBERTAD DE TRABAJO

Con la penalidad de interpretar las conductas delictivas que lesionan o ponen en peligro los derechos laborales reconocidos a nivel constitucional, debe entenderse a la libertad de trabajo como el libre y voluntario ejercicio de los derechos esenciales y fundamentales de carácter o índole laboral reconocidos por nuestra Constitución Política.

En el contenido de la libertad de trabajo encontramos a la libertad sindical entendida como la filiación (positiva) o desafiliación (negativa) libre y voluntaria de una organización sindical dentro de un centro laboral (inciso 1 del artículo 28 de la Constitución Política); encontramos el derecho que tiene todo trabajador de recibir o percibir

una remuneración equitativa y suficiente por todo trabajo que realice. Nadie puede someter u obligar a otra persona a realizar un trabajo sin retribuirle la correspondiente remuneración, la misma que debe ser suficiente para su sostenimiento personal y familiar (artículo 23 y 24 de la Constitución del Estado).

También es un aspecto de la libertad de trabajo el derecho a la estabilidad laboral entendida como el derecho que tiene todo trabajador a no ser despedido de su centro de trabajo sin mediar causa justificada y prevista por ley expresa o convenio colectivo (artículo 27 de la Constitución). Asimismo, se comprende dentro de la libertad de trabajo al derecho de huelga, el derecho a la negociación colectiva, etc., los cuales carecen de trascendencia a efectos del presente análisis dogmático de Derecho Penal, debido que estos derechos laborales de acuerdo con la redacción del artículo 168 del C.P. que analizaremos, no tienen protección de este tipo penal.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES A NIVEL CONSTITUCIONAL

Los derechos laborales y, entre ellos, todos los que comprenden la libertad de trabajo, tuvieron su origen legal del más alto nivel en un país, en la Constitución mexicana de 1917 más conocida en el mundo del Derecho Constitucional como "la Constitución de Querétaro".

El artículo 123 de aquella constitución contempló una serie de derechos laborales específicos y concretos: la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y posnatal, el salario mínimo, el pago de remuneración con moneda de curso legal, la sobretasa del cien por ciento por trabajo de horas extras, la aplicación del principio de igualdad de trato en el pago de las remuneraciones, el reconocimiento al derecho de huelga, la libertad sindical, la obligatoriedad de disposiciones sobre seguridad en la empresa y la responsabilidad empresarial en los casos de accidentes de trabajo, la resolución de los conflictos de trabajo mediante mecanismos de conciliación y arbitraje y la prohibición del despido injustificado.

Después, encontramos la Constitución alemana de 1919 conocida como la Constitución de Weimar, promulgada ni bien concluida la primera guerra mundial, la misma que si bien no tiene el contenido específico de la Constitución mexicana, en su artículo 162 consagró como principios generales el principio protector –el principio base del derecho del trabajo–, la disposición sobre el trabajo adecuado y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Fue la segunda constitución en el mundo y la primera europea en incorporar derechos y principios laborales en la más alta jerarquía de la normativa estatal.

Las dos constituciones citadas, especialmente la segunda por el prurito de siempre seguir a los europeos, influyó entre otros factores secundarios, para que el constituyente peruano reconociera los derechos laborales por primera vez en la Constitución de 1920, después en la de 1933, para tener su cumbre más alta en la Constitución de 1979, la misma que, a decir de los entendidos, cuantitativa y cualitativamente abordó mejor el tema laboral. Trató sin reparos los derechos laborales de los trabajadores otorgándole un capítulo especial al tema del trabajo y lo realizó de manera sistemática. No obstante, la Constitución de 1993 redujo de manera significativa los derechos laborales como consecuencia de adherirse al modelo de un Estado liberal o de una economía libre de mercado, dejando de lado o reduciendo los márgenes de un modelo de Estado social de derecho(942).

Subcapítulo 2
Delitos contra la libertad sindical

1. TIPO PENAL

El tipo penal 168 del C.P. que sancionaba las conductas que lesionaban o ponían en peligro el bien jurídico denominado libertad de trabajo, ha sido objeto de diversas modificaciones, al punto que ya no se puede

(942) Respecto de la evolución de los derechos laborales en el Perú. *Vid.* TOYAMA MIYAGUSUKU, 1999, pp. 236-275.

denominar delito contra la libertad de trabajo, sino simplemente, delito contra la libertad sindical del trabajador. En efecto, el texto original del C.P. de 1991, fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 857 del 4 de octubre de 1996. Luego, por Ley N.° 29783, publicado el 20 de agosto del 2011, se volvió a modificar su contenido. En efecto, la sexta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 29783 dispuso la derogatorio del inciso 3 del artículo 168 del Código Penal original e incorporó en el Código Penal el numeral 168-A, último numeral que fue objeto de modificación por el artículo 2 de la Ley N.° 30222, publicada el 11 julio del 2014. Luego, por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 06 enero del 2017, se ha vuelto a modificar el tipo penal 168 del C.P. y se ha reducido su contenido debido que también se ha incorporado a nuestro C.P. el tipo penal 168-B que tipifica el delito de trabajo forzoso. En este sentido, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo citado, el artículo 168 del Código Penal tiene el siguiente contenido:

> El que, mediante violencia o amenaza, obliga o impide a otro a integrar un sindicato, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.
>
> La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal modificado por el Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 06 de enero del 2017, se desprende que el delito denominado contra la libertad de trabajo muy bien puede perfeccionarse por diversas modalidades claramente descritas. En efecto, lo primero que impresiona de la lectura del tipo penal, es el uso de la violencia o amenaza en la exteriorización de la conducta por parte del sujeto activo.

El comportamientos delictivo previsto en el primer párrafo de la fórmula legislativa, se verifica cuando el sujeto activo haciendo uso de la violencia o en su caso, de la amenaza, obliga, coacciona o compele al sujeto

pasivo a integrar a un sindicato o le impide a integrarse a un sindicato. Es decir, el agente por medio de los elementos comisivos de la violencia o la amenaza, obliga al sujeto pasivo a integrar un sindicado, o en su caso, le impide al sujeto pasivo a integrarse a un sindicato. Sin duda el uso de la violencia o la amenaza, tuerce la voluntad del trabajador y, por tanto, limitan su libertad sindical.

Al utilizar el verbo "obligar" en la construcción de la fórmula penal, al legislador le interesa reprimir conductas que restrinjan o anulen su voluntad y, por ende, la libertad de decisión del trabajador en determinadas circunstancias. De allí, quizá la necesidad de criminalizar conductas que pongan en peligro o lesionen la libertad de toda persona trabajadora capaz de desarrollar un trabajo en el tiempo, lugar y condiciones que su libre voluntad decida desde que es un ser rodeado de libertad. Solo del trabajador debe depender si voluntariamente integra o no un sindicato. En estos tiempos en que los intelectuales de todos los campos del conocimiento hablan de posmodernidad, la libertad personal y, por ende, todas sus manifestaciones han cobrado real importancia; en consecuencia, la libertad de los trabajadores, de decidir si integran o no un sindicato debe ser protegida por el *ius puniendi*.

No les falta razón a Bramont-Arias y García Cantizano[943], cuando citando al profesor chileno Juan Bustos Ramírez, afirman que al utilizar el término "obligar" se hace referencia a la idea de subordinación, en el sentido de que se fijan condiciones laborales sobre la base de una situación de superioridad o necesidad de los trabajadores.

Los medios válidos para la configuración de las conductas atentatorias contra la libertad sindical lo constituye la violencia o la amenaza. Si cualquiera de estos medios no concurre en determinados hechos, el delito no se configura. La conducta será atípica y, por tanto, irrelevante penalmente.

La violencia (*vis absoluta*) se entiende como el desarrollo o exteriorización de la fuerza física sobre determinada persona con la finalidad de quebrantar su voluntad y obligarle a realizar conductas no queridas

(943) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 228.

por aquel. La amenaza (*vis compulsiva*) consiste en el anuncio de un mal futuro si no se realiza determinada conducta. La amenaza puede recaer directamente sobre el sujeto pasivo o sobre un tercero estrechamente ligado con aquel. Ambos medios coactivos tienen por finalidad restringir o anular la voluntad del sujeto pasivo y, de ese modo, compeler a que efectúe conductas que, de actuar libremente, no las realizaría.

Sin embargo, para configurarse el delito contra la libertad sindical, el uso de la violencia o amenaza debe estar dirigido a la realización de la conducta descritas en la primera parte del tipo penal, si por el contrario, están orientadas a otra finalidad, podrá configurarse, muy bien, el delito contra la libertad personal, previsto en el tipo penal del artículo 151 del C.P., pero de ningún modo el delito que venimos analizando.

Se trata de conductas que lesionan lo que se conoce como libertad sindical –negativa y positiva, individual y colectiva– aspectos debidamente garantizados por nuestra Constitución Política vigente, aunque con una fórmula muy escueta, especialmente comparada con la Constitución de 1979. Según la Constitución, el Estado reconoce el derecho sindical, cautela su ejercicio y la garantiza. Por ello, habría que acudir a los instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales para hacer una interpretación sustantiva y darle contenido suficiente a la libertad sindical en atención de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución[944].

La conducta se verifica cuando el agente obliga por medio de la violencia o amenaza a que el sujeto pasivo, trabajador de determinada persona jurídica, se afilie o integre a un sindicato o, en su caso, le obliga a que se retire o desafilie de una organización sindical. Esto es, el agente con su conducta lesiona la libertad sindical a que tiene derecho todo trabajador. Hoy en día, afiliarse a un sindicato (organización tendiente a la defensa de los derechos laborales) se constituye en un derecho laboral reconocido constitucionalmente (artículo 28, inciso 1), sin embargo, como todo derecho, es libre y voluntario cuya única condición para ejercitarlo es ser trabajador. Nadie puede obligar a determinado trabajador a que se afilie a tal o cual sindicato y menos haciendo uso de la violencia o amenaza.

(944) Toyama Miyagusuku, 1999, p. 272.

El delito se configura solo cuando se obliga haciendo uso de la violencia o amenaza a formar parte (integrar) de un sindicato o, en su caso, desafiliarse de aquel. En consecuencia, no es típica aquella conducta dirigida a desorganizar o aniquilar un sindicato. Tampoco son típicas las conductas, por ejemplo, del empresario que obliga a que determinado trabajador se desafilie de un sindicato ofreciéndole alguna suma de dinero o la conducta de un dirigente sindical cuando obliga a determinado trabajador a que se afilie a su sindicato ofreciéndole dinero. En estos ejemplos, si bien se obliga o condiciona la voluntad de un trabajador y, por tanto, se restringe su libertad sindical, las conductas son atípicas por faltar la violencia o amenaza que se constituyen en elementos objetivos insustituibles para la configuración del delito.

2.1. *Otros supuestos delictivos*

El último párrafo del tipo penal del artículo 168 recoge una serie de supuestos delictivos de diversa naturaleza por lo que resulta difícil identificar algún específico bien jurídico que el legislador haya pretendido proteger. En principio de la lectura del tipo penal se colige que en estos supuestos delictivos para nada interviene la violencia o amenaza, estos son supuestos autónomos independientes a los primeros ya analizados. Asimismo, sujeto activo solo puede ser una persona que tenga la calidad de empresario; se tratan de delitos especiales por la calidad especial del agente, en los cuales se exige necesariamente la calidad de empresario del sujeto activo para estar ante una conducta punible. Pero veamos en qué consiste cada uno de los supuestos:

a. Incumplir resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente

Se perfecciona el supuesto delictivo cuando el empresario se resiste a cumplir una resolución consentida dictada por una autoridad laboral en el ejercicio de sus funciones; asimismo, aparece el delito cuando el agente incumple o desobedece una resolución jurisdiccional que ha pasado a constituir una cosa juzgada, es decir, el agente incumple la resolución por la cual la autoridad jurisdiccional decidió el mérito de la pretensión, y cuyos efectos transcienden el proceso mismo en que

fue dictada, pues lo decidido por ella no puede ser objeto de revisión en ningún otro proceso.

Se entiende que aquella resolución debe haberle sido debidamente notificada requiriendo el cumplimiento. Sin notificación y requerimiento debido al obligado es imposible saber si el agente incumplió lo ordenado por la resolución. En tal sentido, recurriendo al derecho vivo, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, por resolución del 12 de junio de 1998 declaró nula la sentencia y dispuso que el juez penal recabe copias autenticadas de los apercibimientos efectuados al procesado para el cumplimiento de la sentencia laboral en los términos siguientes "*que, de la revisión de los presentes autos, se tiene que se incrimina al procesado Carlos Manuel Pajuelo Morales, haber incumplido con los dos últimos extremos de la sentencia que en copia certificada obra a fojas siete, que establece el pago de intereses de los montos vacacionales devengados y el otorgamiento de cuatro pólizas de seguro de vida, con las primas pagadas al día, a favor del agraviado; que, siendo ello así y no apareciendo en autos el requerimiento de autoridad competente, a cuyo incumplimiento procede la denuncia penal, sino obrando tan solo a fojas cuarenta y cuatro un requerimiento bajo distinto apercibimiento respecto de un extremo de la imputación, no procede concluirse en la comisión del delito y la responsabilidad del procesado*"(945).

De la lectura del tipo penal no se evidencia que sea necesario el apercibimiento de ser denunciado penalmente en caso de incumplimiento. Bastará que se verifique que al obligado se le notificó el requerimiento respectivo. Esto es, basta que se constate que el obligado tenía perfecto conocimiento de la resolución consentida y ejecutoriada y, además, del requerimiento para su cumplimiento, para estar frente al supuesto de la comisión del delito en comentario en caso de incumplimiento.

En la práctica judicial, diversos precedentes jurisprudenciales han establecido en forma clara lo alegado. Así tenemos, cuando resolviendo el medio técnico de defensa de cuestión previa, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, afirma: "que, *si bien el artículo ciento sesenta y ocho precitado no dispone el haber requerido al procesado bajo*

(945) Exp. N.° 816-98, en Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huaman, 1999, p. 219.

apercibimiento de ser denunciado por el delito de violación de la libertad de trabajo, debe haberse acreditado el conocimiento del procesado de la sentencia consentida y ejecutoriada para establecer su responsabilidad, que ello importa un requisito de procedibilidad que determina que se declare de oficio, fundada la cuestión previa"[946]. En el mismo sentido, la misma Sala Penal reitera la tesis que solo es necesario el requerimiento de cumplimiento para la configuración del supuesto delictivo. Esto, es, el delito en sede aparece cuando el agente, pese a ser oportunamente notificado que de cumplimiento al pago de una suma de dinero por concepto de beneficios sociales al agraviado, no cumple con hacer efectivo lo ordenado en una resolución judicial que quedó debidamente consentida. En efecto, por resolución del 17 de noviembre de 1988, aquella Sala Penal vuelve a señalar: "*que, se le imputa a los procesados José Poblete Vidal y Alfredo Fernández Baca, que en su calidad de accionistas y directores de 'Inversiones Palace', fueron objeto de un proceso laboral por pago de beneficios sociales a fin de que se cumpla con abonarle la suma de trece mil ochocientos setenta punto cincuenta y nueve nuevos soles al agraviado, sin embargo, pese haberse notificado oportunamente se dé cumplimiento a lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional, los inculpados no cumplieron con hacer efectivo dicho pago*"[947].

Por otro lado, al referirse el tipo a "resoluciones dictadas por la autoridad competente", nos indica que debe tratarse de resoluciones dictadas en el ejercicio normal de sus atribuciones por la autoridad laboral, ya sea un funcionario del Ministerio de trabajo con competencia para dictar resoluciones laborales, o la autoridad jurisdiccional que haya conocido un proceso laboral. Mayormente aparece esta figura cuando el sujeto activo incumple la resolución judicial que le ordena reponer a un trabajador a su puesto de trabajo, o a pagar determinado monto económico al trabajador por concepto de compensación por tiempo de servicios, etc. De modo que al final, lo que se pretende proteger es el principio de autoridad que tiene la autoridad laboral. Las resoluciones provenientes de un debido proceso laboral deber ser cumplidas en sus propios términos.

---

[946] Exp. N.° 4813-98, resolución del 5 de noviembre de 1998, en Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huaman, 1999, p. 222.

[947] Exp. N.° 2776-98, en Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huaman, 1999, p. 226.

Finalmente, en cuanto a este extremo, resulta importante indicar que frente a cualquier conducta típica, muy bien, puede alegarse alguna causa de justificación prevista en el artículo 20 del Código Penal. Respecto del supuesto en análisis, el agente con eficacia puede alegar y argumentar un estado de necesidad justificante (inciso 4 del artículo 20 C.P.). En una época de crisis económica es posible que algunos empresarios incumplan determinadas resoluciones que ordenan algún pago al trabajador, con la finalidad de evitar un perjuicio mayor como puede ser quiebra o falencia absoluta de la empresa. Si tales circunstancias se presentan y prueban en un caso concreto, no se configurará la conducta delictiva por no aparecer el elemento antijuridicidad. Esta es la posición de nuestro más alto Tribunal de Justicia, cuando por resolución del 6 de enero de 1998 considera *"que conforme se advierte de lo actuado en el proceso, se encuentra acreditado que los encausados Héctor Félix Farro Ortiz, Adelfo Bernardino Gutiérrez Guardales y Fortunato Hinostroza Gerónimo en su condición de directivos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito 'Nuevo Horizonte' han cumplido con el mandato legal de pagar los beneficios laborales del agraviado Juan Carlos La Rosa López, dentro de las posibilidades económicas de la misma, lo que lleva a concluir que la conducta de los referidos encausados no configura con el ilícito previsto en el último parágrafo del artículo ciento sesenta y ocho del Código Penal, por lo que debe absolverse a los referidos encausados, respecto al citado delito"* (948).

b) Disminuir a distorsionar la producción

El supuesto delictivo se verifica cuando el empresario actúa en forma fraudulenta cuya única finalidad es perjudicar al Estado con el no pago de los impuestos reales y en forma indirecta a los trabajadores quienes se verían presionados por la supuesta escasa producción en su actividad. Por la forma como aparece redactado en supuesto punible solo se sanciona la simple verificación de la disminución o distorsión de la producción. Es irrelevante penalmente determinar la finalidad que tuvo o motivó al agente para proceder de ese modo.

(948) Exp. N.° 1097-97-Huaura, en Rojas Vargas, 1999, p. 363.

Aquí, cabe hacer la siguiente precisión: el tipo penal respecto del supuesto en análisis que anteriormente aparecía regulado en la Ley N.° 24514, era totalmente diferente al supuesto recogido en el último párrafo del artículo 168. En la citada ley, aparecía el presente supuesto como un medio fraudulento para simular una causal que justifique el cierre del centro de trabajo, mientras que por la forma como parece redactado en el tipo penal del artículo 168, no se requiere que la disminución o distorsión de la producción tenga por finalidad el cierre del centro de trabajo. Ahora aparece como una figura autónoma, sancionado por el solo hecho de alterar la producción independientemente si se cierra o no el centro de trabajo. No obstante, será necesario verificar si la conducta ha causado un perjuicio a los trabajadores, quienes finalmente son las personas a quien se pretende proteger por el derecho penal.

c) Simular causales para el cierre del centro de trabajo

Este supuesto se verifica cuando el agente actuando en forma fraudulenta simula o aparenta causales para el cierre de un centro de trabajo. Aquí se trata de un cierre ilegal del centro laboral, cuya única finalidad que alentaría al agente sería extinguir la relación laboral con sus trabajadores. De este modo, se lesiona el derecho a la estabilidad laboral de salida de los trabajadores. Por ejemplo, se verifica el supuesto típico cuando el empresario simula una quiebra de la empresa.

d. Abandonar el centro de trabajo para extinguir las relaciones laborales

Este supuesto se configura cuando el empresario hace abandono del centro de trabajo con la finalidad de extinguir el vínculo laboral con sus trabajadores. Sin duda con esta conducta el empresario lesiona el derecho a la estabilidad laboral del que goza todo trabajador. Al empresario ya no le interesa mantener trabajadores en su empresa, para ello hace abandono del centro de trabajo para que aquellos se vayan en busca de otro trabajo. Es irrelevante penalmente verificar si pagó o no las remuneraciones o todos los beneficios sociales que corresponden a los trabajadores. Basta verificar que abandonó injustificadamente e ilegalmente el centro de trabajo para estar frente al hecho punible que se pretende evitar.

2.2. Bien jurídico protegido

Por la reducción de la fórmula legislativa prevista en el primer párrafo del artículo 168 del C.P., podemos concluir que el único bien jurídico que se pretende proteger o cautelar es la libertad sindical reconocida a nivel constitucional.

Antes de la modificatoria del citado numeral producida por el Decreto Legislativo N.° 1323, de enero del 2017, del texto del tipo penal aparecía que se protegía la libertad de trabajo, cuyo contenido englobaba la libertad sindical y la obtención de remuneración equitativa y suficiente por el trabajo prestado, sin embargo, al haberse incorporado el delito de trabajo forzoso en nuestro sistema jurídico penal, al cual se ha pasado el supuesto de obligar a realizar un trabajo sin remuneración, ya no podemos afirmar que se protege la libertad laboral, sino solo la libertad sindical.

En tanto que con el contenido del segundo párrafo del artículo 168 del C.P. se pretende cautelar dos bienes jurídicos debidamente diferenciados. En primer término, el principio de autoridad laboral que se lesiona cuando el agente incumple dolosamente las resoluciones dictadas por la autoridad laboral competente. Y en segundo término, se pretende proteger el conocido derecho de estabilidad laboral que tenemos todos los trabajadores, bien jurídico que se lesiona o pone en peligro cuando el agente dolosamente disminuye o distorsiona la producción o simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona el centro laboral con la finalidad de extinguir las relaciones laborales.

2.3. Sujeto activo

Se trata de un delito común o de dominio. La fórmula legislativa no exige alguna calidad o cualidad personal especial en el sujeto activo del delito. De modo que agente del hecho punible puede ser cualquier persona, tenga la calidad de empleador o no. Es perfectamente posible que otro trabajador restrinja la libertad sindical de otro trabajador. Esto es, no se exige ninguna cualidad o calidad especial, basta que se verifique que ha hecho uso de la violencia o amenaza para obligar al sujeto pasivo a realizar actos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico protegido como es la libertad de trabajo.

En el segundo párrafo del artículo 168 del C.P., sí se recoge supuestos delictivos especiales, pues autor solo pueden ser los obligados por la resolución judicial dictada por autoridad competente. Nadie más que ellos pueden ser sujetos activos del delito. Asimismo, respecto de los otros supuestos, solo pueden ser autores aquellos que tienen la calidad de empresarios o empleadores, pues solo ellos pueden realizar la acción típica.

En ambos supuestos, esto es, así se trate de delitos comunes o especiales, es posible la investigación y la complicidad.

2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona. En este sentido, no le falta razón a Villa Stein[949] cuando enseña que sujeto pasivo lo será el trabajador actual, del nivel laboral que sea, pudiendo desde luego ser, un alto ejecutivo empresarial.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la forma como aparece redactado el tipo penal en su conjunto, se desprende que se tratan de conductas delictivas netamente dolosas. Es decir, el agente actúa con conocimiento y voluntad de imponer la sindicalización o impedirlo a otro trabajador. No se requiere ningún otro elemento subjetivo adicional.

Los supuestos delictivos regulados en el segundo párrafo del artículo 168 del C.P., también son de carácter doloso. El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar la acción típica. Es admisible el dolo eventual.

Al no estar regulada alguna conducta imprudente, de darse en la realidad, constituirá conducta atípica y, por tanto, irrelevante penalmente.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las conductas delictivas analizadas se perfeccionan o consuman según sea su modalidad. Así tenemos:

---

[949] VILLA STEIN, 1998A, p. 172.

El hecho punible previsto en el párrafo primero del tipo penal del artículo 168, se perfecciona en el instante en que el agente por medio de la violencia o amenaza obliga que el sujeto pasivo se integre a un sindicato o, en su caso, no se integre a aquel.

Al ser un comportamiento de comisión, es posible que se perfeccione la categoría penal prevista en el artículo 16 del Código Penal, es decir, la tentativa.

En su caso, tratándose de los supuestos previstos en el segundo párrafo del 168 del C.P., el delito se perfecciona en el mismo momento que el obligado incumple la resolución dictada por autoridad competente. También en el mismo momento que el empleador da inicio a los actos de disimular o distorsionar la producción de la empresa. En tanto de si se trata del supuesto delictivo de simular causales para el cierre del centro laboral, el delito se perfecciona en el preciso momento que se inicia con la simulación de las causales. Tratándose del último supuesto delictivo, se perfecciona la consumación en el preciso momento que el empleador abandona o se ausenta del centro laboral con la finalidad de extinguir las relaciones laborales para con sus trabajadores. Es posible que las acciones se queden en grado de tentativa.

5. PENALIDAD

Al sujeto activo de cualquiera de los supuestos delictivos sancionados en el tipo penal 168 del C.P., se le impondrá una pena privativa de libertad que oscila entre dos y cinco años, quedando en la potestad de la autoridad jurisdiccional imponer o individualizar el quántum de la pena adecuada y concreta para el hecho objeto de acusación.

Subcapítulo 3
El delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales

1. TIPO PENAL

Por Ley N.° 29783, del 20 de agosto del 2011, se incorporó en el Código Penal este nuevo delito. Para tal efecto en la Cuarta Disposición

Complementaria y Modificatoria de la citada ley, se dispuso incorporar el artículo 168-A al Código Penal. No obstante, por la Ley N.° 30222, publicada en *El Peruano* el 11 de julio del 2014, se modificó por vez primera este tipo penal, quedando finalmente el contenido de la fórmula legislativa como sigue:

> El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en estas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.
>
> Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.
>
> Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El Título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo N.° 29783[950] tiene hasta tres principios fundamentales que es necesario tener en cuenta para hacer hermenéutica jurídica de la fórmula legislativa contenida en el artículo 168-A del C.P. Se trata del principio de prevención que prescribe: el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del

(950) De aplicación para los empleadores y trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia. Véase el artículo 2 de la citada Ley.

centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales, y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

En tanto que el principio de responsabilidad precisa que el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes.

Finalmente, el principio de protección que precisa que los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a:

a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable,

b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores.

De ahí que incurre en el delito en análisis el empleador que deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, e incluso, habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en estas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores.

En otros términos, la conducta punible se perfecciona cuando el empleador legalmente obligado, infringiendo las normas de seguridad y salud previstas en la Ley N.° 29783, dolosamente y por segunda vez, no adopta las medidas preventivas para que los trabajadores desarrollen su trabajo en ambientes seguros y saludables compatibles claro está, con su bienestar y su dignidad y como consecuencia de esta inobservancia ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

Consideramos que el texto original era suficiente para configurarse el delito, sin embargo, ahora, seguramente por presión del sector empresarial, el legislador ha modificado la fórmula legislativa original para precisar

que recién se configurará el delito cuando el empresario obligado haya sido previamente exhortado o notificado por la autoridad competente por no haber adoptado las medidas previstas en la Ley. Esto es, si en una primera oportunidad se detecta que el empresario no ha brindado las condiciones de seguridad a sus trabajadores y como consecuencia de tal inobservancia les ha puesto en inminente riesgo su vida, salud e integridad física, no constituye delito y solo será exhortado o notificado. Recién el delito se configurara si luego de esa primera vez que fue detectado y notificado, vuelve a ser detectado infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado. Solo habrá delito si se reitera en la conducta infractora.

Forma rara de legislar en el Perú. Pero así están las cosas.

En otro extremo, por la forma como se ha construido la fórmula legislativa del primer párrafo del artículo 168-A, se concluye que se trata de un delito de mera actividad, para su consumación no necesita que realmente se cause un perjuicio efectivo y real a la vida, la salud, la integridad física o mental de los trabajadores y de aquellas personas que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.

Basta que se verifique que el sujeto obligado legalmente (empleador) intencionalmente y por segunda vez no adopta las medidas preventivas para con sus trabajadores a que le obliga las normas de seguridad y salud, para afirmar que estamos ante un delito consumado[951].

Se trata de un delito de omisión de la aplicación de las normas de seguridad y salud. Se trata en consecuencia de un delito de naturaleza omisiva. En un delito de comisión por omisión. Tiene su correlato una norma de mandato laboral. Su fundamento es el deber de garante que

[951] CALDERÓN VALVERDE "sostiene que se trata de un delito de peligro concreto, es decir, se requiere una efectiva sensibilización o conmoción del bien jurídico vida o salud, el cual se juzga sobre la base de la experiencia común y que permite concluir que existió un curso probable que conducía al resultado temido, razón por la que no hay necesidad de constatar la producción de un resultado antijurídico". "La incorporación del artículo 168-A en el Código Penal como consecuencia de la Ley de seguridad y salud en el trabajo", en la *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 32, febrero 2012, Lima, p. 126.

tiene el autor de proteger y cautelar la vida, la salud, la integridad física y mental de los trabajadores a su cargo.

La circunstancia que el empleador tenga el deber de garante sobre sus trabajadores, nace o está previsto en el artículo 26 de la Ley N.° 29783 que prescribe: El Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización. Puede delegar sus funciones y autoridad a un personal encargado, pero ello de modo alguno le exime de su deber de prevención.

En igual sentido, el artículo 49 de la citada Ley prevé como obligaciones del empleador, entre otras, las siguientes:

a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo.

b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes.

c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales.

d) Practicar exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral a los trabajadores, acordes con los riesgos a los que están expuestos en sus labores, a cargo del empleador.

e) Garantizar que las elecciones de los representantes de los trabajadores se realicen a través de las organizaciones sindicales; y en su defecto, a través de elecciones democráticas de los trabajadores.

f) Garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo, asignando los recursos necesarios.

g) Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica:

   1. Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración.

2. Durante el desempeño de la labor.
3. Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología.

Es más, el artículo 50 de la indicada Ley prescribe las medidas preventivas que necesariamente debe aplicar el empleador para evitar riesgos laborales para sus trabajadores, tales como:

a) Gestionar los riesgos, sin excepción, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar.
b) El diseño de los puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo, la atenuación del trabajo monótono y repetitivo, todos estos deben estar orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador.
c) Eliminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro.
d) Integrar los planes y programas de prevención de riesgos laborales a los nuevos conocimientos de las ciencias, tecnologías, medio ambiente, organización del trabajo y evaluación de desempeño en base a condiciones de trabajo.
e) Mantener políticas de protección colectiva e individual.
f) Capacitar y entrenar anticipada y debidamente a los trabajadores.

En consecuencia, cualquier infracción o no cumplimiento de estas obligaciones y medidas preventivas, y las demás previstas en los artículos 51 hasta 71 de la Ley N.° 29783, pueden ser calificadas como delito[952],

[952] Por ejemplo, el artículo 60 prescribe que: "El empleador proporciona a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones, cuando no se puedan eliminar en su origen los riesgos laborales o sus efectos perjudiciales para la salud este verifica el uso efectivo de los mismos". O el artículo 69 señala taxativamente que: "Los empleadores que diseñen, fabriquen, importen, suministren o cedan máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo disponen lo necesario para que: a) Las máquinas, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo no constituyan una fuente de peligro ni pongan en riesgo

siempre claro está que la infracción sea por segunda vez. Esto es, luego que el empleador obligado haya sido notificado previamente por una primera infracción de las normas de seguridad.

Por otro lado, el consentimiento del trabajador para trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industrial previamente establecidas por la autoridad respectiva, es irrelevante al momento de calificar la conducta delictiva por el operador jurídico. En efecto, es de aplicación la advertencia que hacía José Ugaz[953], interpretando el artículo 168° antes de la modificatoria, que diversos autores señalan que tal aceptación por parte del trabajador resulta irrelevante en la medida en que estaría condicionada por la necesidad de trabajo, circunstancia propia de un país como el nuestro donde existe carencia de puestos de trabajo y sobre oferta de mano de obra. Esta necesidad anularía la expresión libre de la voluntad del trabajador, convirtiendo la "oferta" de trabajo en condiciones ilegales, en una amenaza ("o aceptas en estas condiciones o no hay trabajo").

No obstante, tiene que convenirse que no habrá participación en el delito objeto de hermenéutica si el empleador brinda a su trabajador todos los implementos y equipos de seguridad y salud para el desarrollo de su trabajo, y este libre y voluntariamente no los utiliza. La norma penal es clara al respecto, se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador. Si el trabajador no se cuida y por tanto, no hace uso de todas las medidas de protección

---

la seguridad o salud de los trabajadores. b) Se proporcione información y capacitación sobre la instalación adecuada, utilización y mantenimiento preventivo de las maquinarias y equipos. c) Se proporcione información y capacitación para el uso apropiado de los materiales peligrosos a fin de prevenir los peligros inherentes a los mismos y monitorear los riesgos. d) Las instrucciones, manuales, avisos de peligro u otras medidas de precaución colocadas en los equipos y maquinarias, así como cualquier otra información vinculada a sus productos, estén o sean traducidos al idioma castellano y estén redactados en un lenguaje sencillo y preciso con la finalidad que permitan reducir los riesgos laborales. e) Las informaciones relativas a las máquinas, equipos, productos, sustancias o útiles de trabajo sean facilitadas a los trabajadores en términos que resulten comprensibles para los mismos.

El empleador adopta disposiciones para que se cumplan dichos requisitos antes de que los trabajadores utilicen las maquinarias, equipos, sustancias, productos o útiles de trabajo".

(953) UGAZ SÁNCHEZ MORENO, 1993, p. 105.

y seguridad que se le brinda en su centro de trabajo, no espere luego que el derecho le proteja en caso de producirse su muerte o lesiones graves a consecuencia de su propio descuido. Este aspecto es una especie de autopuesta en peligro propia de la teoría de la imputación objetiva. Quien voluntariamente y con conocimiento se autopone en riesgo, debe asumir las consecuencias de ese riesgo cuando se produce un resultado dañoso a algunos de sus bienes jurídicos.

2.1. Circunstancia agravante

El segundo párrafo del artículo 168-A modificado regula el supuesto delictivo agravado. En efecto, constituye circunstancia agravante cuando como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado.

Se produce cuando a consecuencia de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros. Para efectos de la agravante, sí es necesaria la verificación o constatación del accidente de trabajo y que como resultado lamentable se haya producido la muerte de algún trabajador o de terceros, o en su caso, el trabajador o el tercero haya quedado con lesiones graves. Por lesiones graves, se entiende a las lesiones que están previstas en el artículo 121° del Código Penal. Para que se perfeccione la agravante se exige la circunstancias que el agente empleador pudo prever el resultado.

Este elemento de poder prever el resultado, nos coloca en la categoría de los delitos cometidos con dolo eventual. En efecto, las lesiones graves o muerte que se produzca por parte de los trabajadores a consecuencia de haber infringido normas de seguridad en los centros laborales por parte del sujeto obligado, serían atribuidas a los empleadores a título de dolo eventual, pues todo empleador sabe o se representa, según la actividad laboral a la que se dedica, que si infringe las normas de seguridad y salud en el trabajo, estando legalmente obligado y como consecuencia directa de dicha inobservancia, puede ocasionar la muerte o lesiones graves en sus trabajadores de producirse un accidente laboral.

No obstante tal conocimiento o representación el empleador no hace nada para evitar tal resultado. Asume una actitud temeraria. Eso no es otra cosa, en nuestro sistema jurídico, que dolo eventual.

2.2. Bien jurídico protegido

El artículo 23° de la Constitución Política del Estado precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. De modo que los bienes jurídicos que se protegen y cautelan con el delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales, vienen a constituir el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho al bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.

Para efectos del bien jurídico debe entenderse por seguridad y salud en el trabajo, el derecho que tiene toda persona de laborar o trabajar en condiciones que garanticen su vida, salud e integridad física. Las condiciones en que se trabaje deben ser tales, que procuren evitar la presencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y eso puede lograrse en la medida que los empleadores responsablemente cumplan la normatividad que existe sobre seguridad y salud en el trabajo(954). De modo que por los bienes jurídicos que se ponen en riesgo de lesión o peligro, se trata de un delito pluriofensivo(955).

No debe obviarse que de acuerdo con el principio de protección, el Estado y los empleadores tienen la obligación de asegurar condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua a los trabajadores, con la finalidad de que el que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable, y que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores.

(954) Cfr. Arévalo Vela, la protección penal de la seguridad y salud en el trabajo, en *Actualidad Penal* N.° 6, Diciembre 2014, instituto pacífico, Lima, p. 144.

(955) Calderón Velarde, cit., p. 122.

2.3. Sujeto activo

Si bien el tipo penal empieza con "el que", dando a entender que se trataría de un delito común, sin embargo, del mismo contenido de la fórmula legislativa se concluye que se trata de un delito especial, pues se hace referencia a un sujeto obligado legalmente. En consecuencia, de la construcción de la fórmula legislativa del artículo 168-A, se advierte que se trata de un delito especial, pues solo puede ser sujeto activo del delito, aquella persona obligada legalmente a cumplir con las disposiciones de seguridad y salud previstas en la Ley N.° 29783, y así adoptar medidas preventivas que sean necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral sin poner en riesgo su vida, salud e integridad física(956).

Consideramos que según la citada Ley y por la naturaleza de los hechos, el único que tiene tal condición es un empleador. Se trata de un delito especial, pues se exige necesariamente tal calidad en el agente. En la mayoría de casos que la realidad presenta, el empleador será una persona individual o una empresa, esto es, una persona jurídica, siendo de aplicación para tal efecto el artículo 27 de nuestro Código Penal que regula la figura jurídico-penal del "actuar en nombre de otro" que literalmente prescribe "el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada".

2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima del delito de atentado contra la seguridad e higiene industriales lo constituyen los trabajadores entendido en colectivo. Esto es importante tenerlo en cuenta, pues al tratarse de un delito de mera actividad en su tipo básico, el sujeto pasivo siempre será el conjunto de trabajadores que se encuentran en peligro ante el incumplimiento de las disposiciones preventivas por parte del sujeto activo.

(956) Ídem.

En el supuesto agravado, será sujeto pasivo de este delito un *tercero así como* también el conjunto de trabajadores, en tanto que los trabajadores seriamente lesionados o muertos a consecuencia del accidente, serán sujetos pasivos del delito de lesiones graves, homicidio eventual u homicidio culposo según sea el caso.

En consecuencia de acuerdo al tipo penal, pueden ser sujetos pasivos de este delito en modalidad básica, tanto los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, trabajadores y funcionarios del sector público, como los sujetos a regímenes especiales y trabajadores por cuenta propia. En el caso del segundo párrafo del 168-A, sujeto pasivo no solo será un trabajador sino también un tercero, es decir, una persona sin relación laboral con el sujeto activo[957], pero como consecuencia del accidente laboral sale seriamente lesionado o muerto.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tal como aparece redactado el tipo penal que recoge el delito en interpretación, tanto en su modalidad simple como agravada, se advierte que son de comisión dolosa. No es posible la comisión por culpa.

Esto significa que el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de infringir las normas de seguridad y salud en el trabajo, y en consecuencia no adopta las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral en condiciones compatibles con su bienestar y dignidad, poniendo desde luego en riesgo su derecho a la vida, salud o integridad física. El dolo puede ser directo, indirecto y eventual como ya se ha mencionado *up supra*.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Para efectos de la consumación, ya hemos dejado establecido que el primer párrafo del artículo 168-A recoge un supuesto delictivo de mera actividad. No se exige la concurrencia de un resultado real y concreto. El delito se perfecciona o consuma con la sola verificación de la no adopción

[957] Cfr. Arévalo Vela. *Ob. cit.*, 2014, Lima, p. 145.

de las medidas preventivas necesarias y obligatorias para que los trabajadores desempeñen su actividad laboral en condiciones compatibles con su bienestar y dignidad, poniendo desde luego en riesgo su vida, salud o integridad física.

Al tratarse de un delito de mera actividad, no admite tentativa.

Tratándose del supuesto agravado, consideramos que se consuma o perfecciona desde el momento en que a consecuencia de un accidente de trabajo, por no haber adoptado las medidas preventivas obligatorias, se causa la muerte o queda con lesiones graves algún trabajador o un tercero(958). Aquí como se trata de un delito de resultado, es posible que la conducta se quede en grado de tentativa. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando pese a haberse producido el accidente laboral, no hubo muerte alguna debido a la oportuna intervención de los demás trabajadores que solidariamente retiraron el cuerpo del trabajador atrapado en los escombros antes de que pierda la vida o quede con lesiones graves.

Antes de concluir debemos precisar que si se verifica la comisión del delito en interpretación, ya sea en su modalidad básica o agravada, el empleador está en la obligación de indemnizar por los daños a la salud en el trabajo. Ello en aplicación del artículo 53° de la Ley N.° 29783 de agosto del 2001 que prevé: El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En el caso en que producto de la vía inspectiva se haya comprobado fehacientemente el daño al trabajador, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva.

5. PENALIDAD

De verificarse el delito previsto en el primer párrafo del modificado artículo 168-A del Código Penal, luego del debido proceso penal, el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

(958) Cfr. ARÉVALO VELA. *Ob. cit.*, 2014, Lima, p. 146.

En tanto que si se verifica el supuesto delictivo agravado, el agente á merecedor de una pena privativa de la libertad no menor de cuatro mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor seis años en caso de lesión grave.

Subcapítulo 4
El delito de trabajo forzoso

1. TIPO PENAL

Por el Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 07 de enero del 2017, se ha incorporado en nuestro sistema jurídico penal el tipo penal 168-B, que regula una serie de hipótesis delictivas, todas bajo la etiqueta de trabajo forzoso. En efecto, la citada fórmula legislativa, tiene el siguiente contenido:

> El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.
>
> La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:
>
> 1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.
> 2. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad que desarrolla está prohibida por la ley en razón a su edad.
> 3. El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.
>
> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años, en los siguientes casos:
>
> 1. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

2. Existe pluralidad de víctimas.
3. La víctima tiene menos de catorce años de edad, es adulta mayor, tiene discapacidad, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.
4. Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.
5. Se derive de una situación de trata de personas.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

El supuesto delictivo, ahora denominado trabajo forzoso, antes de la modificatoria, se encontraba regulado en el primer párrafo del artículo 168 del C.P., el mismo que se verifica cuando el agente o sujeto activo somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no. Por supuesto, consideramos que con mejor técnica legislativa, se han incluido supuestos antes excluidos. Por ejemplo, antes solo constituía delito si se obligaba a realizar un trabajo sin la retribución debida, en cambio ahora aparte de tal supuesto delictivo se ha regulado obligar a realizar un trabajo con retribución. En consecuencia, ahora ya no interesa si se retribuye o no el trabajo realizado por la víctima del delito, sino se tiene en cuenta la voluntad de la víctima. Es decir, aparece las figuras delictivas cuando a la víctima se le somete y en contra de su voluntad se le hace realizar un trabajo, ya sea este remunerado o no. Estaremos ante un delito de trabajo forzoso cuando el agente dolosamente doblega de cualquier forma la voluntad de la víctima y le hace trabajar.

En suma, ahora se regula dos modalidades de trabajo forzoso:

El primer supuesto, se configura cuando el agente por medio de violencia o amenaza obliga a una persona a realizar trabajo personal o a prestar un servicio sin la correspondiente retribución económica. Es decir, el agente en su propio beneficio, sin tener la intención de retri-

burle económicamente obliga al sujeto pasivo a que realice un trabajo personal o le preste un servicio.

La conducta delictiva lesiona gravemente el derecho constitucional previsto en el artículo 24 de la Constitución Política que señala: "el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)", dispositivo constitucional que debe interpretarse en concordancia con el último párrafo del artículo 23 de la misma Carta Política que prescribe: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento". El contenido esencial de este precepto constitucional consiste en que toda persona tiene derecho a percibir una remuneración suficiente por el trabajo que realiza y, en consecuencia, ninguna persona puede ser obligada a prestar trabajo o prestar un servicio sin la debida remuneración o retribución económica

Está proscrito de nuestro sistema jurídico el trabajo gratuito y menos que este sea realizado en contra de la voluntad de la persona. No obstante, este primer supuesto delictivo solo se configura cuando se lesiona el primer supuesto del párrafo constitucional glosado. Es decir, obligar a una persona a realizar un trabajo personal sin la correspondiente retribución equitativa.

Sin embargo, resulta obvio que aparece el delito en hermenéutica jurídica, si se obliga a la persona a prestar trabajo o prestar un servicio sin su libre consentimiento y no se le reconoce económicamente por el trabajo efectuado.

En parte no les faltaba razón a Bramont-Arias y García Cantizano[959] cuando afirmaban que el fundamento del supuesto se encuentra en el derecho de todo trabajador al cumplimiento, por parte del empleador, de la prestación económica fijada en el contrato de trabajo y que le es debida al trabajador a cambio de la contraprestración de mano de la obra que este realiza. No obstante, se quedaban cortos en cuanto a que pone de por medio un contrato de trabajo donde aparecería fijada la prestación

[959] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 228.

económica a que tiene derecho el trabajador. Es evidente que, muy bien, el supuesto puede perfeccionarse sin que exista contrato laboral entre sujeto activo y sujeto pasivo. Esto es, no siempre será necesaria la exigencia de que previamente exista un contrato de trabajo, la conducta delictiva aparecerá, por ejemplo, cuando el sujeto activo, de buenas a primeras, por medio de amenaza de causarle un mal grave obliga al sujeto pasivo (ingeniero civil) a que le realice un plano para construir su vivienda, trabajo por el cual no le paga. Siendo así, resulta evidente que sujeto pasivo de la figura delictiva no solo será un trabajador dependiente del sujeto activo, sino cualquier persona capaz de desarrollar alguna actividad laboral o prestar un servicio.

Es irrelevante para la configuración de la presente conducta delictiva la existencia o no de un contrato de trabajo entre agente y víctima, así como verificar si la víctima fue dependiente (su trabajador) del sujeto activo en algún momento. No hay duda de que cuando no existe contrato donde se fije la correspondiente contraprestación por el trabajo prestado, se aplicarán los mínimos legales previamente establecidos por la autoridad respectiva. De ningún modo pueden ser por debajo de los mínimos establecidos. A ello, se refiere la frase de "correspondiente retribución". Caso contrario, si la retribución es por debajo del mínimo previamente establecido por la autoridad competente, es posible la configuración del supuesto en análisis.

El segundo supuesto delictivo aparece cuando el agente o sujeto activo somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, pero remunerado. Aquí lo relevante es que se verifique la no existencia de libre consentimiento de la víctima. Esta realiza el trabajo o presta el servicio, sin su libre consentimiento. Se afecta de modo grave el libre consentimiento laboral. Derecho reconocido expresamente en el último párrafo del artículo 23 de nuestra Carta Política que prescribe: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento". Con la modificatoria producida por el Decreto Legislativo N.° 1323, publicado en enero del 2017, se ha tipificado el correspondiente delito para proteger este derecho laboral.

Antes de la modificatoria, era atípico hacer trabajar a la víctima sin su libre consentimiento, siempre y cuando se le remuneraba. Ya en la edición

anterior de este libro[960], afirmábamos que "en nuestro sistema jurídico estaba proscrito el trabajo gratuito y menos que este sea realizado en contra de la voluntad de la persona. No obstante, el supuesto delictivo en análisis solo se configuraba cuando se lesionaba el primer supuesto del párrafo constitucional glosado. Es decir, obligar a una persona a realizar un trabajo personal sin la correspondiente retribución equitativa. En cambio, de aparecer el segundo supuesto, esto es, de obligar a una persona a prestar trabajo "sin su libre consentimiento" pero remunerado, no se evidenciaba el delito contra la libertad de trabajo. Asimismo, alegábamos que ello generaba incoherencias del legislador de 1991 que no entendíamos, pues si pretendió independizar todas las conductas que lesionen la libertad de trabajo, también debió tipificar como supuesto de hecho el obligar a prestar trabajo a una persona sin su libre consentimiento. En definitiva, en aras de un sistema jurídico punitivo con coherencia interna debe en el futuro preverse tal supuesto".

El tiempo nos ha dado la razón y ahora con la incorporación al Código Penal del artículo 168- A, tenemos el nuevo delito denominado trabajo forzoso, incluso con agravantes como luego analizaremos. El citado delito se configura o aparece cuando el agente por medio de la amenaza, violencia o engaño hace trabajar a la víctima o hace que le preste un servicio, y luego le remunera. Los medios comisivos hacen que la víctima realice el trabajo o preste el servicio solicitado en contra de su voluntad, o lo que es lo mismo, sin su consentimiento.

Al respecto, el artículo 2 del Convenio N.° 29 de la Organización Internacional para el Trabajo (OIT), establece que se considera como tal todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. Por ende, se presentan dos elementos concretos: la exigencia bajo amenaza, y que se lleva a cabo de forma involuntaria[961].

---

(960) Véase: SALINAS SICCHA, Derecho Penal, Parte Especial, 6ª ed., editorial Grijley-Iustitia, Lima, 2015, p. 688.

(961) Véase: la Exposición de motivos del Decreto Legislativo N.° 1323. Publicada en la página Web del Congreso de la República.

Incluso para efectos de interpretar bien el tipo penal, debe tenerse en cuenta que el mismo Convenio citado de la OIT, establece que no todo trabajo obligatorio constituye un ilícito, en la medida que hay situaciones que se justifican por las particulares circunstancias del contexto en que se producen, como el trabajo o servicio militar obligatorio, el que forma parte de las obligaciones cívicas normales, el que se exige a un individuo en casos de fuerza mayor en las circunstancias que pongan en peligro o amenacen la vida o las condiciones normales de la población.

Ambos supuestos delictivos son dolosos, incluyendo el dolo eventual. Por la redacción de la fórmula legislativa, en nuestro sistema jurídico no cabe la comisión por culpa del delito de trabajo forzoso.

2.1. Circunstancias agravantes del delito de trabajo forzoso

2.1.1. Agravantes con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años:

A. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia o algún vínculo que le impulsa a depositar su confianza en él.

Aparece la agravante cuando el agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo. Es más reprochable la conducta debido que el agente aprovechando las circunstancias de cuidado o vigilancia sobre la víctima, la somete u obliga, por medio de la violencia, amenaza o engaño, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no.

También aparece la agravante cuando el sujeto activo de la conducta prohibida mantiene o tiene con la víctima algún vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en aquel. De igual modo, resulta más reprochable penalmente la conducta debido que el agente aprovechando las especiales circunstancias de superioridad, autoridad o poder que hacen nacer en la víctima sentimiento de confianza, la somete u obliga, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no.

En esta agravante entra la conducta de los supuestos padrinos, que se hacen cargo de determinadas personas (ahijados) y con el engaño

que les van a dar educación de calidad le hacen trabajar en contra de su voluntad. Lo trascendente del delito es que la víctima hace el trabajo o presta un servicio sin su consentimiento. Se encuentra sometido u obligado por el agente.

B. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad a desarrollar está prohibida por la ley en razón a su edad. La agravante se configura cuando el agente somete u obliga a la víctima adolescente, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, que por su edad, está prohibido realizar. Es decir, el agente obliga a un menor de 18 y mayor de 14 años, ya sea hombre o mujer, a realizar una actividad laboral que por su edad está prohibida por la ley. La agravante se justifica plenamente, pues aparte de disponer la realización una actividad laboral prohibida por ley de acuerdo a la edad de la víctima, le obliga hacerlo por la amenaza, violencia o engaño. El agente, con los elementos comisivos, doblega la voluntad de la víctima adolescente.

C. El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica. La agravante se verifica cuando el agente pertenece a una persona jurídica, comúnmente conocida como empresa que realiza actividad económica, ya sea realizando obras públicas o privadas, o en su caso, prestando determinado tipo de servicios. Puede tratarse del gerente, el jefe de personal o persona encargada de contratar trabajadores para realizar una obra o prestar un servicio. Si en tal condición obliga a un trabajador a que en contra de su voluntad realice una actividad laboral, cometerá el delito en análisis, independientemente que se verifique que por tal actividad, el trabajador víctima fue o no remunerado.

2.1.2. Agravantes con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años:

A. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. La circunstancias agravante se verifica

La agravante se justifica pues el agente no puede estar abusando de los miembros de un pueblo indígena u originario de nuestro país. Aquí lo común es que el agente utilizando el engaño hace que el trabajador realice un actividad laboral sin su libre consentimiento. Como en todas las agravantes es irrelevante si fue remunerado o no.

C.6. La víctima es trabajador migrante. Aquí el legislador nacional se ha puesto en la posibilidad que el agente abuse de los trabajadores extranjeros. Esto es, que someta u obligue al trabajador migrante a realizar una obra o prestar un servicio sin su consentimiento. Es irrelevante, para efectos de la configuración de la agravante, si fue o no remunerado.

Aquí se debe precisar que de acuerdo a nuestro sistema jurídico, si se requiere contratar personas para realizar una actividad laboral, Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales. Sin embargo, si falta o por razones específicas, también los empleadores pueden contratar trabajadores migrantes o extranjeros. Y cuando eso sucede, de acuerdo al artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 689[963], la contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la Ley y sus servicios están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

C.7. La víctima presenta cualquier situación de vulnerabilidad. La situación de "vulnerabilidad" se entiende como la situación de desventaja en que se encuentra la víctima del trabajo forzoso, ello como consecuencia de la carencia de recursos económicos, la falta de oportunidades, la pobreza extrema, la violencia política o la violencia familiar, etc., que son aprovechadas por los agentes para

(963) Es la Ley que regula la contratación de trabajadores extranjeros en nuestro país.

materializar sus ambiciones de riqueza. La agravante se justifica debido a la facilidad que tiene el agente contratista de trabajadores de actuar en tales circunstancias y, lo más importante, la fragilidad en que se encuentran muchos ciudadanos peruanos que es necesario proteger por medio de la amenaza del *ius puniendi*.

D. Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima. Igual aparece la agravante cuando como consecuencia del trabajo forzoso que realiza o viene realizando la víctima se produce en ella una lesión grave, esto es, en la magnitud de las hipótesis que se establecen en el artículo 121 del C.P.; o se pone en peligro actual e inminente el derecho a la vida o el derecho a la salud de la víctima. Se entiende que tales resultados pueden producirse por dolo o culpa del empleador.

E. Se derive de una situación de trata de personas. La conducta de trabajo forzoso se agrava y, por tanto, merece mayor sanción punitiva cuando, la víctima ha sido objeto de trata de personas previo, y de tales circunstancias se aprovecha el agente. Es decir, la víctima ya mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, ha sido captado, transportado o trasladado en el territorio de la República con fines de explotación laboral. Y aprovechando tales circunstancias el agente le obliga a realizar una actividad laboral o a que preste un servicio determinado. La actividad laboral o el servicio solicitado, se hacen o realizan, pero sin el consentimiento de la víctima. Aquí, igual que en todas las agravantes es irrelevante penalmente si, luego se remuneró o no.

2.1.3. Agravante con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años:

A. Si se produce la muerte de la víctima. Se verifica la agravante cuando el agente a consecuencia de su accionar doloso de obligar que la víctima realiza una actividad laboral en contra de su voluntad o preste un servicio sin su consentimiento, fallece. Igual aparece la

agravante si la acción concreta que origina la muerte de la víctima es dolosa o culposa. Como se afecta el derecho a la vida del trabajador, en circunstancias de trabajo forzoso, se justifica la agravante y la pena legal prevista.

3. PENALIDAD

Luego del debido proceso penal, de encontrársele responsable al agente de cualquiera de las modalidades del delito de trabajo forzoso, será sancionado así: si el delito es el previsto en el primer párrafo del 168-A, la pena privativa de libertad será o menor de seis ni mayor de doce años.

Si se trata de cualquiera de las agravantes sancionadas en el segundo párrafo del citado numeral, la pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años.

Por su parte, si la agravante atribuida al acusado, es algunas de las previstas en el tercer párrafo de la fórmula legislativa, la pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11".

Capítulo VIII
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

SUMARIO: Subcapítulo 1: Generalidades: 1. Concepto de la libertad de expresión. 2. Importancia de la libertad de expresión en nuestro sistema jurídico. Subcapítulo *2: Delito contra la libertad de expresión: 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad.*

Subcapítulo 1
Generalidades

1. CONCEPTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En primer término, resulta importante dejar establecido que son cuestiones diferentes la libertad de información, la libertad de opinión y la libertad de expresión aun cuando todas estas libertades se implican mutuamente y, a su vez, constituyen pilares de trascendencia de un Estado social y democrático de derecho como el peruano. Sin la existencia real y efectiva de aquellas libertades, no es posible concebir un Estado social y democrático de derecho. Se afirma como un dogma que la existencia real de las libertades de información, opinión y expresión, caracterizan un Estado democrático, pues se constituyen en su propio fundamento ideológico.

Doctrinaria y jurisprudencialmente ha quedado establecido que aquellas libertades tienen conceptos diferentes. En efecto, se afirma que la libertad de información se constituye como aquel derecho o facultad que tiene toda persona de dar información respecto de hechos o noticias,

así como el derecho que tiene a ser informada verazmente. En otras palabras, la libertad de información se constituye en un derecho a comunicar noticias y a recibir información veraz y de interés público, utilizando, para ello, cualquier medio de comunicación masiva. De este modo, se concluye sin mayor discusión que se trata de una libertad de doble manifestación, la misma que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz.

En tanto que la libertad de opinión es el derecho que tiene toda persona de comentar u opinar sobre determinada información que se emite o recibe.

Por su parte, la libertad de expresión se constituye en un extenso espacio que incluye las más diversas manifestaciones, incluso, de carácter literario o pictórico, englobando, en cada caso concepciones ideológicas y culturales. La libertad de información solo constituye un ámbito específico de la libertad de expresión, referido al derecho de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de comunicación.

La clave característica de la libertad de expresión la constituye la libre circulación y difusión masiva de pensamientos e ideas en forma pública. Su sustento material son los medios de comunicación masiva ya sean escritos, visuales, radiales, etc. En este sentido, la libertad de expresión para su materialización plena requiere de medios de comunicación social libres de difundir o hacer circular las opiniones ideológicas, políticas, filosóficas, debates, propuestas, noticias, que sean necesarias para mantener informados a los ciudadanos a fin de que estos también puedan formar libremente su opinión y expresarla libremente de ser el caso a través de los mismos medios de comunicación social.

Los medios de comunicación masiva facilitan la formación de la opinión pública, orientándola y canalizándola; cumplen una alta función educativa; permiten el debate y discusión de los grandes problemas nacionales; constituyéndose de, ese modo, en un elemento de progreso y de adelanto moral si se hace un buen uso de ellos.

En suma, la libertad de expresión incluye en su conjunto el derecho de información y opinión.

2. IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

La libertad de información, opinión y expresión se constituyen en pilares fundamentales de un Estado social y democrático de derecho. Sin aquellas libertades no cabe un Estado de aquel estilo.

En consecuencia, en nuestro Estado Social y democrático de derecho, aparece imperativamente dispuesto en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra Carta Magna que "toda persona tiene derecho:

> A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
>
> Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.
>
> Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

El contenido esencial (entendido como aquel núcleo que identifica a determinado derecho como tal) de los derechos fundamentales reconocidos en el glosado dispositivo constitucional lo constituye el presupuesto de que toda persona tiene derecho a la libertad de información, opinión, expresión y difusión de su pensamiento e ideas por cualquier medio de comunicación social. Para ejercitar estas libertades no se requiere autorización previa de ninguna persona u autoridad. Está proscrita constitucionalmente la censura de cualquier pensamiento o idea.

Sin embargo, ello no significa que el ejercicio de estas libertades sea absoluto, por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Solo así, con los límites que se encuentran en la propia Constitución Política, estas libertades se convierten en la piedra angular de la democracia.

Constitucionalmente también aparece establecido que cualquier delito cometido por medio de libro, la prensa u otros medios de comunicación social están tipificados en el Código Penal (delito contra el honor más específicamente, difamación, contra la intimidad, etc.) y, en consecuencia, el juzgamiento a los presuntos responsables se realiza en el fuero común, ordinario o civil. Sin objeción, aparece claramente prescrito que el fuero militar no tiene competencia para procesar penalmente a los presuntos autores de los delitos cometidos haciendo uso de los medios de comunicación.

El dispositivo constitucional prevé que constituye hecho punible toda acción destinada a suspender o clausurar algún medio de comunicación social o le impida circular libremente. En este sentido, aparecen tipificadas tales conductas como supuestos de hecho del tipo penal del artículo 169 del Código Penal, el mismo que corresponde analizar.

Subcapítulo 2
Delito contra la libertad de expresión

1. TIPO PENAL

La conducta delictiva de violación de la libertad de expresión aparece tipificada en el artículo 169 del Código Penal que literalmente indica:

> El funcionario público que, abusando de su cargo, suspende o clausura algún medio de comunicación social o impide su circulación o difusión, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible se configura cuando el agente quien siempre será un funcionario público, abusando de su cargo, suspende o clausura algún medio de comunicación masivo, o en su caso, impide su circulación o difusión.

Bramont-Arias y García Cantizano[964] enseñan que el comportamiento consiste en suspender, clausurar o impedir la circulación o difusión de un medio de comunicación social. Se puede cometer tanto por acción como por omisión impropia.

De la redacción del contenido del tipo penal, se desprende que este encierra hasta cuatro supuestos de hecho que, muy bien, pueden presentarse en la realidad en forma independiente o autónoma. Sin duda, pueden concurrir en un hecho concreto los cuatro supuestos previstos o en forma alternada, pero aparte de estos supuestos delictivos no existen otros. Si en un hecho concreto no concurre siquiera uno de los cuatro verbos rectores utilizados por el legislador en la redacción del tipo penal, la conducta será atípica penalmente por más que lesione la libertad de expresión. En efecto, tenemos:

a. Cuando el agente, abusando del ejercicio de su cargo, suspende temporalmente las labores normales de un medio de comunicación social.
b. Cuando el sujeto activo, abusando de su cargo, clausura un medio de comunicación social.
c. Cuando el agente, abusando de su cargo de funcionario público, impide la circulación normal de un medio de comunicación masivo.
d. Cuando el agente, abusando siempre de su cargo, impide la difusión de un medio de comunicación social.

Estamos ante la conducta punible de suspender cuando el agente interrumpe, cesa o detiene temporalmente el normal desenvolvimiento de un medio de comunicación social. En este sentido, el medio de comunicación suspendido no puede ejercer o desarrollar su función o actividad normal que le es consustancial, como es expresar y difundir pensamientos, ideas, opiniones de todo tipo. Se habla de suspender cuando la acción exteriorizada por el agente tiene condición temporal.

[964] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 231.

Esta es una diferencia con la acción de clausurar que como veremos tiene carácter definitivo.

Por su parte, aparece la conducta punible de clausurar cuando el agente ilegalmente cierra o pone fin a las actividades normales de un medio de comunicación social. Al agente le interesa que el medio de comunicación social se desintegre definitivamente y no vuelva más a funcionar. Si por el contrario, se evidencia que la intención del sujeto activo era solo cerrar el medio de comunicación en forma temporal, esto es, por tiempo determinado, estaremos frente a una acción de suspensión.

La diferencia entre suspensión y clausurar radica solo en el tiempo, mientras que el primero es temporal o por tiempo determinado, el segundo es definitivo o por tiempo indefinido. En cuanto a los efectos reales y prácticos, son los mismos: imposibilitar que el medio de comunicación siga ejerciendo su actividad normal que le es consustancial como es ejercer la libertad de expresión, la misma que como hemos dejado establecido, engloba la libertad de información y libertad de opinión. La finalidad del agente es evitar que se ejercite la libertad de expresión. Resulta irrelevante establecer las causas o fines que le animan o incentivan a perfeccionar el delito.

Por otro lado, estaremos ante una conducta de impedir la circulación de un medio de comunicación masivo cuando el agente estorbe, evite, obstruya o dificulte que un medio de comunicación social circule normalmente. Mayormente se refiere a aquellos medios que para difundir sus pensamientos, ideas u opiniones que contienen, resulta indispensable que circulen dentro del conglomerado social a fin de llegar a los ciudadanos que vienen a constituir su fin último. Este supuesto delictivo solo podrá perfeccionarse sobre la prensa escrita materializada en los periódicos, revistas, etc.

La conducta delictiva de impedir la difusión de un medio de comunicación social, se verifica cuando el agente evita, estorba, dificulta u obstaculiza la normal difusión, transmisión, divulgación o propalación de ideas, pensamientos u opiniones en determinado grupo social. El objetivo del agente lo constituye el evitar que determinada información se haga pública mediante la difusión o transmisión. Solo podrá perfeccionarse

el hecho punible sobre la prensa hablada como es la radio, la televisión, Internet, etc.

En todos los casos, la acción destinada a lesionar o poner en peligro la libertad de expresión, debe ser consecuencia del ejercicio abusivo, arbitrario e ilegal del cargo de funcionario público. Esto significa que la suspensión, clausura e impedimento de la circulación o difusión de un medio de comunicación social para constituir ilícito de carácter penal debe provenir de un acto arbitrario; debe ser consecuencia de un exceso en sus funciones por parte del agente; si por el contrario, se verifica que alguno de aquellos actos es consecuencia del ejercicio normal de sus funciones, el delito no aparece. En conclusión, el delito se evidencia por un ejercicio abusivo del cargo. Si llega a verificarse que la conducta delictiva se perfeccionó cuando el funcionario público no estaba en ejercicio de sus funciones sino, por ejemplo, estaba gozando de vacaciones o licencia, el delito en comentario no se configura.

2.1. Bien jurídico protegido

El interés jurídico que pretende tutelarse con la tipificación de las conductas delictivas puestas en evidencia, lo constituye la libertad de expresión reconocida a nivel constitucional en el inciso 4 del artículo 2, como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y a la vez pilar esencial de un Estado docial y democrático de derecho.

La libertad de expresión es el derecho que tiene toda persona de expresar y difundir sus ideas, pensamientos, opiniones y noticias haciendo uso para ello de los medios de comunicación masiva, los mismos que facilitan la formación de las opiniones públicas. Asimismo, lo constituye el derecho que tiene toda persona de recibir de los medios de comunicación social (periódico, radio, televisión, revistas, Internet, etc.), los pensamientos y opiniones de otras personas a fin de ir perfilando su opinión personal sobre determinados aspectos de la vida social.

En la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos dispone de un campo de acción que viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan

y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte el ámbito de la libertad ideológica garantizada también por la Constitución.

Villa Stein[965] sostiene que se tutela la irrestricta libertad de expresión como garantía fundamental consagrada constitucionalmente. Sin embargo, es de apuntar que aquella libertad no es absoluta sino, por el contrario, como todo derecho fundamental, tiene límites que la misma legislación impone en forma expresa como es el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar de las personas. Ello está previsto en forma expresa en el inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución Política. En efecto, aquel numeral indica. "Toda persona tiene derecho:

> Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.
>
> Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviantes en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

De tal modo que cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y el honor o intimidad personal o familiar, el operador jurídico no tiene otra alternativa que preferir estos últimos derechos relegando a la libertad de expresión a un segundo plano puesto que toda persona tiene derecho de expresar sus ideas y pensamientos de modo prudente y sin ofender dolosamente el honor y menos la intimidad personal o familiar de los demás. No debe obviarse que en un Estado democrático de derecho no existen derechos absolutos.

En tal sentido lo ha reconocido la jurisprudencia nacional. Así tenemos la resolución del 16 de setiembre de 1997, emitida por la Corte Superior de Huaraz, cuando después de invocar los dos numerales antes citados afirma: *"que, de acuerdo a la glosa señalada estamos frente a dos*

[965] VILLA STEIN, 1998a, p. 175.

derechos, uno el de informar y el de criticar, y el otro, el de la persona que se siente agraviada con esa información y crítica, y que daña, lesiona, ofende su honor; que, debe pues, existir prudencia y sana crítica en cuanto al primer derecho que, la Constitución ha señalado como las responsabilidades de ley y que se tipifican en el Código Penal y se juzga en el Fuero común; pues el atentado contra el prestigio y la reputación de un ciudadano, a través de la imprenta y otros medios de publicidad, constituye delito cuyo nomen juris, es difamación, previsto por el artículo 132 del código sustantivo; que, el honor es el íntimo y raigal valor moral del hombre, es un bien de carácter no patrimonial que conlleva un sentimiento o conciencia de la propia dignidad como persona; este invalorable aspecto del ser humano es digno de la más amplia tutela jurídica; el honor de la persona es un bien que socialmente se traduce en el respeto y consideración que se merece de los demás, en la estima, aprecio, buena fama y reputación adquiridos por la virtud y el trabajo; que, la comisión del delito de Difamación cometido por medio de prensa escrita, así como la responsabilidad del periodista Querellado Leoncio Mauricio Maguiña Morales, ha quedado debidamente acreditado en autos, como se advierte de la lectura de la Revista 'Prensa Ancashina' de fojas cinco"[966].

2.2. Sujeto activo

Se trata de un delito especial por la condición del autor o agente. En efecto, del tipo penal se evidencia que solo puede constituirse en autor de cualquiera de los supuestos de hechos previstos, aquella persona que tiene la condición de funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Es decir, aparte de ser funcionario público debe estar en ejercicio normal de sus funciones. La conducta aparece a consecuencia de un ejercicio ilegítimo de aquellas funciones.

A efectos de determinar si estamos ante un funcionario público, al operador jurídico le bastará recurrir al artículo 425 del Código Penal, el cual establece a quién se le considera funcionario público a efectos de la sanción penal. Se excluye a un servidor público como autor de este delito.

[966] Expediente N.º 35-97, **en** *Serie de Jurisprudencia*, 1999, N.º 1, pp. 548-552.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la acción delictiva lo constituye en forma extensa la colectividad social. En forma concreta, será toda persona que ejerce su libertad de expresión por medio de los medios de comunicación social, pudiendo ser con más frecuencia el periodista, el comunicador social, una empresa periodística, etc.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La forma en que aparece redactado el tipo penal nos orienta o convence de que se trata de un delito de comisión dolosa. No cabe la comisión por imprudencia.

El agente actúa con conocimiento y voluntad de suspender, clausurar un medio de comunicación social o, en su caso, evitar la circulación o difusión de aquel. Si llega a verificarse que tales acciones fueron producto de una negligencia del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la conducta será atípica por falta del elemento subjetivo que exige el tipo penal.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifican los elementos típicos objetivos y subjetivos del delito etiquetado como violación de la libertad de expresión, corresponderá al operador jurídico determinar si en la conducta típica concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Por ejemplo, el imputado, muy bien, puede invocar la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

Si por el contrario, se llega a concluir que en la conducta analizada no aparece alguna causa de justificación, estaremos ante una conducta típica y antijurídica.

5. CULPABILIDAD

En la etapa de la culpabilidad corresponde al operador jurídico determinar si la conducta típica y antijurídica es posible ser atribuida o imputada a su autor. Es decir, se analizará si el funcionario público de la

conducta efectuada es imputable, es decir, no sufre de alguna anomalía psíquica considerable; luego, analizará si el agente al momento de actuar conocía la antijuridicidad de su conducta. Es posible la verificación de un error de prohibición previsto en la segunda parte del artículo 14 del Código Penal. Se verificará, finalmente, si el autor en lugar de perfeccionar el injusto penal pudo actuar de modo diferente a la de atentar contra la libertad de expresión, ya sea suspendiendo o clausurando algún medio de comunicación o impidiendo su circulación o difusión masiva.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se perfecciona en el instante en que el agente suspende, clausura un medio de comunicación masivo, o en su caso, impide su circulación o difusión. En tanto, que antes de aquel crucial momento, estaremos ante la tentativa. Por ejemplo, habrá tentativa cuando el agente ha emitido la orden de clausurar un medio de comunicación social, pero a consecuencia de la oposición y protestas de los ciudadanos no llega a materializarse la clausura real.

7. PENALIDAD

El sujeto activo del presente injusto penal será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 1 y 2.

Capítulo IX
VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Generalidades:** 1. Fundamentos del origen de la libertad sexual como bien jurídico en los delitos sexuales. 2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales. 2.1. La libertad en el ámbito sexual: Libertad sexual. 2.2. La indemnidad sexual como bien jurídico. **Subcapítulo 2: Delito de acceso carnal sexual:** 1. Cuestión previa. 2. Tipo penal. 3. Tipicidad objetiva. 3.1. Medios típicos del acceso sexual prohibido. 3.2. Bien jurídico protegido. 3.3. Sujetos del delito de acceso carnal sexual. 4. Tipicidad subjetiva. 4.1. Elemento subjetivo adicional al dolo. 4.2. Dolo. 4.3. El error de tipo. 5. Antijuridicidad. 5.1. ¿El consentimiento es causa de justificación o atipicidad?. 6. Culpabilidad. 6.1. Error de prohibición. 7. Tentativa. 7.1. La tentativa en el delito de acceso carnal sexual por amenaza grave. 8. Consumación. 9. Autoría. 9.1. Cuestión previa. 9.2. Autoría. 10. Participación. 11. Circunstancias agravantes del delito de acceso carnal sexual. 11.1. Asalto sexual con el concurso de dos o más sujetos. 11.2. El acceso carnal sexual se realiza a mano armada. 11.3. El agente se haya prevalido de cualquier posición, cargo o parentesco. 11.4. Agravante por calidad o cualidad especial del agente. 11.5. Víctima con edad entre 14 y 18 años. 11.6. Agente portador de enfermedad de transmisión sexual. 11.7. Autor es docente o auxiliar de educación. 11.8. Muerte de la víctima. 11.9. Lesiones graves en la víctima. 11.10. Crueldad sobre la víctima. 12. Acceso carnal sexual violento dentro del matrimonio. 12.1. No constituye delito. 12.2. No se configura delito salvo excepciones. 12.3. Se configura el delito de acceso carnal sexual. 13. Penalidad. **Subcapítulo 3: Delito de acceso carnal sexual presunto:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Colocar en estado de inconsciencia. 2.2. La víctima en la circunstancia de imposibilidad de resistir. 2.3. Circunstancias agravantes. 2.4. Bien jurídico protegido. 2.5. Sujeto activo. 2.6. La coautoría. 2.7. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y Consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 4: Delito de acceso carnal sexual abusivo:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 3.1. Error de tipo. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa Y Consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 5: Delito de acceso carnal sexual sobre menores:** 1. Tipo penal. 2. Cuestión previa. 2.1. La inconstitucionalidad del delito de violacion sexual consentido sobre adolescentes. 2.2. Efectos perjudiciales

del inciso 3 del artículo 173° CP. 2.3. La justicia penal y el problema social. 2.4. Reconduccion del delito de abuso sexual no consentido al artículo 170° CP. 2. 5. Declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 CP. 2.6. Error del tribunal constitucional. 2.7. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. 3. Tipicidad objetiva. 3.1. El consentimiento del menor en la jurisprudencia. 3.2. Pena más drástica cuando menor es la edad de la víctima. 3.3. Desde cuándo *corre el término de la prescripción de la acción penal*. 3.4. Agravantes de acceso sexual sobre un menor. 3.6. Bien jurídico protegido. 3.7. Sujeto activo. 3.8. Sujeto pasivo. 4. Tipicidad subjetiva. 4.1. Error de tipo. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 6.1. Error culturalmente condicionado. 7. Tentativa. 8. Consumación. 9. Autoría y participación. 10. Penalidad. **Subcapítulo 6: Delito de acceso sexual en personas dependientes:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. La coautoría. 2.5. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 3.1. Error de tipo. 4. Tentativa y Consumación. 5. Penalidad. **Subcapítulo 7: Actos contrarios al pudor:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y Consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 8: Atentado al pudor de menor:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancia agravante. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y Consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 9: Responsabilidad civil especial:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. **Subcapítulo 10. Tratamiento terapéutico:** 1. 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica.

Subcapítulo 1
Generalidades

1. FUNDAMENTOS DEL ORIGEN DE LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS SEXUALES

Por bastante tiempo, la religión, la moral, las costumbres y las convenciones sociales tuvieron un importante poder regulador de las conductas humanas en la sociedad y, en cierto modo, podían por sí solas mantenerlas unidas o vinculadas. Sin embargo, aquellos factores culturales, con el transcurso del tiempo y conforme al avance del conocimiento científico, perdieron fuerza social. El pluralismo y fragmentación de las modernas concepciones sobre los valores que el individuo llegó a concebir, ayudaron a que las costumbres, la religión y la moral perdieran poder regulador vinculante. No obstante, todas las funciones de aquellos factores las asumió el Derecho, factor cultural que actualmente es el único

en prescribir de modo vinculante lo que el individuo tiene que hacer o dejar de hacer(967) en determinada sociedad.

Aproximadamente hasta la década de 1960 era dominante la concepción que el derecho penal debía garantizar un *mínimum* ético social, constituyéndose en su finalidad prevalente, generando con ello enormes situaciones de discriminación. De este modo, por ejemplo, en el Código de Maúrtua de 1924 era tangible su afán moralizador desde la rúbrica utilizada, pues reguló los llamados "delitos contra la libertad y el honor sexuales" en la sección tercera del Libro Segundo que sancionaba los "Delitos contra las buenas costumbres". Consideraciones de elementos empírico-culturales en el tipo, como mujer de "conducta irreprochable", constituían claras manifestaciones de una criminalización moralizadora y discriminatoria convalidada doctrinariamente y, como es natural, dio origen a una extensa jurisprudencia cuyas tendencias se aprecian hasta la actualidad(968). Esta realidad legislativa y jurisprudencial implicó una situación evidente de discriminación social que vulneró en forma constante el principio de igualdad en razón de sexo(969).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la mejor sistematización del conocimiento jurídico, los entendidos fueron advirtiendo, que en la realidad las normas penales con rasgos moralizantes, como las del orden sexual, no eran acatadas por grandes e importantes sectores de la comunidad. Constituyéndose el derecho penal en el ámbito sexual, en un simple medio simbólico toda vez que no otorgaba real protección a las expectativas de las víctimas.

Convencidos de esta situación, los penalistas volvieron a tomar como centro de sus preocupaciones académicas e investigaciones científicas, la teoría del contrato social de la Ilustración como alternativa para proponer soluciones al problema delictivo. Los delitos sexuales no fueron ajenos a estas preocupaciones.

(967) *Vid.* ROXIN, 1981, p. 122.

(968) *Vid.* CARO CORIA, 2003, p. 285.

(969) Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 32.

Según la teoría del contrato social, los ciudadanos han establecido el poder político con la finalidad de que los proteja de intromisiones ajenas a su esfera personal, así como para que les suministre los presupuestos indispensables para el libre desenvolvimiento de su personalidad, los mismos que se constituyen en bienes jurídicos que le corresponde proteger al Estado por medio del derecho penal. Concluyendo finalmente, que los ciudadanos de ningún modo establecieron el poder político para que les tutele moralmente o para obligarles a asumir determinados valores éticos[970].

Basados en esta teoría de origen francés, los tratadistas alemanes, precursores del conocimiento penal, luego de un apasionado debate doctrinario, en su proyecto alternativo de Código Penal de 1966, propusieron el cambio de denominación de "delitos graves y menos graves contra la moralidad" por "delitos contra la libre autodeterminación sexual", plasmándose en forma definitiva el cambio del pensamiento penal, respecto de los delitos sexuales, con la reforma de Códigos Penales alemanes de 1969 y 1974, cuando el legislador germánico aceptó y tomó la denominación en la forma como se proponía en el proyecto alternativo, manteniéndose hasta la actualidad.

Así, con los planteamientos de los penalistas germanos, por un lado, con la consolidación de la teoría de los derechos humanos[971] y el auge del constitucionalismo por otro, adquirió real consistencia el planteamiento teórico que sostiene: dentro de los parámetros de un derecho penal respetuoso de la conformación pluralista de la sociedad, debe buscarse en forma primordial, la autorrealización personal de sus integrantes, esto es, debe garantizarse el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En los tiempos actuales en que nos ha tocado vivir, en los cuales las variadas corrientes del pensamiento, por peculiaridades específicas,

---

[970] ROXIN, 1981, p. 128. Posición reiterada en su conferencia: "La protección de bienes jurídicos como tarea del Derecho penal", dictada en el VI Curso Internacional de Derecho penal, denominado Derecho penal funcionalista y política criminal de bienes jurídicos; Universidad de Lima, 4 de noviembre del 2004.

[971] En los tratados de derecho humanos por ejemplo, se considera al abuso sexual como una violación de los derechos fundamentales. Con más amplitud, véase el informe publicado en el diario *El Comercio*, del 17 de marzo del 2005.

han recibido de los intelectuales el rótulo de "posmodernidad" en contraposición a la "modernidad", la convivencia social tiene como elemento central a la libertad individual, aspecto que se traduce en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos y pilar de un Estado democrático de derecho. La protección de la libertad individual en el ámbito sexual resulta preponderante. En la actualidad, el derecho penal no puede perder de vista su misión protectora de bienes jurídicos concretos, dejando de lado su función simbólica que la mayoría de las veces encubre formas de desigualdad y discriminación(972). Constituyendo, de ese modo, la sexualidad uno de los ámbitos esenciales del desarrollo de la personalidad o de autorrealización personal de los individuos. Una sociedad pluralista como la que subyace a un Estado social y democrático de derecho, demanda el reconocimiento de diversas opciones de autorrealización personal. Situación que alcanza, incluso, a tolerar prácticas sexuales contrarias a la moral sexual dominante, siempre que no ocasionen perjuicio a terceros(973).

Actualmente es común sostener que el derecho penal debe abstenerse de regular –de prohibir– conductas que solo tienen que ver con las opiniones morales de los ciudadanos; dicho de otro modo, el derecho penal debe permanecer neutral frente al pluralismo moral: no debe tratar de imponer un determinado código moral frente a los demás(974) o como escribió John Stuart Mill: "el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección (...) la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás"(975).

Teniendo en cuenta estos planteamientos teóricos, el legislador del Código Penal de 1991, pese a que en los proyectos de setiembre y no-

(972) Parafraseando a CARO CORIA, 2003, p. 498.

(973) MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 270.

(974) ATIENZA RODRÍGUEZ, 2004a, p. 52.

(975) Citado por ATIENZA RODRÍGUEZ, 2004, p. 52.

viembre de 1984, agosto de 1985, abril de 1986, julio de 1990 y enero de 1991 mantuvo al "honor sexual" y las "buenas costumbres" como bienes jurídicos protegidos preponderantes en los delitos sexuales, recogió a la libertad sexual en forma genérica como el único y exclusivo bien jurídico protegido. Igual se mantuvo con la promulgación de la Ley N.° 28251, de junio del 2004, y el mismo sentido se mantiene con la promulgación de la criticada Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, y también se mantiene en la Ley N.° 30076, del 19 de agosto del 2013. De esta forma, se pretende proteger una de las manifestaciones más relevantes de la libertad personal, es decir, la libertad sexual, toda vez que al ser puesta en peligro o lesionada, trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica de la víctima, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad, de ahí que en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se considere al abuso o acceso sexual violento, bajo circunstancias especialmente graves, un crimen de lesa humanidad(976).

Hoy con la existencia y aceptación de un mayor pluralismo, el fomento de una mayor tolerancia social y el resquebrajamiento de los patrones morales que inspiraban al derecho penal de antaño, a raíz de la vigencia del principio de intervención mínima y, en especial, del subprincipio de fragmentariedad, se ha dejado de lado y se ha renunciado a cualquier referencia que tenga que ver con atisbos o resabios morales dentro de los delitos sexuales. Ya no se protege ni cautela la honestidad, la moralidad o la irreprochabilidad de las mujeres, sino uno de los valores sociales más importantes sobre los que descansa un Estado democrático de derecho y el pluralismo político: la libertad del ser humano sin distinguir el género al que pertenece(977), ni su condición social, económica o ideológica.

2. LA LIBERTAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS SEXUALES

Inspirado en las ideas precedentes, el legislador del Código Penal vigente recogió a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Con ello, se pretende proteger una de las manifes-

(976) Véase el informe del diario *El Comercio*, del 17 marzo del 2005.

(977) Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 361.

taciones más relevantes de la libertad, es decir, la libertad sexual, pues al ser puesta en peligro o lesionada trasciende los ámbitos físicos para repercutir en la esfera psicológica del individuo, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad.

Para el penalista español Bajo Fernández[978], este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras: como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena; y, como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, Caro Coria[979] prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.

En consecuencia, la libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a nadie a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

La libertad sexual es la capacidad de toda persona para comportarse como a bien tenga en la actividad sexual. Es la capacidad que tiene la persona de elegir libremente, el lugar, el tiempo, el contexto y la otra persona para relacionarse sexualmente. En este sentido, el profesor Roy Freyre[980] la define como la voluntad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la convivencia y del interés colectivo.

García Cantizano[981] sostiene que el concepto de libertad sexual se identifica con la capacidad de autodeterminación de la persona en el

(978) BAJO FERNÁNDEZ, 1991, I, p. 198.

(979) CARO CORIA, 1999, p. 216; CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 67.

(980) ROY FREYRE, 1975, p. 40.

(981) GARCÍA CANTIZANO, 1999, p. 42.

ámbito de sus relaciones sexuales. De ahí que la idea de autodeterminación, en cuanto materialización plena de la más amplia de la "libertad", viene limitada por dos requisitos fundamentales: en primer lugar, por el pleno conocimiento del sujeto del contenido y alcance de dichas relaciones, lo que evidentemente implica que este ha de contar con la capacidad mental suficiente para llegar a tener dicho conocimiento; y en segundo lugar, por la manifestación voluntaria y libre del consentimiento para participar en tal clase de relaciones, lo que tiene como presupuesto el que el sujeto pueda adoptar su decisión de manera libre.

Definido así el bien jurídico "libertad sexual" –prosigue García Cantizano– es indudable que solo quienes gocen plenamente del conocimiento necesario del alcance y significado del aspecto sexual de las relaciones sociales y puedan decidirse con total libertad al respecto podrá ser considerados titulares de dicho bien jurídico, por cuanto son sujetos que pueden autodeterminarse en el plano sexual. En suma, se lesiona la libertad sexual en sentido estricto con las conductas recogidas en los tipos penales de los artículos 170, 171, 174, 175 y 176 del Código Penal.

Entendida de ese modo la libertad sexual, se llega a la conclusión de que en los delitos sexuales pueden ser sujetos activos o pasivos tanto el varón como la mujer, sea esta menor, soltera, virgen, prostituta o casada. De ahí que coincidamos doctrinariamente que en nuestra legislación penal actual se ha previsto el hecho punible de violación sexual dentro del matrimonio, pudiendo ser sujeto activo uno de los cónyuges y pasivo el otro.

De esa forma, en el Título Cuarto del Código Penal, rotulado como "Delitos contra la Libertad", ubicamos el Capítulo Noveno, modificado por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, y luego por la Ley N.° 28704, de abril del 2006 y finalmente por la Ley N.° 30076, del 19 de agosto del 2013, etiquetado como "Violación de la Libertad Sexual", donde se regulan todas las conductas delictivas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos "libertad sexual" e "indemnidad sexual". Rúbrica que con sobrada razón afirma Caro Coria[982] resulta deficiente

[982] Caro Coria en Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 63.

por dos razones: primero porque incorpora ilícitos que atentan contra "la indemnidad" o "intangibilidad" de menores de edad. En segundo término, la expresión *violación* comulga con una concepción de la agresión sexual limitada a la genitalidad, es decir, la penetración vaginal o anal y, en estricto, mediante el uso de violencia o amenaza, lo que excluye relevancia a la sanción de conductas como el acto bucal o la coacción para que la víctima realice un determinado comportamiento sexual.

No obstante, la forma como se han regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro código sustantivo, merece general aceptación, pues se ajusta a los lineamientos de un Estado social y democrático de derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, aun cuando en ciertas coyunturas se le deja de lado. En nuestro sistema, la igualdad de todos ante la ley le es consustancial, por lo que de ningún modo pueden hacerse distinciones de sexo aparte de las diferencias que impone la propia naturaleza, y también, porque se ha tomado en cuenta una realidad difícil de soslayar, en el sentido de que la mujer no es solo un mero sujeto pasivo en el ámbito sexual, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el varón y muchas veces, cumple un rol protagónico superior a él, en el desarrollo de la conducta sexual. Ello actualmente se constituye en una realidad generalmente aceptada.

Como información para los inclinados a seguir y adoptar las posiciones ensayadas por los ilustres penalistas españoles, debemos indicar que el Código Penal español de 1995 ubica a los delitos sexuales en su Título VIII, bajo el rótulo de "Delitos contra la libertad sexual", dividido en seis capítulos, los mismos que se etiquetan en "De las agresiones sexuales", "De los abusos sexuales", "Del acoso sexual", "De los delitos relativos a la prostitución", etc. No obstante, la Ley Orgánica N.° 11/1999 del 30 de abril sustituyó el rótulo "Delitos contra la libertad sexual" por la expresión "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

De las denominaciones utilizadas por el legislador español para identificar las conductas sexuales, se advierte que el contenido de los tipos penales es totalmente diferente a los del Código Penal peruano.

En efecto, el tipo básico (artículo 178) que prescribe que: "el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual (...)", permite incluir aquellos supuestos en los que el sujeto activo no actúa sobre el cuerpo del sujeto pasivo, sino le obliga a realizar algún acto sexual sobre su propio cuerpo o con terceros. El artículo 179 prevé agravantes particulares al afirmar que: "cuando la agresión sexual consiste en el acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años". Aquí se refiere a acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal como agravantes del tipo básico de violación sexual, en tanto que en el Código Penal peruano con la modificatoria de junio del 2004, aquellos actos constituyen modalidades o conforman el tipo básico de violación sexual.

El artículo 180 regula las agravantes comunes a toda agresión sexual. Para los españoles, cuando no interviene violencia o intimidación en la conducta sexual, los hechos son tenidos como abusos sexuales, por otro lado la edad mínima en que se reconoce cierta libertad sexual es de doce años (artículos 181, 182 y 183), en tanto que en el Perú, la edad mínima es de catorce años. El artículo 184 recoge la figura denominada acoso sexual, pero en el Perú esta figura no aparece tipificada como delito sexual.

Estas diferencias normativas nos convencen aún más sobre nuestra posición adoptada respecto de que para interpretar nuestro Código Penal (Parte Especial) no debemos seguir obsesivamente lo esgrimido por los renombrados penalistas españoles, argentinos, colombianos etc., dado que ellos se dedican a interpretar su respectivo Código Penal que dista muchas veces en forma radical del nuestro. Sin embargo, ello no significa que no debemos darle importancia a la ubérrima bibliografía extranjera, sino por el contrario, debemos revisarla en forma crítica y tenerla como fundamental punto de referencia para nuestro trabajo dogmático. Actuar de otro modo, significa tratar de aplicar, vía interpretación, ley penal extranjera para resolver hechos concretos que presenta la práctica judicial peruana.

2.1. La libertad en el ámbito sexual: Libertad sexual

Norberto Bobbio[983] distinguía entre libertad de querer o de voluntad (libertad positiva) y libertad de obrar (libertad negativa). La libertad de querer o de voluntad es autodeterminación, la misma que no es otra cosa que la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En tanto que la libertad de obrar supone realizar u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de efectuar o de omitir, sin que un tercero no autorizado interfiera en dicha realización u omisión.

En el campo de los delitos sexuales, según Diez Ripollés[984], el concepto de libertad sexual tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual.

Igual para Bajo Fernández[985], este aspecto de la libertad debe entenderse de dos maneras. Como libre disposición del propio cuerpo, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones sexuales de terceros. En sentido parecido, Caro Coria[986] prefiere enseñar que la libertad sexual debe entenderse tanto en sentido positivo-dinámico como negativo-pasivo. El aspecto

(983) BOBBIO, 1993, p. 100.

(984) DIEZ RIPOLLÉS, 1985, p. 23.

(985) BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 198. En igual sentido, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES prefieren enseñar que la libertad sexual se conforma por dos facetas: "una, dinámica-positiva, referida al ámbito de disposición sobre el propio cuerpo (...) sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, así como la de escoger y practicar en cada momento la opción sexual deseada, y otra estática-negativa, comprensiva de las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que pueden producirse" (2004, p. 343).

(986) CARO CORIA, 1999, p. 216; CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 67.

positivo-dinámico de la libertad sexual se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, mientras que el cariz negativo-pasivo se concreta en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir. Esta división se hace con fines pedagógicos, pues tanto la libertad sexual en su vertiente positiva como negativa no se oponen entre sí, pues ambos constituyen un loable complemento que refleja distintos aspectos de un mismo bien jurídico(987).

La libertad sexual no se enfoca desde un concepto puramente positivo. No se entiende como la facultad que permita a las personas a tener relaciones sexuales con todos, sino debe entenderse a la vez en un sentido negativo, por el cual no puede obligarse a una persona a tener relaciones sexuales en contra de su voluntad, haciendo uso de coacciones, abusos o engaños.

En suma, la libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas(988). De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad(989).

La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema tiene claro estos conceptos. Como muestra de ello cabe citar la ejecutoria suprema del 27 de enero del 2010(990), en la cual se argumenta que la libertad sexual es "*entendida como la manifestación de la libertad personal, que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda*

(987) Díez Ripollés, 1985, p. 23. En parecido sentido, Chocano Rodríguez, 1994, p. 761. También Castillo Alva, 2002, p. 27.

(988) Boix Reig/Orst Berenguer, 2002, p. 146. En parecido sentido, Reategui Sánchez, 2016, I, p. 271.

(989) Cfr. Suay Hernández, 2002, p. 212.

(990) R.N. N.º 2540-2009-Apurímac. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

desarrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas, empero, reservado para los seres humanos que han alcanzado una madurez psíquico-biológica, mas no para quienes no han alcanzado una edad cronológica determinada".

2.2. La indemnidad sexual como bien jurídico

En el caso de los menores o incapaces, de ningún modo puede alegarse que se les protege su libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, dado que por definición aquellos carecen de tal facultad. De ahí que, para estos casos, se considere que el bien jurídico protegido vendría definido por los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexuales, los cuales proceden en principio de la doctrina italiana, y fueron recogidos en la doctrina española a finales de los años setenta y principios de los ochenta(991).

Vía doctrina española llegan al Perú los conceptos de indemnidad o intangibilidad sexual, y en este sentido, muy bien apuntan Bramont-Arias Torres y García Cantizano(992), que hay comportamientos dentro de la categoría de los delitos sexuales en los que no puede afirmarse que se proteja la libertad sexual, en la medida en que la víctima carece de esa libertad o, aun si la tuviera fácticamente, ha sido considerada por el legislador como irrelevante. De esta forma, en los tipos penales en los cuales el legislador no reconoce eficacia a la libertad sexual del sujeto pasivo como, por ejemplo, en los supuestos de hecho recogidos en los artículos 172, 173 y 176-A del C.P., el interés que se pretende proteger es la indemnidad o intangibilidad sexual entendida como seguridad o desarrollo físico o psíquico normal de las personas para de ser posible en el futuro ejercer su libertad sexual.

Caro Coria(993), por su parte, amparado en argumentos de penalistas españoles, afirma que en los tipos penales antes citados, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual, sino

(991) MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 274.

(992) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 233.

(993) CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 69.

la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en "libertad", las que puede alcanzar el menor de edad, recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria, o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca obtenerla. En estricto –sentencia el autor citado– si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual.

La indemnidad o intangibilidad sexual es el verdadero bien jurídico que se tutela con las conductas delictivas previstas en los tipos penales antes referidos. Esto es, le interesa al Estado proteger la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderla al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual. Circunstancia que posibilita el actuar delictivo del agente.

La idea de "indemnidad sexual" se relaciona directamente con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual[994].

En términos del español Muñoz Conde[995], podemos concluir que la protección de menores e incapaces se orienta a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que de adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual, y en el caso de los incapaces, para evitar que sean utilizados como objeto sexual por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos o apetitos sexuales.

---

[994] García Cantizano, 1999, p. 43.

[995] Muñoz Conde, 1990, p. 201.

Refiriéndose solo a los menores de edad, la Corte Suprema, por ejecutoria del 13 de diciembre del 2007, ha sostenido que: *"en los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la propia 'libertad sexual', entendida como la manifestación de la libertad personal que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda desarrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas; empero, este disfrute pleno de la libertad sexual está reservado para los seres humanos que han alcanzado una madurez psicobiológica, mas no para quienes no han alcanzado una edad cronológica determinada; es por ello que, de manera más concreta, se ha incorporado en la doctrina el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico que tutela el derecho penal para proteger la libertad sexual futura de los individuos, esto es, para las personas que todavía no tienen madurez psicobiológica como son los menores de edad"*(996).

En otro aspecto, consideramos que la forma como se ha regulado las conductas sexuales delictivas en nuestro sistema punitivo, aun con grandes defectos, merece general aceptación, pues pretende o se ajusta a los lineamientos de un Estado social y democrático de derecho que propugna todo nuestro sistema jurídico, cuyo marco normativo lo constituye nuestra Constitución y la doctrina de los derechos humanos. Ello es así a pesar de que el poder político sigue usando al derecho penal para contentar a la opinión pública, elevando las penas a aquellos comportamientos delictivos que generan inseguridad social. De este modo, el ordenamiento punitivo sigue cumpliendo una función simbólica, pues se recurre a él para crear una mera apariencia (un símbolo) de protección que no se corresponde con la realidad. Esta tendencia es lo que en doctrina se denomina "huida al derecho penal" por parte del legislador, quien de manera interesada responde a la demanda social de una mayor protección, creando nuevas figuras delictivas o endureciendo las ya existentes, en suma, responde con un derecho penal más represivo, vulnerando con ello diversas garantías y principios constitucionales (proporcionalidad de la pena, intervención mínima, taxatividad de la ley penal, etc.)(997).

(996) R.N. N.º 3232-2007-Ucayali, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

(997) *Vid.* ampliamente: ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, pp. 333 y ss.

Subcapítulo 2
Delito de acceso carnal sexual

1. CUESTIÓN PREVIA

Corresponde analizar el delito sexual denominado o etiquetado por la doctrina en mucho tiempo como "violación sexual", pero por la forma como se ha ampliado su contenido y formas de comisión, considero que en el sistema peruano debe denominarse "delito de acceso carnal sexual".

No obstante, conviene con fines pedagógicos poner en el tapete que el análisis será sobre el delito de acceso carnal sexual común y no de aquel tipo de agresión o abuso sexual que los Tratados Internacionales consideran como un delito de lesa humanidad y que se produce en los conflictos armados externos o internos. Estas agresiones sexuales configuran otro tipo de hechos punibles y generan penas de otra naturaleza. Así se tiene aceptado en el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR, T. VI) documento en el cual se indica que en el conflicto interno producido en el Perú, en el ámbito sexual, se vivió una "violencia de género", rodeada de un contexto de impunidad; agrega que "la violación sexual en general y, en particular, la violación contra la mujer constituyen una violación a los derechos fundamentales" y se configuran "un delito que es tipificable bajo la forma de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"(998).

También, antes de pasar al análisis dogmático del delito de acceso carnal sexual en el sistema punitivo peruano considero necesario señalar para efectos de derecho comparado que los españoles, por ejemplo, ya no hablan de violación sexual, sino del delito de "agresión sexual". En este sentido, el Título VIII del Código Penal español rotulado como "delitos contra la libertad sexual", recoge el hecho punible de violación sexual en su capítulo primero, el mismo que se titula: "De las agresiones sexuales". Etiqueta que se obtiene del mismo contenido de los artículos 178 y 179 del citado código sustantivo. Así, el artículo 178 regula que:

(998) *Vid.* ampliamente el informe publicado **en** *El Comercio*, el 17 de marzo del 2005.

"el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como **culpable de agresión sexual** (...)", en tanto que el tipo penal del artículo 179 modificado por la Ley Orgánica del 15/2003 señala que "cuando **la agresión sexual** consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación (...)".

2. TIPO PENAL

Bajo el *nomem iuris* de "Delitos contra la Libertad Sexual", en el artículo 170 del Código Penal se regula el hecho punible conocido comúnmente como "violación sexual", pero para ser coherentes debe denominarse "acceso carnal sexual", el mismo que de acuerdo a la última modificatoria del tipo penal efectuada por la Ley N.° 30076, del 19 de agosto del 2013, tiene el siguiente contenido:

> El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años. La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:
>
> 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos.
> 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de este, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar.
> 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública.
> 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

En primer término, de la lectura del actual contenido del artículo 170 del C.P. modificado y ampliado por la Ley N.° 30076, se advierte que el *nomen iuris* de "delito de violación sexual" queda corto y, por tanto, no abarca todo su contenido. Aquel rótulo solo representa el contacto sexual de la vagina o ano del sujeto pasivo con el órgano sexual natural del sujeto activo. Contactos sexuales de tal naturaleza configuraban violación sexual desde que se comenzaron a sistematizar los delitos sexuales. En cambio ahora, al haberse legislado en forma taxativa que también el conducto bucal sirve para configurar el acceso carnal, así como haberse previsto que aparte del miembro viril del agente puede hacerse uso de otras partes del cuerpo u objetos para acceder sexualmente a la víctima, debe concluirse en forma coherente que el *nomen iuris* "violación sexual" debe ser cambiado y sustituido por el de "acceso carnal sexual prohibido"[999]. Etiqueta que, dicho sea de paso, se obtiene o evidencia del propio contenido del modificado tipo penal del artículo 170.

En nuestro sistema jurídico, el delito de acceso carnal sexual se configura cuando el agente o sujeto activo haciendo uso de la violencia o amenaza grave, logra realizar el acceso carnal (vaginal, anal o bucal) o análogo[1000] (introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal

[999] El legislador del Código Penal de Colombia ha definido al acceso carnal sexual como "la penetración del miembro viril por la vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto"; véase: artículo 212. En tanto que el legislador del Código Penal español, en el artículo 179 prevé que la agresión sexual consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías.

[1000] El legislador, en la construcción de la fórmula legislativa, ha utilizado la denominada cláusula de interpretación o de extensión analógica, que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando el razonamiento analógico. Aquí existe una norma penal, cuyo sentido literal posible regula el caso concreto, y el juzgador

o anal) con la víctima sin contar con su consentimiento o voluntad. El acceso carnal (acto sexual, cópula, ayuntamiento, coito, yacimiento, introducción de objetos o partes del cuerpo, etc.) se realiza sin el consentimiento o en contra de la voluntad del sujeto pasivo. El verbo "obligar", utilizado en la redacción del tipo penal, indica que previo al acceso carnal, se vence o anula la resistencia u oposición de la víctima. De ahí que el acceso sexual prohibido sea punible no por la actividad sexual en sí misma, sino porque tal actividad se realiza sobre la base del abuso de la libertad sexual del otro(1001). Asimismo, del tipo penal se desprende que los medios ilícitos previsto por el legislador, para vencer o anular la resistencia del sujeto pasivo, lo constituye la violencia y la amenaza grave.

La fórmula "obliga a una persona", que exige el tipo penal, puede comprender tanto un comportamiento pasivo de la víctima como la realización de actos positivos de penetración vaginal o análoga, a favor del autor o de un tercero. Esto permite criminalizar comportamientos graves como el de la mujer que obliga por la violencia o amenaza grave a un varón a que le practique el acto sexual o la coacción a una mujer para que tolere la práctica sexual de un tercero(1002).

El delito de acceso carnal sexual se perfecciona con acciones sexuales. Es decir, mediante acciones por las cuales el agente involucra a otra persona en un contexto sexual determinado, entendiendo por contexto sexual toda situación por cuya valoración el autor de la conducta, cuando menos, acude a juicios de valor referentes al instinto humano que suscita atracción entre los sexos(1003). Esto es importante tenerlo en cuenta, pues si el agente con su actuar no persigue satisfacer cualquiera de sus

se centra en delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico. Nuestro Tribunal Constitucional ha dejado establecido que las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de legalidad en el aspecto de lex certa cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que pueden servir de modelo a los que el intérprete debe agregar otros supuestos análogos, pero no expresos. Véase: los fundamentos del 69 al 74 del Exp. N.º 0010-2002-AI.

(1001) BUOMPADRE, 2000, I, p. 373.

(1002) Cfr. CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 78.

(1003) *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 196.

apetencias sexuales, y, por el contrario, solo persigue lesionar la vagina de la mujer, por ejemplo, se descartará la comisión del delito de acceso carnal sexual, así se hayan introducido en la cavidad vaginal objetos (palos, fierros, etc.) o partes del cuerpo (mano, dedos). Igual se descarta la comisión del delito en el caso de obligar a alguna persona a transportar droga empaquetada en forma de pene en su vagina o en su recto.

En los supuestos delictivos es necesario que el agente tenga como objetivo satisfacer alguna apetencia de carácter sexual, caso contrario, el delito, al menos sexual, no se configura. De ahí que en doctrina se sostenga que en los delitos sexuales siempre se exige la participación de un "elemento adicional al dolo".

La conducta típica de acceso carnal sexual prohibido se perfecciona cuando el sujeto activo obliga a realizar el acceso carnal sexual[1004] al sujeto pasivo, haciendo uso de la fuerza física, intimidación o de ambos factores. El acto sexual o acceso carnal puede ser tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante la realización de otros actos análogos como la introducción de objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo.

Se amplían de ese modo los instrumentos de acceso sexual prohibido, ya no limitándose al miembro viril, sino además se prevé como elementos de acceso a otros objetos o partes del cuerpo, pues estos "son igual de idóneos para producir la afectación, mediante invasión, de la libertad sexual"[1005].

a. Qué se entiende por objetos y partes del cuerpo

Se entiende por objetos todos aquellos elementos materiales, inanimados o inanes cuya utilización conlleva una inequívoca connotación sexual (botellas, palos, bastones, fierros, tubérculos, etc.). En

[1004] Fontán Balestra define al acceso carnal como "la penetración del órgano genital masculino en orificio natural de otra persona, sea por vía normal o anormal, de modo que dé lugar al coito o a un equivalente anormal de él" (2002, p. 217). No obstante, para nuestro sistema penal dicho concepto queda corto.

[1005] Cancio Meliá, 2002, p. 191.

este sentido, la española Monge Fernández[1006] refiere que objeto es todo elemento material que el sujeto activo identifica o considera sustitutivo del órgano genital masculino y, por tanto, lo utiliza para satisfacer sus deseos sexuales.

En tanto que por "partes del cuerpo" se entiende a todas aquellas partes del cuerpo humano que fácilmente pueden ser utilizadas por el agente como elementos sustitutivos del miembro viril para acceder a la víctima: los dedos, la mano completa, la lengua, etc. En otros términos, partes del cuerpo para efectos del delito en hermenéutica, son todos aquellos miembros u órganos que tienen apariencia de pene o miembro viril a los cuales recurre el agente para satisfacer una apetencia o expectativa de tipo sexual en determinado momento, lugar y víctima.

b. La fellatio in ore como modalidad del acceso sexual

La promulgación de la Ley N.° 28251, de junio del 2004, puso fin a la discusión en la doctrina nacional respecto de considerar la *fellatio in ore* como una forma de consumar el acto o acceso carnal sexual prohibido. Antes de la modificatoria, en la doctrina penal peruana existió viva controversia.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1007], reproduciendo los argumentos expuestos por el español Muñoz Conde[1008], sostienen que según la redacción del Código Penal resulta discutible si se incluye el coito oral o bucal –*fellatio in ore*– dentro del acto análogo. Respecto a esto, y por una parte, resulta problemático equiparar en trascendencia y gravedad el acto sexual y el coito anal con el coito oral, pues los primeros suponen un cierto daño físico, manifestado especialmente en el coito vaginal, por medio del cual puede producirse la desfloración, sobre todo en el caso de menores, circunstancia que no se da en el coito oral. Por otro lado –continúan los autores citados– el coito oral plantea problemas respecto a la consumación, dado que si se sigue el mismo criterio para

[1006] MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 321.

[1007] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 235.

[1008] MUÑOZ CONDE, 1990, p. 391.

la consumación en todos los comportamientos típicos –penetración total o parcial del pene– será muy difícil probar este hecho en el coito oral, por lo que, tal vez, habría que exigir la eyaculación en la cavidad bucal –*inmissio seminis*–. Peña Cabrera[1009], Chocano Rodríguez[1010] y Vásquez Shimajuko[1011], en sentido parecido, sostenían que la boca carece *per se* de una función sexual desde un punto de vista naturalístico.

En cambio, nosotros siempre consideramos decididamente que el término análogo abarcaba al acto sexual anal u oral[1012]. Pues, el bien jurídico que al Estado le interesa proteger desde 1991 fue, como ahora, la libertad sexual. Al ser sometida la víctima a un contexto sexual no deseado ni querido (realizar sexo oral), por la violencia o amenaza grave, es evidente que se limita y lesiona su libertad sexual y, con ello, se afecta la dignidad personal en su expresión sexual, lo que merece un juicio de desaprobación por parte del derecho penal. Asimismo, no es necesario que la víctima sufra algún daño físico como consecuencia de la imposición sexual.

Por su parte, Caro Coria[1013], después de exponer que en la doctrina nacional aún no estaba zanjado si el denominado "*fellatio in ore*" o acto bucogenital debe considerarse como "acto análogo", tomando postura en la polémica, interpretativamente sostenía que "no debe perderse de vista que el enunciado "acto análogo", presente en todos los tipos de violación del vigente C.P., constituye una cláusula general que permite la interpretación analógica, de modo que análogo al "acto sexual" puede considerarse "tanto la práctica contra natura como la bucogenital". La limitación del acceso carnal a la penetración vaginal

---

[1009] Peña Cabrera, 1992, p. 630.

[1010] Chocano Rodríguez, 1994, p. 76.

[1011] Vásquez Shimajuko, 1997, p. 993; Buompadre se resiste a aceptarlo pese que el artículo 119 del Código Penal argentino señala que hay violación sexual cuando "hubiere acceso carnal por cualquier vía" y más bien sostiene que se trata de una modalidad de abuso sexual degradante (2000, p. 379).

[1012] Salinas Siccha, 2002, p. 10.

[1013] Caro Coria en Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 81; Caro Coria, 2003, p. 507. En el mismo sentido, Castillo Alva equiparaba la *fellatio in ore* o *cunnilinguis* al acto análogo (2002, pp. 48 y 113).

o anal refleja una concepción de las relaciones sexuales restringida a la "genitalidad". El ejercicio violento de la sexualidad –con sobrada razón continuaba Caro Coria– no solo ataca aspectos físicos, al derecho penal le compete proteger todos los aspectos de la autodeterminación e intangibilidad sexuales. Para la víctima una práctica bucogenital realizada bajo violencia podría ser tan denigrante como una penetración vaginal bajo amenaza, del mismo modo si el autor persuade a un menor de 10 años a realizarle el acto oral puede provocarle graves perturbaciones psicológicas e incluso inducirlo a una homosexualidad no elegida por el menor en libertad.

Es más, para efectos de la consumación, no interesa el eventual daño físico que pueda ocasionarse al sujeto pasivo[1014] como, por ejemplo, la desfloración, de producirse tal circunstancia, solo tendrá efecto al momento de graduar la pena por el juzgador. Villa Stein[1015] atinadamente ya enseñaba que el coito bucal estaba comprendido en el tipo penal del artículo 170 del C.P., aunque el juzgador, conforme al principio de lesividad, atenderá el caso concreto y regulará la pena[1016].

No obstante, desde la perspectiva de la dogmática penal que se basa primordialmente en el derecho positivo, con la Ley N.° 28251 y acentuada por la Ley N.° 28704 y ratificada por la Ley vigente N.° 30076, la polémica concluyó. Ahora por disposición expresa del modificado tipo penal del artículo 170, el acto o acceso carnal sexual prohibido puede materializarse tanto por vía vaginal como por vía anal y bucal.

Ahora, por voluntad política del legislador, no hay pretexto o justificación con eficacia jurídica para que los jueces o fiscales se resistan a aceptar o internalicen que "*la fellatio in ore*" constituye una modalidad del hecho punible de acceso carnal sexual.

(1014) CASTILLO ALVA expresa que el daño físico que pueda ocasionarse a la víctima no integra el ámbito de protección de la norma en la tutela del bien jurídico libertad sexual (2002, p. 113).

(1015) VILLA STEIN, 1998a, p. 180. En la doctrina argentina, FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 218. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, 2002, p. 192.

(1016) Este sentido interpretativo fue recogido en la sentencia casatoria del 19 de marzo del 2012, véase: Casación N.° 73-2011-Puno- Sala Penal Permanente.

Asimismo, con el agregado que también puede materializarse el delito en hermenéutica jurídica con el uso de objetos o partes del cuerpo (lengua por ejemplo), para perfeccionarse el delito no solo será necesaria la presencia del órgano sexual masculino natural, dado que la norma abarca también el sexo oral practicado entre mujeres[1017].

En el delito de acceso carnal sexual vía bucal se presentarán problemas para probar la consumación, sin embargo, bastará probarse que el sujeto activo introdujo su miembro viril en la cavidad bucal de la víctima para alegar que estamos ante un delito consumado, siendo irrelevante la eyaculación. Por lo demás, en todos los delitos, resulta difícil probar su consumación, pero este hecho no puede servir como excusa o pretexto para excluir o negar su existencia.

La jurisprudencia más actual viene aceptando sin mayor discusión tal postura. En efecto, la Sala Penal de la Corte Suprema, en la casación de fecha 5 de febrero del 2010[1018] argumentó que "*el legislador ha equiparado la gravedad de obligar a una relación sexual vía vaginal o anal con la conducta de imponer a una persona –o a un menor de edad– a practicar el sexo oral, puesto que en ambos casos importa una vulneración intensa de su libertad sexual y su facultad de autodeterminarse –o de su indemnidad sexual–, lo que a su vez implica –tal como reconoce la doctrina de manera mayoritaria– que no es necesario el daño físico o la comisión de un delito de lesiones para que exista una conducta subsumible en el artículo ciento setenta o ciento setenta y tres del Código Penal*".

c. *El uso de objetos como modalidad del acceso sexual prohibido*

También se materializa el delito de acceso carnal sexual cuando el agente en lugar de usar su órgano sexual natural (pene), introduce por

---

[1017] Castillo Alva, antes de la modificatoria de los delitos sexuales, enseñaba que a fin de evitar interpretaciones desiguales en razón del género, la norma incorporaba dos supuestos: "tanto si se realiza el sexo oral habiendo de por medio una penetración del pene en la cavidad bucal de un varón o una mujer, como el sexo oral que se efectúan entre mujeres" (2002, p. 116).

[1018] Casación N.º 14-2009-La libertad, en Jurisprudencia reciente del Nuevo Código Procesal Penal, Ávalos Rodríguez-Robles Briceño, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 151.

la vía vaginal o anal, objetos o partes del cuerpo. La ampliación de los instrumentos penetrantes en el campo sexual tiene su explicación en el hecho de que actualmente no tiene mayor sentido limitar el instrumento de invasión al miembro viril, pues si este es el único que puede afectar a la reproducción, otros objetos, como ya expresamos con Cancio Meliá[1019], son igual de idóneos para producir la afectación, mediante invasión, de la libertad sexual.

Se presenta cuando el agente hace uso, por ejemplo, de prótesis sexuales como ocurrió en el caso "Max Álvarez", que los medios de comunicación se encargaron de hacer público. Aquel caso puso en el tapete la discordancia entre el hecho real de afectación o lesión a la libertad sexual de la víctima y el derecho positivo penal. Por defecto de la ley, el cirujano Max Álvarez que luego de adormecer a sus pacientes con fármacos, les introducía una prótesis sexual tipo pene, solo fue imputado por el delito de actos contra el pudor y no por violación sexual, con el consecuente efecto que la pena impuesta fue mucho menor a la que se le hubiese correspondido de haber sido procesado por el delito de acceso carnal sexual. Ahora, aquel caso se constituye en un típico ejemplo de acceso carnal sexual por el uso e introducción de objetos en la vagina o ano del sujeto pasivo.

d. El uso de partes del cuerpo como modalidad del delito de acceso sexual

El segundo supuesto se materializa cuando el agente del acceso carnal prohibido en lugar de hacer uso de su órgano sexual natural u objetos tipo prótesis sexual, introduce en su víctima vía vaginal o anal, partes del cuerpo. Se entiende que en esta hipótesis delictiva, el agente sustituye al pene u objetos con apariencia de pene, con partes del cuerpo que puedan cumplir la misma finalidad, el cual es acceder sexualmente a la víctima. "Partes del cuerpo" comprende cualquier órgano o miembro corporal que indudablemente tenga apariencia de pene. El supuesto se presenta cuando, por ejemplo, el agente introduce por la vagina o el ano

(1019) CANCIO MELIÁ, 2002, p. 191.

del sujeto pasivo, los dedos, la lengua, la mano completa, etc. Aquí las "partes del cuerpo", a que hace referencia el tipo penal, pueden ser tanto del agente como de la misma víctima, pues aquel, muy bien, haciendo uso de la fuerza puede coger la mano de su víctima-mujer, por ejemplo, e introducirlo en su vagina.

La resolución superior del 29 de abril de 1999 de la Corte Superior de Ayacucho presenta un caso real en el cual los agentes del delito introdujeron primero los dedos y luego la mano completa en el conducto anal de la víctima. En efecto, allí se argumenta: "*Que no contentos de haberla violado vaginalmente y contra natura a la agraviada, los acusados antes referidos introdujeron en el ano de la agraviada dos dedos, luego tres dedos, y finalmente toda la mano, produciéndole graves lesiones en el ano, tal como se describe en el certificado médico de fojas dieciocho donde consta que dicha agraviada presenta el examen médico, desfloración antigua, himen con solución de continuidad a las III-V-VI-VII y IX, y lesión producida en el ano, como pliegues anales con excoriaciones, equimosis y desgarro anal de más o menos cuatro centímetros reciente; requiriendo un tratamiento especializado. Lo que acredita el comportamiento sádico de los acusados Alex Clever Rodríguez Espinoza y Luis Raúl Quispe Peña, en la comisión del delito submateria*"[1020].

La ampliación del tipo penal, para considerar como elementos similares al miembro viril a las partes del cuerpo, no tiene mayor explicación y fundamento que el de utilizar al derecho penal para complacer y mantener en paz a la opinión pública. En la realidad concreta, no hay equiparación razonable entre la penetración del miembro viril u objetos que se le parezcan con la introducción de partes del cuerpo. Sin duda, esta ampliación del tipo penal quiebra el principio de proporcionalidad penal al equiparar comportamientos que revisten diferente gravedad. Un elemental sentido común advierte que no es proporcional introducir un dedo o la lengua, por ejemplo, en la cavidad vaginal o anal del sujeto

[1020] Expediente N.º 99-0027-050501-JM01, **en** *Serie de Jurisprudencia*, 2000, N.º 4, p. 166. No está de más apuntar que en aquella oportunidad tal circunstancia no constituía modalidad delictiva. En cambio ahora, sería un caso típico del delito de acceso carnal sexual con uso de partes del cuerpo.

pasivo y, por tanto, merezca idéntico reproche penal, que la penetración del pene o un objeto con apariencia de pene en la vagina o cavidad anal de la víctima[1021]. Creemos que tales supuestos debieron quedar como actos contra el pudor.

En otro aspecto, por exclusión tácita del tipo penal, no existe delito de acceso carnal sexual cuando el agente simplemente se limita a introducir objetos o partes del cuerpo en la boca de su víctima. A lo más este hecho será calificado como acto obsceno siempre y cuando la introducción del objeto o parte del cuerpo en la boca de una persona sea en un contexto de apariencia sexual.

En el derecho comparado, podemos citar al artículo 179 del Código Penal español de 1995, modificado por la Ley Orgánica N.° 15/2003 del 25 de noviembre, que expresamente prevé: "Cuando la agresión sexual consiste en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años". Después de leer este tipo penal no queda duda alguna que el legislador nacional de la Ley N.° 28251, de junio del 2004[1022], para no salir de su nefasta costumbre, se limitó a reproducirlo[1023] sin observar o tomar en consideración las críticas efectuadas por los especialistas españoles en la materia, como ya hemos tenido oportunidad de apuntar. Reproducción que se ha mantenido con la dación de la Ley N.° 30076.

(1021) Esta ampliación desproporcionada es consecuencia lamentable de haber copiado la legislación española, sin tomar en cuenta que en aquel país existen voces que indican que tal forma de legislar es un despropósito "fruto de una política criminal marcada por preocupaciones moralistas y electoralistas". ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, p. 350. En nuestra patria, ya en 1985 el profesor Víctor Prado Saldarriaga alegaba que el Estado no diseña una política criminal sino que hace eco a las demandas de los órganos de prensa y de los deseos de venganza de las víctimas de agresiones sexuales (1985, p. 252).

(1022) Igual posición ha sido acentuada por el legislador de la Ley N.° 28704.

(1023) En España el cambio de "Delitos contra la honestidad" por el de "Delitos contra la libertad sexual" ocurrió con la modificación de su Código Penal de 1989. En Argentina, recién el 14 de mayo de 1999 por la Ley N.° 25.087 se modificó el Título III del Código Penal, sustituyéndose la rúbrica de delitos "contra la honestidad" por la de delitos "contra la integridad sexual".

3.1. Medios típicos del acceso sexual prohibido

Del mismo contenido del modificado tipo penal del artículo 170, se advierte que el delito de acceso carnal sexual se materializa o perfecciona cuando el agente con la finalidad de someter a su víctima a un contexto sexual determinado hace uso de la violencia o amenaza grave. De este modo, "la violencia" o "amenaza grave" se constituyen en los dos únicos medios que configuran el delito en hermenéutica jurídica. Ellos lo caracterizan hasta el punto que si en la consumación de un acceso o coito sexual, no concurre alguno de aquellos medios, el delito en análisis no se configura.

a. Violencia

Es la violencia material que exige el tipo penal. Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la víctima. El autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima(797)(1024). La violencia se traduce en actos materiales sobre la víctima (golpes, cogerla violentamente de las manos, etc.) tendientes a someterlo a un contexto sexual deseado por el agente, pero, a la vez, no querido ni deseado por el sujeto pasivo. Aquí pareciera que se pretende incorporar a la resistencia como un elemento más del tipo penal, no obstante, la verificación de la resistencia solo sirve como un medio de prueba del acto sexual indeseado(1025).

Todo parece simple y obvio, sin embargo, la polémica nada pacífica en la doctrina se presenta respecto de la continuidad o no de la fuerza física en el desarrollo del acceso carnal prohibido. Ciertos tratadistas(1026) consideran que la fuerza desplegada por el autor debe ser seria y constante en contraposición de la resistencia también constante del sujeto pasivo. Esta posición llega al exceso de considerar a la resistencia de la víctima como otro elemento del delito. De ese modo, si no hay resistencia de la víctima, así no esté de acuerdo con el acto sexual, el delito no se configura.

(1024) Núñez, 1964, p. 261; Roy Freyre, 1975, p. 56.

(1025) *Vid.* Bustos Ramírez, 1991, p. 116.

(1026) Peña Cabrera, 1992, I, p. 631; Soler, 1976, p. 283; Castillo González, 1976, p. 183; entre otros.

Otro sector predominante de la doctrina, teniendo firme el presupuesto que las leyes penales no imponen actitudes heroicas a los ciudadanos, consideramos que no es necesario un continuo despliegue de la fuerza física ni menos una continuada resistencia de la víctima. Es descabellado sostener que se excluye el delito de acceso carnal sexual debido a que la víctima no opuso resistencia constante. Naturalmente, no es necesario que la violencia se mantenga –afirman Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1027]– todo el tiempo que dure la violación ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho. Es suficiente que queden de manifiesto la violencia y la voluntad contraria al mantenimiento de relaciones sexuales.

En el caso concreto, para efectos de configuración del hecho punible, solo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acto o acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal. La ausencia de consentimiento o la oposición del sujeto pasivo a la relación sexual buscada por el agente, se constituye en un elemento trascendente del tipo penal[1028]. Circunstancias que necesariamente deben manifestarse tanto en momentos previos como en la consumación del acto mismo. En consecuencia, así no se verifiquen actos de resistencia por parte del sujeto pasivo, se configura el ilícito penal siempre y cuando se acredite la falta de consentimiento de la víctima o desacuerdo de aquella con el acto sexual practicado abusivamente por el agente.

Incluso en este cambio de mentalidad, el operador jurídico debe aceptar sin titubeos que se configura el delito de acceso sexual violento, cuando el agente haciendo uso de la violencia impone el acto sexual al sujeto pasivo, luego que este provocó un contexto apropiado para tener relaciones sexuales, no obstante, después se arrepiente y se desiste de continuar.

Esta forma de explicar el asunto es consecuencia de considerar que, muy bien, puede darse el caso en que la víctima, para evitar males mayo-

---

[1027] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 236. En parecido sentido, FONTÁN BALESTRA sostiene que "para acreditar la fuerza no es necesario que el violador apele al ataque brutal ni que la víctima llegue a la resistencia heroica" (2002, p. 207).

[1028] SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 225.

res, desista de efectuar actos de resistencia al contexto sexual no querido apenas comiencen los actos de fuerza. Bajo Fernández afirma que "el momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a la cópula al considerar inútil cualquier resistencia"[1029]. Este razonamiento se fundamenta en el hecho que la fuerza inherente al delito de acceso carnal sexual es concomitante al suceso mismo. Coexiste la amenaza que a mayor resistencia por parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá[1030]. Igual como ocurre en el delito de robo, previsto en el artículo 188 del C.P., el mismo temor del uso de la violencia por parte del agente hace que la víctima la mayor de las veces no oponga resistencia a la sustracción de sus bienes, no por ello se va a negar la comisión del delito. No obstante, debe haber una relación de causalidad adecuada entre la fuerza aplicada y el acto sexual, la cual será apreciada por el juzgador en cada caso concreto. En este sentido, Giuseppe Maggiore[1031] sostenía que no se requiere violencia grave, ni es suficiente una violencia leve, solo se requiere idoneidad de esa violencia para vencer en un caso concreto la resistencia de la víctima[1032].

En la doctrina es común aceptar que la violencia física, en principio, debe aplicarse sobre o contra la víctima, pero también puede darse cuando se ejerce sobre cosas que impiden el acto mismo, como, por ejemplo, ciertas prendas de vestir. Cuestión diferente y no aceptable es el hecho de aplicarse la fuerza sobre objetos que ofrecen obstáculos para que el agente llegue a la víctima, como en el caso de romper la puerta del dormitorio de la persona a quien se va a imponer el acto sexual, ni la ejercida

---

[1029] Bajo Fernández, 1991, p. 207. En igual sentido, Boix Reig/Orts Berenguer, 2002, p. 150; Castillo Alva, 2002, p. 88; Vásquez Shimajuko, 1997, p. 11.

[1030] Parecida posición, Monge Fernández, 2004, p. 288. Suay Hernández, 2002, p. 215.

[1031] Maggiore, 1955, IV, p. 58. En el mismo sentido, Muñoz Conde, Luis Bramont Arias. Caro Coria enseña que: "El tipo no requiere que la violencia o la fuerza sea irresistible, basta su eficacia para doblegar la voluntad de la víctima" (2003, p. 503). Igual, Boix Reig/Orts Berenguer, 2002, p. 149. Castillo Alva, 2002, p. 74.

[1032] Castillo Alva sostiene que se requiere una resistencia razonable que se fijará según las circunstancias del lugar, tiempo, la fortaleza física del autor, su energía criminal y sobre todo la intensidad de la violencia (2002, p. 89).

contra terceros como es el hecho de agredir físicamente al novio de la víctima que se opone al acceso carnal sexual. No obstante, la violencia ejercida de esa forma y en tal contexto se constituye en procedimientos intimidatorios para el sujeto pasivo o sobre terceros que se oponen o se pueden oponer al agente a fin de que no logre su objetivo(1033).

a. La vis grata puelles

Es importante no confundir la violencia tipificada como medio para lograr el acceso carnal sexual, con la razonable fuerza física que emplea el varón para vencer la natural resistencia que el recato impone a la mujer. Esa dulce violencia, seductora, pero no coercitiva (*vis grata puelles*), no es la violencia física necesaria que exige la ley para considerar punible el acto sexual(1034). En ese mismo sentido, también queda excluido el acceso carnal prohibido, cuando la violencia ha sido realizada tanto por la víctima como por el victimario como parte de la *mise en scene* del acceso carnal sexual, o sadismo. Esto último es una cuestión fundamental que debe tener en cuenta la autoridad fiscal y jurisdiccional para determinar falsas denuncias que constantemente se realizan en estos tiempos. O en su caso, identificar si se pretende enmascarar, a efectos de prueba, una fuerza ingrata que se pretende hacer pasar por grata(1035). En un caso concreto y real, la violencia realizada en el acto o acceso sexual consentido no tipifica el delito de violación sexual(1036).

La *vis grata puelles* puede originar un supuesto de error de tipo. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente en la creencia firme de que la víctima estaba jugando sexualmente le impone el acto, cuando en realidad aquella se estaba oponiendo al acto sexual(1037).

(1033) MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 289. En igual sentido CASTILLO ALVA, 2002, p. 82.

(1034) ROY FREYRE, 1975, p. 56.

(1035) *Vid.* SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 215.

(1036) CREUS, 1983, I, p. 85; NÚÑEZ, 1964, p. 185; BRAMONT ARIAS, 1990c, p. 17; FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 207.

(1037) En el mismo sentido, SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 217.

b. *Amenaza grave*

En principio, nadie está legalmente autorizado para imponer o condicionar a otra persona a mantener una relación sexual. Imponer o condicionar el acceso carnal evidencia lesión a la libertad sexual.

La amenaza grave consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarla y se someta a un contexto sexual determinado[1038]. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz. La amenaza es una violencia psicológica que naturalmente origina intimidación en aquel que la sufre. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique.

En este ámbito, la amenaza es condicional. La condición es de carácter sexual: para evitar el mal anunciado, el sujeto pasivo amenazado tiene que someterse al acceso carnal que le impone el agente. De este modo, se distorsiona o perjudica el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo destinatario de la amenaza[1039].

El mal a sufrirse, mediata o inmediatamente, puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc. La amenaza grave, aparte de lesionar el proceso de formación de la voluntad de la persona, pone en peligro los bienes sobre el que recae el mal anunciado.

La discusión en la doctrina se presenta en el sentido de que para no pocos tratadistas[1040], la amenaza debe tener un carácter formal, grave

---

(1038) El argentino Buompadre afirma que la *vis compulsiva* puede ser empleada por el autor o por un tercero, pero, en cualquier caso, debe constreñir psicológicamente al sujeto pasivo y determinarlo a someterse a los deseos del autor (2000, I, p. 352). Fontán Balestra, 2002, p. 208; Castillo Alva, 2002, p. 94.

(1039) Suay Hernández, 2002, p. 217.

(1040) En el Perú: Roy Freyre, 1975, p. 88 y Bramont Arias, 1990, p. 15. En Argentina: Buompadre, 2000, I, p. 353. En España, Boix Reig/Orts Berenguer enseñan que "el mal con que se amenaza ha de ser grave, de entidad bastante como para ejercer sobre el sujeto pasivo unos

y serio, presente e irresistible, capaz de intimidar y sea suficiente para producir una verdadera coacción de la voluntad del sujeto pasivo. Gimbernat Ordeig[1041] señala que la intimidación debe referirse a la amenaza de un mal grave constitutivo de un delito o al menos se configure como delito, salvo que el mal, objeto de la amenaza, sea una violencia corporal.

Esta posición es restringida. Para evaluar y analizar el delito de acceso carnal sexual, desde el principio, debe tenerse en cuenta el problema de la causalidad entre la acción intimidante y el acto sexual o análogo, la personalidad, la constitución física y las circunstancias que rodean al sujeto pasivo[1042]. En este sentido, no es necesario que la amenaza sea seria y presente. Solo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia u oposición del sujeto pasivo ha quedado suprimida o substancialmente disminuida o mermada.

Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del operador jurídico en el caso concreto[1043]. La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, el contexto social o familiar que le rodea puede ser decisivo para valorar la intimidación. El juzgador deberá determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo su aceptación de realizar el acto o acceso carnal sexual, evitaría el daño anunciado y temido. La gravedad de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta, toda vez que lo que para uno puede constituir una amenaza intrascendente, para otro, la

---

efectos semejantes a los derivados de la utilización de la violencia: las de poner a aquel a merced del violador. Y, además de grave, parece que debe ser injusto, consistente las más de las veces en ocasionar la muerte o unas lesiones graves a la víctima o a una persona allegada" (2002, p. 149).

(1041) Citado por BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 208 y MUÑOZ CONDE, 1990, p. 393.

(1042) MUÑOZ CONDE sostiene que la edad del sujeto pasivo, el contexto social o familiar que le rodean pueden ser decisivos para valorar la intimidación (2001, p. 394). En igual sentido, BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 209; PEÑA CABRERA, 1992, p. 632. SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 219.

(1043) En el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA sostiene que no es posible dar reglas rígidas para determinar objetivamente la eficacia de las amenazas que hagan tener al acto sexual como no consentido, las características referidas son solo elementos de juicio para el juzgador (2002, p. 208).

misma amenaza puede revestir gravedad. Por ejemplo, no tendrá los mismos efectos amenazar a la víctima con destruir la cosecha de una hectárea, único sustento de ella y sus hijos, que la amenaza de destruir la cosecha en la misma proporción de un hacendado que tiene miles de hectáreas. O, la amenaza de un "brujo" de hechizar a la víctima si no se somete al acceso carnal sexual, no tendrá efecto alguno sobre una persona nacida y crecida en zona urbana, pero, sin duda, tendrá gravedad inusitada si la víctima es una persona que ha nacido y crecido en un ambiente (rural, por ejemplo) donde se tienen por seguros los extraordinarios poderes del brujo[1044].

El tipo penal se refiere a los supuestos en que el agente anuncia a la víctima la realización de un mal grave, en caso de negarse a practicar el acceso sexual o se opusiera. Este elemento exige que ese mal anunciado sea evidente e inminente y capaz de causar un daño real al sujeto pasivo o a terceros que tengan relación afectiva con la víctima. Por el contrario, no comete acceso carnal sexual prohibido quien realiza acceso carnal sobre una persona quien a cambio obtendrá una ventaja para su persona o un tercero como, por ejemplo, colocarle en un centro laboral. Igual, el simple temor reverencial no llena las exigencias del tipo penal. Incluso, consideramos que el acto sexual o análogo conseguido mediante la amenaza de revelar la edad de la víctima a sus amistades, o de comunicar a su marido la infidelidad en que ha sido descubierta, no constituyen delito de violación en principio, salvo las especiales circunstancias ya mencionadas[1045].

La amenaza como medio para lograr someter a la víctima al contexto sexual por ella no deseada ni querida, requiere las condiciones generales de toda amenaza, es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza. El sujeto pasivo debe creer que con el acceso sexual exigido por el agente se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. El acceso carnal sexual debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido

[1044] En parecido sentido, VÁSQUEZ SHIMAJUKO, 1997, pp. 11 y 12.

[1045] En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, citado por BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 209. Igual, CASTILLO ALVA, 2002, p. 104.

de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal. El anuncio de una situación perjudicial o desfavorable al sujeto pasivo como, por ejemplo, amenazar con violar a un hijo, destruir bienes preciados de la víctima, despedirle del trabajo que es su único sustento económico, etc., si no acepta realizar el acceso carnal sexual.

Si el agente que amenaza tiene una posición, cargo o parentesco sobre la víctima, como lo veremos más adelante, será autor del delito de acceso carnal sexual agravado.

c. *Finalidad de la violencia y la amenaza grave*

Al desarrollar el significado de los epígrafes anteriores hemos esbozado la finalidad que persigue el agente al hacer uso de la violencia o amenaza grave; el objeto de este apartado es precisarlo.

Violencia y amenaza se equiparan en tanto que ambas resultan ser medios idóneos de coacción tendiente a restringir o a negar la libertad de la víctima[1046] y obligarle a tener un acceso carnal no deseado. El acceso sexual o análogo prohibido presupone que el sujeto pasivo se niega a complacer los deseos del agente, negativa que es vencida mediante el recurso a uno de aquellos medios de comisión[1047]. Pero, mientras la violencia origina siempre un perjuicio presente e implica siempre el empleo de una energía física sobre el cuerpo de la víctima, la amenaza se constituye en un anuncio de originar un mal futuro inmediato.

La violencia y amenaza grave se desarrollan o desenvuelven con la finalidad de vencer la oposición o anular la voluntad negativa del sujeto pasivo y de ese modo, someterlo a practicar el acto o acceso carnal sexual o en su caso, para impedir que haya resistencia[1048]. Desprendiéndose que sin la concurrencia de uno o ambos factores, no se configura el delito

---

(1046) CASTILLO ALVA, en sentido parecido, sostiene que aquellos medios coartan, restringen o reducen el ámbito de autodeterminación del sujeto pasivo, inclinándolo a consentir de modo viciado, es decir contra su voluntad, el acto sexual u otro análogo (2002, p. 75).

(1047) BOIX REIG/ORTS BERENGUER, 2002, p. 149.

(1048) CANCIO MELIÁ señala que la resistencia se representa solo con "la falta de consentimiento y la manifestación sería de esta, es decir, un sencillo "no" (2002, p. 186). Igual, SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 214.

de acceso carnal sexual. Entre la violencia o amenaza debe haber una relación de oposición respecto del objetivo sexual que tiene el agente.

La oposición, resistencia o voluntad negativa de la víctima concomitante al acceso sexual o análogo debe ser opuesta a la intención del sujeto activo de mantener la relación sexual, caso contrario, la violación debe descartarse. Lo mismo sucede en el caso en que la violencia del autor no encuentre voluntad contraria al acceso sexual por parte del agraviado. Del mismo modo, la violencia realizada durante el desarrollo del acto carnal consentido queda fuera del tipo legal.

Contrariamente a lo sostenido por ciertos tratadistas, la ley no exige que la fuerza o amenaza grave sean en términos absolutos, es decir, de características irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que el uso de tales circunstancias tenga efectos suficientes y eficaces en la ocasión concreta para lograr el objetivo del agente, el cual es someter a su víctima a un determinado contexto sexual. La irresistibilidad de la fuerza o amenaza grave se medirá conforme a las condiciones personales del sujeto pasivo, según su resistencia física y capacidad psicológica. En otras palabras, habrá violencia o amenaza constitutiva de acceso carnal sexual prohibida cuando el acto sexual es realizado haciendo uso de alguno de aquellos medios que, según las condiciones físicas, psicológicas o de contexto vivencial, el sujeto pasivo no pudo resistir u oponerse.

La finalidad que tiene la violencia o amenaza grave es vencer la resistencia, oposición o voluntad contraria de la víctima a practicar el acto o acceso carnal sexual, ya sea vía vaginal, anal o bucal, el mismo que puede materializarse haciendo uso del órgano sexual natural o con la introducción de objetos o partes del cuerpo. Su finalidad es lograr el propósito final del agente, el cual es someter al acceso carnal sexual a su víctima y, de esa forma, satisfacer sus apetencias sexuales, independientemente de si existe o no resistencia por parte de la víctima; por ello, asignarle otra finalidad es distorsionar el delito de acceso carnal sexual.

En este aspecto, el Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011[1049], en el fundamento 21 ha establecido con toda

[1049] Publicado en *El Peruano* el 30 de mayo del 2012.

propiedad, como doctrina legal lo siguiente: "*El delito se configura con la realización del agente del acto sexual indeseado, involuntario o no consentido, y que, por ende, no existe forma en que la resistencia de la víctima se erija en presupuesto material sine qua non para la configuración de este ilícito penal. En consecuencia, la constatación de si el agente doblegó o no la resistencia de la víctima de abuso sexual, en absoluto constituye objeto de dilucidación preponderante en el proceso, pues existen supuestos como el abuso sexual practicado con amenaza grave coetánea a la consumación del acto, o se realizan bajo un contexto objetivamente intimidatoria anterior y contemporáneo a la consumación del abuso sexual.*

De igual modo, se presentan cuando acontecen circunstancias de cautiverio, en contexto análogo, o dicho abuso es sistemático o continuado. Es decir, son casos en los cuales la víctima no explicita una resistencia u opta por el silencio, dada la manifiesta inutilidad de su resistencia para hacer desistir al agente, o asume tal inacción a fin de evitar un mal mayor para su integridad física".

3.2. Bien jurídico protegido

Al exponer brevemente la evolución que se ha producido en la doctrina y en la legislación comparada respecto al bien jurídico protegido en los delitos sexuales, hemos dejado establecido que actualmente es común considerar a la libertad sexual como el interés fundamental que se pretende proteger con las conductas sexuales prohibidas. Este planteamiento ha calado en gran parte de la comunidad jurídica mundial hasta el punto que en la actualidad muy pocos ponen en duda que la libertad sexual se constituye en el bien jurídico protegido con el delito de acceso carnal sexual.

La libertad sexual debe entenderse en un doble aspecto: como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, y como facultad de repeler agresiones sexuales de otro. De este modo, la libertad sexual en su sentido más genuino comprende no solo el sí, el cuándo o el con quién nos vamos a relacionar sexualmente, sino también el seleccionar, el elegir o aceptar el tipo o clase de comportamiento y acción sexual en la que nos vamos a involucrar(1050).

(1050) Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 62.

En su sentido tradicional, bien señalaba el colombiano Luis Carlos Pérez[1051]: "la libertad sexual es la capacidad de toda persona de comportarse como a bien tenga en la actividad copulativa".

Por su parte, Roy Freyre[1052], comentando el Código Penal de 1924, la define como la facultad de cada persona de disponer espontáneamente de su vida sexual, sin desmedro de la conveniencia y del interés colectivo. Igual que todas las particularidades de la libertad –continúa el profesor sanmarquino–, la referente al sexo es una conquista permanente y una elevación del ser sobre las preocupaciones represoras. No se podría hablar de libertad sexual si el hombre en el curso de la civilización, no hubiese logrado dominar la fuerza ciega del instinto sexual dotándose de un sentido volitivo, tanto para satisfacer como para abstenerse de hacerlo.

El tipo penal del delito *sub iúdice* trata de tutelar una de las manifestaciones más relevantes de la libertad, aquella cuyos ataques trascienden los ámbitos físicos y fisiológicos para finalmente repercutir en la esfera psicológica de la persona, alcanzando el núcleo más íntimo de su personalidad. Por ello, algunos tratadistas como Orts Berenguer y Roing Torres[1053] prefieren definir a la libertad sexual como "una esfera de la libertad personal integrada por la facultad de autodeterminación voluntaria en el ámbito específico de la sexualidad". No es posible comprender la libertad personal y la dignidad del ser humano sin una vigencia lo suficientemente amplia de la libertad sexual entendida como el poder configurador de uno de los aspectos nucleares de la personalidad en cuanto a la toma de decisiones y del obrar externo sin interferencias de los demás[1054].

Se entiende que al tener las sociedades a la libertad personal como uno de sus pilares básicos de convivencia pacífica, no puede objetarse

---

(1051) PÉREZ, 1986, p. 8. En el mismo sentido, PEÑA CABRERA, 1992, p. 624.

(1052) ROY FREYRE, 1975, p. 40. BUOMPADRE sostiene que la libertad sexual es "el derecho que cualquiera tiene de realizar su actividad sexual de acuerdo a su propia voluntad y con relación a sus propias preferencias personales" (2000, I, p. 342).

(1053) ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, p. 343.

(1054) Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 24.

razonablemente que con su tutela en el ámbito sexual se esté protegiendo finalmente la verdadera libertad íntima[1055]. Este aspecto es quizá uno de los factores que justifica la gravedad de las penas previstas para los delitos que afectan el bien jurídico "libertad sexual".

El bien jurídico protegido en el sistema peruano es el mismo interés fundamental denominado "de libre autodeterminación sexual" en el sistema alemán; interés que es la misma libertad de conducirse con autonomía, sin coacciones ni fraudes en la satisfacción de las apetencias sexuales.

En la jurisprudencia peruana, podemos sostener que se han internalizado bien estos conceptos, prueba de ello es la ejecutoria suprema del 17 de junio del 2003, en cuyo considerando segundo se esgrime que el objeto de protección del delito de violación sexual es la libertad sexual, "*entendida esta libertad como la facultad que tiene toda persona para disponer de su cuerpo en materia sexual eligiendo la forma, el modo, el tiempo y la persona con la que va a realizar dicha conducta sexual y, que el bien jurídico se lesiona cuando se realiza actos que violentan la libertad de decisión de que goza toda persona en el ámbito de su vida sexual, siempre que esté en condiciones de usarla (...)*"[1056].

3.3. Sujetos del delito de acceso carnal sexual

En el delito en hermenéutica jurídica, la relación entre el sujeto activo y la víctima o sujeto pasivo es directa, caso contrario, aquel ilícito no se configura. Pareciera que no hubiera mayores problemas para la identificación de los sujetos; no obstante, la discusión es ardua y poco pacífica. En la actualidad, existe cierto acuerdo en algunos aspectos, mas en otros existe viva controversia. Por nuestra parte, trataremos de plantear nuestra posición teniendo como base siempre el tipo legal recogido en nuestro vigente Código Penal, dado que nuestra finalidad no es otra que hacer dogmática penal.

[1055] *Vid.* DIEZ RIPOLLÉS, 1986, p. 218.

[1056] R.N. N.º 751-03, **en** ROJAS VARGAS, 2005, p. 231.

a. Sujeto activo

La expresión "el que" del tipo penal del artículo 170 indica, sin lugar a dudas, que agente del delito de acceso carnal sexual puede ser cualquier persona sea varón o mujer(1057). No obstante, en la doctrina aún no es común esta posición. Por el contrario, se presenta discutible, pues cierto sector de la doctrina, aunque menor, aún sostiene que solo el varón titular del instrumento natural penetrante puede ser sujeto activo del delito.

El origen de la polémica radica en el diferente bien jurídico que en la historia del derecho penal y en la legislación comparada, se ha pretendido proteger con la tipificación del delito en análisis. En tiempos en que se tutelaba la honestidad o el honor de la mujer de conducta irreprochable, se consideraba que solo el varón podía lesionar o poner en peligro tal bien jurídico, en cambio, en la actualidad, al constituirse la libertad sexual como el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, se concluye que tanto varón como mujer pueden lesionarlo o ponerlo en peligro.

Incluso, también la peculiar forma de tipificar la conducta delictiva origina la posición que sostiene: "Solo el varón es susceptible de ser sujeto activo". Se afirma, la propia índole de la cópula sexual determina la condición del varón en agente, titular del instrumento penetrante que accede y con el que, con naturalidad y violencia, limita la libertad sexual del agraviado(1058). Castillo González(1059) señalaba enfáticamente que autor de violación solo puede ser el varón, que es el único que puede penetrar carnalmente; la mujer puede ser partícipe del delito de violación en cualquiera de sus formas, excepto como autor principal. Por su parte, el argentino Ricardo Núñez(1060) sostenía que el sujeto activo puede ser cualquier varón que

(1057) Boix Reig/Orts Berenguer, 2002; p. 147. Igual, Monge Fernández, 2004, p. 275; Peña Cabrera, 1992, p. 628; Castillo Alva, 2002, p. 69.

(1058) Soler, 1976, p. 284; Creus, 1983, p. 181; Bajo Fernández, 1991, p. 202; Muñoz Conde, 1990, p. 398; Bramont Arias, 1990, p. 13; Roy Freyre, 1975, p. 47. Debemos precisar que este planteamiento fue efectuado antes que se modifique el tipo penal en sus respectivos códigos penales.

(1059) Castillo Gonzales, 1976, p. 175.

(1060) Núñez, 1964, p. 251.

no esté imposibilitado por su edad, impotencia o defecto físico, para introducir su miembro en el vaso de la víctima.

Este planteamiento tuvo coherente cabida cuando el delito de acceso sexual se reducía a su sentido tradicional de identificar al acto sexual con la capacidad copulativa y reproductora del ser humano. No obstante, con el desarrollo de la doctrina y la legislación comparada en el ámbito de los delitos sexuales, tales planteamientos no tienen mayor consistencia, mucho más cuando en la actualidad además del pene, se consideran otros instrumentos (partes del cuerpo u objetos) con los cuales puede accederse sexualmente a la víctima.

Hoy en día, en el campo de los delitos sexuales la doctrina mayoritaria sostiene que siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, cualquier persona que imponga la unión carnal o acceso carnal sexual, lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito de violación sexual y que, ahora, con la ampliación de las formas y medios de comisión, es mejor denominar "delito de acceso carnal sexual".

Si la que impone el acto o acceso carnal sexual por medio de violencia o amenaza grave es la mujer, también se configurará el delito de acceso carnal sexual[1061]. Al vulnerarse, limitarse o lesionarse la libertad sexual de la víctima, resulta intrascendente verificar quién accede a quién. Peor aún, en el sistema peruano, cuando legislativamente se ha previsto que, muy bien, puede materializarse el delito de acceso carnal sexual con la introducción de objetos o partes del cuerpo. Situación que hace perfectamente posible que la mujer pueda vulnerar la libertad sexual de un varón u otra mujer. Así, por ejemplo, estaremos ante un hecho punible de acceso carnal sexual cuando una mujer con la finalidad de satisfacer su apetencia sexual, haciendo uso de la violencia o amenaza, somete a un contexto sexual determinado a su víctima (varón) y le introduce un objeto (prótesis sexual, palo, frutas, etc.) por el ano.

(1061) En el mismo sentido, VILLA STEIN, 1998, p. 179; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 235; ÁNGELES *et al.*, 1997, II, p. 996; BUOMPADRE, 2000, I, p. 382; FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 223; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, p. 351.

En suma, a efectos de la interpretación de los delitos sexuales, con Muñoz Conde[1062], podemos decir que en los tiempos actuales tanto el hombre como la mujer somos iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de una relación sexual.

b. La mujer, sujeto activo

Se considera agente del delito de acceso carnal sexual a toda persona que realiza la acción o acciones tendientes a someter a un contexto sexual determinado al sujeto pasivo. Pudiendo ser tanto el varón como la mujer. No necesariamente esas acciones tienen que ser materiales, como argumentan algunos tratadistas[1063], al decir que la mujer no puede ser sujeto activo, porque materialmente no tiene el instrumento para realizar el acceso carnal. En los tiempos actuales, esta posición no tiene la menor consistencia hasta por dos argumentos: primero, la mujer como el varón tiene iniciativa y participación activa en una relación sexual y, segundo, al haberse ampliado el tipo penal para considerarse otros instrumentos penetrantes como son "partes del cuerpo u objetos con apariencia de pene", es perfectamente posible que la mujer haga uso de tales instrumentos y someta sexualmente en forma violenta a un varón.

Otros tratadistas se oponen a considerar a la mujer como sujeto activo del delito en análisis argumentando su escasa frecuencia criminológica, no constatada fehacientemente y en todo caso, de mínima importancia en un delito de tanta gravedad. También quedan sin sustento, aquellas consideraciones que suponen, de un modo, difícilmente comprensible, mayor gravedad la violación de un varón sobre una mujer que a la inversa. La gravedad de esta conducta se valorará a tenor del atentado a la libertad sexual, mas no de las eventuales lesiones producidas, que, en su caso, supondría un concurso real de delitos con lesiones, ya sean leves o graves, ello dependiendo de la magnitud del daño ocasionado a la víctima[1064].

[1062] Muñoz Conde, 1990, p. 388.

[1063] Los argentinos Soler, Núñez; los españoles Muñoz Conde, Bajo Fernández y otros. En el Perú, Bramont Arias, Peña Cabrera, en las obras citadas.

[1064] Diez Ripollés, 1985, p. 37; Orts Berenguer/Roig Torres, 2004, p. 351; Castillo Alva, 2002, p. 70.

En cambio, sostener que la mujer también es susceptible de ser autora del delito de acceso carnal sexual, tiene pleno fundamento en una realidad insoslayable que no puede negarse so pena de pecar de ingenuidad y cuando no, de repetir posiciones foráneas sin mayor discernimiento. En efecto, se constituye en una realidad concreta que la mujer tan igual que el varón, tiene iniciativa propia para propiciar y conducir una relación sexual haciendo realidad su plena libertad sexual, capacidad que es connatural al ser humano sin distinción de sexo. La libertad sexual que puede verse lesionada cuando una mujer obliga a un varón por medio de la violencia o amenaza grave a que la acceda sexualmente o le realice sexo oral a ella o a un tercero, situación que representa la posibilidad de realizar de manera directa el injusto penal. También puede ser coautora del delito, ya sea porque practica el acto sexual mientras otro desarrolla la violencia o la amenaza, o en su caso, mientras ella amenaza o ejerce violencia para que otro practique el acto sexual prohibido(1065).

Esta posición es una conquista significativa del derecho penal moderno, pues se ajusta a las exigencias y lineamientos del Estado social y democrático de derecho al que le es consustancial la igualdad de todos ante la ley. También por reflejar debidamente una realidad en la cual la mujer en el ámbito sexual no es un mero sujeto pasivo, sino que posee idéntica capacidad de iniciativa que el varón.

Estos planteamientos doctrinarios vienen a romper estereotipos consolidados en el Perú por mucho tiempo. El dislocamiento es evidente. El legislador del Código de 1991 y de la Ley N.° 28251, de junio del 2004, y luego de la Ley N.° 28704, ha sido consciente que, si los patrones sociales o jurídicos de determinada sociedad van a impedir la autorrealización sexual del ser humano, no puede irónicamente afirmarse, que tales presupuestos sean soporte de la libertad individual. Al final de cuentas, se afirma que "sociedades libres son las que emancipan las clases, los grupos étnicos y los sexos"(1066).

(1065) Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 69.

(1066) PÉREZ, 1986, p. 9.

En suma, cualquier persona que imponga el acceso sexual violento en las condiciones y formas previstas en el artículo 170 del *Corpus Juris Penale*, lesionando con ello la libertad sexual del sujeto pasivo, será autor del delito en hermenéutica.

Inaugurando el siglo XXI, debemos romper estereotipos mal posesionados, los mismos que han tenido cabida por mucho tiempo en el derecho penal. Desde ahora, en el derecho punitivo no cabe suponer que la mujer es protagonista inactiva en las relaciones sexuales. Modernamente se trata de equiparar tanto al varón como a la mujer en derechos y obligaciones, excepto que por su propia naturaleza fisiológica no se les puede igualar. En los tiempos posmodernos no tiene cabida el mito sexual que "los violadores son solo hombres".

c. *Sujeto pasivo*

La doctrina es unánime en considerar que pueden ser sujetos pasivos o víctimas del delito de acceso carnal sexual, tanto el varón como la mujer mayores de dieciocho años[1067] sin otra limitación que el de estar vivos[1068] y "sin importar su orientación sexual o si realizan actividades socialmente desfavorables como la prostitución o la sodomía"[1069]. De esta forma, el tipo penal responde a la realidad delictiva. La identificación de ambos sexos viene de suyo. No obstante, el impacto de este reconocimiento fue largamente discutido. En el Código de 1924, por ejemplo, solo se consideraba al delito de violación sexual como un acto en contra de la mujer "honesta" o "virginal". De ahí que las personas que ejercían la prostitución o llevaban una vida social desordenada, por ejemplo, no podían constituirse en sujetos pasivos o víctimas de este delito.

[1067] Este incremento de la edad del sujeto pasivo en el delito de acceso carnal sexual sobre menor constituye una irracionalidad del legislador de la Ley N.º 28704 que esperemos se corrija pronto.

[1068] Los tribunales peruanos ya han tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Así tenemos la sentencia del 4 de diciembre de 1990 en la cual se determinó que "la conducta del acusado al ultrajar sexualmente a la agraviada cuando esta ya había fallecido, no se encuentra comprendida en el artículo 196 del Código Penal (ahora 170) que sanciona el delito de violación, toda vez que el cadáver de una persona no puede ser sujeto pasivo de delito de esta naturaleza, por lo que siendo atípica dicha conducta, es del caso absolverlo por el referido delito". Expediente N.º 115-90, **en** Castillo Alva, 2002, p. 71.

[1069] Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 77.

La legislación penal de 1924, pese a que fue cambiada en 1991, todavía ha dejado rezagos mentales difíciles de superar en personas incluso que tienen la etiqueta de "cultas". No hace mucho, cuando, por ejemplo, una talentosa actriz peruana, denunció haber sido víctima de violación sexual, un periodista considerado "serio y culto" en un medio de comunicación masiva, se mofó y puso en duda que los hechos configuren tal delito debido que la denunciante según su apreciación "tenía una vida nocturna no tan santa".

Indudablemente, en este cambio, influye toda una mentalidad modificada por el fenómeno histórico de la liberación de la mujer y su desvinculación con la condición de solo poder ser madres. El español Bajo Fernández[1070] señala que "se puede decir que la sociedad actual separa totalmente la actividad sexual de la procreación y mantiene una concepción hedonista de aquella, con importantes tensiones frente a moralistas y a la propia iglesia católica".

El sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con vida. No tiene mayor importancia su edad, raza, cultura, ocupación, clase social, credo religioso, habilidad y recursos económicos. Ahora no tiene cabida el mito sexual de que los hombres solo son violados si son homosexuales. De este modo, en el caso de la mujer, puede ser agraviada la soltera o casada, virgen o desflorada, viuda o divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica[1071], pues lo que se violenta no es su honestidad, honor u otra circunstancia, sino la libertad de disponer libremente de su sexo, así como el oponerse a los actos sexuales en los cuales no desea participar.

Los efectos causados por el delito de acceso carnal sexual pueden implicar años de recuperación física y psicológica de las víctimas. Estas a consecuencia de la violación pueden sufrir de estrés postraumático. Situación que unida al temor de ser estigmatizadas por los medios de comunicación y la sociedad entera, muchas agraviadas o agraviados optan por no denunciar el asalto sexual sufrido.

(1070) BAJO FERNÁNDEZ, 1991, p. 199.

(1071) En igual sentido FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 222; CASTILLO ALVA, 2002, p. 72.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El aspecto subjetivo del delito de acceso carnal sexual se constituye inexorablemente de dos elementos, el primero, denominado "elemento subjetivo adicional al dolo" y el segundo, es el dolo. Si alguno de estos elementos falta en una conducta de apariencia sexual, el delito no se configura.

4.1. Elemento subjetivo adicional al dolo

La misma naturaleza estructural del delito en comentario exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo que se constituye en el *leit motiv* del objetivo o finalidad última que persigue el agente con su conducta. La finalidad u objetivo que busca el autor al desarrollar su conducta no es otro que la satisfacción de su apetencia o expectativa sexual. Para lograr esta motivada o guiada finalidad, el agente obra la mayor de las veces por medio de un plan previamente ideado. Si aquel elemento subjetivo adicional, que la doctrina lo etiqueta como *animus lubricus* o ánimo lascivo, no se verifica en la realidad y, por ejemplo, el agente solo actúa motivado por la finalidad de lesionar a su víctima introduciéndole, ya sea por la cavidad vaginal o anal, objetos o partes del cuerpo, se descartará la comisión del delito de acceso carnal sexual violento(1072).

Sin margen de duda, en la mayoría de supuestos o hipótesis delictivas de asalto sexual, el autor obra con tendencia o finalidad principal lasciva, sin embargo, no siempre es así, pues en la realidad se presentan atentados de carácter sexual guiados por la finalidad o motivo principal de venganza, burla, curiosidad, despecho, etc. Supuestos en los cuales, la satisfacción sexual siempre está presente, pero con carácter secundario. No obstante, en todos estos supuestos, al estar presente la satisfacción sexual que guía en forma principal o accesoria la conducta del sujeto activo en su actuar sexual, configuran el delito en análisis.

Si en determinada conducta de apariencia sexual no aparece la finalidad de satisfacción sexual ya sea en forma principal o accesoria, y

(1072) Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1985, p. 123.

por el contrario solo se evidencia la intención o finalidad de lesionar la integridad física o el honor de la víctima, tal conducta de agresión no constituirá el delito de acceso carnal sexual, canalizándose tal hecho al delito de lesiones leves o graves según sea su magnitud o en su caso, al delito de injuria.

Lo decisivo es el *leit motiv* de la finalidad que persigue el autor con su actuar. Si su objetivo no es lograr la satisfacción de alguna apetencia de carácter sexual, se descarta la comisión del delito en hermenéutica jurídica. Posición contraria y discutible plantea la mayoritaria doctrina española. Esta plantea que lo fundamental es la finalidad objetiva de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia o la finalidad perseguida por el autor, pues lo relevante es el atentado a la libertad sexual de la víctima, cuyo carácter y gravedad no se vea afectado en lo más mínimo por la tendencia interna con la que obra el autor[1073]. Según esta posición, puede llegarse al absurdo de imputar el delito de violación a aquel que obliga a otro a transportar droga, empaquetada en forma de pene, introducida en su vagina o en su recto.

4.2. Dolo

El otro elemento subjetivo en el comportamiento delictivo de acceso carnal sexual lo constituye el dolo, esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad en la comisión del evento ilícito. En otros términos, "el dolo consiste en la conciencia y voluntad de tener acceso

[1073] Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, 2004, pp. 297 y 298. Igual posición mantiene ORTS BERENGUER y ROIG TORRES, quienes señalan que "es indiferente el ánimo con que proceda el autor (libidinoso, de venganza, etc.): tales acciones tienen por sí, sin necesidad de aditamento alguno, una significación sexual inequívoca, sea cual sea el móvil de quien las impone a otro (2004, p. 352. BOIX REIG/ORTS BERENGUER, 2002, p. 151). Por su parte CANCIO MELIÁ **en** *Las infracciones de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano*, (2000, p. 188), sostiene: "Parece que bastará con que el dolo del sujeto activo se refiere al carácter de atentado contra la libertad sexual" (carácter objetivo). En igual sentido, CASTILLO ALVA, quien siguiendo a los españoles Rodríguez Ramos, Muñoz Conde y Suárez Rodríguez, señala que el delito de violación sexual no exige un elemento subjetivo especial del injusto o alguna clase de tendencia interna intensificada (2002, p. 123).

carnal contra la voluntad de la víctima"[1074]. Esto es, se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de que con la realización de las acciones voluntarias que pone en movimiento la violencia o que origina la amenaza grave, someterá a la víctima al acceso carnal sexual, poniéndole en un comportamiento pasivo con la finalidad de que soporte el acceso carnal sexual no requerido por ella.

Se exige normalmente un dolo directo. Cuando se utiliza la violencia, el dolo abarca la esperada o presentada resistencia u oposición del sujeto pasivo.

Necesariamente se exige la presencia del conocimiento y voluntad del agente para la configuración del injusto penal de acceso carnal sexual. Circunstancia que imposibilita la comisión culposa.

Si junto al dolo, al agente no le orienta o guía alguna satisfacción sexual, su conducta queda al margen del derecho penal. Por ejemplo, no configuran delito de acceso carnal sexual aquellas conductas aparentemente sexuales desde una visión objetiva, pero realizadas con fines propiamente terapéuticos o científicos. También no es punible por ausencia de dolo, los casos en que el autor de la violencia ponga a la víctima en una situación tal que sin evidenciar intimidación acceda voluntariamente a practicar el acceso carnal sexual.

4.3. El error de tipo

Bien sabemos que el error de tipo regulado en la primera parte del artículo 14 del Código Penal, se configura cuando el agente al tiempo que realiza la conducta con apariencia delictiva actúa con desconocimiento o error sobre la existencia de alguno o algunos elementos objetivos integrantes del tipo penal, excluyendo, en consecuencia, el dolo.

En el injusto penal de acceso carnal sexual, nada impide que puedan presentarse supuestos de error sobre un elemento del tipo. Por ejemplo, estaremos ante un clásico error de tipo cuando el sujeto activo actúa o

[1074] Fontán Balestra, 2002, p. 223; Monge Fernández, 2004, p. 295; Castillo Alva, 2002, p. 121.

desarrolla su conducta creyendo erróneamente que cuenta con el consentimiento de la víctima para la realización con él de actos sadomasoquistas, cuando lo cierto es que la actitud de esta era realmente de oposición, de resistencia y, por lo tanto, de ausencia de consentimiento[1075].

Asimismo, la concurrencia del error en el sujeto activo hace desaparecer la comisión del delito o alguna circunstancia agravante prescrita en el tipo penal. Por ejemplo, si el agente accede violentamente a su víctima creyéndola mayor de 18 años, se excluirá el dolo de la agravante prevista en el inciso 4 del artículo 170, subsistiendo el supuesto del tipo básico por el cual será sancionado finalmente.

5. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Por la naturaleza del delito, considero que es difícil verificar en la realidad concreta algún caso de acceso carnal sexual prohibido donde se verifique de modo positivo una causa de justificación.

No obstante, en los estrados judiciales un abogado hábil puede alegar la causa de justificación prevista en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal denominado "ejercicio legítimo de un derecho", en el caso del acceso carnal sexual ocurrido dentro del matrimonio, es decir, cuando uno de los cónyuges haciendo uso de la violencia o la amenaza grave someta al otro a un acto sexual.

En efecto, es posible que se alegue que no constituye delito de violación sexual cuando uno de los cónyuges obliga al otro a realizar el acto sexual, haciendo uso para ello de la violencia o amenaza grave. Los cónyuges tienen derecho a la vida sexual común conferido por el matrimonio, siendo así, el empleo de la violencia o amenaza por uno de ellos se justifica plenamente o, en todo caso, de ocurrir un daño al cuerpo o salud por el empleo de la violencia o amenaza devendrá algún

[1075] MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 295.

delito de lesiones mas no el de acceso carnal sexual. Este planteamiento pretende encontrar su fundamento en la existencia del débito conyugal que genera el vínculo del matrimonio. El profesor Roy Freyre[1076], por ejemplo, comentando el Código de 1924, amparándose en nuestra normativa civil, enseñaba que las relaciones sexuales son inherentes a la vida conyugal, constituyendo su mantenimiento tanto un derecho como un deber de las personas unidas en matrimonio.

Este sector de la doctrina sostiene que, si bien el comportamiento es típico, está justificado por el ejercicio normal de un derecho. Es decir, la conducta es típica, pero no antijurídica. El cónyuge agresor está amparado por la causa de justificación: el ejercicio normal de un derecho como consecuencia de haber contraído matrimonio. En el Perú, esta posición doctrinaria tuvo real vigencia con el Código Penal de 1924. Allí se excluía expresamente la sanción de la violación sexual que se realizaba dentro del matrimonio (texto del artículo 196), otorgándose de esa forma, incluso al cónyuge varón un derecho absoluto de disponer de la sexualidad de su mujer.

Sin embargo, como veremos más adelante, en estos tiempos de posmodernidad, al constituirse o erigirse "la libertad sexual" como el bien jurídico principal protegido con los delitos sexuales, no es posible sostener racionalmente y de modo positivo el ejercicio legítimo de un derecho como causa de justificación en el delito de acceso carnal sexual violento impuesto por un cónyuge al otro. Nada puede justificar que un cónyuge haciendo uso de la violencia o la amenaza grave someta al otro en contra de su libre y voluntario consentimiento, a realizar determinada conducta sexual. El matrimonio no es la tumba de la libertad en su vertiente sexual. Esta es inherente a la persona misma y, por tanto, permanece vigente en cualquier contexto social y civil en que se desarrolle.

5.1. ¿El consentimiento es causa de justificación o atipicidad?

Sabido es que existen delitos en los cuales el consentimiento prestado por el sujeto pasivo sobre bienes jurídicos de libre disposición, se

[1076] Roy Freyre, 1975, p. 46. Basaba su posición en las disposiciones del Código Civil vigente en 1975. En igual sentido, GROIZARD sostenía que "ningún derecho es atropellado en ella por el marido al obligarla, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene ella el deber de ejecutar" (citado por FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 219).

constituye en causa de justificación prevista en nuestro catálogo penal en el inciso 10 del artículo 20. Como ejemplo podemos citar el delito de hurto sancionado en el artículo 185 del C.P. En efecto, si después de verificarse todos los elementos objetivos y subjetivos que exige el hurto (apoderamiento ilegítimo, bien mueble, bien total o parcialmente ajeno, sustracción de la esfera de vigilancia, provecho económico por parte del agente, dolo) estaremos ante una conducta típica, no obstante, si luego, al analizar el aspecto de la antijuridicidad se llega a determinar que el titular del bien hurtado dio su consentimiento para la sustracción, se verificará una causa de justificación y por tanto, estaremos ante una conducta en principio típica pero al final no antijurídica.

Sin embargo, también en doctrina se sostiene que existen otros delitos en los que, expresa o tácitamente, se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo del injusto penal en cuestión[1077]. En estos casos, el consentimiento de la víctima que también debe ser sobre bienes jurídicos de libre disposición, se constituye en causal de atipicidad. Como ejemplo aparece el delito en hermenéutica jurídica.

En efecto, por la propia estructura y naturaleza del delito de acceso carnal sexual, el consentimiento de la supuesta víctima para realizar el acceso carnal, de modo alguno constituye causa de justificación. Al constituir el consentimiento un elemento objetivo inherente a la tipicidad, su ausencia constituye una causal de atipicidad, pues si se verifica que la víctima prestó su consentimiento para practicar el acto sexual, desaparece el acto típico de "obligar" que exige el tipo penal y, por tanto, se excluye la tipicidad del delito.

6. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso carnal sexual no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica

(1077) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 391. En el mismo sentido, HURTADO POZO, 2005, p. 489.

y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta de carácter sexual, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de acceso carnal sexual.

6.1. Error de prohibición

Doctrinariamente se conoce que un ciudadano no obra culpablemente cuando no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su actuar, es decir, no se le puede reprochar penalmente a quien actúa sin la posibilidad de conocer la ilicitud formal y material de su conducta. Apareciendo de ese modo lo que se conoce como "error de prohibición", recogido en nuestro sistema jurídico en la última parte del artículo 14 del Código Penal.

Se configura el supuesto de error de prohibición cuando el autor cree erróneamente que actúa lícitamente o cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su conducta. Esta clase de error puede ser directo o indirecto[1078].

Se presenta el error de prohibición directo cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma como lícita su acción. Pueden presentarse tres supuestos: cuando el agente no conoce la norma prohibida; cuando el autor conoce la norma prohibitiva, pero lo considera no vigente y, cuando el autor interpreta (error de subsunción) equivocadamente la norma y la reputa no aplicable al caso.

[1078] *Vid.* ampliamente: HURTADO POZO, 2005, p. 662; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 441; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, pp. 398 y ss.

En tanto que el error de prohibición indirecto se configura cuando el agente actúa en forma errónea sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción generalmente prohibida. Pueden presentarse también tres supuestos: cuando el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante; cuando el autor yerra sobre los límites de una causa de justificación y, cuando se actúa con error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho.

Traspasando estos conceptos al delito de acceso carnal sexual, es posible que muy bien pueda presentarse un error de prohibición directo cuando el autor actúa creyendo que constituye un acto lícito el realizar acceso carnal sexual mediante violencia con una prostituta, entendiendo que la tutela penal del artículo 170 solo ampara a las mujeres honestas o de conducta irreprochable como lo hacía expresamente el artículo 196 del Código Penal derogado.

Es posible alegar un error de prohibición indirecto, cuando por ejemplo un cónyuge, en la creencia errónea que actúa dentro de los límites de la causa de justificación de "ejercicio legítimo de un derecho" sancionado en el inciso 8 del artículo 20 del C.P., haciendo uso de la violencia somete sexualmente al otro en contra de su voluntad. Aquí el agente actúa en la creencia errónea que le ampara la citada causa de justificación, no obstante como ya hemos expresado, en el delito en hermenéutica jurídica no es factible la configuración de la causa de justificación denominada "ejercicio legítimo de un derecho". Por tanto, no cabe en estos casos error de prohibición, toda vez que cualquier persona sabe o conoce que no cabe conseguir por la fuerza o la amenaza que el cónyuge ceda a sus pretensiones, no existiendo derecho que justifique tal conducta.

7. TENTATIVA

Se define a la tentativa como la ejecución incompleta de la conducta tipificada en la ley penal. En otros términos, existe conducta típica cuando el agente de manera dolosa da comienzo a la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y esta no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad.

Es punible la tentativa por cuanto el agente, siguiendo un plan determinado, realiza conductas socialmente relevantes cuyo objetivo es el menoscabo de los bienes jurídicos protegidos. De tal forma que la tentativa no es punible por ser una mera manifestación de la voluntad, sino por la lesión y el menoscabo sufrido por los bienes jurídicos, producto del comienzo de la ejecución de un comportamiento dañoso[1079].

En nuestro sistema jurídico penal, esta forma especial de configuración del tipo penal aparece regulada en el artículo 16 del Código Penal.

De ese modo, por la misma naturaleza de realización del delito de acceso carnal sexual que inexorablemente necesita de actos previos para su consumación, es posible la tentativa.

Es unánime la doctrina al considerar que el despliegue de los actos ejecutivos orientados a lograr el acceso sexual sin alcanzarse la real introducción o penetración, constituye tentativa de violación sexual[1080]. Indudablemente, la tentativa del acceso carnal sexual prohibido se concretiza cuando los actos previos tienen la finalidad de lograr el acto o acceso carnal sexual, mas no se dará tal situación cuando dichos actos previos tengan como objetivo cualquier otro tipo de acercamiento sexual. Es necesario el *animus violandi*[1081]. Hay tentativa cuando, por ejemplo, el violador es sorprendido por los vecinos de la vivienda donde se realizaba el hecho, en el momento mismo en que empezaba la penetración de su miembro viril en la cavidad vaginal de la víctima.

O también estaremos en un contexto de tentativa cuando una pareja luego de ingresar a un cuarto de hotel, la mujer expresa su voluntad de no querer realizar acto sexual alguno. Ante tal negativa, el varón, ya sin ropa íntima, pretende obligarla haciendo uso de la violencia. En un descuido, la mujer sale del cuarto corriendo, siendo perseguida por su verdugo, quien jalándola del cabello, a la fuerza la vuelve a ingresar al cuarto para seguir con sus intensiones de imponerle el acto sexual violento, el mismo que no se concretó por intervención de terceras

(1079) *Vid.* ampliamente: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 426.

(1080) BOIX REIG/ORTS BERENGUER, 2002, p. 152. En igual sentido CASTILLO ALVA, 2002, p. 124.

(1081) ROY FREYRE, 1975, p. 60; FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 224.

personas que intervinieron a consecuencia de los gritos de auxilio de la víctima[1082].

El acceso carnal sexual haciendo uso de partes del cuerpo u objetos con apariencia de pene, también podrá ser objeto de tentativa. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en los instantes que dolosamente pretende introducir algún objeto o parte del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo en un determinado contexto sexual.

No obstante, aparte de la tentativa idónea, en doctrina se reconoce la existencia de la tentativa inidónea o imposible por la falta de idoneidad del medio empleado (amenaza inidónea, etc.), o por aspectos físicos del agente (cuando el agente es varón y no se le erecta el miembro viril con el cual pretendía acceder carnalmente a su víctima). Estos supuestos, al no poner en peligro real o concreto al bien jurídico protegido no son punibles. En este sentido se ha pronunciado nuestra Suprema Corte en la ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1996, cuando afirma que: "*si el acusado no pudo violar a la agraviada porque no se le erectó el miembro viril, se configuraría la tentativa imposible por ineficacia del medio empleado, no siendo punible, evidenciándose una clara contradicción con la parte resolutiva de la indicada resolución en donde se le condena por el delito de violación de la libertad sexual en perjuicio de la referida agraviada*"[1083]. No obstante, consideramos que esta última circunstancia tendrá tal efecto cuando no se trate de una incapacidad transitoria originada por los mismos ajetreos del evento (cansancio derivado por la prolongada resistencia del sujeto pasivo), pues en este caso, estaremos ante una tentativa idónea.

En aplicación del artículo 18 del Código Penal, el desistimiento por parte del sujeto activo de lograr la consumación del delito sexual, elimina la punibilidad de la tentativa, dejando vigente la punibilidad de los delitos que se han consumado al hacer uso de procedimientos encaminados a lograr el acceso carnal sexual, como serían las lesiones causadas por la violencia empleada.

[1082] Parecido caso de Arlette Contretras - Ayacucho. Hechos ocurridos en julio del 2015.

[1083] R.N. N.º 949-96- Puno, **en** *Normas Legales*, T. 265, p. A-15.

7.1. La tentativa en el delito de acceso carnal sexual por amenaza grave

En la práctica judicial, resulta difícil identificar la tentativa del delito de acceso carnal sexual cuando el agente, con la finalidad de lograr su objetivo de satisfacer su apetencia sexual, solo hace uso del medio típico de "amenaza grave".

En efecto, parece que no hay problemas cuando haciendo uso de la violencia se realizan actos directamente ordenados a lograr el acto sexual o análogo, como el desnudarse o el desnudar a la víctima, u otros de contenido lascivo como besar o tocar las partes íntimas del cuerpo del sujeto pasivo. Tampoco hay mayores problemas cuando se verifica que se dio inicio al uso de la violencia, como ocurre cuando se arroja al suelo a la víctima, o se la introduce en un vehículo para trasladarla al lugar donde la consumación habrá de producirse, o se la lleva violentamente a un lugar despoblado o al interior de una vivienda con la intención de hacerle sufrir el acceso carnal sexual no deseado, etc. Son los casos que con mayor frecuencia se aprecia la tentativa en este delito. La proximidad del autor con la víctima, que el uso de la violencia lleva consigo, no deja lugar a dudas respecto de que ya ha comenzado el peligro para el bien jurídico.

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando el agente para lograr su objetivo de carácter sexual, se vale de la amenaza grave, la misma que como es natural se realiza a cierta distancia de la víctima, o incluso por medio de comunicación telefónica o escrita. Circunstancias que imposibilitan hablar de proximidad espacio-temporal o de un peligro ya iniciado para la persona agraviada. En estos supuestos, pese a que se ha verificado o realizado un acto de amenaza grave, la ejecución aún no ha comenzado. Solo se considerará tentativa cuando aparte de la amenaza, existan actos ejecutivos tendientes a lograr el acto sexual buscado por el agente. Por ejemplo, encuentro entre el agente y el sujeto pasivo en el lugar donde habrá de realizarse el acceso carnal sexual al cual accedió la víctima para evitar el mal anunciado.

8. CONSUMACIÓN

La consumación del delito es la verificación real de todos los elementos del tipo legal. O mejor dicho, es la plena realización del tipo con todos sus elementos. En el delito de acceso carnal sexual, la consumación se verifica en el momento mismo que se inicia el acceso carnal sexual propiamente dicho, es decir, la introducción o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, bucal o anal o, en su caso, la introducción de partes del cuerpo u objetos con apariencia de pene en la cavidad anal o vaginal de la víctima, sin importar que se produzcan necesariamente ulteriores resultados, como eyaculaciones, ruptura del himen, lesiones o embarazo.

No interesa si la penetración o introducción es completa o parcial, basta que ella haya existido real y efectivamente para encontrarnos frente al delito consumado. En parecida línea conceptual, el vocal supremo Javier Villa Stein[1084], antes de que se produjera la modificatoria de los delitos sexuales, enseñaba que se consuma la violación sexual con la penetración parcial o total del pene en la cavidad vaginal, anal o bucal, de la víctima obligada. No se requiere eyaculación *–seminatio intra vas–* ni rotura de himen.

Los términos "introducción" o "penetración" deben entenderse bajo dos aspectos: primero, cuando el miembro viril del varón agresor se introduce en la cavidad vaginal, anal o bucal de la víctima o, en su caso, cuando alguna parte del cuerpo u objeto es introducido en la cavidad vaginal o anal de aquella. Y segundo, cuando alguna de aquellas cavidades viene a acoplarse en el pene del varón agredido sexualmente, así como en el objeto o parte del cuerpo que se utiliza para lograr alguna satisfacción sexual.

El acceso carnal por vía vaginal implica que el órgano genital del varón, objeto o partes del cuerpo se introduzca o penetre en la vagina

(1084) VILLA STEIN, 1998, p. 182. En igual sentido, FONTÁN BALESTRA sostiene que "la penetración es suficiente para tener por satisfecho el requisito de acceso carnal. No es necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completa o que produzca desfloración" (2002, p. 218). Igual, BUOMPADRE con la reserva que para él no es aceptable el acceso bucal como modalidad de violación (2000, p. 387). BOIX REIG/ORTS BERENGUER, 2002, p. 151 y CASTILLO ALVA, 2002, p. 125.

de la mujer, o esta se acople a aquellos instrumentos, exigiéndose para la consumación que el pene, objeto o parte del cuerpo hayan superado el umbral de los labios mayores. En el acceso carnal por vía anal se exige que el órgano genital del varón, objetos o partes del cuerpo se introduzcan o penetren en el recto de la víctima o, en su caso, el ano se acople a los citados instrumentos penetrantes, no siendo suficiente el mero roce o contacto. Finalmente, en el acceso carnal por vía bucal, se requiere que el pene se introduzca en la boca de la víctima[1085].

9. AUTORÍA

9.1. Cuestión previa

Antes de las modificaciones legislativas de los delitos sexuales ocurridas en España y Argentina, era dominante la línea doctrinal que enunciaba que la violación sexual es un delito de propia mano. Solo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la acción corporal descrita en el tipo penal, esto es, el acceso carnal, y solamente lo puede hacer el varón titular del miembro viril, único instrumento penetrante. De modo que en este tipo de delitos no es admisible la autoría mediata, la coautoría, así como tampoco la comisión por omisión. Sostiene esta posición doctrinal que cuando en el acto sexual violento, aparte del que accede carnalmente, participan dos o más personas en contra de la víctima, se aplicarán las reglas generales de la participación como sea razonablemente posible, imputando a los partícipes el delito de violación sexual a título de instigación, complicidad necesaria o complicidad secundaria, ello de acuerdo al caso concreto[1086].

Posición ampliamente debatida y abandonada que nadie sostiene con crédito científico[1087]. En nuestro sistema jurídico penal impuesto por el Código Penal de 1991 y mucho más con la promulgación de la

---

[1085] En parecido sentido, MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 317; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, p. 352.

[1086] *Vid.* SOLER, 1976, p. 284; CREUS, 1983, p. 181; NÚÑEZ, 1964, p. 251; MUÑOZ CONDE, 1990, p. 398; BRAMONT ARIAS, 1990, p. 13; ROY FREYRE, 1975, p. 47. Debemos precisar que este planteamiento fue efectuado antes que se modifique el tipo penal en sus respectivos Códigos Penales. CASTILLO GONZÁLES, 1976, p. 175.

[1087] Con sobrada razón, CASTILLO ALVA, 2002, p. 133.

Ley N.° 28251 que modificó la sistemática de los delitos sexuales, y ratificada por la Ley N.° 30076, aquella posición no tiene consistencia hasta por tres fundamentos:

Primero, al constituirse la libertad sexual como el bien jurídico protegido en el delito de acceso carnal sexual, nada se opone razonablemente a que la mujer, sin tener el instrumento penetrante, muy bien, pueda limitar, restringir o anular y vulnerar la libertad sexual del sujeto pasivo e imponer por la fuerza o violencia grave el acto sexual.

Segundo, al preverse como modalidades de los delitos sexuales los supuestos de introducción de objetos o partes del cuerpo en la vagina o ano de la víctima, es perfectamente posible que la mujer sin ser titular del instrumento penetrante como es el pene, materialice la conducta de lesionar la libertad sexual, introduciendo, por ejemplo, una prótesis sexual en el ano de un varón.

Tercero, al haberse impuesto en nuestro sistema jurídico penal (artículo 23 del Código Penal de 1991), la teoría del dominio del hecho para sustentar la autoría en los delitos comunes como lo constituye el delito de acceso carnal sexual, la coautoría y la figura de la participación delictiva, es fácticamente posible que la mujer sin tener el órgano penetrante natural como es el pene, se constituya en autora o coautora del delito de acceso carnal sexual prohibido. Por ejemplo, será coautora cuando haciendo uso de la violencia, sujeta o inmoviliza a la víctima a fin de que un tercero le acceda sexualmente. Aquí aplicando la teoría del reparto de roles o funciones en la ejecución del delito, es factible que una mujer se constituya en coautora del delito de acceso carnal sexual.

9.2. Autoría

En doctrina, la categoría de la autoría se explica mejor de acuerdo a sus clases:

a. Autoría directa o inmediata

Se define al autor como aquella persona natural que tiene el dominio, señorío o riendas del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene poder de conducción de todo el acontecimiento o suceso, de forma tal que le

es posible encauzarlo hacia el fin determinado previamente. En otros términos, autor es aquel que con sus propias manos realiza el hecho en forma directa. Es decir, aquel que "decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización"[1088]. En el delito que nos ocupa, será autor aquel sujeto que haciendo uso de la violencia o amenaza grave sobre la víctima le anula su libertad sexual y le accede carnalmente.

En la doctrina, a la figura de la autoría también se le denomina autor inmediato, autor directo, autor principal, autor propiamente dicho, ejecutor o autor principal. A este aspecto se refiere el legislador al emplear locuciones como "el que", "la persona", "quien", etc., cuando construye y redacta los supuestos de hecho de la norma penal y que, en su oportunidad, también se denomina sujeto activo o agente[1089].

b. Autoría mediata

El supuesto de la autoría mediata previsto en el artículo 23 del Código Penal se configura cuando el agente, valiéndose, haciendo uso o "por medio de otra persona" que actúa como instrumento, realiza la conducta prohibida. En esta forma de autoría, el dominio del hecho requiere que todo el proceso ejecutivo se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás", quien –gracias a su influjo– debe tener en sus manos al intermediario; por eso, se conocen estos casos como de dominio de la voluntad.

Se entiende que el intermediario material solo actúa como instrumento y, por tanto, subordinado al autor mediato; aquel debe actuar en una causal de atipicidad o de justificación y, excepcionalmente, de inculpabilidad. Por el contrario, si en un caso concreto se llega a determinar que el supuesto instrumento o intermediario tiene dominio del hecho o lo comparte con el que le ordena, se excluye el supuesto de autoría mediata, adecuándose su conducta a otro forma de concurso de persona en la conducta punible[1090].

[1088] Muñoz Conde/García Arán, 2000, p. 497. Por su parte el profesor Hurtado Pozo enseña que "según el artículo 23, es autor el que ejecuta personal y materialmente el delito; o sea, el que tiene el dominio de la acción" (2005, p. 863).

[1089] *Vid.* Velásquez Velásquez, 2002, p. 445.

[1090] *Vid.* **en** detalle: Velásquez Velásquez, 2002, p. 445; Muñoz Conde/García Arán, 2000, p. 498.

Expuestos así los fundamentos de la autoría mediata y teniendo en cuenta que el delito de acceso carnal sexual no es necesariamente de comisión directa o "de propia mano", se concluye que es admisible la autoría mediata. Esta hipótesis de comisión delictiva se configurará en todos aquellos casos en los cuales el autor utiliza a otro sujeto como instrumento para involucrar de modo violento a la víctima en un contexto sexual determinado. Incluso, es posible que se configure cuando es la propia víctima la obligada en forma violenta o intimidada por el autor para la realización sobre sí misma del acceso carnal de, por ejemplo, partes de su cuerpo u objetos con apariencia de un pene[1091].

c. *Coautoría*

Se consideran coautores a todos aquellos sujetos que forman parte en la ejecución del hecho punible, en codominio del hecho (dominio funcional del hecho). El artículo 23 del Código Penal se refiere a la coautoría con la frase: "los que lo cometen conjuntamente".

La coautoría exige la presencia de dos requisitos: decisión común y realización de la conducta prohibida en común (división de trabajo o roles). Los sujetos deben tener la decisión común de realizar el hecho punible y sobre la base de esta decisión, contribuir con un aporte objetivo y significativo en su comisión o realización. El aporte objetivo se encuentra en una relación de interdependencia funcional asentada sobre el principio de la división del trabajo, es decir, que cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos[1092]. Esto trae como consecuencia que la responsabilidad de cada coautor se limita al hecho colectivo y los excesos o hechos suplementarios, ejecutados por fuera del plan acordado, solo afectan al interviniente que lo haya realizado por sí solo.

Por ejemplo, si uno de los participantes del acceso carnal sexual, después de efectuado el hecho, de *motu proprio*, decide llevarse todas las joyas de oro que portaba la víctima, solo a este se le imputara el delito de

---

[1091] Igual posición, MONGE FERNÁNDEZ, 2004, p. 304.

[1092] *Vid.* HURTADO POZO, 2005, p. 875; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2000, p. 501; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 448; VILLAVICENCIO TERREROS, 1997, pp. 144-151.

hurto o robo, según como se haya producido la sustracción. Igual ocurre cuando, por ejemplo, uno de los concurrentes del asalto sexual, después de producido el acto en contra de la libertad sexual, de *motu proprio* y pensando que la víctima le ha reconocido, le ocasiona su muerte. Aquí, solo a este último sujeto se le imputará y, por ende, se le procesará por el delito de asesinato en la modalidad de "matar para ocultar otro delito" prevista en el inciso 2 del artículo 108 del Código Penal.

En el caso que dos a más personas participen en la comisión del delito de acceso carnal sexual, todas responderán a título de coautores, así uno o varios de ellos no hayan realizado el acto sexual con la víctima, limitándose solo, por ejemplo, a sujetar a la víctima o inmovilizarla. En este supuesto delictivo, solo será suficiente verificar la decisión común de todos los concurrentes en la realización del acto sexual ilícito y, además, que cada uno de ellos haya hecho un aporte significativo o decisivo para facilitar la penetración o introducción del miembro viril en la boca, ano o vagina de la víctima, así como la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad anal o vaginal del sujeto pasivo.

Villa Stein[1093], siguiendo al profesor alemán Hans Heinrich Jescheck, tratando de adecuar su posición a la línea doctrinal que considera que el delito de violación sexual es de "propia mano", sostiene que en este supuesto delictivo es obvio que quien sujeta con base en un acuerdo común, realiza de mano propia y de manera absolutamente responsable, un elemento del tipo. No obstante, ninguno necesita reunir por sí mismo todos los elementos del tipo, pues cada uno de ellos, debido a la resolución conjunta y en el marco de la misma, se le atribuyen las contribuciones de los demás intervinientes como acción propia.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1094], luego de advertir que la doctrina está dividida en este punto, consideran que sobre la base

(1093) Villa Stein, 1998, p. 182. En el mismo sentido, Castillo Alva, 2002, p. 135.

(1094) Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 238. Posición diferente plantea Monge Fernández cuando después de explicar que es posible la coautoría en el caso que uno aplica la violencia o intimidación y otro realiza el acto sexual, sostiene que "no obstante, el que aplica la violencia o intimidación sin realizar el mismo los actos materiales de carácter sexual, será en todo caso cooperador necesario o cómplice con independencia de cuál sea el concepto de coautoría que se sostenga" (2004, pp. 306 y 319).

de los principios que impone la teoría del dominio del hecho, la persona que se limita a sujetar para que otra persona realice el acto sexual responderá como coautor del delito de violación, siendo totalmente indiferente que la persona que sujete sea hombre o mujer, puesto que en ambos casos será coautor.

En cuanto a la práctica judicial, nuestra Corte Suprema, por ejecutoria del 15 de setiembre de 1998, establece un precedente jurisprudencial importante al considerar que es coautor aquel que si bien no realiza el acto sexual, presta colaboración decisiva en la comisión del injusto penal, ello debido al principio de reparto funcional de roles. En efecto, en el argumento pertinente se indica: *"que, de conformidad con los hechos establecidos en el proceso, se advierte que la intervención del encausado Marco Antonio Saavedra Timaná, no ha sido simplemente coadyuvante, sino que contribuyó decisivamente a la ejecución del evento delictivo, lo que determina que su condición es la prevista en el artículo veintitrés del Código Penal en virtud al principio de reparto funcional de roles, por el cual 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 y no como partícipe como se califica en la recurrida, desprendiéndose diáfanamente que hubo un concierto de voluntades entre los encausados"*(1095).

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 17 de junio del 2003, argumenta que *"asimismo se advierte el concierto de voluntades para anular la resistencia de la víctima y obtener el acceso carnal propuesto; que esta coautoría resultó idónea para la consumación del delito, ya que fácilmente doblegaron el estado de defensión de la víctima; por ello este concurso de sujetos activos resultó notable por que han originado mayor riesgo lesivo para la víctima"*(1096).

10. PARTICIPACIÓN

Lo expuesto de ningún modo deja sin aplicación las reglas de la participación previstas en el artículo 25 del Código Penal. Se entiende por participación la cooperación o contribución dolosa a otro en la reali-

(1095) Expediente N.° 2652-98, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 349.

(1096) R.N. N.° 751-03-Ayacucho. Sala Penal Suprema Transitoria.

zación de un hecho punible. El cómplice o partícipe se limita a favorecer en la realización de un hecho ajeno. Los partícipes no tienen el dominio del hecho, ello lo diferencia totalmente de las categorías de autoría y coautoría. Según el grado de contribución del cómplice, la participación se divide en dos clases:

- Primero, la complicidad primaria que se configura cuando la contribución del partícipe es necesaria o imprescindible, es decir, cuando sin ella no se hubiera realizado el hecho punible. Es un supuesto de complicidad primaria cuando, por ejemplo, el partícipe conduce a la víctima con engaños a un paraje solitario en donde esperan otros que realizarán el acceso carnal. Aquí sin la intervención de aquel, el acceso carnal violento no se hubiese producido, pues la víctima no hubiese llegado al lugar de los hechos.
- Segundo, la complicidad secundaria se configura cuando la contribución del partícipe es de naturaleza no necesaria o prescindible, es decir, se produce cuando sin contar con tal contribución el hecho delictivo se hubiera producido de todas maneras. Este supuesto de complicidad se configura cuando por ejemplo, el partícipe solo se limita a vigilar para que otro sin contratiempos realice el acceso carnal sexual con la víctima. Aquí la participación es prescindible, pues incluso sin la participación de aquel se hubiese consumado el delito.

La ejecutoria suprema del 08 de enero del 2013[1097], da cuenta de un hecho que podemos calificar de complicidad secundaria. En efecto allí se describe que *"la encausada Navarro Mendoza, sin duda, participó como cómplice en los hechos de violación sexual pues –como mínimo– se encontró presente en el lugar de los hechos y no hizo nada para impedirlo, tanto más si ingresó furtivamente al predio con su coimputado y permitió el atentado sexual"*.

Otra forma de participación es la instigación prevista en el artículo 24 del Código Penal. Se configura la instigación cuando una persona dolosamente, determina a otro a cometer un hecho punible. Esto es, se presenta cuando una persona influye, persuade, paga o utiliza cualquier

[1097] R. N. N.° 630-2012-Apurimac.

medio para determinar a una tercera persona acceda sexualmente a la víctima[1098]. Es decir, el instigador es quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva sin tener el dominio del hecho, circunstancia que lo distingue del coautor.

Las conductas que comúnmente se denominan "penalmente irrelevantes" y que el profesor Caro John[1099] las etiqueta como "conductas neutrales", "conductas cotidianas", "conductas adecuadas en un rol" o "conductas estereotipadas", no se subsumen en alguno de los supuestos de la participación delictiva. En este sentido, el administrador del hotel donde se hospeda una pareja al parecer sin problemas y luego se produce el acceso sexual violento de uno sobre el otro, de modo alguno podría ser implicado en el delito ni como cómplice secundario.

11. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL DELITO DE ACCESO CARNAL SEXUAL

La modificación del artículo 170 por la Ley N.° 28704, de abril del 2006, incorpora a las ya existentes, más circunstancias que agravan el delito de acceso carnal sexual. Veamos enseguida en qué consisten cada una de ellas:

11.1. Asalto sexual con el concurso de dos o más sujetos

En su oportunidad, alegábamos que una bondad de la Ley N.° 28704 la constituyó el hecho de haber separado dos circunstancias agravantes del delito de acceso carnal sexual que pese a la incesante advertencia de la doctrina[1100], legislativamente venían juntas. En efecto,

---

[1098] *Vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 139.

[1099] *La imputación objetiva en la participación delictiva;* 2003, Grijley, Lima, p. 12. Igual en la conferencia "Responsabilidad jurídico penal en el caso de las conductas neutrales" en el VI Curso Internacional de Derecho penal. Derecho penal funcionalista y política criminal de bienes jurídicos; celebrado en la Universidad de Lima, 4 de noviembre del 2004.

[1100] SALINAS SICCHA, 2005, p. 98. CARO CORIA con toda razón sostenía que aquella redacción era criticable por el uso de la partícula "y" que reduce ostensiblemente el ámbito de criminalización del delito agravado (2003, p. 486; CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 83). Igual, CASTILLO ALVA, 2002, p. 156.

antes se configuraba el delito de acceso carnal sexual agravado cuando en su comisión participan dos o más personas y haciendo uso de algún tipo de arma. Era exagerada e irrazonable la posición asumida por el legislador, pues a todas luces ambas circunstancias por sí solas le daban gravedad al hecho. Es decir, de la forma como aparecía redactada la circunstancia agravante, para su configuración se requerían dos condiciones: la concurrencia de dos o más sujetos y el uso de algún tipo de arma. Esto sin duda generó que hechos reales de acceso carnal sexual agravado, se califiquen por la autoridad fiscal y judicial como delitos de acceso carnal sexual simple o básico.

Es con la Ley N.° 28704 y ratificada por la Ley N.° 30076, que la tan criticada posición del legislador cambió radicalmente. En efecto, ahora se agrava el acceso carnal sexual prohibido cuando el sujeto activo, para conseguir su objetivo de lesionar la libertad sexual de su víctima, actúa con el concurso de otro o más sujetos.

El concurso de dos o más sujetos que exige el tipo penal, debe ser en el hecho delictivo mismo en que se produce el acceso carnal sexual. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría. Los instigadores o cómplices no sirven para cumplir las exigencias de las agravantes. Los instigadores no cometen el delito, lo determinan. Los cómplices tampoco cometen el delito, solo colaboran o auxilian a los que realmente realizan el hecho punible. Los instigadores y cómplices no tienen el dominio del hecho. En suma, la agravante se configura cuando dos o más personas participan en calidad de coautores del delito sexual. De este modo, Castillo Alva[1101] enseña que no es suficiente una complicidad simple o una cooperación necesaria o una instigación para estimar la agravante, sino que debe tratarse de un caso de coautoría en donde el dominio del hecho se encuentre en manos de varios sujetos en el sentido de una contribución de funciones y de roles, en virtud de la cual cada uno determina con su aporte la mayor gravedad del injusto.

[1101] Castillo Alva, 2002, p. 153. En igual sentido, Peña-Cabrera Freyre, 2006, p. 215.

Caro Coria[1102] tiene posición diferente al sostener que cuando se exige la concurrencia de dos o más sujetos no necesariamente se requiere que las dos o más personas intervengan en calidad de coautores, es suficiente para la agravante, por ejemplo, la intervención de un autor y un cómplice secundario que participa en la ejecución de la violación sexual. Esta posición excluye de la agravante la simple ayuda en la preparación o la instigación, toda vez que estos actos positivos no satisfacen la exigencia del tipo penal que el acceso carnal sexual prohibido debe ejecutarse (realizarse) por dos o más sujetos.

Esta circunstancia agravante se fundamenta en la misma imposibilidad de defensa que experimenta la víctima frente a un hecho de plural participación y en la mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico "libertad sexual" que importa el ataque de un grupo de personas[1103].

11.2. El acceso carnal sexual se realiza a mano armada

La agravante se configura cuando el agente con la finalidad de satisfacer su apetito sexual, somete a su víctima al acto sexual violento utilizando un arma. El arma puede ser un revólver, metralleta, arcos, ballestas, puñales, hachas, verduguillos, cuchillo, picos, martillos, vidrios, etc. El uso del arma tiene por finalidad vencer la resistencia u oposición contraria de la víctima. El arma puede ser propia o impropia[1104]. Lo

---

(1102) CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 83. Igual postura adoptan los argentinos BUOMPADRE, 2000, I, p. 368 y FONTÁN BALESTRA, 2002 p. 233. Por su parte, BOIX REIG/ORTS BERENGUER enseñan: "no requiere que los dos o más sujetos ejecuten el atentado sexual, sino solamente que participen varios, como cómplices primarios, aunque únicamente uno tenga acceso carnal con la víctima", (2002 p. 153).

(1103) BUOMPADRE, 2000, I, p. 368.

(1104) Posición diferente sostiene CASTILLO ALVA, al esgrimir que "debe descartarse del ámbito de la agravante la utilización de armas aparentes o simuladas que si bien pueden sugerir cierta entidad lesiva carecen en el caso concreto de esa cualidad". Posición contradictoria, pues acto seguido refiere: "ello a pesar de que dichas armas no pierden la capacidad intimidante o no dejan de provocar temor en el sujeto pasivo" (2002, p. 142). En parecido sentido, CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, amparados en las normas del Código Penal español e italiano donde a diferencia del código peruano, la agravante se concreta por el uso de armas "susceptibles de producir la muerte o algunas de las lesiones", sostienen que "el uso de una pistola de fogueo es suficiente solo para realizar la amenaza típica de la agresión sexual (artículo 170 pf. 1), no para crear un mayor peligro para los bienes jurídicos de la víctima, es allí donde debe apreciarse la razón de la cualificación" (2000, p. 83).

que interesa es el aumento del poder agresivo en el autor y, a su vez, la mayor intimidación que ejerce sobre la víctima[1105].

Se fundamenta esta agravante en el hecho concreto que el uso de un arma no solo mejora la posición del agente, sino que también, disminuye ostensiblemente los mecanismos de defensa del sujeto pasivo. Según la redacción de la agravante, no se exige el real uso del arma en la ejecución del acceso carnal sexual no deseado por la víctima. Es suficiente el simple enseñar, mostrar o blandir en gesto intimidante determinada arma[1106]. No debemos soslayar que el uso del arma puede ser tanto para ejercer violencia sobre la víctima como para amenazarla, pues ambos mecanismos configuran el delito de asalto sexual. El uso de un arma en cualquiera de estos mecanismos configura la agravante. No cabe duda de que el uso de arma para violentar o amenazar tiene mayor poder de convicción para vencer y reducir a la víctima que la simple violencia o amenaza.

11.3. El agente se haya prevalido de cualquier posición, cargo o parentesco

Esta agravante se configura cuando el agente somete al acto carnal sexual a su víctima, aprovechando la posición de ventaja o superioridad que tiene sobre ella. Así también, se configura la agravante cuando el agente aprovechando el cargo que le da particular autoridad sobre la víctima, la somete al acceso carnal (puede darse en el caso de tutores, curadores, trabajadores del hogar, empleados, obreros etc.).

a. El acoso u hostigamiento sexual

En el supuesto agravante que se interpreta, se subsumen aquellos actos sexuales que se producen a consecuencia de los "acosos sexuales", también denominados "hostigamiento sexual" o "chantaje sexual", los mismos que el artículo 4 de la Ley N.° 27942, del 27 de febrero del

[1105] FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 233.

[1106] Posición contraria e inexplicable esgrime CASTILLO ALVA, quien sostiene que "la calificación correcta para estos hechos es violación sexual simple y no violación agravada, pues lo único que se hace es amenazar con ocasionar un mal al sujeto pasivo en caso de que no acceda a realizar el acto sexual u otro análogo, si bien el autor muestra el arma no lo hace uso de manera efectiva" (2002, p. 144).

2003, conceptualiza como "la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales".

En este ámbito resulta importante poner de relieve que si el hostigamiento sexual logra su objetivo final, el cual es acceder sexualmente a la persona objeto del acoso u hostigamiento, se configurará el delito de asalto sexual agravado, en cambio, si pese al hostigamiento reiterado no se produce el acceso carnal sexual, el delito agravado no se configura. En este supuesto, solo se aplicará la Ley N.° 27942 y, por tanto, la víctima podrá recurrir a la autoridad competente y solicitar el cese del hostigamiento, y, de ser el caso, reclamar la correspondiente indemnización. Posición contraria sostiene Suay Hernández[1107], quien interpretando la legislación española, afirma que si el acto sexual perseguido por el acosador *no* se consuma o realiza, el hecho quedará en grado de tentativa.

El supuesto de tentativa solo se presentará cuando el agente luego del hostigamiento sexual comienza a realizar actos materiales dirigidos específicamente a limitar la libertad sexual de su víctima por medio del acceso carnal sexual prohibido. Si, por el contrario, en un hecho concreto no se verifica el inicio de la realización de aquellos actos materiales, la tentativa no aparece quedándose aquel hecho solo en actos de acoso u hostigamiento sexual.

La agravante es de aplicación para aquellos jefes que, por ejemplo, luego de acosar u hostigar sexualmente a sus subordinados (empleados, obreros, peones, trabajadores del hogar), los someten al acto sexual, haciendo uso de grave amenaza a ser despedidos del trabajo o para aquellos profesores que luego de intimidar a sus alumnos que bien pueden ser varones o mujeres, con jalarlos en el curso, los someten al acceso carnal sexual, casi siempre después de un acoso sexual sistemático, etc.

[1107] SUAY HERNÁNDEZ, 2002, p. 219.

El agregado efectuado por nuestro legislador al inciso segundo del tercer párrafo del artículo 170 por la Ley N.° 28963, resulta innecesario, pues tales supuestos ya estaban regulados. El legislador nacional, como para no perder la dañina costumbre: en lugar de ocupar su tiempo en cuestiones más trascendentes para el país, distrae su tiempo y esfuerzos en situaciones ya reguladas.

El fundamento de esta agravante se encuentra en el quebrantamiento de la confianza y en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o posición, así como en la vulneración de las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor respecto de la víctima.

b. El parentesco como agravante

De igual forma se perfecciona la agravante cuando el sujeto activo somete al acto o acceso carnal a su víctima aprovechando una relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de este, descendiente o hermano, consanguíneo o por adopción o afines de aquella[1108]. Esta agravante subsume aquellos hechos por los cuales algunos padres con el pretexto de brindar protección y alimento a sus hijas, haciendo uso de la violencia o amenaza grave, las someten al acto o acceso carnal sexual; o para aquellos hermanos mayores que por la violencia o intimidación obligan a sus hermanas menores a practicar el acto sexual o también, por ejemplo, para aquellos abuelos que por medio de la fuerza física someten al acceso carnal sexual a sus nietas o nietos, aprovechando muchas veces que se quedan solos con ellos en sus viviendas.

La agravante es de aplicación a los autores del acceso carnal sexual cuando la víctima es su madre o padre, hijo o hija consanguínea o adoptiva, nieto a nieta, hermano o hermana, nuera, yerno, suegra o suegro. Es indispensable que el agente conozca el vínculo que le une con la víctima. El error sobre esta circunstancia excluye el dolo del tipo agravado, subsistiendo el supuesto del tipo básico.

[1108] El inciso 4 del artículo 180 del Código Penal español prevé como agravante independiente de la agresión sexual, las circunstancias que se configuran "cuando el delito se comete, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima".

El fundamento de la agravante reside en la vulneración o lesión del bien jurídico "libertad sexual", así como del vínculo de parentesco natural que exige al autor el resguardo o protección sexual de la víctima(1109).

Las consecuencias físicas y psicológicas en la salud de la víctima de un acceso carnal sexual incestuoso son sumamente graves, especialmente cuando se produce en menores. "Los médicos han consignado algunos de los síntomas del daño físico infligido por el incesto, que son, entre otros, el mal control de los esfínteres, el desgarramiento anal o vaginal, las enfermedades de transmisión sexual y el embarazo a una edad prematura. También son perjudiciales los afectos psicológicos a largo plazo, que se manifiestan en problemas de conducta. Además, los niños de quienes se ha abusado abusan a su vez de sus propios hijos con alarmante regularidad"(1110).

Aquí resulta importante poner en evidencia que por la forma de redacción de la agravante en análisis, se excluye o no abarca el acceso carnal violento ocurrido entre cónyuges. Es decir, para nuestro sistema jurídico, el asalto sexual de un cónyuge en contra del otro no constituye circunstancia agravante, sino, por el contrario, como veremos más adelante, por cuestiones de política criminal constituye una especie de minorante. En cambio, por ejemplo, en el sistema penal colombiano se prevé en forma expresa que el asalto sexual entre cónyuges configura circunstancia agravante(1111).

11.4. Agravante por calidad o cualidad especial del agente

El inciso tercero de la segunda parte del artículo 170 prevé que se agrava el delito de acceso carnal sexual cuando en su condición de

(1109) BUOMPADRE, 2000, p. 364.

(1110) Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencia, Sra. Radhika Coomaraswamy, presentado de conformidad con la Resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, citado en la exposición de motivos del proyecto de Ley N.º 12494/2004, uno de los proyectos que motivó la Ley N.º 28704. Véase página web del Congreso.

(1111) El artículo 211 del C.P. de Colombia prevé que las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo.

miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada, el agente en pleno ejercicio de su función pública de brindar seguridad a los ciudadanos, somete al acto o acceso carnal sexual violento a la víctima.

La agravante se configura siempre y cuando el acceso carnal sexual violento se haya producido cuando el agente ejercía la función pública de brindar seguridad. En este sentido, con el argentino Buompadre[1112], razonablemente podemos sostener y enseñar que no es suficiente que el agente reúna la condición personal que exige el tipo penal al momento de los hechos, sino es necesario que el acceso carnal se haya producido en el tiempo que el sujeto activo estaba ejecutando o realizando sus labores o actividades diarias en el marco de su competencia funcional y territorial. Caso contrario, si por ejemplo, un miembro de la Policía Nacional realiza el acto sexual bajo violencia en su "día de franco", solo será denunciado y sentenciado, de ser el caso, por acceso carnal sexual simple. La agravante no se configura.

El fundamento de esta agravante se explica en el hecho que aquellos grupos de personas ejercen función pública consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en lugar de ejercer su función encomendada y confiada normalmente, haciendo uso de la violencia o amenaza grave, someten al acto sexual a su víctima, aparte de lesionar el bien jurídico "libertad sexual" afectan gravemente la confianza brindada, ya sea por parte del Estado o de un tercero que los contrató, en el caso de vigilancia privada.

Asimismo, sirve de fundamento la posición de poder o de dominio que representan los efectivos de las fuerzas armadas o Policía Nacional, por ejemplo, ante terceros, quienes fácilmente ven debilitadas sus defensas frente al ataque sexual.

11.5. Víctima con edad entre 14 y 18 años

Se configura la agravante cuando el agente por medio de la violencia o amenaza grave, somete al acceso carnal sexual a una persona que

[1112] BUOMPADRE, 2000, I, p. 366. Igual FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 234.

tiene una edad cronológica entre 14 y 18 años de edad. Es decir, la agravante aparece cuando la víctima tiene una edad mayor a los 14 años cumplidos y menor a los 18 años. Un ejemplo que puede servir para configurar la agravante, con fines pedagógicos, es el caso en que un medio televisivo puso al descubierto y propaló hasta el extremo de llevarlo a los tribunales de justicia, en el cual un congresista de la República abusó o intentó abusar sexualmente de una menor de 16 años de edad (Caso: Torres Caya).

Si se verifica que la víctima, al momento de producido el hecho, tenía una edad cronológica menor a los 14 años, el agente será autor del delito de acceso carnal sexual de menor debidamente sancionado en el artículo 173 del Código Penal. En cambio, si se verifica que la víctima, al momento de los hechos, tenía una edad superior a los 18 años, se excluirá la agravante subsumiéndose los hechos al tipo básico de acceso carnal sexual prohibido o en su caso, en otra agravante.

El fundamento de la agravante reside en la circunstancia concreta que los adolescentes, varón o mujer, tanto por su contextura física como por su desarrollo psicológico alcanzado, aparecen más indefensos y débiles para resistir la violencia o amenaza grave que utiliza el agente. El sujeto activo sabe de tales condiciones por lo que su accionar se orienta a los adolescentes en la creencia firme de que logrará su objetivo de satisfacción sexual sin mayor dificultad. Es irrelevante penalmente determinar si la víctima convive o no con el agente.

Se explica también la agravante por el hecho que un ataque a la integridad sexual de un adolescente le causa mayor daño en su salud psicológica que, por ejemplo, un ataque sexual a una persona ya mayor de 18 años. Actualmente, con el avance de la psicología, nadie pone en duda que un asalto sexual sobre un o una adolescente le ocasiona grave daño a su salud psicológica, dejando incluso secuelas lamentables que muchas veces repercuten de modo negativo en su vida futura de relación.

11.6. Agente portador de enfermedad de transmisión sexual

Esta circunstancia agravante se configura cuando el agente sabiendo que es portador de una enfermedad de transmisión sexual

(ETS)[1113], haciendo uso de la violencia o amenaza grave, somete al acto o acceso carnal sexual a su víctima.

Se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino solo el peligro que el contagio se produzca. En forma pedagógica, con Fontán Balestra[1114], podemos enseñar que la agravante requiere la concurrencia de tres aspectos: a) que el autor sea **portador de una enfermedad** de transmisión sexual. Para determinar si estamos ante una enfermedad de la clase que exige el tipo penal, será indispensable el pronunciamiento de los expertos en medicina legal. Solo ellos tienen la posibilidad de saber científicamente si el agente es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual; b) que con motivo del acto sexual realizado haya existido **peligro de contagio**[1115]. El solo peligro de contagio satisface la exigencia legal de la agravante. De esa forma, es irrelevante penalmente verificar si en la realidad se produjo el contagio. Esta circunstancia solo servirá al juzgador para graduar la pena al momento de imponerla al responsable; y c) que el autor al consumar el acceso sexual haya tenido **conocimiento de ser portador** de la enfermedad. El agente antes de consumar el asalto sexual debe conocer que es portador de una enfermedad grave de transmisión sexual y no obstante, tal conocimiento, realiza el acto sexual violento. A *contrario sensu*, si por ejemplo se verifica que al momento en que se produjeron los hechos, el agente no conocía o desconocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual se excluirá la agravante.

El fundamento de la agravante radica en el hecho de que aparte de lesionar la libertad sexual, el agente pone en peligro la salud de la víctima, toda vez que al someterlo a la cópula sexual existe la firme posibilidad de contagiarlo o trasmitirle una enfermedad de transmisión sexual grave en perjuicio evidente de su salud.

[1113] Enfermedades graves que se trasmiten generalmente por una relación sexual como el Sida, el herpes, chancro, sífilis, hepatitis B, etc.

[1114] Fontán Balestra, 2002, p. 233.

[1115] Este aspecto hace la diferencia con la agravante prevista en el inciso 3 del artículo 211 del Código Penal colombiano, donde se prevé que se agrava la conducta de acceso carnal sexual cuando "se produjere contaminación de enfermedad de transmisión sexual.

11.7. Autor es docente o auxiliar de educación

Por la Ley N.° 28704 se ha incorporado en el inciso 5 del artículo 170 del C.P. como agravante del delito de acceso carnal sexual de persona mayor, la circunstancia que se produce "cuando el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima". Esta agravante es innecesaria.

Esta situación o circunstancia ya se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 170 cuando se menciona que se produce la agravante cuando el agente para "la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima (...)". Es decir, como en otras oportunidades hemos insistido[1116], la agravante es de aplicación para aquellos jefes que, por ejemplo, luego de acosar u hostigar sexualmente a sus subordinados, los someten al acto sexual, haciendo uso de grave amenaza de ser despedidos de su trabajo o para aquellos profesores (de universidad, colegio, instituto, escuela, academia, etc.) que luego de intimidar a sus alumnos con jalarlos en el curso o ponerles mala nota en su comportamiento en caso de auxiliares, los someten al acceso carnal sexual. El fundamento de esta agravante se encuentra en el quebrantamiento de la confianza y en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o posición, así como en la vulneración de las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor respecto de la víctima[1117].

11.8. Muerte de la víctima

La muerte de la víctima, a consecuencia del acceso carnal sexual violento, se constituye en otra agravante, la misma que aparece tipificada en el artículo 177 del Código Penal. La agravante se configura siempre y cuando el agente haya podido prever aquel resultado. Aquí la muerte debe ser producto del acceso carnal sexual prohibido, pudiendo haberse realizado durante la consumación o materialización del abuso sexual o como consecuencia inmediata de este hecho. Se trata de un resultado pre-

(1116) SALINAS SICCHA, 2005, p. 103; 2005, p. 551.

(1117) Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 321.

terintencional. La muerte de la víctima es un acontecer culposo que no está en los planes del agente, ni siquiera como resultado probable[1118]. Caso contrario, si llega a determinarse que el autor aparte de violentar sexualmente tenía planeada o prevista la muerte de su víctima, esta agravante es desplazada por un homicidio calificado o, en su caso, por un concurso real de delitos: violación sexual y homicidio.

Nuestro Supremo Tribunal de Justicia ha sido claro en este aspecto. En efecto, en la ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 1990 se sostiene que *uno de los elementos para la configuración del delito de violación es que solo es posible la violación sobre persona viva, dado que en caso contrario se configuraría un delito imposible. Llegando a la conclusión de que en el artículo 177 del Código Penal se acoge un supuesto de violación cualificada por el resultado muerte, que solo tendrá aplicación cuando la muerte de la víctima se produce durante el acto sexual o a consecuencia del mismo*[1119].

De modo que si el agente mata a la víctima después de ocurrido el asalto sexual con la finalidad de que no lo denuncie, por ejemplo, no estaremos en la agravante, sino ante un asesinato en la modalidad de ocultar un delito precedente como es el acceso sexual (artículo 108 inciso 2 del C.P.). Esta línea interpretativa aparece en la ejecutoria suprema del 31 de marzo de 1998, cuando la Sala Penal de la Suprema Corte en un caso real donde concurren las agravantes: "muerte de la víctima", "crueldad sobre la víctima" y víctima con edad entre 14 y 18 años", señala: *"que, se advierte de autos que el acusado Vicente Soto Mamani dio muerte a la menor Leonor Quispe Condori después de haberla violado sexualmente, para ocultar este atentado sexual, en vista de haber sido reconocido por la mencionada agraviada quien era su vecina, infiriéndole unas heridas punzopenetrantes en distintas partes del cuerpo, conforme al protocolo de autopsia obrante a fojas treintiocho que, asimismo, se advierte de autos que el mencionado acusado, actuando bajo el mismo* modus operandi, *abusó sexualmente de la menor Socia Pilares Luna en un lugar desolado a donde la condujo amenazándola con un arma blanca, procediendo luego a darle muerte con la finalidad de ocultar la*

[1118] Caro Coria, 2003, p. 488; Buompadre, 2000, I, p. 362; Fontán Balestra, 2002, p. 230.

[1119] Expediente N.° 1115-90.

violación sexual mostrando crueldad al haberle inferido varios cortes, entre ellos el que le produjo un seccionamiento del paquete vásculo nervioso izquierdo que originó un shock hipovolémico, tal como se describe en el protocolo de autopsia de fojas cuarenta; que, siendo el caso que los hechos submateria han ocurrido de la manera descrita, es de observar que existen dos momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violación sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior el delito de homicidio pero vinculado este último directamente al primer delito por el móvil de ocultar la violación sexual precedente con la intención de procurar una impunidad, sin vacilar el agente en sacrificar la vida de su víctima con tal de desaparecer todo medio probatorio que pudiera contribuir a develar la autoría del primer ilícito; que, a lo anterior se suma el hecho que las víctimas no obstante haber sido violadas sexualmente, fueron asesinadas con el empleo de un arma blanca, causando así deliberadamente su sufrimiento y dolor; por lo que se advierte que el agente ha actuado con gran crueldad, debiendo adecuar su conducta delictiva dentro de los alcances de los incisos segundo y tercero del artículo ciento ocho del Código Penal; que, de otra parte, en vista que las referidas menores victimadas en el momento de la realización del evento delictivo tenían dieciséis años de edad, conforme a las pruebas obrantes a fojas ciento cuatro y ciento dieciséis, sus edades no permiten que se imponga al acusado Soto Mamani la pena de cadena perpetua (...)"[1120].

11.9. Lesiones graves en la víctima

También el artículo 177 del C.P. establece como circunstancia agravante el hecho de que a consecuencia del acceso carnal sexual el agente pudiendo prever el resultado, le haya ocasionado lesiones graves a su víctima. La verificación de la agravante exige que las lesiones causadas deban tener la magnitud de las lesiones tipificadas en el artículo 121 del C.P., pudiendo ser atentados contra la integridad física o salud mental de la víctima.

Es posible que se verifique la agravante cuando, por ejemplo, la víctima adolescente (mayor de 14 años) a consecuencia del sorpresivo

[1120] R.N. N.º 6407-97- Cusco, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 376.

acceso carnal sexual excesivamente violento queda con serias alteraciones mentales que requieren más de treinta días de atención facultativa especializada o descanso para su total recuperación.

Las lesiones deben ser consecuencia inmediata del asalto sexual. El resultado al igual que la agravante anterior, es de naturaleza preterintencional. Las lesiones no deben haber sido queridas ni buscadas por el autor, estas deben producirse a consecuencia de un actuar culposo o negligente del violador sexual. Caso contrario, si son producidas con dolo antes o después del acceso carnal sexual se excluirá la agravante, apareciendo la figura de concurso real de delitos: acceso carnal sexual prohibido con lesiones graves.

11.10. Crueldad sobre la víctima

El artículo 177 del C.P. prevé la circunstancia agravante que se configura cuando el agente procede o actúa con crueldad sobre su víctima. Es decir, cuando el agente realiza el acceso carnal sexual haciendo sufrir en forma inexplicable e innecesaria a la víctima.

El acceso carnal sexual violento y con crueldad exige la concurrencia de dos circunstancias que lo caracterizan: **primero**, que el sufrimiento ya sea físico o psíquico de la víctima, haya sido aumentado deliberadamente por el agente. Este, aparte de violentar la libertad sexual de su víctima, le anima o guía la intención de hacerle sufrir; y **segundo**, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr el acceso carnal sexual, poniendo en evidencia el ensañamiento e insensibilidad del agente ante el dolor humano[1121].

La concurrencia de las dos condiciones objetivas que exige la configuración de la agravante, se desprenderá del modo, forma y circunstancias en que actuó el agente y las consecuencias físicas o psíquicas con las que resultó el sujeto pasivo después del asalto sexual.

[1121] En sentido parecido, CARO CORIA enseña que la crueldad del autor es entendida como la provocación de dolores en la víctima que no son propios de la acción típica o de sufrimiento corporal innecesario (2003; p. 488). También, CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 130.

El fundamento de la crueldad como agravante del delito de violación sexual, lo constituye la tendencia interna intensificada con que actúa el sujeto activo al momento de realizar el acceso sexual. No solo le guía o motiva el querer violentar la libertad sexual de la víctima, sino también le anima el firme deseo de hacer sufrir en forma innecesaria a aquella.

12. ACCESO CARNAL SEXUAL VIOLENTO DENTRO DEL MATRIMONIO

Al consolidarse la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales, se inició en la doctrina una interesante polémica a fin de determinar si se configura el delito de asalto sexual cuando uno de los cónyuges o concubinos haciendo uso de la violencia o amenaza grave, somete al otro a un acto sexual violento.

Actualmente, en la doctrina se exponen hasta tres posiciones marcadas. Por un lado, se afirma que no constituye delito de acceso carnal sexual cuando uno de los cónyuges obliga al otro a realizar el acto sexual por medio de fuerza o la amenaza grave; otros consideran que tal supuesto no constituye delito salvo excepciones y, finalmente, otros consideramos que el sometimiento a un acto o acceso carnal sexual por medio de la violencia o amenaza grave de uno de los cónyuges o concubinos por el otro, configura el delito en hermenéutica jurídica.

Repasemos enseguida de manera panorámica los argumentos que exponen cada una de las posiciones:

12.1. No constituye delito

La primera posición que ha tenido vigencia por bastante tiempo, sostiene que no constituye delito de acceso carnal sexual cuando uno de los cónyuges obliga al otro a realizar el acto sexual, haciendo uso para ello de la violencia o amenaza grave. Se afirma que los cónyuges tienen derecho a la vida sexual común conferido por el matrimonio. El empleo de la violencia o amenaza, por uno de los cónyuges sobre el otro, se justifica plenamente en mérito al hecho de hacer vida en común debido al matrimonio o concubinato; en todo caso, al producirse un daño en el cuerpo o salud de uno de los cónyuges por el empleo de la violencia a amenaza grave por parte del otro, devendrá el delito de lesiones mas no el de asalto sexual.

Esta posición pretende encontrar su fundamento en la existencia del débito conyugal que genera el vínculo del matrimonio. El profesor Roy Freyre[1122], amparándose en nuestra normativa civil y comentando el Código Penal de 1924, enseñaba que las relaciones sexuales son inherentes a la vida conyugal, constituyendo su mantenimiento tanto un derecho como un deber de las personas unidas en matrimonio.

El colombiano Humberto Barrera Domínguez[1123] argumenta enfáticamente que "si las violencias ejercidas por el marido sobre la esposa, constitutivo de un abuso de derecho, son políticamente incriminables, bien puede hacerse a cualquier otro título, pero no como violación, pues si de un acto sexual legítimo se trata por corresponder a los fines del matrimonio, mal puede deducirse un comportamiento antijurídico de esa relación erótica".

En otros términos, se sostiene que si bien el comportamiento es típico, está justificado por el ejercicio normal de un derecho. Es decir, la conducta es típica, pero no antijurídica. El cónyuge agresor está amparado por la causa de la exclusión de lo injusto por el ejercicio normal de un derecho como consecuencia de haber contraído matrimonio.

En el Perú, esta posición doctrinaria tuvo real vigencia con el Código Penal de 1924. Allí se excluía expresamente la sanción de la violación sexual realizada o efectuada dentro del matrimonio, otorgándose de esa forma un derecho absoluto al cónyuge varón de disponer de la sexualidad de su cónyuge. En efecto, el artículo 196 del Código Penal de 1924 prescribía que: "Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio".

(1122) Roy Freyre, 1975, p. 46. Basaba su posición en las disposiciones del Código Civil vigente en el año de 1975. En igual sentido, Groizard sostenía que "ningún derecho es atropellado en ella por el marido al obligarla, contra su voluntad, a realizar con él un acto que tiene ella el deber de ejecutar" (citado por Fontán Balestra, 2002, p. 219).

(1123) Citado por Pérez, 1986, p. 40.

12.2. No se configura delito salvo excepciones

La segunda posición argumenta que en principio no se configura el delito de acceso carnal sexual violento, pero de concurrir especiales circunstancias, el delito se verifica. En consecuencia, debe hacerse una clara distinción de los casos especiales en los cuales alguno de los cónyuges puede resistirse a realizar la cópula sexual, siendo estos los únicos casos susceptibles de tenerse como delito de acceso carnal sexual.

El cónyuge tiene derecho a exigir del otro la unión sexual natural vía vaginal y el uso de la violencia o amenaza grave no constituye delito de violación sexual; no obstante, ello no excluye la existencia de responsabilidad por otros delitos (por ejemplo, lesiones) e importen un ejercicio arbitrario de su derecho. En cambio, acceso sexual anormal (vía bucal o anal), no estando dentro del débito conyugal, constituye asalto sexual si es realizado por medio de violencia o amenaza grave. También se afirma categóricamente que se verifica el hecho punible de violación cuando el acto sexual se realiza con oposición del cónyuge pasivo por razones de profilaxis o fisiología (contagio de un mal, por ejemplo)[1124].

Por nuestra parte, a manera de premisa sostenemos que negar la posibilidad conceptual del delito de acceso carnal sexual dentro de la institución del matrimonio, supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes, es decir, con el matrimonio se acaba la libertad sexual, lo cual desde todo punto de vista en un Estado democrático de derecho no tiene asidero jurídico, tanto más si actualmente instrumentos internacionales consideran al abuso sexual como una violación de los derechos humanos fundamentales y que, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional (artículo 7), bajo ciertas circunstancias especialmente graves, el acceso carnal sexual es un crimen de lesa humanidad[1125].

[1124] *Vid.* SOLER, 1976, p. 285; siguiendo a José Peco, NÚÑEZ, 1964, p. 253; CREUS, 1983, p. 187; MAGGIORE, 1955, p. 60. También en el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, 2002, p. 219; no obstante, en la p. 220, Guillermo Ledesma que actualiza el citado libro, sostiene que sin excepción hay delito de violación sexual dentro del matrimonio al afectarse la libertad sexual.

[1125] Véase el informe del diario *El Comercio* del 17 de marzo del 2005.

12.3. Se configura el delito de acceso carnal sexual

El matrimonio supone la unión de dos personas naturales e iguales en derechos y obligaciones según lo prescribe nuestro ordenamiento jurídico del más alto nivel. Esta equiparación llega hasta las relaciones íntimas que representan un acto de soberanía. En consecuencia, un atentado contra la libertad sexual por uno de los dos cónyuges o concubinos, constituye el delito de acceso carnal sexual, siendo irrelevante el motivo de la oposición de la víctima. Esta conclusión no admite duda alguna[1126].

Si el matrimonio es la unión voluntaria de dos personas iguales en derechos y obligaciones y, la mayor de las veces, con las mismas pretensiones, no puede ponerse en duda ni discutirse que esta igualdad alcanza hasta las relaciones íntimas de la pareja. Circunstancia que representa un acto íntimo de soberanía de cada uno de los participantes. La autonomía en esta esfera vale más que cualquier compromiso matrimonial. Se han superado aquellas épocas en que el ser humano se encontraba sometido a costumbres y convenciones arbitrarias para dar paso a posiciones que consideran que el ser humano está por encima de cualquier convención o contrato civil[1127], concluyéndose que quien atenta contra alguno de sus atributos debidamente reconocidos por nuestro sistema jurídico daña su personalidad y, en consecuencia, nace o aparece la obligación de indemnizarlo. Sostener lo contrario es atentar contra el principio constitucional de respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución Política del Estado) e implica vulnerar la prohibición constitucional: "Nadie debe ser víctima de violación moral, psíquica o física (...)" prevista en el párrafo "h" del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución peruana.

Ante la negativa de uno de los cónyuges o concubinos a realizar el acto carnal sexual con su pareja, se puede solicitar el divorcio, la separación o cesación de la obligación alimenticia, etc., mas no debe recurrirse a la violencia o amenaza grave para someterlo. Eusebio Gómez, penalista

---

[1126] Cancio Meliá, 2002, p. 184, señala que esto se debe al cambio de paradigma honestidad-libertad sexual.

[1127] Pérez, 1986, p. 44.

argentino, sostenía que por respeto a la dignidad humana, debe sostenerse que el marido que por medio de violencia física o moral tiene acceso carnal sexual con su cónyuge, comete delito de violación.

No obstante, si bien es cierto la dignidad humana como fundamento para considerar la configuración del delito de acceso sexual dentro del matrimonio, tiene cabida, pues es su objetivo final, nosotros sostenemos que si bien, el matrimonio debidamente incentivado y tutelado por nuestro sistema jurídico, envuelve el derecho al acceso carnal sexual entre los contrayentes, de ningún modo aquel se constituye en un derecho absoluto como para avasallar el derecho a la libertad que se constituye en un bien jurídico predominante tan igual o parecido al derecho a la vida. Sostener lo contrario importaría un contrasentido en el marco de un derecho penal moderno y pluralista que rechaza y proscribe todo tipo de discriminación en razón de la calidad, posición o condición del sujeto pasivo(1128).

Resulta aberrante, según nuestro sistema jurídico dominante, imaginar siquiera, que el matrimonio sea la tumba de la libertad sexual de los cónyuges. Menos cabe sospechar que el solo hecho del matrimonio convierta a uno de los cónyuges en un instrumento sexual del otro.

Interpretando sistemáticamente nuestra legislación penal, se desprende que igual como constituye el delito contra el cuerpo y la salud, las lesiones graves, producidas por uno de los cónyuges al otro, también cometerá el injusto penal de acceso carnal sexual al cónyuge que realiza el acceso sexual utilizando la fuerza o amenaza sobre su pareja, quien se constituye en el sujeto pasivo del grave delito.

Esta posición orientó y guió al legislador del Código Penal vigente. Basta leer el tipo básico de los delitos contra la libertad sexual, para advertir que en su redacción no se hace distinción de sexo ni de estado al referirse al posible sujeto pasivo de la conducta delictiva, circunscribiéndose a señalar a la persona natural. Igual orientación ha motivado la modificación de junio del 2004. Posición acorde con los lineamientos de un Estado social y democrático de derecho, donde la

(1128) BUOMPADRE, 2000, I, p. 385.

libertad en sus diversos aspectos es la regla. En igual sentido, Castillo Alva[1129] sostiene que si bien es cierto en el Código Penal vigente no se prevé ni se reconoce expresamente la sanción de la violación dentro del matrimonio, se llega a dicha conclusión de la mano tanto de una interpretación teleológica que toma en cuenta el sentido del bien jurídico y la necesidad de respeto a la dignidad de la persona como de una interpretación histórica, pues al haberse derogado la previsión que sancionaba la violación sexual solo fuera del matrimonio, no queda otra alternativa que admitirla sin lugar a dudas.

En efecto, cualquiera sea el motivo de la oposición para acceder al acto sexual con su cónyuge o concubino, nadie tiene derecho a quebrantarlo ni menos haciendo uso de la violencia o amenaza grave; de hacerlo aparecen los elementos constitutivos del delito de acceso carnal sexual debidamente regulado en el tipo penal del artículo 170 del código sustantivo.

En aplicación estricta de nuestra legislación penal, no puede alegarse con eficacia jurídica, causa de exclusión de culpabilidad en el actuar doloso, invocando que se actuó ejerciendo un derecho inherente al débito conyugal, pues solo cabe hablar del ejercicio legítimo de un derecho cuando hay consentimiento, respeto a la dignidad y libertad de la persona. El inciso 8 del artículo 20 del Código Penal no sirve como amparo legal del que hace ejercicio abusivo de sus derechos, ni para escudar con la impunidad a quien comete excesos al ejercerlos. Jurídicamente, el derecho puede estar reconocido por ley y corresponderle al sujeto que lo ejerce, pero ello no le abre las puertas para que pueda hacerlo efectivo de cualquier manera o a cualquier costo, pues solo se le está permitido realizarlo dentro de los causes legítimos[1130]. De esta forma, el derecho al acceso carnal sexual en el matrimonio o concubinato solo es legítimo en tanto medie el consentimiento de ambas partes[1131].

[1129] Castillo Alva, 2002, p. 15.

[1130] *Vid.* Revilla Llaza, 2004, p. 801.

[1131] Buompadre, 2000, I, p. 386. En el mismo sentido, Guillermo Ledesma **en** Fontán Balestra, 2002, p. 221. Castillo Alva, 2002, p. 120.

Asimismo, así como hay delito de acceso carnal sexual en el ámbito del matrimonio con mayor razón habrá delito en el acceso carnal violento logrado con personas con las cuales se tiene habitualmente relaciones sexuales (novios, parejas, enamorados), cuando uno de ellos no desee o no quiera practicar el acto carnal sexual.

El principal problema que se presenta en este delito es lo referente a la prueba. La regularidad de las relaciones sexuales dentro del matrimonio o concubinato hace difícil diferenciar en forma clara lo que son solo disputas o desavenencias normales de pareja, del real asalto sexual. Situación nada fácil que corresponde resolver con conocimiento y eficaz sentido común a la autoridad competente (policía, fiscal o juez), según se presenten los casos reales concretos. No obstante, el problema de la obtención de indicios razonables o pruebas concretas que sirvan para acreditar la comisión del delito o, en su caso, para vincular los hechos al presunto autor, se presenta en la mayoría de hechos punibles, y no por ello puede negarse su existencia.

Sostenemos que por constituir el matrimonio la célula básica de la sociedad peruana, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado y por ende, en nuestro Código Civil, la configuración del delito de acceso sexual violento dentro de su ámbito, de ningún modo debe tener el mismo trato que las conductas delictivas de acceso carnal sexual producidas entre personas que no se conocen o son extrañas[1132]. Ello por dos circunstancias que pasamos a exponer brevemente. En primer lugar, porque el atentado contra la libertad sexual aparece, en cierta medida, atenuado por el simple hecho de la convivencia sexual continuada. El acto abusivo cometido en agravio de uno de los cónyuges o concubinos no parece tan vejatorio ni traumatizante para el sujeto pasivo como ocurre cuando se realiza entre personas extrañas. En segundo término, creemos que intromisiones drásticas del Estado vía el derecho punitivo en el ámbito matrimonial, puede traer más consecuencias lamentables que ventajas para la familia cuando no

[1132] Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, 1985, pp. 56 y 57. Por su parte, CASTILLO ALVA, sostiene que en la violación dentro del matrimonio existe un injusto menor y, por tanto, debe imponerse una sanción por debajo del mínimo legal; cit., p. 121.

su quebrantamiento total[1133]. En consecuencia, de verificarse el delito de acceso carnal sexual violento dentro del matrimonio o concubinato, el cónyuge o concubino agresor, según las circunstancias, forma y lugar de comisión, de modo alguno puede ser sancionado con la pena máxima prevista en el tipo penal del artículo 170 del C.P.

Sin embargo, de concurrir las agravantes previstas en el artículo 177 del C.P. (la conducta ocasione la muerte, lesiones graves o el agente actúe con crueldad), considero que el cónyuge o concubino agresor será pasible de ser sancionado hasta con la pena máxima que establece la ley penal. Los supuestos de matrimonio o concubinato no constituyen minorante, por el contrario, aquí se convierten en agravante y, por tanto, merecen mayor sanción.

Actualmente, no tiene cabida el mito sexual en el sentido de que "una persona no puede ser violada por su compañero o su cónyuge".

13. PENALIDAD

El autor del delito de acceso carnal sexual en los parámetros del tipo básico será pasible de pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

De concurrir las agravantes previstas en el segundo párrafo del artículo 170 del C.P., la pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda. En caso que se produzca la muerte o lesiones graves en la víctima, la pena será no menor de veinte

[1133] Incluso por argumentos parecidos Muñoz Conde, señala que, si bien existe delito de violación dentro del matrimonio, "este tendrá una pena mínima, por las implicancias que puede traer para la familia en su mundo íntimo" (1990, p. 390). En contra Cancio Meliá, quien señala que "la existencia de una relación de comunidad de vida genera una situación de confianza en la que la agresión contra la libertad sexual adquiere mayor gravedad por provenir de quien ha asumido un compromiso de apoyo mutuo, de confianza, con su víctima"; **en** *Las infracciones de la violación de la libertad, proxenetismo y ofensas al pudor público en el Derecho penal peruano*, 2002, p. 186. En igual sentido, Monge Fernández, para la legislación española propone que el legislador debe redactar un precepto cualificado donde se valore la circunstancia mixta del parentesco y el abuso de confianza (2004, p. 280). No está demás indicar que en el Código Penal colombiano en el inciso 5 del artículo 211, aparece como agravante del delito de violación sexual el acto sexual sobre el cónyuge, o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se ha procreado un hijo.

ni mayor de veinticinco años y en el caso que el agente proceda con crueldad sobre su víctima, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años, ello según lo dispuesto expresamente en el artículo 177 del Código Penal.

No obstante esta sobrecriminalización o "terror del Estado" con el incremento exagerado de las penas, solo en apariencia, se aprecia como una mayor protección a la víctima, pues en la práctica, no parece haber contribuido a una mayor eficacia preventivo general o a la mayor tutela de los bienes jurídicos del derecho penal sexual. Por el contrario, esta regulación simbólica sirve más como una simple salida facilista del Estado frente a la demanda social[1134].

Subcapítulo 3
Delito de acceso carnal sexual presunto

1. TIPO PENAL

El hecho punible de acceso carnal sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, que Castillo Alva[1135] prefiere denominar "violación insidiosa", se encuentra tipificado en el artículo 171 del Código Penal, el mismo que después de la modificación introducida por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, y luego por la Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, literalmente indica:

> El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.
> Cuando el autor comete este delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años.

[1134] CARO CORIA, 2003, p. 491.

[1135] CASTILLO ALVA, 2002, p. 159.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de acceso carnal sexual presunto se configura cuando el agente después de haber colocado a su víctima en un estado de inconsciencia o en la imposibilidad de oponerse o resistir, realiza sin riesgo el acto o acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal.

Respecto a cuándo existe acto carnal sexual u otros actos análogos vale todo lo expuesto al analizar el tipo penal precedente al cual nos remitimos.

Es común en la doctrina nacional y en nuestra jurisprudencia sostener que la circunstancia o elemento que caracteriza a la violación sexual presunta o alevosa, lo constituye la actuación precedente del sujeto activo, esto es, el agente momentos previos a practicar el acto o acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o introduciendo objetos o partes del cuerpo por el conducto vaginal o anal de la víctima, coloca o pone a esta en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir al ataque sexual. En efecto, Villa Stein[1136] sostiene que el comportamiento que reclama el tipo del artículo 171 del C.P., equivale al del artículo 170 del C.P., con el distintivo especial que el sujeto activo, con el propósito, finalidad u objeto, de accederla sexualmente, coloca a la víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir al ataque sexual. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1137] enseñan que el elemento característico de este delito es que el sujeto activo coloca a la víctima, con la finalidad de mantener relaciones sexuales, en un estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir.

En tanto que Caro Coria[1138] enseña que aquí estamos ante una modalidad alevosa, pues el autor emplea medios en la ejecución del delito que tienden directa y específicamente a asegurarle, sin riesgos para su persona que proceda de la defensa de la víctima. Se determina la indefensión de la víctima provocándole un estado de inconsciencia por ejemplo,

[1136] VILLA STEIN, 1998, p. 185.

[1137] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 21.

[1138] CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 85.

mediante el uso de drogas, anestésico, somnífero o bebidas alcohólicas, o poniéndola en imposibilidad de resistir, es decir, en una situación de incapacidad física que haga viable la resistencia al acceso carnal sexual, atándola mientras duerme por ejemplo.

Por su parte, Castillo Alva[1139] argumenta que el autor de manera artificiosa, hábil y sofisticada disminuye el peligro con el fin de evitar una defensa por parte del sujeto pasivo que ponga en riesgo su integridad física (o incluso su vida), evitando el empleo de la violencia o amenaza grave. De esta forma, el agente demuestra una conducta criminal más refinada, meticulosa, calculadora y fría, de quien se decide por la violencia o la grave amenaza, buscando en todo momento, con su proceder, la impunidad.

En este sentido y de la propia redacción del tipo penal, se advierte que aquel recoge dos supuestos de hecho que por su naturaleza adquieren autonomía en la realidad concreta. Así tenemos:

La primera modalidad se configura cuando el agente con el propósito de realizar el acto sexual, coloca a la víctima en un estado de inconsciencia; en tanto que la segunda modalidad se verifica cuando el agente, con la finalidad de practicar el acceso carnal sexual pone a la víctima en incapacidad para resistir a la agresión sexual.

Resulta necesario reiterar que ambas condiciones o circunstancias, necesariamente deben aparecer momentos antes de la consumación del acto sexual u análogo como es la introducción de objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal. Si se verifica que estas circunstancias fueron ocasionadas por el agente con posterioridad al acto o acceso carnal sexual, el delito en hermenéutica jurídica no se configura.

Ahora veamos en qué consiste cada una de las circunstancias características del delito de acceso carnal sexual presunto, respecto de las cuales también no existe mayor discusión en la doctrina nacional, sino, por el contrario, se evidencia unanimidad de pareceres.

[1139] CASTILLO ALVA, 2002, p. 162.

2.1. Colocar en estado de inconsciencia

Roy Freyre[1140], comentando el artículo 197 del Código Penal de 1924, el mismo que consideraba únicamente a la mujer como sujeto pasivo de este delito, sostiene que el estado de inconsciencia no es otra cosa que la pronunciada incapacidad psicofísica en la que es colocada la víctima al quedar impedida de reaccionar y procurarse alguna forma de defensa que contrarreste la agresión sexual. La víctima, al quedar desprovista de la capacidad de entender o conservando solo un mínimo grado de la misma, tiene también suprimida o muy menguada su facultad de querer. Privada del funcionamiento normal –continúa Roy– de todos los sentidos, carece de la capacidad mental de apreciar lo que realmente sucede y por ende, no puede oponerse a la consumación del asalto sexual. En tanto que Bramont-Arias[1141], también comentando el Código Penal derogado, enseñaba que estado de inconsciencia significa una situación transitoria por la cual el sujeto pasivo carece de aptitud para percibir, por medio de sus órganos corporales, las impresiones provenientes de los objetos externos. Quedan comprendidos dentro de este alcance, la ebriedad, el hipnotismo, el uso de los narcóticos, de los afrodisíacos, el sueño. En parecido sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1142], al comentar el actual Código Penal.

Por su parte, el juez supremo Villa Stein[1143] sostiene que por estado de inconsciencia debemos entender, al mental transitorio absoluto o parcial, no mórbido, que priva a la víctima de su capacidad intelectiva y volitiva para asimilar y oponerse al agravio del que está siendo víctima. Tal es el caso de la embriaguez, narcóticos, pastillas somníferas en particular, afrodisíacos, anestesia del ginecólogo que simula un aborto, etc.

(1140) Roy Freyre, 1975, p. 63.

(1141) Bramont Arias, 1990, p. 18.

(1142) Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 241.

(1143) Villa Stein, 1998, p. 185. En cambio Castillo Alva sostiene que "el estado de inconsciencia se caracteriza por la ausencia o falta absoluta de las funciones psíquicas elementales como la atención o la percepción que impide una conciencia del yo y del mundo circundante. Dicho estado, que por lo general es transitorio, debe afectar de manera total y grave la conciencia del sujeto, anulándola o aniquilándola por completo.

Precedente jurisprudencial importante que sirva para graficar la configuración del delito de asalto sexual alevoso, es la resolución del 21 de setiembre de 1998, por la cual la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima sostuvo: "*que, en el caso de autos con las innumerables declaraciones testimoniales de fojas ochenta y cinco, ochenta y ocho, noventa, ciento cuarenta y tres y ciento cuarenta y siete así como la propia declaración preventiva de la agraviada de fojas sesenta se ha comprobado que esta última el día de los hechos ingirió en un primer lugar algunos cocktailes con motivo de la despedida de soltera de su hermana y cuando ya habían transcurrido varias horas de la reunión continuó bebiendo en esta ocasión cerveza en compañía del encausado, quien inclusive se encargó de proporcionarla consiguiendo de esta manera que la denunciante al momento de retirarse con él alrededor de las seis de la mañana se encontrara en evidente estado de embriaguez, lo que consecuentemente no le permitía tener actitud para percibir lo que acontecía ni para poder prestar un consentimiento válido de una posible relación sexual*"(1144).

No obstante, a efectos del proceso penal resulta fundamental probar el medio utilizado por el agente para poner a su víctima en estado de inconsciencia, si ello no es posible, el delito de acceso carnal en análisis no se configura por más coherente sindicación que realice la víctima. En este sentido, se pronuncia la resolución superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de junio de 1998 cuando sostiene que: "*si bien existe la indicación directa de la agraviada contra el procesado, no es menos cierto que, luego de la actividad probatoria subsisten dudas sobre la realidad histórica de los hechos, pues además de las contradicciones en que incurre la agraviada, se tiene que el tiempo transcurrido entre la supuesta realización de los hechos y la interposición de la denuncia redundan en la inexistencia de prueba de cargo, pues al no haberse practicado oportunamente los respectivos exámenes de medicina legal ni toxicológicos, no se tiene la certeza de que la agraviada haya sufrido el acto sexual contra su voluntad, ni menos se le haya suministrado sustancia narcótica alguna*"(1145).

(1144) Expediente N.º 4953-97, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 230.

(1145) Expediente N.º 3525- 97, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 706.

2.2. La víctima en la circunstancia de imposibilidad de resistir

La circunstancia de imposibilidad de resistir se verifica cuando el sujeto activo previamente produce la incapacidad física de la víctima para poder defenderse. Aquí el sujeto pasivo conserva su plena capacidad de entender, pero las circunstancias materiales del suceso demuestran que es obvio que está privada de la potestad de querer[1146]. En parecido sentido, el profesor Bramont Arias[1147], comentando el código derogado, sostiene que imposibilidad de resistencia es la situación de la mujer, procurada por el agente, para que no pueda ofrecer resistencia a la conducta delictuosa. La mujer conserva su capacidad de percepción, pero las circunstancias materiales del suceso demuestran que la mujer se encuentra privada de la facultad de querer. Por ejemplo, causar una lesión, atar las manos de la mujer, etc.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1148] afirman que por imposibilidad de resistir se entiende toda situación en la que se encuentra una persona incapacitada de ofrecer resistencia frente a la acción de otro sujeto. Sin embargo, la víctima conserva su capacidad de percepción y sus facultades volitivas, pero las circunstancias materiales del hecho demuestran que se halla privada de la facultad de actuar, por ejemplo, si se ata a la víctima para accederla carnalmente.

En los supuestos previstos por el legislador se evidencia que el agente actúa sobre seguro de no fallar en la consumación del acceso sexual. El sujeto activo actúa alevosamente poniendo o colocando a su víctima en un estado de indefensión, con la finalidad de que no pueda evitar ni resistir el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realice otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. De ahí que su conducta merezca una pena mayor a la prevista en el artículo 170 del Código Penal.

[1146] Roy Freyre, 1975, p. 64.

[1147] Bramont Arias, 1990, p. 18.

[1148] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 241. En igual sentido, Villa Stein, 1998, p. 185.

Resumiendo con Castillo Alva[1149], podemos argumentar que la característica de la imposibilidad de resistir no es la falta de conciencia, la cual siempre debe existir, sino se echa de menos y está ausente de manera total y absoluta una voluntad que resista y se oponga a la conducta del autor. Aquí hay conciencia, pero falta la voluntad o habiéndola no se puede exteriorizar, situación que debe ser provocada por el propio autor del hecho. Se puede afirmar que si bien todo estado de inconsciencia trae consigo e importa una imposibilidad de resistir, pues quien se encuentra inconsciente no puede oponerse ni resistir al acto, no toda imposibilidad de resistir supone un estado de inconsciencia, dado que dicha imposibilidad puede deberse a otras circunstancias.

2.3. Circunstancias agravantes

El último párrafo del artículo 171 recoge la primera agravante del delito de acceso carnal sexual alevoso. En efecto, la agravante se configura cuando el agente para efectuar el acceso carnal sobre su víctima, abusa de su profesión, ciencia u oficio. Se entiende que la profesión, ciencia u oficio que ejerce el agente, es de aquellas que para su ejercicio necesita de la confianza de los demás. En este sentido, por poner un ejemplo, la profesión o ciencia médica requiere de la confianza del paciente y sus familiares para con el médico, cirujano, odontólogo, enfermera, etc. Si no hay confianza es más que difícil su ejercicio. Se configura la agravante, por ejemplo, cuando el odontólogo en lugar de colocar anestesia localizada en la dentadura de su paciente para su tratamiento, le pone una fuerte dosis y luego le practica el acceso carnal sexual en alguna de las modalidades previstas en el tipo penal.

El caso judicializado del cirujano Max Álvarez es un típico ejemplo de acceso sexual alevoso con agravante. Los medios de comunicación se encargaron de hacer conocer al público cómo este cirujano plástico luego de anestesiar a sus pacientes, procedía a introducirles una prótesis sexual vía vaginal. Aquí el médico colocaba en estado de inconsciencia a su víctima y luego realizaba sobre ella el acceso sexual, lesionando, de ese

[1149] CASTILLO ALVA, 2002, p. 184.

modo, la libertad sexual de su víctima, así como vulnerando la confianza depositada en él.

Igual supuesto se configura cuando un abogado con la finalidad de acceder sexualmente a la hija de su cliente que se encuentra preso, le hace beber una gaseosa con un narcótico, dejándola en estado de inconsciencia y, luego, en su propia oficina, le practica el acceso sexual en alguna de las modalidades previstas en la ley penal.

El artículo 177 del C.P. prescribe otras circunstancias por las cuales la presente conducta delictiva se agrava.

Ocurre cuando a consecuencia del acceso sexual se produce la muerte de la víctima o le producen lesión grave, habiendo tenido el agente la posibilidad de prever aquel resultado, es decir, la agravante se configura cuando los resultados muerte o lesión grave de la víctima hayan sido previsibles. Si se verifica que la muerte o la lesión grave producida fue consecuencia de un caso fortuito, la agravante no se configura. No existe más en nuestra normativa penal, la figura de la responsabilidad por el hecho está proscrita de todo tipo de responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del C.P.).

Proceder con crueldad al momento de ejecutar el acto o acceso carnal sexual es otra circunstancia agravante prevista en el artículo 177 del Código Penal. Vale decir, se configura cuando el agente para realizar o al momento de ejecutar el acceso carnal sexual, hace sufrir de modo innecesario e inútil a su víctima que ya se encuentra en estado de indefensión psíquica o física.

Para configurarse alguna de las últimas agravantes se requiere que el resultado final muerte o lesión grave de la víctima se produzca como consecuencia inmediata del acceso carnal sexual, asimismo, los actos de crueldad deben estar encaminados a someter sexualmente a la víctima o, en su caso, producirse durante la consumación o materialización del acceso carnal sexual u otro análogo que describe el tipo penal. Caso contrario, si aquellos resultados son producidos por actos diferentes al acceso sexual y en momento anterior o posterior a la conducta sexual determinada, la agravante no se configura.

hecho ya que se retiró por la intervención de su esposa quien vino a buscarlo retirándose con ella"[1153].

2.7. Sujeto pasivo

Igual como sujeto activo puede ser varón o mujer, sujeto pasivo o víctima también pueden ser tanto varón como mujer con la única condición de que sea mayor de dieciocho años de edad[1154] y no sufra incapacidad física o mental. Si la víctima tiene menos de dieciocho años, la conducta del agente se subsumirá o encuadrará en el tipo penal que recoge el delito de acceso carnal sexual de menor (artículo 173 C.P.); y en el caso, que la víctima sufra alguna incapacidad natural o previa al desarrollo de la conducta del agente, el hecho será tipificado de acuerdo con el tipo penal del artículo 172 que después analizaremos.

En consecuencia, el tipo penal en hermenéutica jurídica engloba o comprende tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales entre hombres o mujeres.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de un delito netamente doloso, no siendo posible la comisión imprudente. Asimismo, solo es posible su comisión por dolo directo y dolo indirecto. No es admisible que se configure por dolo eventual, pues no basta que el agente considere como altamente probable o posible la ejecución del delito, sino que es indispensable que sepa sin duda y fisuras que su acción, y particularmente los medios que emplea van a facilitar la comisión del acceso carnal sexual[1155].

El sujeto activo actúa con pleno conocimiento y voluntad de realizar el acto o acceso carnal sexual con el sujeto pasivo, es decir, el agente ordena su pensamiento y después sus actos con la finalidad concreta de

---

[1153] R.N. N.° 590-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 381.

[1154] Ello es consecuencia de la modificación irracional de la Ley N.° 28704 que ha subido los parámetros de la indemnidad sexual de 14 a 18 años.

[1155] *Vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 190.

practicar el acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal o realizando otro acto análogo como puede ser introduciendo objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de su víctima. En efecto, el agente con pleno conocimiento y voluntad, utilizando elementos extraños (alcohol, narcóticos, afrodisíacos, etc.) pone o coloca a su víctima en estado de inconsciencia temporal o, en su caso, lesionando o atando de manos a su víctima, por ejemplo, le pone en la imposibilidad de oponer resistencia y, acto seguido, sin oposición ni dificultad realiza el acceso sexual o acto análogo querido y deseado. Se trata de un dolo bifronte, toda vez que se exige la conciencia y voluntad del agente de producir en su víctima el estado de inconsciencia o la imposibilidad de resistir, así como accederla sexualmente.

Ya hemos argumentado, si el agente no tiene por finalidad satisfacer cualquiera de sus apetencias sexuales, sino, por ejemplo, solo busca lesionar a la víctima introduciéndole objetos o partes del cuerpo en su cavidad vaginal o anal, no se configurará el delito sexual en análisis. Aquí también se requiere un elemento subjetivo adicional al dolo.

El profesor Villa Stein[1156] sostiene que en este delito se requiere dolo, es decir, entendimiento y voluntad de someter a la víctima con el preordenado designio de violarla, y hacerlo sabiendo que se encuentra ella en estado de inconsciencia y/o en la imposibilidad de resistir.

Si en un caso concreto se llega a determinar que la pareja sin previa intención de alguno de ellos de realizar posteriormente alguna modalidad de acceso carnal sexual, libre y voluntariamente se ponen a libar licor y como consecuencia de ello se genera el acto sexual o análogo, no se evidenciará el delito en hermenéutica, toda vez que no concurre el elemento subjetivo del dolo que comprende la intención primigenia del agente de colocar a la víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir con la finalidad concreta de practicar el acceso sexual sin resistencia.

[1156] Villa Stein, 1998, p. 185.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad del artículo 171 del C.P., el operador jurídico (fiscal o juez) pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del citado cuerpo legal. Por la naturaleza del delito, considero que es difícil verificar en la realidad concreta alguna modalidad de acceso carnal sexual de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir en la que concurra alguna causa de justificación.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso carnal sexual presunto no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará a analizar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar, el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. Luego se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como acceso sexual presunto, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Después, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de acceso sexual presunto se consuma en el mismo instante que se produce el acceso carnal sexual sobre la víctima que se encuentra en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, el mismo que ocurre cuando comienza la penetración del pene en la cavidad vaginal, bucal o anal de la víctima. La penetración puede ser parcial o total. A efectos de la consumación basta verificar que haya existido penetración. Si ello no se verifica, el hecho, dependiendo de la intención final del agente, se quedará en tentativa de acceso sexual o, en su caso, en actos contra el pudor. Por su parte, cuando se trata de actos análogos, el delito se

consuma en el momento en que el agente comienza a introducir objetos o partes del cuerpo en la vagina o ano de su víctima.

Es posible que el hecho se quede en el grado de tentativa. Ello ocurrirá cuando el agente estando por iniciar el acceso sexual después de haber colocado a su víctima en la imposibilidad de resistir, es sorprendido por un tercero. Resulta importante tener en cuenta, que solo habrá tentativa cuando el agente haya dado inicio al acceso sexual con actos materiales sin que haya logrado la penetración o acceso carnal. Si, por el contrario, ello no se verifica, no habrá tentativa, pues el hecho de colocar en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir, solo se configuran como actos preparatorios impunes por el carácter equívoco de la verdadera intención del sujeto.

Castillo Alva[1157] plantea una posición diferente cuando sostiene que es necesario detenerse y exigir que el sujeto pasivo se encuentre de manera efectiva y real, ya sea en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir, y el autor pueda sin ninguna clase de inconveniente realizar la respectiva acción típica: el acto sexual u otro análogo. Resulta discutible este planteamiento debido a que si el autor aún no ha dado inicio a la realización del acceso sexual, el operador jurídico no podrá determinar en forma fehaciente la verdadera intención del agente, pues, muy bien, puede alegarse que el agente puso en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir al sujeto pasivo, con la única intención de hacerle tocamientos indebidos.

7. PENALIDAD

El agente será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años. En el caso de que concurra la agravante prevista en el último párrafo del artículo 171, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años. Para las agravantes previstas en el artículo 177 del C.P., la pena privativa de libertad será respectivamente, no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, ni menor de diez ni mayor de veinte años en caso que el agente haya actuado con crueldad.

[1157] Castillo Alva, 2002, p. 193.

Subcapítulo 4
Delito de acceso carnal sexual abusivo

1. TIPO PENAL

El delito de acceso sexual abusivo o acceso sexual de persona incapaz aparece tipificado en el artículo 172 del Código Penal, el mismo que después de la modificación introducida por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, y luego por la Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, literalmente prevé:

> El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.
> Cuando el autor comete el delito abusando de su profesión, ciencia u oficio, la pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de acceso sexual abusivo que de acuerdo con el inciso 2 del artículo 181 de su Código Penal, los españoles le denominan "delito de abuso sexual", se configura objetivamente cuando el agente teniendo pleno conocimiento del estado psicológico o físico disminuido o anulado del sujeto pasivo, le practica alguna de las modalidades del acceso sexual. En otros términos, el delito de acceso sexual abusivo se perfecciona cuando el sujeto activo con pleno conocimiento de que su víctima sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo metal o se encuentra en incapacidad de resistir, se aprovecha de tal situación y le practica el acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal o le introduce vaginal o analmente objetos o partes del cuerpo, todo ello con la finalidad concreta de satisfacer alguna apetencia de carácter sexual.

Para la configuración de la conducta delictiva no se requiere que el sujeto activo haga uso de la violencia, amenaza grave o le ponga en estado de inconsciencia o en incapacidad de resistir. Igual aparece el delito, así la víctima supere la minoría de edad y preste su consentimiento relativo para que el sujeto activo realice el acceso carnal sexual. En este sentido, se ha pronunciado nuestro máximo Tribunal de Justicia en la ejecutoria suprema del 21 de noviembre de 1994 al argumentar: "*que, aparece de lo actuado que el acusado Pulache Villegas sostenía relaciones sexuales con la agraviada María Pulache Suárez; que si bien el procesado a lo largo de la investigación llevada a cabo reconoce esta imputación aduciendo que fue de mutuo acuerdo, sin embargo, debe precisarse que tenía conocimiento que aquella padecía de retardo mental, como se puede ver del peritaje psiquiátrico que se le practicara cuyo resultado obra a fojas sesenta y dos; que, el hecho de que la agraviada tenía veintisiete años de edad, no enerva la responsabilidad penal del encausado, encuadrándose por tanto su conducta en la previsión que contempla el numeral ciento setenta y dos del Código Penal, que sanciona a quienes practicaren el acto sexual con persona incapaz de resistir, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; que, en este tipo de ilícitos no se tiene en cuenta el consentimiento que debe otorgar la agraviada ni su mayoría de edad, por lo que la sanción impuesta por el Colegiado no guarda relación con la gravedad del delito siendo pertinente aplicarle la penalidad correspondiente al infractor*"[1158].

Razonablemente enseñan Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1159], que el presupuesto de este delito es que el estado personal de la víctima sea anterior al momento en que se efectúa el acceso sexual y ajeno a la conducta del sujeto activo, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por él, porque en ese caso estaríamos en el supuesto del artículo 171 C.P., téngase en cuenta –siguen afirmando los autores citados– que en el artículo 172 C.P. se habla de incapacidad de resistir, circunstancia que se debe a las condiciones personales de la víctima. Desde este punto de vista, encontrarían aquí solución los casos en que, por

[1158] Expediente N.º 134-94-Piura, **en** *Anales Judiciales*, T. LXXXII, 1998.

[1159] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 244.

ejemplo, el sujeto, aprovechándose de la embriaguez de una mujer que ha tomado voluntariamente en exceso, practica con ella el acto sexual.

El acceso carnal sexual previsto en el artículo 172 se diferencia del delito sancionado en el artículo 171 debido a que en este se exige que el agente provoque intencionalmente en la víctima el estado de inconsciencia o la incapacidad para resistir con el firme objetivo de practicar el acceso sexual; en tanto que en los supuestos delictivos recogidos en el tipo penal del artículo 172 no se requiere que el agente provoque en la víctima un estado de indefensión, basta que aquel se aproveche de la situación del sujeto pasivo, independientemente de si ha sido causado por causas externas o internas al sujeto pasivo o por un tercero ajeno al autor(1160).

Otra diferencia radica en que mientras que en el tipo penal del artículo 171, el estado psicológico o físico disminuido o anulado de la víctima es siempre transitorio; en los supuestos recogidos en el tipo penal del artículo 172, aquel estado es, más bien, permanente pudiendo ser solo en ocasiones transitorio. O en términos de Castillo Alva: dicha diferencia puede encontrarse en el hecho que mientras la incapacidad de resistir aludiría a una situación permanente como la invalidez o la ancianidad avanzada, la imposibilidad de resistir se refiere a un fenómeno de transitoriedad que luego de alguna circunstancia o condiciones puede desaparecer o puede suspenderse"(1161).

Las circunstancias psicológicas o físicas que dan particularidad al ilícito penal en hermenéutica aparecen enumeradas en forma taxativa por el legislador, las mismas que en forma independiente configuran determinada conducta punitiva. Esto significa que para configurarse el delito no es necesario la concurrencia de todas aquellas circunstancias previstas en el supuesto de hecho del tipo penal, sino bastará que concurra una de ellas. Los supuestos de incapacidad son los siguientes:

(1160) *Vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 202.

(1161) CASTILLO ALVA, 2002, p. 185.

a. Anomalía psíquica

Este estado comprende todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptivo racional al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas del que es protagonista (todo tipo de psicosis). Aquí, el sujeto pasivo no administra adecuadamente los estímulos externos, por lo tanto, no valora adecuadamente lo que sucede en la realidad.

b. Grave alteración de la conciencia

Comprende la perturbación cognitiva que hace que el sujeto pierda su capacidad intelectual de comprender y valorar lo que ocurre en su alrededor. Villa Stein[1162] afirma que es el caso de quien adolece un estado mental transitorio de conciencia alterada, como la embriaguez, drogadicción, sueño profundo autoinducido o inducido por persona distinta al agente.

Creemos necesario advertir que tanto la anomalía psíquica como el estado de grave alteración de la conciencia aparecen recogidas en el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal como circunstancias que excluyen la responsabilidad penal en el agente de una conducta típica y antijurídica. No obstante, en esta oportunidad aquellos estados han sido trasladados a la víctima. En ese sentido, algunos autores han llegado a sostener que estos estados en la víctima de alguna modalidad de acceso carnal sexual deben tener la misma o igual magnitud que sirve para declarar inimputable a una persona que consumó determinado delito. En consecuencia, a fin de ampliar conocimientos respecto de aquellos estados podemos recurrir a un manual o tratado de la parte general del derecho penal.

c. Retardo mental

Una persona sufre de retardo metal cuando adolece de un déficit intelectual serio que le impide entender a cabalidad lo que ocurre en su

[1162] VILLA STEIN, 1998, p. 188.

medio ambiente, un ejemplo característico de este estado lo constituye la idiotez, la misma que se manifiesta en una ineptitud parcial o absoluta del sujeto para poder concebir conceptos, inclusive de los objetos familiares más corrientes. Los idiotas en grado máximo no aprenden a hablar, los otros tienen un lenguaje pobre, casi siempre agramático y con fallas en la articulación(1163).

Un ejemplo de la realidad judicial viva y concreta sobre el tema lo constituye el precedente jurisprudencial del 16 de julio de 1997 emitido por la Sala Penal de la Corte Superior de Amazonas. Allí se afirma: "*que, el delito de violación sexual abusivo en agravio de NN que sufre de debilidad mental y de coordinación motora de la expresión del lenguaje, se encuentra debidamente acreditado con el certificado médico legal de urgencia de fojas veinte y ciento veintiséis, que señala desfloración antigua y el diagnóstico positivo de embarazo de fojas diecinueve, informe psicológico de la agraviada de fojas veintiuno y veintidós y copia certificada de la partida de nacimiento del menor XYZ de fojas doscientos veintidós de haber nacido el dieciséis de julio de mil novecientos noventa y tres que acredita el abuso sexual que ha sufrido la agraviada por los encausados, atribuyéndose la paternidad al acusado Jorge Luis Rivasplata Tenorio;* (...) *que en los debates orales la agraviada NN con ayuda del intérprete con gestos, mímicas y dibujos que le fueron presentados ha superado la comunicación del lenguaje hablado, indicando insistentemente que fue abusada sexualmente por las acusadas, manifestando el intérprete que es fácilmente influenciable y accede a relacionarse sexualmente por el desarrollo de la sensibilidad y que no diferencia el bien del mal, trabaja por la práctica constante y obedece a los requerimientos, manifestando incluso la damnificada que fue abusada hasta por tres y dos veces por los acusados, quedando establecida plenamente la comisión del delito que se juzga*"(1164).

d. Incapacidad de resistir

Es un estado de inferioridad física en que se encuentra el sujeto pasivo, por el cual le es imposible obrar en forma positiva para negarse a consentir u oponer resistencia al actuar del agente de realizar el acceso

(1163) Citando a Honorio Delgado, ROY FREYRE, 1975, p. 78.

(1164) Expediente N.º 318-93, **en** *Serie de Jurisprudencia*, 1999, N.º 1, p. 477.

carnal sexual u otro análogo como puede ser la introducción de objetos o partes del cuerpo.

En la doctrina nacional, no hay mayor discusión respecto del significado de este particular estado. En efecto, Roy Freyre[1165], comentando el artículo 198 del código derogado, sostenía que al igual que en la "imposibilidad de resistir" aquí también la agraviada tiene la capacidad para comprender el significado del acto del que es objeto, pero no puede actuar su voluntad contraria y oponerse materialmente a la acción del autor. Para que se configure esta hipótesis de la "incapacidad de resistencia", no debe haber reacción física de la víctima, ni siquiera en forma débil que obligue al sujeto activo a ejercer fuerza para conseguir el acto sexual. La enfermedad grave de una mujer, así como la secuela igualmente grave que la misma dejare (parálisis, por ejemplo), serían algunas de las formas que puede revestir la "incapacidad de resistir". Incluso como pie de página, el autor citado afirma que "incurre en el delito previsto por el artículo 198 del C.P. el enfermero de un Hospital, que violó a una internada gravemente enferma (...)".

Villa Stein[1166] afirma que se trata de la imposibilidad de resistencia físico-corporal en que el sujeto activo encuentra a la víctima, por ejemplo, amarrada, mutilada, paralizada. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1167] enseñan que supone la existencia de una causa que afecta la condición personal de la víctima que le priva de la posibilidad de obrar materialmente contra el acto del sujeto activo, por ejemplo, cuando la persona sufre alguna parálisis, mutilaciones, etc. Estas anomalías, aun cuando por su naturaleza no afectan a la conciencia del sujeto, quien se da cuenta del alcance del acto sexual, le incapacitan para oponer la resistencia suficiente para evitarlo. Parecida posición expresa el profesor Carlos Caro Coria[1168].

[1165] Roy Freyre, 1975, p. 79.

[1166] Villa Stein, 1998, p. 188.

[1167] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 245.

[1168] Caro Coria **en** Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 86. En parecido sentido, Fontán Balestra, comentando la legislación argentina, también enseñaba que existe incapacidad de resistir cuando por cualquier trastorno o deficiencia de carácter orgánico, sin privar

Con la finalidad de evitar que el operador jurídico confunda los conceptos, resulta pertinente poner en el tapete la diferencia que existe entre el supuesto de "imposibilidad de resistir", previsto en el tipo penal del artículo 171 C.P., e "incapacidad de resistir", previsto en el tipo penal del artículo 172 del C.P.

En efecto, cuando se habla de poner en estado de "imposibilidad de resistir" a que hace referencia el tipo penal del artículo 171, se entiende al estado en que el sujeto activo o agente ha puesto a su víctima para conseguir su propósito sexual. Aquí, el agente actúa previamente para poner o colocar a su víctima en un estado que haga imposible su resistencia u oposición a la agresión sexual. En tanto que "incapacidad de resistir" se refiere o está haciendo referencia a un estado propio de la víctima. Se trata de un estado que ya tiene la víctima mucho antes de la intervención del agente para someterla al acceso carnal. El agente solo se aprovecha de aquel estado. Se refiere al estado que no ha sido provocado por la voluntad o acción del agente. Aquí, el agente encuentra y aprovecha la incapacidad que sufre la víctima para realizar el acto sexual u otro análogo y de esa forma satisfacer alguna de sus apetencias sexuales.

2.1. Circunstancias agravantes

Del último párrafo del artículo 172 y contenido del artículo 177 del Código Penal, se concluye que los supuestos delictivos previstos en el primer párrafo del tipo penal del artículo 172, se agravan hasta por cuatro circunstancias. En efecto, se agrava, en primer término cuando el autor o agente perfecciona o realiza el hecho punible de agresión sexual, abusando de su profesión, ciencia u oficio. En esta agravante se subsumen las conductas de aquellos médicos o psiquiatras, por ejemplo, que aprovechando la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental de su paciente, le someten abusivamente a alguna forma de acceso carnal sexual con el propósito de satisfacer alguna apetencia de carácter sexual.

---

de razón ni de sentido, impide al sujeto pasivo oponer resistencia física al abuso sexual, no obstante los dictados de su voluntad en sentido contrario, por ejemplo, la parálisis, una debilidad extrema, un estado de postración o agotamiento y otros análogos (2002, p. 211).

En el caso en que el agente, abusando de su profesión, ciencia u oficio, practique el acceso carnal sexual a su víctima y esta a consecuencia de aquel acto fallece o resulta con lesiones de magnitud grave, pudiendo prever este resultado el agente, o, en todo caso, aquel actúe con crueldad sobre la víctima, por modificación introducida por la Ley N.° 28704 del artículo 177 del C.P., el agente será merecedor a pena privativa de libertad no menor de treinta años hasta cadena perpetua.

Asimismo, el artículo 177 del C.P. prevé hasta tres supuestos que agravan las conductas de acceso sexual sobre persona incapaz. En consecuencia, la segunda agravante se configura cuando el agente, pudiendo prever el resultado, con su accionar produce la muerte de la víctima. La tercera agravante aparece o se perfecciona cuando el agente, pudiendo prever el resultado, ocasiona lesión grave a su víctima. En estos dos supuestos, el agente debe estar en la posibilidad de evitar los resultados graves, caso contrario, de aparecer un caso fortuito o fuerza mayor, las agravantes no se configuran.

La última agravante se configura cuando el agente en la comisión del delito procede o actúa con crueldad sobre la víctima, es decir, le hace sufrir en forma inexplicable e innecesaria. El agente goza con el sufrimiento de su víctima, mientras le somete a alguna de las modalidades de acceso carnal sexual.

2.2. Bien jurídico protegido

A diferencia de las conductas sexuales ya analizadas, en las cuales el bien jurídico protegido lo constituye la libertad sexual, aquí, en la mayoría de los supuestos de hecho, el bien jurídico protegido lo constituye la indemnidad o intangibilidad sexual, entendida como protección del desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente, como sucede con los menores de edad, así como la protección de quienes debido a anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental carecen de capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual.

Este delito –enseña Caro Coria[1169]– protege la indemnidad sexual de las personas que, por su incapacidad mental para comprender el sentido y consecuencia de una práctica sexual, no pueden disponer jurídicamente su realización, concibiéndose la tutela en términos de intangibilidad.

En tanto que respecto de quien se encuentra en una situación de incapacidad de resistir, el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en la medida en que dicha incapacidad física no anula la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto[1170].

En suma, se busca proteger de la manera más amplia posible la indemnidad sexual de las personas que se hallan incursas en casos de inimputabilidad o en situaciones semejantes a ella como la incapacidad de resistir y que en este último caso no se puede predicar necesariamente que se encuentren privadas de su libertad sexual al menos de modo total[1171].

2.3. Sujeto activo

El sujeto activo del delito en hermenéutica puede ser tanto varón como mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial. Basta que sea imputable penalmente para responder penal y civilmente por el delito de acceso carnal sexual de persona incapaz. Castillo Alva[1172], en forma contundente, asevera que "debe desecharse toda interpretación, que por lo sesgada y prejuiciosa resulta completamente errada, respecto a que solo los varones pueden cometer el ilícito penal en cuestión".

Es posible la autoría directa, autoría mediata y coautoría. Esta última se presentará cuando varios agentes en concierto de voluntades y con pleno dominio del hecho se distribuyen roles o funciones y luego, someten a la práctica de alguna modalidad de acceso carnal sexual a una persona que saben perfectamente sufre de incapacidad física o psíquica. La coautoría no significa que todos los agentes que participan en la consumación del evento delictivo realicen el acceso carnal sobre la víc-

(1169) CARO CORIA, 2000, p. 107.

(1170) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 242.

(1171) CASTILLO ALVA, 2002, p. 204.

(1172) Ibídem, p. 210.

tima, pues es posible que uno o varios de ellos, según su rol establecido previamente, solo se limiten, por ejemplo, a sujetar a la víctima para que otro u otros le accedan sexualmente.

Este razonamiento se origina del planteamiento que es común en la doctrina penal actual, considerar que los delitos contra la libertad e indemnidad sexual ya no son de propia mano como se alegaba en tiempos pasados.

También es posible la complicidad en sus tres modalidades: instigación, complicidad primaria y complicidad secundaria.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo puede ser también tanto varón como mujer con la única condición que tenga una edad cronológica mayor a dieciocho años y se encuentra en un estado de inferioridad psíquica o física. El tipo penal del artículo 172 no hace distinciones respecto del sexo que debe tener el sujeto pasivo de los supuestos delictivos, pudiendo ser tanto varón como mujer, en cambio, en el artículo 198 del Código Penal derogado, si hacía alusión en forma expresa a la mujer por lo que fácilmente se desprendía que solo la mujer podía ser sujeto pasivo de aquel delito. Situación que ha cambiado totalmente debido a la orientación doctrinal, normativa y jurisprudencial que actualmente se le ha dado a los delitos sexuales.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal se desprende con claridad meridiana que se trata de supuestos delictivos de comisión dolosa. Solo son posibles las clases de dolo directo e indirecto, mas no el dolo eventual. No cabe la comisión por imprudencia o negligencia.

De allí que no baste el conocimiento de que es posible que con la persona que se va a mantener o se mantiene un acceso sexual sufra anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir, sino que se necesita obligatoriamente el conocimiento cabal, exacto y completo de que el sujeto pasivo

se encuentra afectado por una incapacidad física o psíquica[1173]. En consecuencia, el tipo penal exige la concurrencia de un elemento subjetivo especial que comprende: el conocimiento que debe tener el agente sobre el estado particular de su víctima, esto es, debe saber que sufre de anomalía psíquica, alteración grave de la conciencia, retardo metal o incapacidad para resistir y con tal conocimiento aprovecharse de este particular estado con la seguridad de no encontrar algún tipo de resistencia.

En el mismo sentido, se pronuncia Buompadre[1174], quien haciendo hermenéutica jurídica del Código Penal argentino sostiene que se exige una especial referencia subjetiva en el obrar del autor, cuyo alcance abarca dos elementos: uno, que se aproveche de la situación de incapacidad o de vulnerabilidad en que se encuentra la víctima para comprender el sentido y alcance del acto sexual que realiza; y otro, el conocimiento de tal incapacidad en el sujeto pasivo.

Como en todas las figuras de acceso carnal sexual, el agente debe actuar con voluntad y conocimiento de estar sometiendo a una relación sexual al sujeto pasivo afectado por incapacidad física o psíquica, con la finalidad o propósito último de satisfacer su instinto sexual. Caso contrario, de constatarse que el agente no perseguía tal finalidad, sino, por ejemplo, dañar o solo lesionar a su víctima, el delito sexual se descartará.

3.1. Error de tipo

En la praxis judicial, muy bien, pueden presentarse casos de error sobre los elementos objetivos del tipo (anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o incapacidad de resistir), los que serán resueltos, aplicando el artículo 14 de nuestro Código Penal.

El error puede presentarse cuando se desconoce o se ignora la incapacidad psíquica o física que la víctima padece y que le impide comprender la naturaleza y el significado del acto sexual que realiza[1175]. Incluso,

[1173] CASTILLO ALVA, 2002, p. 252.

[1174] BUOMPADRE, 2000, I, p. 355.

[1175] CASTILLO ALVA, 2002, p. 254.

el error puede darse a pesar de que el agente haya conocido de tal incapacidad, por ejemplo, cuando supone que esta no reviste gravedad o supone el agente que tal situación no disminuye su capacidad de querer y entender el acceso carnal sexual, mucho más si la propia víctima con voluntad aparente, busca el acceso carnal sexual con el agente.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Por la naturaleza del delito, considero que es difícil verificar en la realidad concreta algún acceso sexual abusivo en la que concurra una causa de justificación.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso carnal sexual abusivo no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará a analizar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, se verificará si al momento de actuar, el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como acceso carnal sexual abusivo, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Aquí es posible alegar un error de prohibición, pues, muy bien, el agente puede alegar fundadamente que no conocía ni sabía que tener relaciones sexuales con una persona que sufre de retardo mental estaba prohibido.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Cualquiera de los supuestos delictivos previstos en el tipo penal del artículo 172 se perfecciona en el mismo momento del inicio de la

penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal del otro sujeto participante en el acto sexual. Asimismo, se perfecciona en el mismo momento en que el agente comienza a introducir objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima. Doctrinal y jurisprudencialmente ha quedado establecido que no se requiere una penetración total para estar ante un delito de acceso sexual consumado. Basta que se verifique la real penetración o introducción parcial e incluso por breve término, para la consumación del hecho delictivo.

Nuestra Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha establecido el momento en que se inicia el propio acto sexual o análogo. Para graficar lo indicado tenemos la ejecutoria suprema del 10 de agosto de 1994, donde se sostiene que: *"la forma y circunstancias en que fue sorprendido el encausado con la agraviada, no constituyen la tentativa del delito de violación de la libertad sexual sino el propio delito pues se trata del inicio de la ejecución material de ese ilícito y su parcial consumación al existir cópula interrumpida. Estamos ante la modalidad que prevé el artículo ciento setenta y dos del Código Penal ya que reúne todos los requisitos de la práctica del acto sexual, cometido con una menor que al momento de los hechos contaba con catorce años de edad, que también presenta retardo mental como se desprende de las pericias psicológicas, situaciones que el propio juzgado ha tomado en consideración"*(1176).

Por otro lado, al ser los supuestos delictivos de resultado, muy bien, pueden quedarse en el grado de tentativa, para tal efecto el operador jurídico no tendrá otra alternativa que aplicar lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal a fin de graduar la pena a imponer al agente.

7. PENALIDAD

El autor del delito será merecedor de pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. En el caso que concurra la agravante prevista en el último párrafo del artículo 172 del C.P., el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(1176) Expediente N.º 3029- 93-B, **en** ROJJASI PELLA, 1997, p. 177.

Si concurre alguna de las agravantes previstas en el artículo 177 del C.P., se sancionará al agente con pena privativa no menor de treinta ni menor de veinticinco ni mayor de treinta años para el supuesto contemplado en su primer párrafo; y de cadena perpetua y no menor de treinta años, para el supuesto contemplado en su segundo párrafo.

Subcapítulo 5
Delito de acceso carnal sexual sobre menores

1. TIPO PENAL

El delito de acceso sexual sobre un o una menor de 14 años aparece especificado en el tipo penal 173 del Código Penal, cuyo texto original ha sido modificado en varias oportunidades. Finalmente, por la Ley N.° 30076, del 19 de agosto del 2013, el tipo penal ha quedado con el siguiente contenido:

> El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:
>
> 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua.
> 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.
>
> En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.

2. CUESTIÓN PREVIA

Luego de varios años, consideramos que la cordura se ha impuesto en el tratamiento de los delitos sexuales, pues la modificatoria producida al artículo 173 del Código Penal, por la Ley N.° 28704, en lugar de mejorar la legislación en esta materia, la retrocedió de manera

irracional[1177]. No obstante, para mediatizar y aminorar los efectos catastróficos que ocasionó a miles de ciudadanos peruanos, la Ley N.° 28704, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República tuvieron que reinterpretar el artículo 173 vía acuerdos plenarios. Finalmente el Tribunal Constitucional por sentencia de fecha 12 de diciembre del 2012[1178], declaró inconstitucional el inciso 3 del artículo 173° del Código Penal modificado por la Ley N.° 28704. Para efectos, de conocer cómo sucedieron los hechos antes de llegar a la Ley N.° 30076, y lo más importante conocer los efectos prácticos de la sentencia del TC, consideramos necesario reproducir una investigación de mi autoría publicada en su oportunidad[1179]:

2.1. La inconstitucionalidad del delito de violacion sexual consentido sobre adolescentes

El 05 de abril del 2006, se publicó la Ley N.° 28704, que modificó el artículo 173° del Código Penal que regula los diversos supuestos delictivos conocidos en conjunto como violación sexual sobre menor. El tipo penal quedó con el siguiente contenido: "El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

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

[1177] En su oportunidad publicamos un pequeño trabajo titulado: "La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales", véase en *Actualidad Jurídica*, T. 149, abril del 2006, Lima.

[1178] Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero del 2013. Exp. N.°8-2012-PI/TC-Lima.

[1179] Véase: Salinas Siccha, Ramiro, la inconstitucionalidad del delito de violación sexual consentida sobre adolescente, en Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 43, enero del 2013, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 25-36.

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, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua".

Luego de publicarse la Ley modificatoria, afirmamos[1180] que esta forma de legislar ocasionaba serias consecuencias lamentables para nuestro sistema jurídico penal: 1) La libertad sexual entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, en forma arbitraria era negada a los y las adolescentes cuya edad era superior a 14 años. 2) El límite temporal de la indemnidad o intangibilidad sexual, entendida como protección de la sexualidad de las personas que por sí solas no pueden defenderlo (menores e incapaces), al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual, resguardando con ello su seguridad o desarrollo físico o psíquico normal para que en el futuro ejerzan su libertad sexual sin mayores dificultades, en forma irracional se amplió hasta la edad de 18 años cuando bien se sabe que, de manera general, las personas mayores de 14 años alcanzan capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual. 3) Al negarse la libertad sexual a las personas mayores de 14 y menores de 18 años, cualquier persona que realizara o efectuara una conducta sexual con ellas sería autor del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. Este ilícito penal se configura por el solo hecho de tener acceso carnal por vía vaginal, anal, bucal o introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un o una menor. Tal como aparece tipificado, es irrelevante el consentimiento de la víctima. Incluso, así el consentimiento sea consecuencia del engaño el grave delito se perfecciona[1181]. En esta lógica, a los enamorados o novios cuyas parejas cuenten con una edad superior a 14 y menor de 18

[1180] Véase: Salinas Siccha, Ramiro, "La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales", en *Actualidad jurídica*, T. 149, abril del 2006, Lima. Argumentos reiterados en mi manual Derecho Penal, Parte Especial, vol. II, 4ª ed., Lima, 2010, pp. 734-737; así como en la 5.° edición del mismo manual, 2013, pp. 775-779.

[1181] En consecuencia, el artículo 175° del Código Penal fue derogado.

años, les estaba prohibido tener relaciones sexuales, así aquel o aquella preste su consentimiento. 4) Otro absurdo de la Ley modificatoria era que al ampliar la intangibilidad sexual de 14 a 18 años, tácitamente se negó la posibilidad que las personas menores de 18 años puedan contraer matrimonio tal como lo reconoce el Código Civil de 1984, en el entendido que el matrimonio origina automáticamente relaciones sexuales entre los cónyuges. Es decir, por apresuramiento del legislador penal se creó un conflicto innecesario de leyes. En efecto, la Ley N.° 28704 originó un conflicto con el contenido del inciso 1 del artículo 241° del Código Civil, que establece: el juez puede dispensar el impedimento de casarse de los adolescentes por motivos graves, siempre que tengan 16 años de edad cumplidos. También entró en colisión con el artículo 244° del citado cuerpo legal, que prevé: los menores pueden contraer matrimonio, siempre que cuenten con el asentimiento de sus padres. Sosteníamos como conclusión, que desde el 6 de abril del 2006, sin excepción alguna, estaba prohibido que los adolescentes puedan contraer matrimonio. Esta conclusión era coherente, toda vez que en tiempos de posmodernidad no resulta racional sostener que el legislador penal haya pensado en dejar vigente la permisión prevista en el Código Civil, a condición que los cónyuges se abstengan de tener relaciones sexuales hasta que el o la menor adquieran la mayoría de edad. 5) Otra consecuencia era la derogación tácita[1182] del delito de seducción previsto y sancionado en el artículo 175° del C.P. En efecto, tal como aparecía tipificado el delito de acceso carnal sexual sobre menor, era irrelevante el consentimiento de la víctima. Incluso, así el consentimiento sea consecuencia del engaño, el grave delito se perfecciona. En este delito, es irrelevante o intrascendente el consentimiento de la víctima para efectos de comisión, así como es irrelevante los medios empleados por el agente para lograr su objetivo como la violencia, la amenaza o el engaño. 6) Finalmente, según la fórmula legislativa asumida, también se derogó en forma tácita: el delito de favorecimiento

[1182] El artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece: "La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de estas es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado".

a la prostitución, previsto en el inciso 1 del artículo 179°; el delito de acceso carnal sexual o acto análogo con adolescente a cambio de dinero u otra ventaja, sancionado en el artículo 179-A; las agravantes del delito de rufianismo[1183], previsto en el primero y segundo párrafo del artículo 180°, y la agravante del delito de prostitución de personas, sancionado en el inciso 1 del artículo 181° del C.P. En todos estos supuestos, dependiendo de la modalidad de participación, los agentes automáticamente eran autores directos o cómplices del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. No debe obviarse que el consentimiento así como la finalidad o móvil de los adolescentes- víctima son irrelevantes para la comisión del grave delito.

2.2. Efectos perjudiciales del inciso 3 del artículo 173° CP

Luego de entrar en vigencia la Ley N.° 28704, hemos sido testigo de excepción (presenciales) que enamorados consentidos, novios a punto de contraer matrimonio, convivientes y hasta cónyuges jóvenes, han ingresado a las cárceles públicas de nuestra patria por el único hecho concreto de haber tenido relaciones sexuales consentidas con sus parejas menores de 18 pero mayores de 14 años. Ante una denuncia penal formulada por el Fiscal invocando el supuesto jurídico previsto en el inciso 3 del artículo 173° del C.P., los jueces emitían auto de procesamiento disponiendo la medida coercitiva de detención o prisión preventiva[1184] en contra del denunciado. Luego del proceso penal, eran condenados a penas privativas de la libertad efectiva. El procesado, la supuesta víctima, los mismos familiares ni los vecinos de aquellos entendían por qué ocurría tremendo atropello legal. Se generó todo un problema social. Esta situación incluso fue utilizada para hacer realidad venganzas familiares por años retenidas. Actualmente, en las diversas cárceles del país, todavía existen personas que vienen cumpliendo altísimas penas privativas de libertad a consecuencia de haber tenido relaciones sexuales consentidas con adolescentes.

[1183] Delito que se perfecciona cuando el agente explota las ganancias obtenidas por una persona que ejerce la prostitución.

[1184] Según el Código Procesal Penal del 2004.

2.3. La justicia penal y el problema social

Los efectos perjudiciales originados por la Ley N.° 28704, luego de más de dos años de vigencia, fueron frenados con el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio del 2008. En su oportunidad, estábamos plenamente de acuerdo con el objetivo final de la doctrina legal establecida, esto es, la exención de responsabilidad penal de conductas sexuales consentidas y voluntarias de los adolescentes mayores de 14 años. No obstante, los fundamentos del Acuerdo Plenario no fueron ni son los más adecuados, pues en forma innecesaria se invocaba normas penales derogadas para fundamentarlo[1185]. Consideramos que fueron más atinados los argumentos del precedente de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, expresados al resolver la Consulta N.° 2224-2007-Arequipa, de fecha 20 de noviembre del 2007. La consulta fue planteada por la Sala Penal de Apelaciones de Arequipa[1186] presidida por el ahora Juez Supremo doctor Jorge Salas Arenas, luego que aplicando el mecanismo procesal constitucional denominado control difuso, declaró inaplicable el inciso 3 del artículo 173° del C.P. en un caso concreto donde el material probatorio acreditaba que las relaciones sexuales habían sido efectuados con consentimiento de la supuesta víctima adolescente. La Sala Constitucional y Social, resolvió aprobar la resolución consultada, argumentando que "la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencias del Estado, mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto el Derecho Penal, mediante la Ley N.° 28704, establece una sanción para quien comete el acto sexual con menor de edad, dicha norma se contrapone con la Constitución misma, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, desde el momento que el ordenamiento

(1185) Se invoca erróneamente los artículos 175° y 179-A° del C.P., cuando lo cierto es que tales tipos penales fueron derogados tácitamente por la Ley N.° 28704.

(1186) Exp. N.° 2115-2006, sentencia del 28 de mayo del 2007, que resolvió absolver de la acusación fiscal al procesado

legal en material civil, permite el matrimonio entre menores de 16 años en adelante"[1187].

En cambio, el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116, estableció como doctrina legal vinculante que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años gozan de libertad sexual, y en consecuencia al ser un bien jurídico disponible, es aplicable el artículo 20°, inciso 10 del C.P., que establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento. En cuanto a la exención de responsabilidad penal, se dispuso ampliar el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria realizada con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

El duodécimo fundamento jurídico del infeliz[1188] Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116[1189], estableció que si se asume la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de 18 años, que las personas mayores de 16 años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada a los menores de 14 años, y que pasada esa edad la incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 16 y 18 años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10 del C.P. –que regula la institución del consentimiento– puesto que tienen libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueden contraer matrimonio. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre 14 y 18 años de edad, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175 y 179-A del C.P. Por su parte, cuando el acceso carnal con una persona entre 14 y 18 años de edad no es voluntario, y se hace con violencia o amenaza,

---

[1187] Fundamento cuarto de la citada ejecutoria suprema.

[1188] Lo consideramos infeliz debido que sin mayor fundamento se dividió a los adolescentes en dos grupos: los que tenían libertad sexual y los que no la tenían. Para los primeros el bien jurídico era la libertad sexual y para el segundo grupo, el bien jurídico era la indemnidad sexual. Luego se concluía: *si se afectaba la indemnidad sexual, el Juez podía* rebajar la pena a los límites establecidos en los derogados artículos 175° y 179-A° del C.P.

[1189] De fecha, 16 de noviembre del 2007.

aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima o cuando esta última es incapaz, es de aplicación en toda su extensión punitiva el artículo 173°, inciso 3 del C.P.

En suma, por interpretación de la ley penal, la justicia penal ordinaria desde el 16 de noviembre del 2007, estableció como doctrina legal vinculante que los adolescentes cuya edad era superior a 16 y menor de 18 años, gozaban de libertad sexual y por tanto tenían capacidad para disponerlo y en su caso, era de aplicación el inciso 10 del artículo 20° del C.P. En cambio si la víctima tenía una edad superior a 14 pero menor a 16 años, al Juez se le facultaba que rebaje la pena a los límites establecidos en los artículo 175 y 179-A del C.P. Es con el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008 que se amplía el alcance del primer Acuerdo Plenario, estableciéndose como doctrina legal vinculante que los adolescentes cuya edad era superior a 14 y menor a 18 años, gozan de libertad sexual y por tanto tienen capacidad para disponerlo. En suma, se dispuso que los accesos carnales sexuales efectuados con el consentimiento del sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años, estuvieran exentos de responsabilidad penal.

Esta interpretación jurisprudencial que en su momento sirvió para disminuir los efectos perjudiciales de la Ley N.° 28704[1190], fue declarada por el Tribunal Constitucional no conforme con la Constitución. En efecto, en el fundamento 76 de la sentencia recaída en el Exp. N.°8-2012-PI/TC-Lima, se concluye que dicha interpretación no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplaza al legislador como órgano competente en 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 se permitía la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el consentimiento válido del titular de un bien jurídico

[1190] Afirmamos que solo disminuyó los efectos perjudiciales, pues desde que se emitieron los citados Acuerdos Plenarios ya no se volvió a procesar a personas por una relación sexual con un adolescente mayor de 14 y menor de 18 años, pero los ya procesados y sentenciados a penas privativas de libertad efectivas no obtuvieron su libertad.

de libre disposición, lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como lo estableció el legislador penal. No le falta razón al TC en este punto, debido que todo hombre y mujer de derecho sabe que según nuestra Constitución, el órgano competente para establecer delitos y penas es el Poder Legislativo y que los jueces, en su actividad de control e interpretación de las leyes penales, no pueden crear nuevos delitos vía interpretación; no pueden 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; y tampoco pueden identificar sentidos interpretativos *in malan partem*. Esto, sin duda, tiene su fundamento último en el principio de legalidad penal[1191] que sustenta todo nuestro Derecho penal y su hermenéutica jurídica.

2.4. Reconduccion del delito de abuso sexual no consentido al artículo 170° CP

En otro extremo, si bien en el Acuerdo Plenario N.° 7-2007/CJ-116, también se estableció que si en un proceso penal concreto, se determinaba que en el acto sexual no existió consentimiento del adolescente-víctima y más bien el sujeto activo hizo uso de la violencia o amenaza para imponerlo, la conducta sería tipificada en el inciso 3 del artículo 173° del C.P., en la práctica judicial se originó un grave problema. Ante un hecho concreto en el cual un adolescente era víctima de un acto sexual impuesto por la violencia o amenaza, algunos jueces calificaban los hechos en el inciso 3 del artículo 173°, en tanto que otros, tomando en cuenta el bien jurídico protegido, calificaban los hechos en el artículo 170 del C.P. Esta calificación contradictoria, afectaba seriamente el principio de igualdad en la aplicación de la Ley penal. Casos parecidos en los cuales el agente haciendo uso de la violencia o amenaza impuso el acto sexual a la víctima adolescente, tenían sanción penal diferente. Si los hechos eran calificados en el inciso 3 del artículo 173° del C.P., al procesado se le imponía una pena privativa

(1191) Así reconocido en el artículo 2, inciso 24, parágrafo f de la Constitución Política de 1993.

de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años. En cambio, si los hechos eran calificados en el artículo 170° del C.P., al procesado se le imponía una pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 8 años. La diferencia era abismal. Era urgente encontrar una solución al grave problema[1192].

La solución vino del primer Pleno Jurisdiccional extraordinario de los Jueces Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema. Allí se acordó emitir el Acuerdo plenario N.° 1-2012/CJ-116, de fecha 26 de marzo del 2012 que concluyó sosteniendo que el inciso 3 del artículo 173° del C.P. había quedado vacío de contenido sustancial; así también se verificó la existencia de una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encajaba con comodidad** el supuesto de hecho indicado, esto es, el artículo 170° del C.P.; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171° y 172° C.P.), en tanto que también existían otras normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, habían sido puestas total o parcialmente en entredicho (los artículos 175, 176-A y 179-A C.P.). Estableciéndose como doctrina legal vinculante lo siguiente: "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 abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170° del C.P. (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172°, 173°-A, 175° y 179°-A del C.P. o 176-A C.P., como fuera atinente"[1193].

[1192] Considero que era grave el problema debido que la emisión de resoluciones judiciales contradictorias en casos parecidos, constituye una de las causas de la deslegitimación de la administración de justicia penal en el país.

[1193] Esta posición que finalmente se impuso en el Acuerdo Plenario N.° 1-2012 fue asumida por los Jueces Supremos San Martín Castro, Villa Stein, Rodríguez Tineo, Salas Arenas, Neyra Flores y Morales Parraguez, en tanto que Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Barrios Alvarado, Príncipe Trujillo y Villa Bonilla votaron en minoría sosteniendo que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N.° 28704, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

En esta línea interpretativa y con la finalidad que no quede duda de la posición jurisprudencial asumida, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dictó la Casación N.° 49-2011-La libertad, de fecha 10 de julio del 2012, donde con los mismos fundamentos del Acuerdo Plenario antes citado, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante –en aplicación del inciso 4 del artículo 427° del CPP del 2004- que los hechos en los cuales el agente hace uso de la violencia o la amenaza grave para imponer el acto sexual al sujeto pasivo adolescente, se tipifican en el artículo 170° del C.P. y en los casos que correspondan procederá la consideración de las circunstancias de agravación del artículo 171° o 172° del C.P., en tanto que el Parlamento nacional modifique el marco específico de punición[1194].

2.5. Declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 CP

El 03 de abril del 2012, ante el Tribunal Constitucional, 10,609 ciudadanos presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704, que modificó el artículo 173° inciso 3 del C.P., alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes entre ellos el de libre desarrollo de la personalidad. Luego del trámite procesal correspondiente, el máximo intérprete de la Constitución ha emitido la sentencia de fecha 12 de diciembre del 2012[1195], declarando fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 y 18 años; y en consecuencia, declaró inconstitucional la disposición penal cuestionada.

El TC inicia su razonamiento alegando que luego de la modificación producida, a la disposición cuestionada se le podía atribuir dos sentidos interpretativos. El primero que refleja la voluntad del legislador penal alegado por los demandantes: *si la víctima tiene entre 14 y menos*

(1194) La reconducción establecida ha sido validada por el TC mediante la sentencia recaída en el Exp. N.° 8-2012-PI/TC- Lima, de fecha 12 de diciembre del 2012.

(1195) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero del 2013. Exp. N.° 8-2012-PI/TC-Lima.

de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 años ni mayor de 30 años. Aquí se tiene como bien jurídico protegido a la indemnidad sexual. El segundo sentido interpretativo propuesto por el demandado: *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, será no menor de 25 años ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*. Aquí se reconoce que los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años gozan de libertad sexual.

El Tribunal al examinar la constitucionalidad del primer sentido interpretativo, hace un examen escalonado de tres fases: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; identificar la restricción al derecho fundamental; y, verificar si tal restricción se encuentra justificada. Respecto de la primera fase, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, 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[1196]. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, es la libertad sexual. Las relaciones amorosas y sexuales se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este aspecto forma parte de su núcleo duro. 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[1197]. La libertad sexual se entiende como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. En cuanto a la titularidad de la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin duda son los mayores de 18 años, sin embargo, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en

[1196] Fundamento 14 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 02868-2004- AA/TC.

[1197] Véase: Exp N.° 03901.2007- PA/TC y Exp N.° 01575-2007-PTC/TC.

el ordenamiento jurídico peruano[1198], los adolescentes entre los 14 y 18 años de edad, también puede ser titulares del citado derecho. El sujeto pasivo u obligado, sin duda es el Estado, quien tiene el deber de no intervenir este derecho de manera desproporcional.

Respecto a identificar la restricción al derecho fundamental, el artículo 173° inciso 3 del C.P., sanciona a todo aquel que realice relaciones sexuales con adolescentes cuya edad oscila entre los 14 y 18 años, independientemente que manifiesten su consentimiento. Teniendo un contenido prohibitivo la citada disposición, es evidente que constituye una intervención y limita la libertad de autodeterminación de los adolescentes en el ámbito de su sexualidad. Luego corresponde verificar si la restricción indicada se encuentra justificada, en tal objetivo, el TC realiza el test de proporcionalidad o ponderación. Respecto de la idoneidad, el inciso 3 del artículo 173° del C.P. modificado por la Ley N.° 28704, tiene como objetivos: Desmotivar la comisión de delitos de violación sexual sobre menores de 14 a 18 años; generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los adolescentes son protegidos; y, generar un efecto reeducador en el agente. Estos objetivos tienen como finalidad la protección de parte del Poder Legislativo del bien jurídico indemnidad sexual de los adolescentes. En otro extremo, el TC estima que la disposición penal cuestionada, es adecuada para lograr el objetivo citado y, a su vez, este resulta adecuado para conseguir el fin de relevancia constitucional como es la protección de la indemnidad sexual de los adolescentes.

En cuanto al principio de necesidad que se traduce: "para que la limitación de un derecho fundamental sea necesaria, no debe existir algún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado". En este caso, debe evaluarse si frente a la medida adoptada

[1198] Véase los artículo 44° (son relativamente incapaces los mayores de 16 y menores de 18 años), 46° (la incapacidad de los mayores de 16 años cesa por matrimonio o por haber obtenido un título oficial), 241° del Código Civil (el Juez pude dispensar el impedimento de matrimonio por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan como mínimo 16 años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse).

por el Congreso (sancionar toda conducta sexual con adolescentes independientemente del consentimiento de estos) existía medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los objetivos propuestos, y de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido: la libertad sexual. La respuesta es positiva. En efecto, el TC concluye en forma acertada que para alcanzar los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero más benigno para la libertad sexual de los adolescentes, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los adolescentes. De modo que la disposición penal cuestionada no supera el examen de necesidad. En consecuencia, aparece acreditado que el artículo 173° inciso 3 del C.P. en el sentido interpretativo 1 que se ha hecho referencia, ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores cuya edad es no menor de 14 ni mayor de 18 años por lo que resulta incompatible con la Constitución.

2.6. Error del tribunal constitucional

El correcto razonamiento realizado por el intérprete de la Constitución para concluir con la declaración de inconstitucionalidad de la norma penal cuestionada y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico se ve desdibujado con el error de señalar que el artículo 175 del C.P. que sancionaba el delito de seducción está vigente. Lo real y concreto es que, como lo sostuvimos ni bien se promulgó la Ley N.° 28704[1199], esta disposición penal fue derogada tácitamente. En efecto, en el considerando 22 de la Sentencia de inconstitucionalidad, el TC argumenta que conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, los menores de edad entre 14 y 18 años, también pueden ser titulares de la libertad sexual. Entre las razones que expone para justificar esta consideración, entre otros,

[1199] Véase: Salinas Siccha, Ramiro, "La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales", en *Actualidad jurídica*, T. 149, abril del 2006, Lima. Incluso, en nuestro manual Derecho Penal, Parte Especial, en las ediciones posteriores al 2006, no hacemos hermenéutica jurídica del delito de seducción.

cita el acuerdo Plenario N.° 4-2008-/CJ-116, sentencia normativa que prevé que "existen otras normas, igualmente vigentes que se refieren al tema e integran figuras jurídicas penales clásicas de nuestro derecho punitivo" como es, entre otros, el artículo 175° del C.P. que contempla el tipo penal de seducción.

Ante la declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173° del C.P. y la reconducción que debe efectuarse cuando corresponda, considero importante **insistir** que el delito de seducción desde que se promulgo la Ley N.° 28704 no existe más en el Perú[1200]. En efecto, el TC fue claro al señalar que existían dos interpretaciones[1201] del inciso 3 artículo 173 del C.P.: 1) *Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 años ni mayor de 30 años*. 2) *Si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, será no menor de 25 años ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*. Precisando que el primer sentido refleja la voluntad del legislador penal y el segundo es consecuencia de la interpretación de la jurisdicción penal. En concreto, fue la primera interpretación del inciso 3 del artículo 173° del C.P. la que se dio en los estrados judiciales ni bien se promulgó la Ley N.° 28704 y dio origen a serios problemas sociales que generaron la segunda interpretación.

De modo que constituía supuesto de hecho del delito de violación sexual de menor, la conducta sexual realizada con una o un menor cuya edad estaba entre 14 y 18 años, independientemente del consentimiento de aquella o aquel. En estos casos, el autor era sancionado con una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años. Aquí el delito se perfeccionaba así la víctima haya prestado su consentimiento o incluso, así ella lo haya iniciado o provocado. Para consumarse el grave delito, el consentimiento libre y voluntario o viciado a consecuencia de

[1200] El hecho que se haya declarado inconstitucional la Ley que derogó el delito de seducción no significa que recobre su vigencia el artículo 175° del C.P., ello lo prohíbe el artículo 83° del Código Procesal Constitucional.

[1201] Véase el fundamento 4 de la sentencia que declara inconstitucional el inciso 3 del artículo 173 del C.P.

un engaño por ejemplo, era irrelevante. En otros términos, el supuesto de hecho previsto en el artículo 175° del C.P. fue subsumido o absorbido por el inciso 3 del artículo 173° modificado. Sostener lo contrario, es decir, que el artículo 175° estaba vigente junto al inciso 3 del 173° del C.P., no responde a una hermenéutica jurídica razonable y coherente. Veamos si con dos casos hipotéticos se puede entender lo que desde el 2006 venimos sosteniendo:

1. Juan Pérez conoce a Juanita Vergara de 15 años de edad, luego de hacerse enamorados deciden y acuerdan tener relaciones sexuales. Van al Hotel y ante la falta de dinero de Juan, Juanita paga el servicio de hotel. Al enterarse el padre de Juanita de esta relación, denuncia los hechos.
2. Pánfilo Ruiz conoce a Rosenda Casas de 15 años de edad, luego de hacerse enamorados, por medio de engaño hace que la adolescente Rosenda preste su consentimiento para tener relaciones sexuales. El Hotel es pagado por el mismo Pánfilo. Una vez que la adolescente descubre el engaño, denuncia los hechos.

De los dos casos propuestos, la conducta más reprochable moral y penalmente es sin duda la del segundo caso, pues el agente para lograr su objetivo de satisfacerse sexualmente, hace uso del engaño. Vicia el consentimiento de la víctima. Sin embargo, si sostenemos que el artículo 175° del C.P. no fue derogado[1202], se tendría que concluir que el segundo caso constituye un simple delito de seducción y por tanto el agente sería merecedor de una pena privativa de la libertad entre 3 y 5 años. En cambio, el primer caso, donde la conducta aparece menos reprochable, pues la supuesta víctima prestó libre y voluntariamente su consentimiento, sería calificado como violación de menor previsto en el inciso 3 del art. 173° del C.P. y por tanto, al agente tendría que imponerse una pena privativa de libertad entre 25 y 30 años. Esta conclusión, desde todo punto de vista, resulta arbitraria.

[1202] Como se sostiene en los Acuerdos Plenarios antes glosados así como en la sentencia del TC que declara la inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173° del Código Penal.

En suma, desde la promulgación de la Ley N.° 28704 no existe el delito de seducción en nuestro sistema jurídico. La declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173° del C.P., de ningún modo genera que recobre vigencia el artículo 175° del C.P.

Igual sucede con el delito de favorecimiento a la prostitución, previsto en el inciso 1 del artículo 179°; el delito de acceso carnal sexual o acto análogo con adolescente a cambio de dinero u otra ventaja, sancionado en el artículo 179°-A; las agravantes del delito de rufianismo, previsto en el primero y segundo párrafo del artículo 180°, y la agravante del delito de prostitución de personas, sancionado en el inciso 1 del artículo 181°, todos del C.P.

Solo al Congreso de la República, ante la exhortación del TC, le corresponde decidir si vuelve a tipificar dichos supuestos como delito.

2.7. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

El artículo 83° del Código Procesal Constitucional prevé, entre otros aspectos, que las sentencias de inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se haya aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo que se trate de retroactividad benigna en materia penal prevista en el artículo 103° de la Constitución. Situación benigna que se presenta con la declaración de inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173° del Código Penal.

En este sentido, se presentan dos tipos de efectos[1203]: primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o concluidos con sentencia condenatoria, en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los adolescentes cuya edad se encontraba entre 14 y menos de 18 años al tiempo de los hechos, a partir de la sentencia de inconstitucionalidad, no resultan sancionados penalmente. Esto significa que si el proceso está en pleno trámite, la autoridad jurisdiccional archivará automáticamente el proceso penal. Incluso tendrá que hacerlo hasta de oficio, es imposible continuar un proceso penal por un hecho atípico. No se requiere petición de parte. En cambio, si se trata

[1203] Véase el fundamento 114 y 115 de la sentencia N.° 08-2012-PI/PC del 12 de diciembre del 2012.

de un proceso penal concluido con sentencia condenatoria, la autoridad jurisdiccional a pedido de parte, tendrá que declarar nula la sentencia y **ordenar en forma inmediata la libertad del sentenciado**, si aún se encuentra en cárcel.

Segundo, en aquellos casos penales en trámite o concluidos en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencia que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenazas, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, a partir de la declaración de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptible de sustitución de pena, adecuación del tipo penal o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente. Esto significa que si se trata de un proceso en trámite, donde por los primeros elementos de prueba o elementos de convicción es evidente el uso de la violencia, la amenaza o se evidencia un acto sexual abusivo, el Juez de oficio o a petición de parte, solicitará al Fiscal que realice una nueva tipificación de los hechos objeto de proceso penal.

En los procesos que hubieran concluido, se presentan dos supuestos: primero, si luego del proceso penal y en la sentencia se argumenta que ha quedado demostrado que el sentenciado impuso el acto sexual al adolescente haciendo uso de la violencia, amenaza o aprovechando alguna circunstancia prevista en los artículo 171° o 172° del C.P., el Juez de oficio o a petición de parte, sustituirá la pena impuesta por la que señale el tipo penal reconducido. El segundo supuesto se dará cuando en la sentencia condenatoria no aparece del todo claro si el agente impuso el acto sexual al adolescente haciendo uso de la violencia, amenaza o aprovechando alguna circunstancia prevista en los artículo 171° o 172° del C.P., en cuyo supuesto, la autoridad jurisdiccional a petición de parte dispondrá que se realice un nuevo proceso penal conforme al artículo 170° del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente. Si se diera este último supuesto, el Fiscal deberá realizar una nueva calificación jurídica de los hechos.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito más grave previsto dentro del rubro "delitos contra la libertad sexual" en nuestro Código Penal lo constituye el ilícito penal denominado acceso carnal sexual sobre un menor. Este hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de catorce años de edad cronológica. En otros términos, "la conducta típica se concreta en la práctica del acceso o acto sexual o análogo con un menor, ello incluye el acto vaginal, anal o bucal realizado por el autor, o por el menor a favor del autor o de un tercero"[1204]. De igual forma, comprende también la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor.

De la redacción del tipo penal, en concordancia con el Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116, se desprende con claridad que para la verificación del delito de acceso sexual sobre un menor de 14 años no se necesita que el agente actúe haciendo uso de la violencia, la intimidación, la inconsciencia o el engaño. No obstante, estas circunstancias son indispensables cuando se trata de adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad. En este sentido, así la víctima menor de 14 años preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica o configura inexorablemente, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los catorce años, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo. En la jurisprudencia se tiene claro esta circunstancia. De ese modo, la ejecutoria suprema del 7 de mayo de 1999 declaró: *"si bien es cierto que las cópulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, no tiene la capacidad plena para disponer de su libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores*

[1204] CARO CORIA, **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 111.

de edad, así como también su inocencia cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictivos"[1205]. En igual sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 7 de julio del 2003, cuando afirma que: "*el supuesto consentimiento presentado 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 reducción de 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*"[1206].

No tiene ninguna trascendencia para 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 que aquella, con anterioridad, haya perdido su virginidad.

En otro aspecto, no le falta razón a Villa Stein[1207] cuando señala que lo determinante es la edad de la víctima; la concurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debe servir al juzgador para graduar la pena entre los polos máximos[1208] y mínimos, como debe servirle, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la víctima. Del mismo modo, en cuanto al último aspecto, Castillo Alva[1209] sostiene que "un sentido elemental de justicia y la aplicación de los criterios preventivo-generales que deben presidir toda construc-

---

[1205] Exp. N.° 797-99-Lambayeque, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.° 3, Trujillo, 2000, p. 329.

[1206] R.N. N.° 458-2003-Callao, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 9, N.° 64, Lima, 2004, p. 282. Igual pronunciamiento encontramos en la ejecutoria suprema del 5 de agosto del 2003 en R.N. N.° 904-2003-Santa. Asimismo, en la ejecutoria suprema del 10 de enero del 2000 se expresa que "si bien el acto sexual lo realizó el procesado con el consentimiento de la agraviada, no habiendo mediado para ello fuerza o amenaza alguna, ello no lo exime de responsabilidad, ya que se trata de una menor que no tiene control racional sobre su conducta sexual, por lo que su aceptación no puede tenerse en consideración" (Exp. N.° 4385-99-Amazonas, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.° 3, Trujillo, 2000, p. 356).

[1207] VILLA STEIN, 1998, p. 191.

[1208] Como en efecto ocurrió en la ejecutoria suprema del 14 de julio del 2005, cuando la Sala Penal Permanente en el R.N. N.° 1880-2005-Huaura, aumentó la pena de 13 a 20 años (**en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 418).

[1209] CASTILLO ALVA, 2002, p. 298.

ción o planteamiento jurídico-penal nos obligan a mantener un criterio flexible y abierto en este punto. Si bien ello no supone de alguna manera la exoneración de responsabilidad penal al autor del hecho, no existe ningún inconveniente para que en la fase de la determinación o individualización judicial de la pena reciba un tratamiento más benigno y se le imponga una pena atenuada". No obstante, todo queda a criterio y prudencia del juzgador.

3.1. El consentimiento del menor en la jurisprudencia

En cuanto al consentimiento de la víctima-menor de 14 años, es lugar común en la doctrina jurisprudencial sostener que esta variable es irrelevante en la comisión del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. En la ejecutoria del 17 de diciembre del 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fundamentó que es "*irrelevante el consentimiento de la misma si fuere el caso, dada su minoría de edad, quien no tiene capacidad plena para disponer de su libertad sexual*"(1210). Del mismo modo, la Sala Penal Permanente, en la ejecutoria suprema del 9 de septiembre del 2004, argumentó que: "*el supuesto consentimiento prestado por la víctima resulta irrelevante por cuanto la figura de 'violación presunta' no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de la reducción de la pena, dado que en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, pues lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores*"(1211). El mismo argumento se reproduce en la ejecutoria suprema del 20 de

(1210) Exp. N.° 2425-2003-Cañete, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 115. Igual en la ejecutoria suprema del 17 de mayo del 2004, R.N. N° 687-03-Loreto (ibídem, p. 155). También en la ejecutoria del 17 de diciembre del 2003-San Martín, R.N. N.° 2401-2003 (**en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 176). Así también, véase como otros ejemplos de la doctrina jurisprudencial impuesta en nuestra patria, la ejecutoria del 3 de mayo del 2004 por la cual la Sala Penal Permanente fundamentó que el consentimiento resulte irrelevante para la realización del tipo penal; R.N. N.° 3730-2003 (**en** CASTILLO ALVA, p. 203), la ejecutoria del 17 de junio del 2004; R.N. N.° 568-2004-Lima (CASTILLO ALVA, 2006, p. 108) y la ejecutoria del 20 de mayo del 2004, R.N. N.° 215-2004-Puno (CASTILLO ALVA, 2006, p. 232).

(1211) R.N. N.° 1674-2004-La Libertad, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 448. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 15 de octubre del 2007 de la Sala Penal Permanente en el R.N. N.° 2446-2007-Puno: "que si bien el consentimiento de la menor de edad es irrelevante para la tipicidad del delito de violación sexual de menor –atentos al bien jurídico tutelado: la indemnidad sexual del menor de catorce años–, puede tener ciertos efectos atenuatorios a nivel del quántum de la pena".

agosto del 2010[1212] cuando argumentó que: "*si bien adujo que practicó el acto sexual con el consentimiento de dicha menor, esto resulta irrelevante teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en este tipo penal no es la libertad sino la indemnidad sexual de los niños y adolescentes en orden a su formación sana e integridad física, psicológica y moral, de modo que hasta con su consentimiento ese acto carnal se configura como violación, precisamente porque una menor de trece años de edad carece de capacidad para determinarse libremente en el ámbito de las relaciones sexuales*".

Finalmente, esta posición jurisprudencial se reitera en la ejecutoria suprema del 11 de noviembre del 2011[1213], que declaró no haber nulidad de la sentencia que condenó al acusado por el delito de violación de menor, pese que la agraviada, tratando de minimizar el hecho, afirmó en juicio oral que había prestado su consentimiento para realizar los contactos sexuales con el acusado, cuando tenía solo trece años de edad.

En el mismo sentido, encontramos la resolución superior del 11 de septiembre de 1997. Aquí la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ica argumenta: "*Que de las pruebas actuadas en el proceso a nivel policial y judicial se ha llegado a establecer que el acusado [...] ha sostenido relaciones amorosas con la menor agraviada [...], a quien la visitaba frecuentemente en su domicilio ubicado en la calle Independencia sin número, de la ciudad de Palpa, provincia del mismo nombre, e incluso [...] [la] madre [de la menor] tácitamente aceptó dichas relaciones afectivas al permitir la presencia constante del procesado en su hogar, quien sacaba a la menor a pasear por las calles en la camioneta de propiedad de su patrón [...]; es así que el veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis, el citado acusado se encontraba a bordo del vehículo y al observar a la ofendida en las inmediaciones de su vivienda la invitó a pasear dirigiéndose al túnel del cerro denominado 'Pichango', donde en primer lugar se prodigaron caricias y luego bajaron de la camioneta, colocando [el acusado] un costal en el suelo, y le impuso el acto sexual desflorándola y una vez consumada la agresión sexual, la condujo de retorno a su domicilio; cópula carnal que*

[1212] R.N. N.º 2077-2009-Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

[1213] R.N. N.º 2279-2011-Cajamarca. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

volvieron a repetir en horas de la noche en la casa de la abuela de la agraviada y como producto de dichas relaciones sexuales, quedó embarazada, dando a luz una niña [...] al estar de la partida de nacimiento presentada en el desarrollo de la audiencia; el acusado [...] se ha declarado convicto y confeso del delito imputado, aseverando que el trato sexual con la menor ha sido practicado de manera voluntaria y con el pleno consentimiento de la agraviada [...] por haber sido enamorados, situación que resulta irrelevante por su minoría de edad, pues a la fecha del injusto penal contaba con apenas doce años de edad, según se aprecia de su partida de nacimiento de fojas treinta y dos, por lo que el consentimiento prestado resulta inválido y sin relevancia jurídica"[1214].

Invocando, atinada y razonablemente, la confesión sincera del acusado y la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos, el colegiado le impuso ocho años de pena privativa de libertad y fijó en dos mil soles el pago por reparación civil en favor de la agraviada. No estando conforme con tal sentencia, el Fiscal Superior interpuso recurso de nulidad. Nuestro máximo tribunal de justicia, por ejecutoria suprema del 26 de octubre de 1997, por sus fundamentos, declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida[1215].

Sin embargo, en ocasiones encontramos precedentes jurisprudenciales anecdóticos, como el que se cita a continuación. La finalidad de la cita es hacer pedagogía de lo que no debe hacerse en estos tiempos de posmodernidad. En efecto, la resolución superior del 27 de enero del 2000, de la misma Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ica, argumenta: "*que el acusado [...], en su condición de homosexual pasivo, ha mantenido relaciones sexuales contra natura, con el menor agraviado de trece años de edad, cuyo nombre se preserva, quien actuó de sujeto sexual activo en tres oportunidades, siendo la primera vez en el mes de octubre, el seis y diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, las subsiguientes oportunidades, realizando previamente actos obscenos con la finalidad de lograr su objetivo [...]; que en autos se encuentra acreditado que el menor de trece años, [...] ha practicado el acto sexual, en calidad de sujeto sexual*

[1214] Exp. N.º 248-97-Palpa.

[1215] R.N. N.º 4908-97-Ica.

activo, con el acusado [...], habiendo este tenido el acceso carnal en calidad de sujeto sexual pasivo, por lo que le corresponde la condición de agente infractor, sujeto activo del evento delictual que se le reprocha y en el que no medió una resistencia seria, porfiada y denodada por parte del agraviado, quien a lo largo del proceso no ha aportado prueba que acredite lo contrario [...]; que para la dosificación de la pena debe tenerse en cuenta la confesión sincera y arrepentimiento del acusado, [...] correspondiéndole el derecho establecido en el artículo ciento treinta seis del Código de Procedimientos Penales y que para la graduación de la pena, y su rebaja, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis [del Código Penal], especialmente la conducta del acusado y del agraviado, que propiciaron los hechos por móviles de satisfacción y de experimentación e iniciación sexual respectivamente y que por el examen médico-legal realizado en el agraviado, respecto del delito de violación de un menor de trece años, no se advierte ningún tipo de violencia que se haya ejercido sobre el mismo, ya que no presenta signos traumáticos recientes como resultado del examen a sus órganos genitales masculinos, ni mucho menos al examen anal por lo que en tal sentido, no han concurrido en el ilícito denunciado el empleo de violencia, es decir, fuerza alguna ejercida sobre la víctima, ni tampoco grave amenaza sobre el agraviado, ya que este ha tenido relaciones en tres oportunidades pudiendo haberse escapado cuando realizaba el acto sexual, pues en ninguna de las oportunidades ha estado imposibilitado de hacerlo ni privado de su libertad ambulatoria y, alguna vez, en presencia de su menor amigo"[1216].

Aquí, invocando arbitrariamente, la condición de la confesión sincera, los modos y circunstancias en que ocurrieron los hechos, y haciendo uso de posiciones doctrinarias retrógradas respecto de los delitos sexuales, se impuso al acusado cuatro años de pena privativa de libertad condicional y fijó en 500 soles el pago de la reparación civil en favor del agraviado. Pese a que el Fiscal Superior, en su acusación escrita, solicitó que se imponga al procesado la pena privativa de libertad de 25 años, no interpuso recurso de nulidad. Tal proceder del defensor de la legalidad hizo imposible que nuestra Corte Suprema se pronuncie sobre dicho hecho.

[1216] Exp. N.º 352-99-Palpa.

3.2. Pena más drástica cuando menor es la edad de la víctima

En otro aspecto, el legislador ha previsto que la sanción será más grave cuando menor sea la edad de la víctima. Así se han dividido en dos grupos las conductas que solo se diferencian debido a la mayor gravedad de la pena que se impondrá al agente, cuando menos edad tenga la víctima, ya sea de sexo masculino o femenino.

De este modo, la pena privativa de libertad será mayor (cadena perpetua) cuando la víctima tenga una edad comprendida entre el acto del nacimiento y menos de 10 años[1217]. En el caso que la víctima cuente con una edad comprendida entre los 10 y menos de 14 años, la pena tiene una escala menor que la prevista para el primer grupo (no menor de 30 ni mayor de 35 años).

Para establecer la edad de los menores y determinar cuándo estamos ante un supuesto y cuándo en otro, la partida de nacimiento aparece como documento trascendente dentro del proceso penal. Solo con tal documento puede saberse absolutamente la edad cronológica de los menores. La prueba de la edad no es solo la demostración de un dato más en el proceso donde se instruye un acceso sexual sobre un menor que puede o no cumplirse; sino representa una condición *sine qua non*, sin la cual no puede expedirse sentencia condenatoria, puesto que la edad constituye un elemento principal del tipo objetivo[1218]. Ello ha sido aceptado en forma unánime por la jurisprudencia peruana. Como ejemplos podemos citar los siguientes precedentes judiciales:

- *"En el delito de violación de la libertad sexual debe establecerse, de manera clara e inequívoca la edad de la agraviada, por lo que debe solicitarse de oficio la partida de nacimiento"*[1219].

[1217] Como ejemplo en el cual los indefensos niños son víctimas de estos graves hechos es la ejecutoria suprema del 20 de septiembre del 2005, en la cual se fundamenta "que de autos aparece que el día cinco de marzo del dos mil cuatro, en horas de la tarde, el encausado Ihuaranqui Pérez, con engaños, condujo a su domicilio al menor agraviado, de seis años de edad, según partida de nacimiento de fojas dieciséis donde le hizo sufrir el acto sexual contra natura" (R.N. N.° 1364-2005-Loreto, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 442).

[1218] Cfr. CASTILLO ALVA, 2002, p. 292.

[1219] Ejecutoria suprema del 18 de junio de 1992, Exp. N.° 479-92-A, **en** ROJJASI PELLA, 1997, p. 171.

- *"Que la agraviada contaba con menos de siete años al momento que ocurren los hechos. Este extremo del tipo se halla acreditado con la partida de nacimiento de la menor. En efecto, a fojas cuarenta y dos corre la misma, apareciendo allí que la menor agraviada nació el primero de abril de mil novecientos noventa y dos, contando al cinco de enero del presente año con menos de siete"*(1220).
- *"Que la menor contaba con menos de catorce años, pero más de diez al momento en que ocurren los hechos. Este extremo del tipo se acredita, igualmente con las propias versiones del procesado, quien al ser interrogado por el señor Fiscal Superior, durante la audiencia del juicio oral, declara que la menor tenía aproximadamente trece años; que esta afirmación coincide con la copia de la partida de nacimiento que corre a fojas veintiséis, donde aparece que [...] nació el veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro"*(1221).
- *"Que, la responsabilidad penal del acusado Marcelino Orihuela Medina, en la comisión del delito instruido, se encuentra debidamente acreditada con el certificado de fojas veinte, expedido por la obstetriz del Hospital de Apoyo de San Miguel-Ayacucho, la referencial de la menor agraviada de fojas diez, su declaración preventiva de fojas setenta y seis a setenta y siete, diligencias en las que mantiene una sindicación firme y coherente respecto a la autoría en el ilícito investigado del citado encausado, quien en el acto oral acepta que violó sexualmente a la menor hasta en tres ocasiones, cuando esta contaba con menos de catorce años, minoría de edad que se acredita con la partida de nacimiento"*(1222).

En su defecto y de modo excepcional, cuando sea imposible conseguir la partida de nacimiento en las municipalidades, sea porque el menor no fue inscrito o por cualquier otra razón, será necesario un reconocimiento médico legal para establecer la edad aproximada del menor. Así

(1220) Resolución superior del 30 de noviembre de 1998, Exp. N.º 98-006, **en** ARMAZA GALDÓS/ ZAVALA TOYA, 1999, p. 209.

(1221) Resolución superior del 2 de octubre de 1998, Exp. N.º 589-98-P/CAM, **en** ARMAZA GALDÓS/ ZAVALA TOYA, 1999, p. 153.

(1222) R.N. N.º 3489-2002-Ayacucho. Sala Penal Suprema Transitoria.

también lo tiene por aceptado la jurisprudencia nacional, tal como se argumenta en las dos ejecutorias supremas siguientes:

- *"Para que se acredite fehacientemente el delito contra la libertad y el honor sexual debe tenerse a la vista la partida de nacimiento o, en su defecto, el reconocimiento médico legal que determine la edad de la ofendida"*(1223).
- *"Si bien de la revisión del proceso se advierte que no se ha adjuntado la partida de nacimiento de la agraviada, del certificado médico se desprende que su edad aproximada es de 14 años, sin embargo, el referido instrumental indica que la edad mental de la agraviada corresponde a una persona de 18 años; sin embargo, estando al tiempo transcurrido debe aplicarse lo más favorable al reo"*(1224).

No obstante, el reconocimiento médico legal para determinar la edad de la víctima no vincula al operador jurídico, toda vez que la edad que indican los especialistas es meramente presuntiva. De esta forma se pronuncia la ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1999, al argumentar que: *"en la doctrina se ha uniformizado, el criterio de que el reconocimiento médico legal por parte de los especialistas en la materia es netamente estimatorio, a fin de determinar la edad con un margen de error de dos años más o menos; en este orden de ideas, al haber dudas respecto a la fecha de nacimiento de la menor agraviada por el delito de violación de la libertad sexual, debe estarse a lo más favorable al reo en aplicación del inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, por lo que la conducta del procesado debe encuadrarse en el numeral 170 del Código Penal –violación real–; ello en atención al principio de la determinación alternativa que permite que el órgano jurisdiccional puede encuadrar la conducta del encausado en el tipo penal genérico, con la específica finalidad de evitar injustos fallos al existir una errónea calificación jurídica de hecho imputado"*(1225).

(1223) Ejecutoria suprema del 21 de mayo de 1990, Exp. N.º 105-90-Piura, **en** RETAMOZO/PONCE, 1994, p. 149.

(1224) Ejecutoria suprema del 1 de septiembre de 1995, Exp. N.º 1385-94-Cusco, **en** GÓMEZ MENDOZA, 1996, p. 97.

(1225) Exp. N.º 5072-98-Junín, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 327. Tal razonamiento resulta coherente siempre y cuando esté probado que el acceso carnal sexual se haya producido con violencia o grave amenaza, caso contrario, se impone la absolución del procesado.

Se suscita aquí la interrogante en torno a la posible aplicación del contenido del artículo 170 del Código Penal. Esta disposición solo se podrá aplicar si el sujeto activo empleó violencia o amenaza para acceder sexualmente a la víctima, caso contrario, dicha conducta quedará impune por delito de acceso sexual[1226].

3.3. Desde cuándo corre el término de la prescripción de la acción penal

Los supuestos en los cuales el legislador solo se limitó a indicar la pena mínima mas no la máxima, ha generado una serie de interpretaciones que al final ha tenido que emitirse una ejecutoria suprema con carácter vinculante. En efecto, en el recurso de nulidad N.° 2860-2006, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al resolver un caso concreto sobre un delito de acceso carnal sexual sobre un menor, el 25 de junio del 2007, dispuso que los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la ejecutoria[1227] constituyen precedente vinculante de observancia obligatoria, toda vez que se dictan reglas de interpretación para establecer el plazo de prescripción de la acción penal en aquellos delitos en que el legislador no ha previsto pena máxima.

De tal forma se tiene: "*Tercero: Que, ahora bien: el artículo ciento setenta y tres del Código Penal prevé la penalidad que corresponde aplicar al autor de un delito de violación de menores y establece distintas escalas penales que toman en cuenta, para su mayor o menor gravedad, la edad concreta del sujeto pasivo al momento de comisión del delito; que, en su texto original, el artículo ciento setenta y tres del Código Penal conminaba en sus tres incisos penas de diferente duración, según el grupo etario que se señalaba en cada uno de ellos, sin embargo, solo consignaba el mínimo de la pena legal y omitía toda referencia expresa a su límite máximo; que, no obstante ello, tal opción legislativa –por una ineludible aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y de coherencia y autolimitación interna entre las circunstancias agravantes legalmente*

[1226] *Vid.* BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 249; CARO CORIA, en CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 111.

[1227] *Vid.* la ejecutoria suprema completa **en** ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2007, p. 384.

incorporadas– no autoriza a concluir que el extremo superior de penalidad legal no existe y que, por ello, deba acudirse al límite general o abstracto de la pena privativa de libertad; que, por el contrario, y –como se ha expuesto precedentemente– por estrictas razones sistemáticas entre las aludidas circunstancias definidas en cada inciso del tipo legal, este debe corresponder al mínimo legal previsto para el grupo etario precedente; que, por consiguiente, para el inciso tercero el máximo de pena aplicable era el mínimo señalado en el inciso segundo, y para el inciso segundo, el máximo legal correspondía al extremo mínimo de pena conminada establecido en el inciso primero; que en relación a este último inciso, el máximo legal de la pena conminada sería el genérico que establecía el hoy suprimido artículo veintinueve del Código Penal, también en su texto original, para la pena privativa de libertad y que era de veinticinco años. Cuarto: Que en la redacción actual del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, que fuera incorporado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, del cinco de abril del dos mil seis, así como en las modificatorias establecidas por las leyes números veintiséis mil doscientos noventa y tres, veintisiete mil cuatros setenta y dos, veintisiete mil quinientos siete y veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, sí se consignó para cada inciso un límite mínimo o máximo de pena conminada; que con relación a la agravante especial que describe el párrafo final del texto vigente del artículo ciento sesenta y tres del Código Penal, la pena aplicable a los casos de los incisos dos y tres es de cadena perpetua; que, no obstante ello, en la redacción precedente que introdujo la ley veintiocho mil doscientos cincuenta y uno, del ocho de junio del dos mil cuatro, para dicho supuesto agravado la pena privativa de libertad señalaba solamente un mínimo de treinta años, por lo que para los supuestos contenidos en los incisos antes mencionados, el máximo de pena privativa de libertad aplicable era de treinta y cinco años, pues el inciso uno consignaba como pena exclusiva la de cadena perpetua".

3.4. Agravantes de acceso sexual sobre un menor

Las circunstancias que agravan la conducta delictiva de acceso sexual sobre un menor aparecen expresamente previstas en el último párrafo del artículo 173, así como en el artículo 173-A del Código Penal.

Así tenemos:

1. Cuando 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. Aquí la agravante depende de la calidad personal del agente, comprendiendo dos supuestos claramente diferenciados:

   Primero, que el agente tenga alguna autoridad sobre el menor por cualquier posición, cargo o vínculo familiar. Situaciones que, según Bramont Arias[1228], originan mayores posibilidades para la comisión del delito, consiguientes al temor reverencial, por ejemplo, padre, tutor, curador, hermano, tío, padrastro, etc. La ley fundamenta el castigo y la mayor sanción de estas circunstancias en la superioridad y supremacía que ejerce el autor sobre la víctima, las mismas que se traducen en determinada posición, cargo o vínculo familiar; o en suma en una situación de prevalimento[1229].

   Este supuesto agravante de la conducta delictiva ha sido debidamente identificado en nuestra jurisprudencia. El precedente jurisprudencial del 21 de noviembre de 1997 señala "*que, el delito imputado al acusado [...] se subsume en el inciso segundo y en la agravante prevista en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres, por tratarse del delito de violación contra la libertad –violación de la libertad sexual del menor– en el que el agente resulta ser padre de la agraviada; que dicho ilícito fue perpetrado en diversos momentos, habiéndose cometido la primera violación cuando la menor [...], tenía diez años de edad, repitiéndose luego en diversas oportunidades hasta el veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, fecha en que tuvo lugar la última violación, cuando la menor contaba con doce años, tres meses y dieciocho días de edad; que siendo esto así, el comportamiento delictivo del mencionado acusado ha infringido repetidas veces la misma ley penal con actos ejecutivos que forman parte de una misma resolución criminal*"[1230]. Idéntico supuesto en el cual el agente es padre de la

[1228] BRAMONT ARIAS, 1990, p. 26.

[1229] CHOCANO RODRÍGUEZ, 1994, p. 767. Igual: CASTILLO ALVA, 2002, p. 307.

[1230] R.N. N.º 4938-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 196.

agraviada, también aparece en la ejecutoria del 15 de enero del 2004, cuando fundamenta que ha quedado "*fehacientemente acreditado que [el acusado], en su condición de padre de la menor agraviada, aprovechó su relación de confianza y dependencia para dar rienda suelta a sus bajos instintos y lesionarla en la indemnidad sexual, amenazándola en todo momento con irse de la casa si contaba lo ocurrido a su madre, sin tener en consideración el sustento necesario y obligado que tenía para con sus seis hijos menores de edad, ello demuestra el absoluto desinterés por el cuidado y respeto hacia la prole [...] que ante estos hechos se concluye que el sujeto activo se ha mantenido alejado de todo sentimiento de respeto frente a sus hijos y que, aprovechando la facilidad de la convivencia, el abuso de confianza y su autoridad paterna, condujo al abuso sexual de su menor hija, siendo relevante para el presente proceso la minoría de edad y su relación parental*"[1231].

La resolución del 30 de diciembre de 1997, de la Sala Penal de la Corte Superior de Ayacucho, argumenta "*que, la menor agraviada N.N. en el acto oral entre sollozos, identificó al acusado, Rubén Leiva Ochante, como el autor de las violaciones sexuales reiteradas de las que fue objeto, desde que tenía ocho años de edad, resultando coherentes sus versiones, en cuanto al lugar y tiempo. Pues sostiene que la primera vez que fue violada, fue en el domicilio de Fortunato Ayala, por el acusado, en el año de mil novecientos noventa y desde la fecha aludida fue violada sexualmente en forma reiterada; también fue ultrajada en el domicilio de la madre del acusado, ubicado en el Jirón San Martín de la Pampa del Arco, manzana I, lote dos; hasta que finalmente quedó embarazada y dio a luz, a la menor [de nombre reservado por ley], el día once de octubre de mil novecientos noventa y seis, siendo reconocido voluntariamente por el acusado [...]. Es más, la agraviada N.N., en el acto oral, corroborando su versión prestada en su declaración preventiva de fojas treinta y cuatro, sostiene que, por haber quedado huérfana de madre apenas a los tres años de edad, consideró que su madrastra era su madre; sin embargo, gracias*

[1231] R.N. N.º 2593-03-Ica, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 209. En igual sentido, la ejecutoria suprema del 13 de mayo del 2004, Exp. N.º 25-2004-Huánuco, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 169. También ejecutoria suprema del 21 de junio del 2004, R.N. N.º 542-2004-Huaura, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 204.

a hermana de su madre fallecida, pudo tener conocimiento [de] que [aquella] no era su madre, sino su madrastra, y el acusado, [...] no viene a ser su tío, sino hermano de su madrastra. Sostiene que considerando que era su tío el referido acusado, soportó las violaciones sexuales, en su agravio cometido por este"(1232).

También grafica la agravante en análisis la resolución del 2 de octubre de 1998, emitida por la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Arequipa, donde se afirma: "*El [acusado] reconoce que, al momento de ocurrir los hechos, compartía morada con la menor agraviada, y lo hacía en razón de mantener relaciones de convivencia con la madre de la menor [...]; que esta relación tenía aproximadamente diez años de duración a la época en que ocurren los hechos (instructiva, parte pertinente de fojas diecinueve); que, inclusive, afirma haber cuidado de la menor, desde que esta contaba con tres años, como si fuera su propio padre (instructiva, parte pertinente de fojas veinte), que esta versión, ligeramente modificada, ha sido vertida ante la sala durante el juicio oral; que se halla corroborada con la versión de [la menor], ya citada, quien afirma que [el acusado] es conviviente de la madre de [la menor]; de esta forma, se halla acreditado el especial vínculo que les unía, el cual por su propia naturaleza crea esa relación de autoridad; que, recogiendo la versión del procesado, incluso de confianza, pues la primera oportunidad en que ocurren los hechos la menor se hallaba jugando con él en su propio dormitorio, habiendo sido precisamente esta coyuntura propicia para que el procesado requiera a la menor*"(1233).

En igual sentido la resolución del 1 de agosto de 1995, por la cual la Sexta Sala Penal de Lima, indica: "*resultando agravante el hecho de que el acusado reconoce en la víctima una persona depen-*

(1232) Exp. N.º 159-97, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 1, 1999, p. 508.

(1233) Exp. N.º 589-98-P/CAM, **en** ARMAZA GALDÓS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 153. Un caso real más reciente, en el cual la convivencia de la madre con el agente propicia el acceso carnal sexual sobre menor, da cuenta la ejecutoria del 10 de mayo del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 3574-2003-Callao (**en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 214). En igual sentido, la ejecutoria suprema del 15 de junio del 2004, Exp. N.º 657-2004-Madre de Dios, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 190. También la ejecutoria suprema del 27 de mayo del 2004, R.N. N.º 218-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 221.

diente o sujeta a su dependencia, por ser hermano mayor, con quien cohabitó en las noches que realizaba sus visitas a su madre, extremo no cuestionado por el acusado"[1234].

Segundo, se configura también la agravante cuando el agente realiza actos tendientes a lograr la confianza de su víctima, y aprovechándose de esta particular situación, aquel practica cualquiera de las modalidades de acceso carnal sexual. La confianza supone una relación personal entre dos sujetos. La relación existente entre ambos es la única circunstancia que puede generar una mutua lealtad o una recíproca confianza. En el caso del delito en hermenéutica, la relación debe existir entre el agente y el menor de dieciocho años. Este último debe tener la firme confianza que aquel no realizará actos tendientes a dañarlo. Si no se verifica esta relación de confianza, la agravante no se configura.

De la redacción del tipo penal se concluye que la agravante solo aparece cuando el agente defrauda la confianza que el sujeto pasivo tiene depositada en él, es decir, el agente aprovechando la firme confianza o buena fe que le tiene el menor en el sentido que no hará actos en su perjuicio, le realiza el acceso sexual sin mayor dificultad. Incluso la confianza facilita la comisión del injusto penal.

Se descarta que la agravante se configure cuando el agente defrauda la confianza depositada en él por terceros, como los padres o tutores, y no por el menor afectado. En estos casos, se descarta la agravante toda vez que, al no existir la confianza del menor hacia el agente, este tendrá mayor dificultad (por ejemplo, al oponer resistencia el menor) para lograr su objetivo, el cual es el acceso sexual para satisfacer su apetencia[1235].

Grafica este supuesto el precedente jurisprudencial del 22 de junio de 1998, donde se argumenta "*que conforme al acta de audiencia, [el*

[1234] Exp. N.º 1205-94, **en** *Actualidad Jurídica*, T. 71-B, octubre de 1999, p. 151.

[1235] Castillo Alva, asumiendo una posición discutible y que solo tiene sentido si es un planteamiento *de lege ferenda*, sostiene: "Atendiendo a la naturaleza del delito, y en particular a la calidad del sujeto pasivo, creemos que la agravante igual aparece cuando el agente defrauda la confianza que el sujeto pasivo tiene depositada en él, así como cuando el agente defrauda la confianza de terceros o persona distinta al sujeto pasivo" (2002, p. 312).

encausado] ayudaba 'en sus estudios a la menor agraviada, [...], a quien 'a veces daba plata', a lo que se suma el hecho de que el referido encausado residía con esta y su hermanito, el menor agraviado [...] en el mismo inmueble, teniendo acceso recíproco a todos los ambientes, evidenciándose de este modo que entre el agente y sus víctimas existían vínculos de confianza por lo que la conducta delictiva debe adecuarse a lo establecido en el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por la ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres, que al existir una violación de la ley penal llevada a cabo mediante acciones repetidas que recayeron en dos sujetos pasivos diferentes, el hecho global debe ser tenido como un solo delito continuado de violación de menor, conforme se encuentra señalada por el artículo cuarenta y nueve del Código Penal"(1236).

Respecto al delito continuado de acceso carnal sexual sobre un menor, también en parecido sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 26 de octubre de 1999, al expresar que: *"tratándose que el delito de violación ha sido cometido en momentos diversos, desde que la agraviada tenía 10 años de edad y persistiendo de manera sucesiva en los años siguientes, constituyendo una unidad delictiva por su naturaleza de atentado del bien jurídico protegido de la indemnidad y libertad sexual mediante actos de la misma resolución criminal, por lo que se configura un delito continuado de acuerdo con el artículo 49 del Código sustantivo"*(1237).

Se trata de una fórmula que permite una interpretación más amplia que la del contenido del texto original del artículo 173, pero que, obviamente, comprende todos los casos anteriormente contemplados. De modo tal que, en principio, es de señalar que se configura la agravante cuando la víctima sea "discípulo, aprendiz o doméstico del agente o su descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o un menor confiado a su cuidado"; pero además, también cuando se trate, por ejemplo, de un hermano menor del agente(1238).

(1236) R.N. N.º 1715-98-Cusco, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 199.

(1237) Exp. N.º 2697-99-Lima, Sala Penal C, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 324.

(1238) PRADO SALDARRIAGA, 1996, p. 357.

2. También aparecen como circunstancias agravantes los supuestos previstos en el artículo 173-A, modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 27507, del 13 de julio del 2001. Aquí se especifica que se aplicará cadena perpetua cuando el agente que realice los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 173, cause la muerte de la víctima o le produce lesión grave, pudiendo aquel prever este resultado. El resultado muerte o lesión grave deben realizarse durante la ejecución del acceso sexual o en todo caso, ser consecuencia inmediata de dicho acto en cualquiera de sus modalidades. De verificarse que fue consecuencia de un acto anterior o posterior al acto o acceso sexual, estaremos ante un concurso real de delitos ya sea acceso sexual de menor con homicidio (asesinato, de ser el caso) o acceso carnal sexual de menor con lesiones graves.

   Aquellos resultados deben ser previsibles, es decir, deben ocurrir hasta por culpa del agente. Caso contrario, si se determina que no eran previsibles, aquel no responderá penalmente por estos. Se trata de supuestos agravantes preterintencionales[1239]. Es importante reiterar, con la finalidad de lograr internalizar en la conciencia de los jueces y fiscales del país, que nuestra normatividad penal ha proscrito de nuestro sistema penal nacional la simple responsabilidad objetiva o responsabilidad por el hecho (artículo VII del Código Penal).

Finalmente, en el artículo 173-A aparece una última circunstancia agravante al indicarse que se aplicará cadena perpetua en los supuestos ya indicados cuando el agente proceda con crueldad sobre el menor en la consumación del acceso sexual u otro análogo. Esta circunstancia se verifica cuando el sujeto activo, de manera innecesaria para efectos del acto o acceso sexual elegido, actúa haciendo sufrir deliberada e inhumanamente al menor. El agente goza con el sufrimiento ajeno.

La sobrecriminalización se opone a los principios de reserva de ley, proporcionalidad y humanidad. Pero además, denota una clara utilización simbólica de la ley penal. No obstante, con el profesor Carlos Caro Coria[1240], debemos alegar que un juicio negativo más intenso merece

[1239] En el mismo sentido, Prado Saldarriaga, 1996, p. 357.

[1240] Caro Coria en Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 115.

la agravante del artículo 173-A, tanto porque reproduce la equívoca fórmula de la previsibilidad del resultado por parte del agente, como por elevar la sanción a cadena perpetua para tres supuestos que a todas luces merecen un diferente grado de desvaloración: la provocación de la muerte, de lesiones graves y la existencia de crueldad. La magnitud del daño y los efectos de estos supuestos en la víctima no son los mismos, por lo, que al momento de individualizar la pena a imponer al acusado, el Juez tendrá en cuenta esta circunstancia concreta de modo que el quantum de la pena será diferente.

3.6. Bien jurídico protegido

Con la modificación efectuada por la Ley N.° 30076, se debe concluir que el bien jurídico protegido del delito de acceso carnal sexual sobre un menor es solo la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad.

En primer término, la indemnidad sexual se le entiende como la protección del desarrollo normal de la sexualidad de los menores, quienes todavía no han alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.

La doctrina legal vinculante define a la indemnidad sexual como "la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces"[1241].

Francisco Muñoz Conde[1242], razonablemente, sostiene que en 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.

La jurisprudencia nacional tiene claro este aspecto, como lo demuestra la ejecutoria del 12 de agosto de 1999, cuando reproduciendo los argumentos del último autor citado, expresa que: "*el delito tipificado*

[1241] Fundamento séptimo del Acuerdo Plenario N.° 4-2008/CJ-116.

[1242] MUÑOZ CONDE, 2001, p. 201.

en el artículo 173,. inciso 3 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N.º 896, protege el libre desarrollo sexual del menor, en razón de que el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede efectuar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que indican en su vida o equilibrio psíquico en el futuro"[1243]. En igual sentido, en la ejecutoria del 15 de enero del 2004, la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es la indemnidad sexual, toda vez que: "*lo que la norma protege en los impúberes es su libre desarrollo sexual y psicológico en relación con los mayores, debido a su incapacidad para discernir y el estado de indefensión dado por su minoría de edad*"[1244].

Asimismo, la ejecutoria suprema del 24 de junio del 2003, sostiene: "*que en los delitos de violación sexual de menores se tutela no solo la libertad y el honor sexual, sino principalmente la inocencia de un menor cuyo desarrollo psicoemocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbresde la familia y la sociedad*"[1245]. Precisando aun más el bien jurídico protegido en el delito de acceso carnal sexual sobre menores, la ejecutoria suprema del 20 de agosto del 2010[1246] argumentó que si bien el acusado alegó en su defensa que "*practicó el acto sexual con el consentimiento de dicha menor, esto resulta irrelevante teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido en este tipo penal no es la libertad sino la indemnidad sexual de los niños y adolescentes en orden a su formación sana e integridad física, psicológica y moral, (...) una menor de trece años de edad carece de capacidad para determinarse libremente en el ámbito de las relaciones sexuales*".

[1243] Exp. N.º 1952-99-Apurímac, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 326. En igual sentido, la ejecutoria suprema del 30 de mayo del 2000 (Sala C), Exp. N.º 1264-2000-Huánuco, **en** *Normas Legales*, T. 292, Trujillo, 2000, p. 33.

[1244] R.N. N.º 2593-03-Ica, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 209.

[1245] Exp. N.º 245-2003-Madre de Dios, Sala Penal Suprema Transitoria, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 114. En parecido sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 5 de agosto del 2003 al sostener que "en esta clase de delitos, la ley protege no solo la libertad sino también la inocencia de la víctima cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por tales comportamientos delictivos" (R.N. N.º 904-2003-Santa).

[1246] R.N. N.º 2077-2009-Madre de Dios, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Con Castillo Alva[1247], creemos que la indemnidad sexual es una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todos, como seres humanos, tenemos a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en la esfera íntima, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda su vida. La Ley penal protege al menor tanto de la injerencia abusiva de terceros en el ámbito de su sexualidad como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares, de custodia o de dependencia.

3.7. Sujeto activo

Al tratarse de un delito común, el agente o sujeto activo de la conducta delictiva en hermenéutica puede ser cualquier persona sea varón o mujer. El tipo penal no exige la concurrencia de alguna cualidad o calidad especial, salvo para agravar la conducta, como ha quedado expresado. Incluso puede tener la condición de enamorado, novio o conviviente de la víctima. Se excluye el estado civil de casado aparente, debido a que, de acuerdo a nuestra normatividad civil, es imposible jurídicamente contraer matrimonio con un o una menor de catorce años de edad. Si ello ocurriera, tal matrimonio es nulo.

3.8. Sujeto pasivo

También la víctima o el sujeto pasivo de los supuestos delictivos previstos en el artículo 173 del Código Penal pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de catorce años. Muy bien puede tener alguna relación sentimental con el agente o también, dedicarse a la prostitución. Estas circunstancias son irrelevantes para calificar el delito.

El tipo penal solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 14 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psicofísica

[1247] CASTILLO ALVA, 2002, p. 274.

que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El Derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos[1248]. De ahí que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o si ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencia de acceso carnal sexual.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa y que no cabe la comisión imprudente. Por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en el delito en sus tres clases: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.

En efecto, se configura el dolo directo o indirecto cuando el agente tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y, no obstante, libre y voluntariamente le practica el acto o acceso carnal sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal, bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo (dedos, mano, etc.) en su cavidad vaginal o anal, con la evidente finalidad de satisfacer alguna de sus apetencias sexuales. Si no se identifica esta última circunstancia en el actuar del agente, la figura delictiva no aparece. Es decir, como en todos los delitos sexuales aquí analizados, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo en la conducta sexual desarrollada por el agente.

En cambio, el dolo eventual se presentará cuando el sujeto activo, en el caso concreto, pese a representarse la probabilidad de disponerse a realizar el acceso carnal sexual con una menor de 14 años, no duda ni se abstiene y, por el contrario, sigue actuando y persiste en la realización del acto sexual. Aquí, el autor más que incurrir en un error, obra con total indiferencia respecto al peligro de realizar

[1248] *Vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 281.

acceso carnal con un o una menor y le da lo mismo, pese a la duda que pueda tener (circunstancia que es consustancial al dolo eventual) sobre la edad de su víctima[1249]. Actúa temerariamente.

La jurisprudencia nacional es unánime respecto a que el delito de acceso carnal sobre menores es netamente doloso. El precedente jurisprudencial del 2 de octubre de 1998, de la Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Arequipa, indica: "*Tratándose de afirmaciones que el propio acusado formula, fluyen de las mismas que él era consciente tanto de la conducta que realizaba como de la minoridad de la agraviada y de su posición respecto de ella, sirviendo de sustento probatorio del momento subjetivo lo que se tiene referido para el objetivo*"[1250].

Igual criterio recoge el precedente jurisprudencial del 30 de noviembre de 1998, cuando la misma Sala Mixta Descentralizada de Arequipa sostiene que: "*Debe determinarse, en este nivel, si el procesado era consciente que realizaba acto sexual [con] una persona de menos de siete años y, no obstante ese conocimiento, tener la voluntad de hacerlo. De las declaraciones referidas en la instructiva aparece que el procesado conocía a la menor, teniendo un grado de parentesco, la misma que los visitaba frecuentemente por ser de lugar, lo que permite concluir que el procesado conocía la edad aproximada de la menor; que, si bien sostiene no haber consumado el acto, reconoce haber tenido voluntad de realizarlo; es decir que era consciente de su propia conducta al tiempo que de su propio querer, habiéndose acreditado estos extremos de la conducta típica*"[1251].

4.1. Error de tipo

El error de tipo previsto en el primer párrafo del artículo 14 del Código Penal es el desconocimiento o falso conocimiento de un elemento del tipo penal, que origina según su invencibilidad o vencibilidad, la exclusión de la responsabilidad penal o la sanción de la infracción como culposa cuando estuviera prevista como tal en la ley.

[1249] Ibídem, p. 303.

[1250] Exp. N.º 589-98-P/CAM, **en** ARMAZA GALDÓS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 153.

[1251] Exp. N.º 98-006, en ARMAZA GALDÓS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 209.

Hermenéuticamente, no hay inconveniente para sostener que en cuanto a la edad de la víctima es posible el error de tipo. Se presentará esta categoría jurídica, por ejemplo, cuando el agente actúe con la creencia firme que el sujeto pasivo con el cual realiza el acceso carnal sexual es mayor de catorce años[1252], situación que se resolverá aplicando lo dispuesto en el artículo 14 del Código Penal[1253], siempre y cuando el sujeto activo no haya hecho uso de violencia o amenaza grave sobre la víctima, pues de verificarse la concurrencia de estos factores en el caso concreto, el operador jurídico subsumirá los hechos al acceso carnal sexual previsto y sancionado en el artículo 170 del Código Penal[1254].

En efecto, el "*error surge cuando el sujeto tiene falsa representación de la realidad o no entiende, de manera correcta, su significado social o jurídico, ahora bien, el error de tipo se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo catorce del Código Penal, este recae sobre un elemento objetivo de tipo, el sujeto piensa que está realizando un hecho atípico, pero objetivamente ha realizado una conducta de relevancia para el ordenamiento jurídico penal. El error de tipo es de carácter vencible si el sujeto, actuando dentro de los parámetros de la diligencia debida, hubiese podido darse cuenta del defecto de apreciación en que incurría, es decir, es un error superable, aquí solo se elimina el dolo, dado que subsiste la culpa [sic] y el hecho sería sancionado como un delito culposo siempre y cuando se encuentre tipificado como tal con el [órgano] colegio penal, que según lo establece el artículo doce del precitado cuerpo de leyes, el error de tipo invencible, en cambio, se presenta cuando a pesar de la diligencia debida el sujeto no puede darse cuenta de su error, es decir, es un error de carácter insuperable, en donde el agente queda exento de responsabilidad penal, pues se elimina tanto el dolo como la culpa. [...] [D] el estudio y análisis de autos se tiene que la Sala Superior Penal en el desarrollo de juicio oral, en la sesión de audiencia de fecha diecisiete de septiembre del dos mil tres, durante la comparecencia de menor agraviada, conforme al principio de inmediación, ha podido verificar que la citada menor presenta un desarrollo físico que excede*

[1252] Esto después del Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116 de julio del 2008. Pero para la ley sería mayor a los 18 años.

[1253] En igual sentido, Caro Coria en Caro Coria/San Martín Castro, 2000, p. 111.

[1254] Cfr. Bramont-Arias/García Cantizano, 1997, p. 249.

el promedio que presenta una persona de catorce años de edad, aspecto que indudablemente puede hacer inducir a error en cuanto a su verdadera edad a quien, a simple vista, la observe, situación que en todo caso también ha influido en el acusado"[1255].

En la ejecutoria del 1 de octubre del 2004, la Primera Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte fundamenta el error de tipo afirmando que: "*del estudio y análisis de autos se desprende que la agraviada, en la época de ocurridos los hechos contaba con un poco más de trece años de edad; apreciándose además de su declaración preventiva (...) que esta declara y reconoce no solo haber sido enamorada del acusado, sino haberlo inducido a error en cuanto a su verda*dera edad*, al mentirle que contaba con dieciséis años de edad al momento de suscitados los hechos, agregando inclusive que las relaciones sexuales las ha mantenido voluntariamente y sin ningún tipo de violencia. Estas versiones, por lo demás, se ven corroboradas con la declaración instructiva del procesado [...] donde sostiene que efectivamente tuvo relaciones sexuales con la menor agraviada porque esta le manifestó que tenía dieciséis años de edad, lo cual ha sido debidamente compulsado por la Sala Superior*"[1256]. Parecidas posturas asumieron las ejecutorias supremas del 27 de enero del 2010[1257], del 14 de marzo del 2011[1258] y del 18 de setiembre del 2014[1259] que decidieron absolver a los acusados del delito de acceso carnal sexual sobre menor de edad.

La alegación del error de tipo respecto de la edad tiene que acreditarse en el proceso. No basta la sola invocación por la defensa del

---

[1255] Ejecutoria suprema del 11 de octubre del 2004, 1ª Sala Penal Suprema Transitoria, R.N. N.º 323-04-Huánuco, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 86. Parecidos casos recogen las ejecutorias supremas del 03 de diciembre del 2007, R.N. N.º 336-2007-Arequipa; del 11 de febrero del 2008, RN. N.º 3784-2007-Callao; del 1 de octubre del 2004, R.N. N.º 63-04-La Libertad y del 4 de octubre del 2004; R.N. N.º 227-2004-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, pp. 75 y 83, respectivamente. En doctrina, *vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 302.

[1256] R.N. N.º 63-04-La Libertad, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 75. En igual sentido, la ejecutoria suprema del 28 de mayo de l2004, Exp. N.º 472-2003-Arequipa, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 271.

[1257] R.N. N.º 2540-2009-Apurímac. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

[1258] R.N. N.º 911-2010-Lima. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

[1259] R.N. N.º 1809-2014-Lima Norte, Sala Penal Permanente.

acusado. La ejecutoria suprema del 17 de junio del 2008[1260] da cuenta de un caso concreto en el cual, pese a que la defensa del acusado alegó error de tipo, tal argumento no prevaleció. En efecto, allí se sostiene que *"si bien refiere que actuó bajo un supuesto error respecto a la edad de la menor, es de indicar que la agraviada estudiaba en el Centro Educativo donde el encausado se desempeñaba como docente, incluso fue su alumna, por lo que se encontraba en condiciones de percatarse sobre su edad; asimismo, en la pericia psicológica que se le practicó (...) se establece que cuenta con un nivel intelectual promedio, razón por la cual no resultan atendibles las alegaciones que invoca en su medio de impugnación"*. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 26 de julio del 2010[1261] rechazó el argumento de defensa que alegó la concurrencia de un error de tipo, respecto a la edad de la víctima.

Tanto si el error es invencible como vencible no podrá sancionarse al sujeto activo por el artículo 173 del Código Penal: si es invencible, se eliminaría el dolo y la culpa; y si es vencible, se elimina solo el dolo quedando subsistente la culpa, no obstante, al no admitirse en nuestro sistema jurídico el delito de acceso sexual por imprudencia o negligencia, dicha conducta será atípica y, por lo tanto, irrelevante penalmente.

En la misma línea, la Suprema Corte ha sostenido que: *"en el caso de autos se ha producido la figura del error de tipo, que se da de dos maneras, cuando el agente actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionada como un delito culposo si está contemplado por el Código Penal; a esto se le llama error vencible, o en su defecto, cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el agente queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa, entendiéndose esta situación como error invencible; en tal contexto, siendo que el delito materia de acusación es el*

[1260] R.N N.º 79-2008-Loreto, **en** *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 1, julio del 2009, p. 99. En parecido sentido, la Sala Penal Permanente, en la ejecutoria suprema del 15 de octubre del 2007, en el R.N. N.º 2445-2007-Puno, estableció "que el argumento del encausado de que incurrió en un error de tipo por realizar el acto sexual con la agraviada sin saber que tenía menos de catorce años de edad, carece de apoyo probatorio".

[1261] R.N. N.º 318-2010-Lima. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

comprendido en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal y que el argumento del recurrente está referido al error de tipo, que tuvo lugar cuando el agente cree que el sujeto pasivo es mayor de catorce años, en este caso, tanto si el error es invencible o vencible no podrá castigarse al sujeto activo por la norma sustantiva antes acotada, al no admitirse expresamente por ley la figura de violación culposa, por tanto, al no darse los elementos constitutivos del tipo penal instruido debe procederse a su absolución"[1262].

5. ANTIJURIDICIDAD

La misma naturaleza del delito de acceso sexual sobre un menor hace imposible que, en la realidad práctica, se presenten casos donde funcione de manera positiva alguna causa justificante cuando la víctima tenga una edad menor a 14 años. A los adolescentes menores de 14 años, nuestro sistema jurídico los protege de sobremanera y todos sabemos, hasta por sentido común, que debemos protegerlos y cuidarlos.

6. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de acceso sexual sobre un menor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de acceso carnal sexual sobre menor, conocía la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará si sabía que dicho acto estaba prohibido por ser contrario al Derecho.

Resulta obvio que la alegación de un error de prohibición debe ser acreditada al interior del proceso penal con la actividad probatoria mínima y pertinente, caso contrario, se tendrá como un simple argumento de

(1262) Ejecutoria suprema del 11 de febrero del 2008, R.N. N.º 3784-2007-Callao, Segunda Sala Penal Transitoria. Esta Sala Penal, en el mismo sentido, se pronunció en la ejecutoria del 13 de diciembre del 2007 en el R.N. N.º 3232-2007-Ucayali.

defensa. La ejecutoria suprema del 13 de abril del 2010[1263], da cuenta de un caso real en el cual la defensa alegó infructuosamente que el acusado había actuado desconociendo que mantener relaciones sexuales con una menor de edad constituía delito. Allí se argumenta que: *"la concurrencia del error de prohibición se ve enervada con la declaración de la menor agraviada en sede preliminar (...) quien señaló que el acusado aprovechaba que sus padres se ausentaban de su vivienda para mantener relaciones sexuales; precisó que cuando se negó, este le dijo que no iba a ocurrir nada y luego la penetró vaginalmente; agregó que posteriormente el acusado se fue de su casa porque tenía miedo de que sus padres se enteraran de lo que había hecho y lo golpearan; que en sede judicial (...) reiteró que el acusado se aprovechó que la deponente se encontraba sola para poder agredirla sexualmente en contra de su voluntad; que por consiguiente, es evidente que la conducta desarrollada por el encausado (...) no se condice con la de un sujeto que desconocía el carácter delictuoso de su acto y, por el contrario, permite sostener de manera ficta que tenía conocimiento y comprensión que estaba contrariando normas penales, pues realizó las prácticas sexuales clandestinamente, ocultando el hecho a la familia de la menor agraviada, conocedor de la ilicitud de su acto".*

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito de tipo sexual.

6.1. Error culturalmente condicionado

En el Perú, teniendo en cuenta que existen en la realidad poblaciones que todavía no han llegado a internalizar los parámetros culturales (de carácter o tipo occidental) que dominan la mayoría de los peruanos, y por tanto, existen compatriotas que consideran que mantener relaciones sexuales con una menor de 12 hasta 18 años es normal y natural, en la praxis judicial se presentan casos de error culturalmente condicionado previsto y sancionado en el artículo 15 del Código Penal de 1991. Esta clase de error se configura cuando el agente desconoce la ilicitud de su conducta, ignora que su comportamiento resulta injustificable, por lo que la conducta muy bien puede ser típica y antijurídica pero no puede ser

[1263] R.N. N.° 2002-2009-Junín. Sala Penal Permanente de la Suprema Corte.

atribuida personalmente a su autor, pues este desconoce la antijuridicidad de su hecho, presupuestos que hacen inexistente la culpabilidad por lo que el delito no aparece. Aspecto que sin duda para que prospere, debe ser acreditado en el proceso penal mediante un documento o peritaje antropológico, tal como se ha precisado en la ejecutoria suprema del 11 de noviembre del 2011[1264].

La ejecutoria suprema del 5 de octubre de 1999 expone un caso real en el cual, para su solución jurídica, los magistrados razonablemente hicieron uso de la figura del error culturalmente condicionado. Allí se argumenta: "*que, de la revisión de los autos aparece que se imputa al encausado Juan López Martínez, el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación de un menor, en perjuicio de una menor cuya identidad se reserva en virtud de la ley veintisiete mil ciento quince; que, en efecto, la conducta del mencionado acusado es típica objetivamente, porque su accionar describe el tipo penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, que reprime al que mantiene relaciones sexuales con una menor de catorce años; que, sin embargo la conducta del encausado debe ser analizada teniendo en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias de la realización del evento, y sobre todo considerando el medio social en que se desenvuelve, relevándose el hecho que es hijo de una nativa ashaninca del Valle de Pangoa de la Selva de Satipo, que ha vivido en una comunidad nativa en su niñez, habiendo por ello interiorizado las costumbres propias de su pueblo, donde las mujeres están en capacidad de tener pareja luego de su primera menstruación, lo que significa que mantienen relaciones sexuales siendo muy jovencitas, citándose al respecto a: (Stéfano Veresse: "La Sala de los Cerros", mil novecientos setenta y dos), apreciándose que en estas comunidades, la mujer, al contraer una pareja, no sale del hogar o de la familia, la que se ve incrementado con el ingreso del conviviente nativo, quien debe trabajar para la familia, de allí que dentro de los ashaninca, la mujer sea entregada a un varón siendo muy joven para lograr que este ayude a la familia de la mujer, todo ello nos lleva a la aplicación del artículo quince del Código Penal, que consagra el error de comprensión culturalmente condicionado, es decir, el error en que cae quien por su cultura, por pertenecer a un grupo social [distinto],*

[1264] R.N. N.° 2279-2011-Cajamarca. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

no puede interiorizar o no puede comprender por qué la sociedad occidental y cristiana prohíbe mantener relaciones sexuales con una mujer que ya menstrúa y puede tener hijos"(1265).

7. TENTATIVA

Al constituir un delito de resultado, es posible que el injusto penal se quede en el grado de tentativa, es decir, el agente inicia la comisión del acto o acceso carnal sexual o análogo que ha decidido voluntariamente realizar, sin embargo, por causas extrañas a su primigenia intención no logra su finalidad de acceder sexualmente a su víctima o voluntariamente decide no consumar el hecho punible. 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.

El primer supuesto, por ejemplo, sucedió en el caso real que presenta la ejecutoria suprema del 21 de mayo del 2003. En efecto, allí se argumenta: "*que durante la secuela de la instrucción y el juicio oral se ha llegado a establecer fehacientemente tanto la tentativa del delito contra la libertad sexual del agraviado así como la responsabilidad penal del encausado Viñolo Pizarro, el mismo que ha reconocido haber conducido al menor hasta su domicilio realizándole tocamientos en sus partes íntimas, habiéndose establecido igualmente la evidente intención de mantener actos contra natura que fue la acción final que se había propuesto y que no se llegó a concretar debido al dolor que sentía el menor*"(1266). En igual sentido, la ejecutoria

(1265) Exp. N.º 2456-99-Junín, **en** CHOCANO/VALLADOLID, 2002, p. 74. Idéntica situación es recogida en la ejecutoria suprema del 1 de julio del 2004; R.N. N.º 1037-2004-Amazonas, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 90. Igual, en la ejecutoria suprema del 17 de junio del 2004, R.N. N.º 755-2004-Cusco, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 176. En esta última se fundamenta afirmando que "se debe tener en cuenta su condición personal como natural de una comunidad campesina que se ubica en las alturas de la ciudad del Cusco, en donde es costumbre ancestral que las menores de edad sean entregadas por sus padres para que hagan vida marital desde los inicios de su pubertad, a lo que se suma que el autor aludido ha tenido una instrucción incipiente, de escasos recursos económicos y que para la comisión de los hechos no ha utilizado violencia alguna sobre la agraviada, por lo que su conducta se adecua a la figura del error de prohibición culturalmente condicionado".

(1266) R.N. N.º 408-03-Lima, Sala Penal Suprema Permanente. Parecido hecho real da cuenta la ejecutoria del 14 de enero del 2004, cuando la Sala Penal Transitoria expresa que "el citado

suprema del 1 de febrero del 2000 argumenta: "*que, fluye de los actuados, que en circunstancias que la menor agraviada se dirigía con dirección del Centro Poblado Naranjos Alto en compañía de su hermanito de cinco años de edad, fue interceptada por el encausado Vega Díaz, quien bajo amenaza la condujo hacia unos arbustos obligándola a despojarse de su prenda íntima con el propósito de practicar el acto sexual, no llegando a consumar el ilícito penal por la oportuna aparición de una persona de sexo femenino, debiendo colegirse con meridiana claridad que la acción subjetiva del encausado estuvo dirigida a practicar el acto sexual, que no se llegó a consumar por causas evidentemente ajenas a su voluntad*"(1267).

Si bien en teoría resulta fácilmente identificable la tentativa del delito de violación de un menor, en la práctica judicial resulta cuestión o tarea difícil y muchas veces se le confunde con el delito de actos contra el pudor, cuando, de acuerdo a la redacción de los tipos penales 173 y 176 son figuras totalmente diferenciadas y excluyentes.

Ante esta aparente confusión, nuestra Suprema Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado en forma clara y pedagógica, y ha señalado ciertos presupuestos que deben tener en cuenta los demás operadores jurídicos para saber cuándo están ante la tentativa del delito de acceso sexual contra un menor y cuándo ante el delito de actos contra el pudor de menor. En la ejecutoria suprema del 6 de noviembre del 2007, la Segunda Sala Penal Transitoria, argumentó que: "*la diferencia entre el delito de violación sexual y los actos contra el pudor, aun cuando ambos protegen la libertad sexual, fundamentalmente estriba que en el atentado contra el pudor no existe la intención de hacer sufrir el acto sexual a la víctima, sino*

imputado efectivamente trató de violarla sexualmente, pero esta acción no logró concretarse porque ella comenzó a sentir dolor cuando el precitado estuvo en su encima para luego de ello entregarle la suma de 5 nuevos soles con el agregado de que cuando se produjeron los hechos –15 de febrero del 2002– la víctima contaba con 11 años de edad" (Exp. N.º 2541-2003-Callao, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 223).

(1267) *Vid.* Exp. N.º 4630-99-Amazonas, **en** CHOCANO/VALLADOLID, 2002, p. 80. En el mismo sentido, la aparición oportuna de un tercero en la escena del crimen evitó la consumación del acceso carnal sobre menor en la ejecutoria suprema del 3 de junio del 2004-Ucayali, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 267; en la ejecutoria del 21 de junio del 2004, Exp. N.º 696-2004-Lima (CASTILLO ALVA, 2006, p. 292), y en la ejecutoria del 12 de mayo del 2004, R.N. N.º 03-2004-Cañete (CASTILLO ALVA, 2006, p. 299).

únicamente someterla a tocamientos lúbrico somático en zonas sexuales con el fin de obtener satisfacción erótica, es por ello, que el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigida a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por dichos actos libidinosos"(1268).

En esa misma línea jurisprudencial, la ejecutoria suprema del 14 de abril de 1994, declarando haber nulidad en la sentencia recurrida que condenó al procesado por el delito de actos contra el pudor de menor, la reformó y condenó al procesado por el delito de acceso sexual sobre un menor en el grado de tentativa, argumentando "*que, durante la secuela del proceso, se ha llegado a establecer que la resolución delictiva del agente fue la de violar la libertad sexual de su menor hija, habiendo realizado todos los actos tendientes a la infracción contenida en el artículo ciento noventa y nueve del Código Penal abrogado*"(1269).

También, la ejecutoria suprema del 19 de septiembre de 1996, argumenta que: "*la conducta del procesado estuvo dirigida a practicar el acto sexual con la menor agraviada, el que no se consumó, quedando solo en tentativa, ilícito previsto en el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, por el cual el [órgano] colegiado lo condena, sin embargo, simultáneamente también lo condena por el delito de actos contrarios al pudor en perjuicio de la misma agraviada, y en base a los mismos hechos, decisión que resulta implicante respecto al delito inicialmente glosado, pues este que se encuentra contemplado en el artículo ciento setenta y seis del Código acotado, requiere para su configuración que la intención o propósito del agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos, lo que no corresponde al caso de autos en que la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a practicar el acto sexual en la agraviada, subsumiéndose la conducta desplegada con tal intención en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso*"(1270).

(1268) R.N. N.º 5225-2006-Junín, **en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 251.

(1269) Exp. N.º 695-94-Loreto, **en** *Anales Judiciales*, T. LXXXII, Lima, 1998.

(1270) Exp. N.º 1798-95-B-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 183.

Otro precedente jurisprudencial que sirve para diferenciar y limitar la tentativa de acceso carnal sexual de menor con los actos contra el pudor de menor, lo constituye la ejecutoria suprema del 21 de agosto de 1997, en la cual se sostiene: "*que, el encausado [...] ha reconocido haber tratado de poseer sexualmente a la agraviada [FCJ], de solo ocho años y tres meses de edad, a la fecha de los hechos, y en su propósito llegó inclusive a eyacular entre las piernas de la menor, quien comenzó a gritar, lo que motivó para que este desistiera de su resolución criminal violatoria; que, consecuentemente la conducta sub iúdice constituye delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, mas no delito contra el pudor; que, de otro lado en tanto los actos libidinosos, consistentes en frotamientos vaginales con su miembro viril, hechos que hiciera sufrir a la menor [RSG], de solo siete años, tres meses y catorce días de edad, sin que el agente tuviera la decisión de hacerla sufrir el acto sexual, constituye delito contra el pudor, mas no violación de la libertad sexual en grado de tentativa*"[1271].

8. CONSUMACIÓN

Igual como ocurren en las conductas sexuales ya analizadas, el delito de acceso sexual de menor se perfecciona o consuma con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal, anal (contra natura) o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor o cuando en alguna de esas cavidades del sujeto activo venga a introducirse el pene del varón-menor agredido sexualmente.

En caso del uso de objetos o partes del cuerpo, se perfecciona cuando por ejemplo, una prótesis sexual o algún objeto parecido al pene son introducidos por vía vaginal o anal del menor, o en su caso, cuando por ejemplo, el agente introduce algún dedo o la mano en el conducto vaginal o rectal de su víctima menor.

[1271] Exp. N.º 3529-97-Cusco, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 384.

En la praxis judicial ha quedado establecido que para consumarse el delito de acceso sexual sobre un menor es suficiente la penetración parcial. De ese modo, nuestra Suprema Corte, por ejecutoria suprema del 20 de octubre de 1997, sostuvo: "*que, de la revisión del proceso, se tiene que si bien es cierto que el acusado [...] admite haber intentado abusar sexualmente de la [...] [luego] desistió voluntariamente, para [después] solo frotarle su miembro viril en los glúteos [...], también lo es que la menor [...] comenzó a manar sangre por el ano, la que incluso manchó su prenda íntima; que, siendo esto así, se debe concluir que tal hecho configura un delito consumado de violación, que de ninguna manera puede ser considerado como tentativa, pues el certificado médico legal de la agraviada [...] es concluyente [al] indicar que esta presentaba laceración anal en horas diez y doce, a lo que se debe agregar que los médicos legistas, al momento de su ratificación en el acto oral y al ser interrogados por el [órgano] colegiado si ha existido o no coito contra natura, respondieron afirmativamente, precisamente porque ha existido acción física de penetración, la que, como consecuencia de ello ha producido laceración anal por presión ejercida de fuera hacia dentro; que, siendo esto así, para efectos de la consumación es irrelevante que la penetración contra natura haya sido parcial*"[1272]. Igual criterio, pero por vía vaginal, aparece en la ejecutoria suprema del 1 de julio del 2004, cuando la Sala Penal Permanente del Supremo Tribunal alega: "*que el delito de violación no requiere para su consumación penetración total, eyaculación o la culminación del propósito lascivo del agente, basta una penetración así sea parcial que importe la introducción del pene en el introito vaginal*"[1273].

Igual criterio es recogido por la Sexta Sala Penal de la Corte Superior de Lima, la misma que por resolución del 1 de agosto de 1995, afirmó que: "*resultando agravante el hecho de que el acusado reconoce en la víctima una persona dependiente o sujeta a su dependencia, por ser hermano*

[1272] R.N. N.º 4737-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 366.

[1273] R.N. N.º 502-2004-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 250. Incluso las ejecutorias del 20 de julio del 2004, 15 de noviembre del 2005 y 7 de noviembre del 2005, agregan que "existe penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del *labium minus* y ha llegado hasta el himen" (R.N. N.º 994-2004-Tacna, R.N. N.º 3398-2005-Amazonas, R.N. N.º 3188-2005, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, pp. 421, 427 y 435, respectivamente.

mayor, con quien cohabitó en las noches que realizaba sus visitas a su madre, extremo no cuestionado por el acusado; y estando a que por su naturaleza, este delito de violación de menores se consuma con el acceso carnal o la realización de actos análogos, no se requiere yacimiento completo, habiendo consumación aun cuando no se logre la cabal introducción del pene por la inmadurez del órgano sexual de la ofendida"(1274).

No obstante, la ejecutoria suprema del 17 de julio de 2003, se aparte de tal forma de entender la cuestión, pues, pese que en sus propios fundamentos acepta haber existido acceso carnal sexual sobre la menor –desgarro himenal incompleto– en lugar de declarar la nulidad, declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida que condenó al acusado por el delito de tentativa de violación de menor. Aquí al parecer, por la sola circunstancia de no haber eyaculado el agente en la vagina de su víctima, el Supremo Tribunal considera, en forma desatinada y contradictoria, que el hecho se quedó en grado de tentativa. Así, la citada ejecutoria suprema, argumenta: "*que durante la secuela del proceso el [órgano] colegiado ha evaluado y merituado las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Julio Agustín Saldaña Terrones, en la comisión del delito de violación de la libertad sexual, quien el día once de octubre del año de mil novecientos noventa y nueve, al promediar las nueve de la mañana, se constituyó al domicilio de su enamorada Carmen Huallpa Moreno, encontrando en dicho lugar a la hermana de esta, quien se encontraba con un infante de un año de edad, circunstancias en que la cogé de las manos mientras la llevaba hacia donde se encontraba la cama para luego despojarla de sus prendas de vestir y violarla sexualmente sin eyacular en la vagina de la menor, situación que aprovechó la menor para huir hacia el patio de la vivienda en donde contó lo sucedido a una de las inquilinas que habita en el inmueble; corroborándose la violencia sufrida por la menor con el reconocimiento médico legal de fojas doce, que certifica desgarro himenal incompleto; y la propia sindicación de la menor; [...] en consecuencia declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia [...] que falla condenando a Julio Agustín Saldaña Terrones; por delito contra la libertad sexual en grado de tentativa, en agravio de menor*

(1274) Exp. N.º 1205-94, **en** *Actualidad Jurídica*, T. 71-B, octubre de 1999, p. 151.

de edad cuya identidad se preserva conforme a ley, a la pena de seis años de pena privativa de la libertad"[1275].

La consumación del delito en análisis se acredita fundamentalmente con el certificado médico legal[1276], documento en el cual los especialistas de medicina (legal o la normal que todos conocemos) describen si ha llegado a producirse la penetración del miembro viril, objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima menor. Asimismo, se describen las huellas dejadas sobre el cuerpo de la víctima, el posible uso de la fuerza o violencia por parte del agente. En los estrados judiciales, no existe otro documento que sirva para probar tales circunstancias. Como ejemplo de lo expresado aparece la ejecutoria suprema del 9 de junio de 1999, al argumentar que: "*La comisión del delito de violación sexual de menor está acreditado con el certificado médico legal de la menor agraviada, que describe el inicio de las relaciones sexuales a los nueve años, himen con desgarros antiguos en horas II, III y IV, al examen de la región anal en posición genupectural, ano normotónico con borramiento de pliegues en horas XII, III y VI, observándose depresión del área perianal a horas XII; al examen corporal, presenta cicatrices rosadas recientes en región anterior del cuello derecho e izquierdo de forma semicirculares; concluyéndose que presenta himen con desfloración antigua, signos de coito contra natura y lesiones extragenitales en fase de cicatrización*"[1277].

No obstante, conociendo que en todo nuestro territorio patrio no existen médicos y más bien hay enfermeros o auxiliares de la salud, también estos están habilitados para efectuar los reconocimientos a las víctimas de

---

[1275] Exp. N.º 1135-2003-Apurímac, Sala Penal Suprema Transitoria. Siendo coherentes con la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, este caso juzgado es un típico ejemplo de delito de acceso sexual sobre menor consumado. Sostener lo contrario, como lo hace el supremo tribunal, es un infeliz desatino.

[1276] Véase el contenido del artículo 3 de la Ley N.º 27115: "3.1 Para efectos de la presente Ley, la investigación preliminar, la acusación fiscal y el proceso judicial de los delitos contra la libertad sexual serán reservados, preservándose la identidad de la víctima bajo responsabilidad del funcionario o magistrado que lleva la causa. 3.2 El examen médico legal será practicado, previo consentimiento de la víctima, exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar. Se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la víctima".

[1277] Exp. N.º 1695-99-Callao, **en** FRISANCHO APARICIO, 2002, p. 331.

los delitos sexuales. Este aspecto se deja sentado en la ejecutoria suprema del 8 de setiembre del 2008[1278], donde la Sala Penal Permanente en el sexto considerando sostiene con propiedad que "*si bien el artículo tres de la Ley número veintisiete mil ciento quince dispone que en los delitos sexuales el examen médico legal debe ser practicado por el médico encargado del servicio, el artículo ciento sesenta y uno del Código de Procedimientos Penales señala como excepción que, a falta de personal especializado, es posible que nombren como peritos a personas de reconocida honorabilidad y competencia en la materia; que, en el presente caso, es aplicable la citada norma, pues consta que los hechos sucedieron en una retirada comunidad rural de la serranía (Caserío El Milagro - Distrito de Huaranchal - Provincial de Otuzco), y que el certificado de fojas trece lleva la rúbrica del Licenciado en Enfermería del Puesto de Salud de Huaranchal y el sello de la Jefatura de dicho Puesto de Salud*".

9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de acceso carnal sexual sobre menores al ser uno de dominio o común, puede perfeccionarse por cualquiera de las formas de autoría previstas en el Código Penal. Así puede presentarse la autoría directa cuando una sola persona realiza los elementos del tipo. La autoría mediata aparece cuando el agente aprovecha o induce a error a un tercero para que realice el acceso sexual con un menor de catorce años haciéndole creer que este posee una edad superior. "Asimismo, dicha modalidad de autoría se da, por ejemplo, cuando se manipula a que dos menores de edad de 14 años practiquen relaciones sexuales o, en otra variante, que uno de 15 realice un acto sexual con un niño de 11 años"[1279]. En la autoría mediata, el agente (hombre de atrás) instrumentaliza al ejecutor material aprovechando su error o en su caso, haciendo uso de la amenaza grave en su perjuicio.

La coautoría se perfecciona cuando dos o más personas, en concierto de voluntades y con pleno dominio del hecho y reparto de roles y funciones, logran consumar el acceso sexual sobre su víctima-menor

[1278] R.N. N.° 700-2008-La Libertad, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 1, julio del 2009, p. 146.

[1279] CASTILLO ALVA, 2002, p. 304.

de 18 años. Igual como ya dejamos establecido, aquí no se trata de un delito de propia mano, cualquiera puede lesionar la indemnidad sexual del menor. En esta lógica, será coautor del delito aquel sujeto que, cumpliendo su rol, se limita a sujetar al menor a fin de que otro le acceda sexualmente; o también, cuando aquel sujeto, cumpliendo su rol previamente planeado, se limita a que terceros (haciendo uso de la violencia o amenaza grave, por ejemplo) eviten que otro sujeto acceda sexualmente al menor.

La ejecutoria del 11 de diciembre del 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, da cuenta de un hecho real de acceso carnal sexual sobre un menor consumado en coautoría. En efecto, allí se expresa que: "*en la comisión de este delito participaron los cuatro procesados de manera activa, distribuyéndose roles a desarrollar al momento de los hechos, conforme se colige de la declaración preventiva de la agraviada y las propias declaraciones de los procesados [...] quienes desde un primer momento han aceptado su responsabilidad [...]*"(1280).

Es perfectamente posible que en el delito de acceso carnal sexual sobre menores de 14 años de edad se materialice la participación en sus modalidades de inducción, complicidad primaria o secundaria. Por ejemplo, la participación por inducción se configura cuando el agente inductor por la violencia, amenaza o engaño, motiva y hace nacer en el autor, la intención de cometer el acceso sexual sobre el sujeto pasivo menor de 14 años.

En cambio, se configura la complicidad cuando el sujeto ayuda o brinda apoyo a fin que el agente logre su propósito de acceder sexualmente a su víctima. La modalidad de complicidad primaria se configura cuando el cómplice, por ejemplo, en forma dolosa, presta la habitación donde el agente realiza el acceso sexual sobre el menor o, en el peor de los casos, personalmente conduce al lugar donde el autor impondrá el acceso carnal sexual, etc. La ejecutoria suprema del 20 de julio del 2004 resuelve un caso real donde aparece la complicidad primaria. En efecto, allí la Sala Permanente del Supremo Tribunal sostiene que: "*un correcto juicio de im-*

(1280) R.N. N.º 2351-2003-Junín, **en** Castillo Alva, 2006, p. 132.

putación sobre su participación delictiva permite colegir que actuó en calidad de cómplice primaria [...] al haber brindado auxilio doloso determinante para su ejecución, aprovechando su familiaridad con la víctima, coordinando su entrega de las sumas de dinero y llevándola personalmente a la habitación del centro de hospedaje donde se concentraron los vejámenes, actos que no se habrían materializado sin su contribución; que es bajo tal título de imputación por el que debe responder la citada encausada Acho Pizango"[1281].

En tanto que se configura la complicidad secundaria cuando, por ejemplo, el sujeto con pleno conocimiento de la finalidad, presta su vehículo al agente a fin de que traslade a su víctima menor al lugar donde consumará el delito. En este último ejemplo, estaremos ante la complicidad secundaria, siempre y cuando se llegue a establecer que así, el cómplice no haya prestado su vehículo, el agente igual habría cometido su delito haciendo uso de otro.

No está de más recordar que se configura la complicidad primaria o secundaria siempre que el cómplice o colaborador tenga conocimiento de que está prestando ayuda para la realización del delito de acceso carnal sexual sobre un menor. Si se determina que no tenía idea de esta situación, su conducta será irrelevante penalmente, así se determine que en su habitación se consumó el delito o si en su vehículo se trasladó a la víctima al lugar donde se realizó el delito. Si el supuesto cómplice no sabe o desconoce qué se está cometiendo, o se está por consumar un delito de acceso sexual sobre un menor, su colaboración o ayuda queda fuera de la norma prohibitiva.

10. PENALIDAD

El agente del delito de acceso carnal sexual sobre un menor será sancionado según corresponda la edad de la víctima del siguiente modo: Si aquella cuenta con una edad menor a 10 años, la pena será de cadena perpetua. Si la víctima tiene una edad mayor de 10 y menos de 14 años, la pena privativa de libertad será no menor de 30 ni mayor de 35 años.

[1281] R.N. N.º 306-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 80.

En caso de concurrir alguna circunstancia agravante prevista en el último párrafo del artículo 173, la pena será de cadena perpetua. Es decir, cuando se trata de menores con una edad no menor de diez ni mayor de catorce años.

Igualmente, de concurrir todas o alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 173-A del Código Penal, se sancionará al agente con cadena perpetua.

Subcapítulo 6
Delito de acceso sexual en personas dependientes

1. TIPO PENAL

El injusto penal de acceso sexual sobre persona dependiente o acceso carnal sexual de persona bajo autoridad o vigilancia, aparece regulado en el tipo penal del artículo 174 del Código Penal, el mismo que con la modificación introducida por la Ley N.° 28251 del 8 de junio del 2004 y, luego, por la Ley N.° 28704 del 5 de abril del 2006, literalmente indica:

> El que, aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por la 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 siete ni mayor de diez años e inhabilitación de dos a cuatro años, conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 3.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible denominado acceso carnal sexual de persona dependiente o, tradicionalmente violación sexual por prevalimiento se verifica cuando el sujeto activo aprovechando la situación de superioridad, autoridad o vigilancia que ejerce sobre su víctima, le realiza el acceso carnal sexual ya sea por vía vaginal, anal o bucal o, en su caso, le

introduce objetos o partes del cuerpo en su cavidad vaginal o anal. El agente abusa o aprovecha de la relación de superioridad que tiene sobre su víctima, toda vez que esa dependencia condiciona y limita la libertad y, por ende, la libertad en el ámbito sexual de la víctima.

Villa Stein[1282] enseña que el comportamiento, no violento ni intimidatorio, es el de practicar el acto sexual u otro análogo –hetero u homosexual– con la víctima, en el modo ya descrito (artículo 170), valiéndose de la ventaja psicológica que su autoridad le da al autor sobre el sujeto pasivo y por el hecho que este se encuentre "colocado" o encerrado en un determinado centro (hospital, carceleta, etc.).

En este comportamiento delictivo no debe mediar violencia o intimidación, el acto o acceso carnal sexual debe ser consecuencia del estado psicológico en que se encuentra el sujeto pasivo. Incluso, es posible que por el mismo estado en que se encuentra la víctima, esta exprese en forma aparente su consentimiento para practicar alguna de las modalidades del acceso sexual prohibido. Hay situaciones en que la víctima no tiene otra alternativa que consentir la agresión sexual.

El profesor Roy Freyre[1283], comentando el artículo 202 del Código Penal derogado que regulaba de modo parecido el delito en análisis, enseñaba que 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. Asimismo, el profesor sanmarquino, afirma que por razones de lugar y de subordinación, la persona agredida sexualmente no puede ofrecer la resistencia que normalmente opondría si se encontrara fuera de esas condiciones determinantes. Constreñida por las circunstancias –concluye el autor– adopta un comportamiento que no corresponde a una decisión libre de su voluntad, es decir, la víctima experimenta el acto carnal sexual como una vivencia negativa y humillante para su personalidad.

[1282] VILLA STEIN, 1998, p. 194. En igual sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 252.

[1283] ROY FREYRE, 1975, p. 114.

Por el contrario, si llega a verificarse que el agente doblegó la libertad sexual de su víctima haciendo uso de la violencia o amenaza, el hecho se subsumirá en el tipo penal del artículo 170 del Código Penal.

Otro elemento objetivo importante del delito de acceso carnal sexual por prevalimento lo constituye, sin duda, el lugar o espacio donde se encuentra la víctima o sujeto pasivo. El tipo penal expresamente indica que puede ser un hospital, asilo u otro establecimiento parecido y, también, el lugar donde se encuentran detenidas, recluidas o internas las personas sospechosas o sentenciadas por la comisión de algún delito. En un hospital no puede encontrarse sino una persona con enfermedad física o mental. Los asilos, hospicios o albergues constituyen aquellos lugares donde se presta atención asistencial a las personas de avanzada edad o niños y adolescente que no tienen familia ni recursos económicos para subsistir. Por extensión pueden comprenderse a los colegios o universidades, pues en estos lugares hay una relación de dependencia de profesor a alumno que, muy bien, puede ser aprovechado por aquel para satisfacer su apetito sexual.

Cuando se habla de persona detenida, recluida o interna, debe entenderse que el acceso sexual o análogo se realiza con persona que se encuentra en una carceleta, espacio donde se encuentran detenidas transitoriamente las personas sospechosas de algún delito o un establecimiento penitenciario, lugar donde se encuentran las personas procesadas o sentenciadas por la comisión de algún hecho punible.

Caro Coria[1284] enseña, por ejemplo, que se configura el delito en hermenéutica jurídica cuando una profesora de una escuela internado, fingiendo asesorías privadas, cita a un alumno de 16 años a su despacho para practicar actos sexuales y sin que ello influya en su calificación, o también cuando el jefe de un recinto penitenciario que mantiene una relación sentimental con una reclusa a quien, valiéndose de su autoridad, hace traer a su oficina durante varios días para practicar el acto sexual.

[1284] CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 89.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1285], siguiendo lo sostenido por Luis Bramont-Arias, en forma certera afirman que se ha querido destacar el lugar donde se encuentra la víctima, dada la influencia que ejerce sobre la psicología de la persona a fin de que acepte el sometimiento a unas relaciones sexuales no queridas. La coacción psicológica se fundamenta en la ausencia de libertad de consentimiento de la víctima o en su imposibilidad para defenderse.

No se requiere necesariamente que el acceso sexual o análogo se perfeccione dentro de los lugares indicados por el tipo penal, pues, muy bien, puede perfeccionarse fuera de aquellos lugares, por ejemplo, cuando 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. Al sostener lo contrario, llegaríamos a situaciones absurdas en perjuicio de los lineamientos de la política criminal que encierra el artículo 174, toda vez que al agente le bastaría realizar el acceso carnal sexual fuera de los lugares que establece el tipo penal para evadir las redes del derecho penal, logrando la más absoluta impunidad[1286].

Para concluir es necesario mencionar que el fundamento del delito en hermenéutica reside en la necesidad de brindar una especial protección a las personas que se encuentran en una situación de dependencia, bajo autoridad o vigilancia, colocadas en determinados lugares o establecimientos como hospitales, asilos o centros similares o estén detenidas, ya sea recluidas o internas, toda vez que su especial situación, ya sea temporal o permanente, expone a la persona a que pueda ser objeto de manipulación, influencia o perturbación de su libertad sexual por parte del sujeto que tiene una superioridad, autoridad o vigilancia sobre aquella.

2.1. Circunstancias agravantes

Las circunstancias que agravan la conducta punible de acceso carnal sexual de persona dependiente aparecen reguladas en el artículo

[1285] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 253.

[1286] *Vid.* CASTILLO ALVA, 2002, p. 345.

177 del Código Penal. En efecto, allí se menciona que la conducta se agrava cuando a consecuencia del acceso sexual o análogo se produce la muerte o lesión grave de la víctima, pudiendo el agente prever estos resultados. El resultado muerte o lesión grave deben ocasionarse durante la ejecución del acceso carnal sexual o en todo caso, ser consecuencia inmediata del acto sexual, caso contrario, si se verifica que tales resultados se produjeron a consecuencia de actos anteriores o posteriores al acceso sexual o con fines de no ser descubierto, aparecerá un concurso real de delitos entre acceso sexual de persona dependiente con lesiones graves u homicidio, de ser el caso, pero de modo alguno se configurará la agravante. En caso de verificarse un concurso real de delitos, el operador jurídico resolverá el caso aplicando el artículo 50 del Código Penal, imponiendo al agente la pena del delito más grave.

El resultado muerte o lesión grave debe ser consecuencia del actuar negligente o imprudente del agente al momento de realizar la conducta de acceso carnal sexual elegida. Esto es, en el agente no debe existir la intención de causar la muerte o lesión grave en la víctima, aquellos resultados deben ser consecuencia de su actuar imprudente. Caso contrario, de verificarse que el agente actuó con intención homicida o con el ánimo de causar lesión grave en la víctima, se perfeccionará un concurso real de delitos.

Asimismo, se constituye en circunstancia agravante el hecho que el agente al momento de realizar el acceso sexual o, en su caso, al momento de introducir objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal del sujeto pasivo, proceda con crueldad, es decir, el agente haga sufrir de manera innecesaria, cruel e inhumana a la víctima.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende tutelar con el delito de acceso carnal de persona dependiente lo constituye la libertad sexual entendida, como la facultad personalísima de realizar o practicar una conducta sexual sin coacciones ni mayor limitación que la libertad ajena.

Se lesiona la libertad sexual desde el momento en que la víctima se encuentra en una situación de dependencia que le imposibilita o limita una aceptación libre y voluntaria para realizar el acto sexual o análogo.

La libertad sexual, como es natural, no tiene por qué pertenecer exclusivamente a la mujer. El varón también puede sentirse obligado, por determinadas circunstancias de lugar y dependencia, a la práctica del acto carnal sexual con una mujer, contrariamente a su deseo de abstenerse de hacerlo.

2.3. Sujeto activo

El sujeto activo del delito de acceso carnal sexual por prevalimento puede ser tanto varón como mujer, el mismo que debe tener una posición de superioridad, autoridad o vigilancia sobre su víctima. Se trata de un delito especial propio[1287], pues se requiere necesariamente que el agente tenga la calidad o esté investido de autoridad o le esté encargada la vigilancia de la víctima. Aquel que no tiene las cualidades descritas en el tipo penal sobre la víctima, no puede constituirse en sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica.

Podrá ser sujeto activo el director de una institución penitenciaria, un policía o un empleado de hospital, asilo o establecimiento en donde se encuentre la víctima, pero de ningún modo, por ejemplo, el abogado que visita a su cliente que se halla detenido, ni el médico que acude en consulta de su paciente recluida en un establecimiento de las características citadas, ni el funcionario o empleado de un centro penitenciario que no tiene poder de vigilancia o autoridad sobre los internos, esto es, contadores, electricistas[1288], choferes, etc.

2.4. La coautoría

La coautoría solo es posible si todas las personas que intervienen en el acceso carnal en concierto de voluntades y reparto de funciones, también ostentan alguna de las condiciones o cualidades que exige el tipo penal[1289]. Si llega a verificarse que solo uno de los agentes tiene la calidad que exige la ley, solo aquel será autor del delito, los demás

---

[1287] CARO CORIA **en** CARO CORIA/SAN MARTÍN CASTRO, 2000, p. 88. Igual CASTILLO ALVA, 2002, p. 332.

[1288] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 251.

[1289] Igual CASTILLO ALVA, 2002, p. 353.

intervinientes serán sancionados en su calidad de cómplices primarios o secundarios según sea el caso concreto.

2.5. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima del delito de acceso sexual de persona dependiente puede ser tanto varón como mujer mayores de dieciocho años de edad que se encuentren dentro de un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se hallen detenidos, recluidos o internos en una celda, carceleta o un centro penitenciario. En consecuencia, pueden ser sujetos pasivos, los ancianos, los enfermos, alumnos, detenidos, procesados, sentenciados, etc.

Es indiferente, de la mano del bien jurídico protegido, verificar si el sujeto pasivo es una persona de conducta honesta o de comportamiento sexual intachable. También una prostituta, un proxeneta o una persona de manifiesta livianidad sexual pueden ser sujetos pasivos del delito en análisis.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la estructura del tipo penal se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión imprudente. El dolo puede ser directo o indirecto. Esto es, el agente voluntariamente actúa o desenvuelve su conducta con conocimiento y voluntad de realizar el acceso carnal con persona que se encuentra bajo su dependencia, autoridad o vigilancia.

El agente conoce la condición de dependencia en que se encuentra su víctima hacia su persona, no obstante, voluntariamente le somete a un contexto sexual determinado ya sea teniendo acceso carnal vía vaginal, anal o bucal o en su caso, introduciéndole objetos o partes del cuerpo en su cavidad vaginal o anal.

Por la redacción del tipo penal y los elementos objetivos que exige, creemos que no es posible la comisión por dolo eventual[1290].

[1290] En contra Castillo Alva, cuando sostiene que "no creemos que la expresión aprovechándose pueda 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

Igual que en las demás figuras delictivas de carácter sexual, se exige la presencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, el cual es la finalidad del agente de satisfacer alguna de sus apetencias o deseos sexuales con la conducta sexual efectuada. Si este aspecto subjetivo no se verifica en el actuar del agente, el delito no aparece.

3.1. Error de tipo

Es posible se configure el error de tipo cuando el agente desconoce o ignora que la persona con quien tiene relaciones sexuales es una persona sometida a su cuidado o es una de las pacientes del hospital como, por ejemplo, sucede cuando la víctima recién ha ingresado al hospital, asilo o centro de desintoxicación y el agente acaba de regresar de vacaciones y no lo conocía; o cuando el comisario ingresa a su oficina, sin solicitar que sus subalternos le pongan en conocimiento de las novedades del día, y encuentra una bella joven con quien después de una larga conversación, mantiene allí mismo relaciones sexuales, sin conocer que era una persona que se encontraba en calidad de detenida[1291]. Aquí al excluirse el dolo y verificarse que el acceso carnal fue con el consentimiento del sujeto pasivo, la conducta es irrelevante penalmente.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de acceso sexual de persona dependiente se perfecciona en el mismo momento que se produce la penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo de la acción sexual ilícita. Esto es, desde el momento que empieza la conjunción del miembro viril con la cavidad vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo. Para efectos de la consumación no interesa verificar si la penetración fue total, bastará que se verifique una simple penetración parcial.

En el caso del uso de objeto o partes del cuerpo por parte del sujeto activo, hay consumación en el mismo momento que el agente, comienza a introducirlos en la cavidad vaginal o anal de la víctima.

---

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" (2002, p. 351).

[1291] CASTILLO ALVA, 2002, p. 352.

Villa Stein[1292] afirma que se consuma el delito con la penetración parcial o total del miembro viril en la víctima en la modalidad que sea: *secundum naturam, contra naturam o fellatio in ore.*

Al constituir un delito de resultado, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa.

5. PENALIDAD

Con el incremento de la pena prevista por la Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, el agente del delito en análisis será sancionado con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme a lo previsto en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 36 del Código Penal, ello según el caso que corresponda.

De presentarse alguna de las agravantes previstas en el artículo 177 del C.P. la pena será según corresponda, no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y no menor de diez ni mayor de veinte años.

Subcapítulo 7
Actos contrarios al pudor

1. TIPO PENAL

El delito de realizar actos contrarios al pudor utilizando la violencia o amenaza, está tipificado en el artículo 176 del Código Penal, el mismo que después de la entrada en vigencia de la Ley N.° 28251, del 08 de junio del 2004 y, luego, de la Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, literalmente prescribe:

> El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, con violencia o grave amenaza realiza sobre una persona u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre terceros tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

[1292] Villa Stein, 1998, p. 195.

La pena será no menor de cinco ni mayor de siete años:

1. Si el agente se encuentra en las agravantes previstas en el artículo 170 incisos 2, 3 y 4.
2. Si la víctima se hallare en los supuestos de los artículos 171 y 172.
3. Si el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito denominado "actos contrarios al pudor de una persona" se configura cuando el sujeto activo sin tener el propósito de practicar el acceso carnal sexual vía vaginal, anal o bucal u otro análogo como introducción de objetos o partes del cuerpo vía vaginal o anal, haciendo uso de la violencia o la amenaza grave, realiza sobre su víctima u obliga a esta a efectuar sobre sí misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor.

Aquí *pudor* se entiende como la situación de recato, decencia o decoro del que gozamos todas las personas en sociedad.

Los comportamientos contra el pudor, recato o decoro de personas pueden realizarse hasta por tres modalidades. Primero, cuando el agente por medio de la violencia o amenaza realiza sobre la víctima tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos, lascivos, lúbricos, eróticos, lujuriosos e impúdicos. La segunda modalidad se configura cuando el agente con la finalidad de solo observar y, de esa forma, satisfacer su lujuria, obliga a la víctima a realizarse a sí misma tocamientos indebidos o actos libidinosos o eróticos. Se realiza este tipo de delito cuando, por ejemplo, el agente obliga a su víctima a sacarse toda su vestimenta y luego le hace que se toque sus partes íntimas y zonas erógenas. Finalmente, la tercera modalidad se configura cuando el agente obliga que la víctima realice o efectúe tocamientos indebidos o actos lujuriosos en el cuerpo de un tercero que se encuentra en la escena del delito. Estaremos ante esta modalidad delictiva cuando, por ejemplo, el agente, haciendo uso de la amenaza con arma de fuego obligue a su víctima a tocar y acariciar los genitales de un tercero que

allí se encuentra. El tercero, muy bien, puede dejarse realizar voluntariamente los tocamientos, o también puede estar obligado a dejarse tocar. En el primer caso, el tercero será partícipe del delito, mientras que en el segundo supuesto, el tercero también será víctima.

Constituye circunstancia importante a tener en cuenta que los tocamientos, manipulaciones o actos libidinosos, eróticos o lascivos realizados sobre el cuerpo de la víctima o, en su caso, los actos y tocamientos que se obliga a la víctima efectuar sobre sí misma o contra un tercero, deben tener finalidad diferente a la de practicar el acto sexual o análogo, caso contrario, si se verifica que el autor tenía esta finalidad y por circunstancias extrañas no logró el acceso carnal, estaremos ante el delito de tentativa de violación sexual (artículo 170), pero de ninguna manera en el delito que ahora nos ocupa. La intención del agente de practicar el acto sexual o no, se constituye en punto de quiebre para diferenciar una tentativa de violación sexual con el delito de actos contra el pudor, recato o decencia de una persona.

Se entiende por actos contrarios al pudor, aquellos tocamientos y manipulaciones que realiza el agente o autor sobre el cuerpo de la víctima, así como aquellos tocamientos o actos libidinosos que se obliga efectuar a la víctima sobre su propio cuerpo o sobre el cuerpo de un tercero, especialmente en sus genitales o zonas erógenas con la finalidad de satisfacer su propia lujuria, excitando la libido del sujeto pasivo y sin que el agente haya evidenciado su intención frustrada de practicar el acto sexual o análogo, siendo indiferente la circunstancia de que el autor alcance o no el orgasmo o la eyaculación[1293].

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1294] sostienen que se considera actos contrarios al pudor todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del sujeto activo, por ejemplo, palpación, tocamiento, manoseos de las partes genitales. Estos autores al igual

[1293] Roy Freyre, 1975, p. 89.

[1294] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 257.

que Villa Stein[1295], antes de la promulgación de la Ley N.° 28251, publicada el 8 de junio del 2004, también enseñaban que los tocamientos contrarios al pudor podían implicar la penetración digital y además el agente podía valerse de objetos de cierto contenido sexual, es decir, de aquellos que reúnan condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad, no obstante, con la modificatoria del contenido de los delitos sexuales, tales actos constituyen violación sexual en la modalidad de introducción de objetos o partes del cuerpo en la vagina de la mujer.

Como precedente judicial del delito de actos contrarios al pudor de persona menor, podemos citar la ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 1993, donde se afirma: *"El encausado no ha llegado a introducir su miembro viril en la vagina de la menor agraviada, sí ha realizado tocamientos en sus genitales, motivo por el cual su conducta se encuentra incursa en el artículo ciento setenta y seis del Código Penal vigente"*[1296]. En caso más reciente, tenemos la ejecutoria suprema del 27 de octubre del 2004. Aquí la Sala Penal Permanente argumentó lo siguiente: *"Tanto la agraviada como el imputado refieren que no hubo penetración y que el segundo de los nombrados en varias oportunidades le hizo caricias y frotamientos con el pene en su vagina y ano, así como la determinó a que lo masturbara; que esto último, estando al resultado del examen pericial, acredita que el delito perpetrado es de abuso deshonesto o actos contra el pudor de menor de edad"*[1297].

Por otro lado, los medios utilizados por el agente para realizar el delito de actos contrarios al pudor de persona lo constituyen la violencia o la amenaza grave. La violencia es entendida como la fuerza física que se proyecta sobre la víctima para vencer su resistencia con la finalidad de hacerle o, en su caso, obligarle a efectuarse sobre sí misma (por ejemplo, obligarle a desnudarse y luego se realice tocamiento en sus genitales) o sobre un tercero, tocamientos o actos libidinosos. La amenaza grave es

(1295) VILLA STEIN, 1998, p. 200.

(1296) Expediente N.° 2553-93, **en** *Gaceta Jurídica*, T. 49, p. 77.

(1297) R.N. N.° 2920-2004-Chincha.

entendida como el anuncio del propósito de causar un daño o mal sobre el sujeto pasivo si este no realiza lo que se le pide. El agente intimida o asusta al sujeto pasivo para que se deje hacer o él se efectúe sobre sí mismo o tercero, actos contrarios al pudor. Estos medios que de modo explícito aparecen en el supuesto de hecho del tipo penal en comentario, necesariamente deben concurrir juntos o por separado para perfeccionarse el delito. Si llega a verificarse que el agente no hizo uso de alguno de estos recursos para someter a su víctima, el delito no se configura. En este sentido, de comprobarse que el sujeto pasivo prestó su consentimiento para los actos impúdicos, la conducta será atípica. El consentimiento se constituye en una causa de atipicidad.

2.1. Circunstancias agravantes

Las circunstancias que agravan el hecho punible en hermenéutica jurídica aparecen previstas en el segundo párrafo del artículo 176 y en el artículo 177 del Código Penal. En efecto, la conducta de actos contrarios al pudor de una persona se agrava cuando:

a. El agente se haya prevalido de cualquier posición o cargo

Aparece esta agravante cuando el agente somete a su víctima, aprovechando la posición de ventaja o superioridad que tiene sobre ella. Así también, se configura la agravante cuando el agente aprovechando el cargo que le da particular autoridad sobre la víctima le obliga a realizar actos contrarios al pudor. Esta agravante es de aplicación para aquellos jefes que, por ejemplo, obligan por medio de la violencia y grave amenaza a sus subordinados a dejarse realizar tocamientos indebidos en sus genitales.

También se perfecciona la agravante cuando el sujeto activo obliga a su víctima a realizar actos contrarios al pudor, aprovechando una relación de parentesco por ser ascendiente, descendiente o hermanos, consanguíneo o por adopción o afines de aquella. De esa forma, esta agravante es de aplicación a los autores de los actos contra el pudor cuando la víctima, es su madre o padre, hijo o hija consanguínea o adoptiva, nieto a nieta, hermano o hermana, cónyuge, cuñada o cuñado, suegra o suegro.

b. Agravante por calidad o cualidad especial del agente

El inciso primero de la segunda parte del artículo 176 prevé también que se agrava el delito cuando el agente obliga a su víctima a realizar actos contrarios al pudor, estando aquel en pleno ejercicio de su función pública en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, serenazgo, policía municipal o vigilancia privada. La agravante se justifica por el hecho que aquellos grupos de personas ejercen función pública consistente en brindar seguridad y protección a los ciudadanos. De modo que si en lugar de ejercer su función encomendada normalmente, haciendo uso de la violencia o amenaza grave, someten a actos contra el pudor a su víctima, aparte de lesionar el bien jurídico "libertad sexual" afectan gravemente la confianza brindada ya sea por parte del Estado o de un tercero que los contrató en caso de vigilancia privada.

c. El autor es portador de enfermedad de transmisión sexual

Se configura esta circunstancia agravante del delito cuando el agente conociendo que es portador de una enfermedad de transmisión sexual, somete al contexto sexual libidinoso a una persona que tiene una edad cronológica mayor de 18 años de edad.

Se trata de una figura de peligro, pues no se exige necesariamente que el contagio se haya producido, sino solo el peligro que el contagio se produzca. La agravante exige la concurrencia de tres aspectos: a) que el autor sea **portador de una enfermedad** de transmisión sexual. Para determinar si estamos ante una enfermedad de la clase que exige el tipo penal, será indispensable el pronunciamiento de los expertos en medicina legal. Solo ellos tienen la posibilidad de saber científicamente si el agente es portador de alguna enfermedad de transmisión sexual; b) que con motivo del acto contra el pudor realizado haya existido **peligro de contagio**. El solo peligro de contagio satisface la exigencia legal de la agravante. De esa forma, es irrelevante penalmente verificar si en la realidad se produjo el contagio. Esta circunstancia solo servirá al juzgador para graduar la pena al momento de imponerla al responsable; y c) que

el autor al consumar el acto impúdico haya tenido **conocimiento de ser portador** de la enfermedad. El agente antes de consumar el hecho debe conocer que es portador de una enfermedad grave de transmisión sexual y no obstante tal conocimiento, realiza el acto impúdico. A *contrario sensu*, si, por ejemplo, se verifica que al momento en que se produjeron los hechos, el agente no conocía o desconocía que era portador de la enfermedad de transmisión sexual se excluirá la agravante.

El fundamento de la agravante radica en el hecho que aparte de lesionar la libertad sexual, el agente pone en peligro la salud de la víctima, toda vez que al someterlo al acto contra el pudor existe la firme posibilidad de contagiarlo o trasmitirle una enfermedad de transmisión sexual grave en perjuicio evidente de su salud.

d. Actos cometidos por docente o auxiliar de educación

Por la Ley N.° 28704, se ha incorporado en el inciso 3 del artículo 176 del C.P. como agravante del delito de actos contra el pudor de persona mayor, la circunstancia que se produce cuando "el agente tuviere la condición de docente, auxiliar u otra vinculación académica que le confiera autoridad sobre la víctima".

Esta agravante es innecesaria y reiterativa, toda vez que tal situación ya se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 176 cuando se remite a la figura agravada del inciso 2 del artículo 170 C.P., esto es, hay agravante si el agente para "la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima (...)". Es decir, como ya hemos alegado, la agravante es de aplicación para aquellos profesores (de universidad, colegio, instituto, escuela, academia, etc.) que luego de intimidar a sus alumnos con jalarlos en el curso o ponerles mala nota en su comportamiento en caso de auxiliares, los someten a actos impúdicos. El fundamento de esta agravante se encuentra en el quebrantamiento de la confianza y en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo o posición, así como en la vulneración de las obligaciones asumidas voluntariamente por el autor respecto de la víctima.

e. Actos sobre persona en estado de inconsciencia o en imposibilidad de resistir

Se agrava la conducta punible cuando la víctima se encuentra en los supuestos del artículo 171 del C.P., es decir, cuando el agente previamente coloca a su víctima en un estado de inconsciencia, que no es otra cosa que la pronunciada incapacidad psicofísica que le impide reaccionar y procurarse alguna forma de defensa para contrarrestar la agresión sexual. La víctima al quedar desprovista de la capacidad de entender o conservando solo un mínimo grado de la misma, tiene también suprimida o muy menguada su facultad de querer. Ello puede ser producido por ebriedad, el hipnotismo, el uso de los narcóticos, de los afrodisíacos, el sueño, pastillas somníferas en particular, anestesia del ginecólogo que simula un aborto, etc.

También se configura la agravante cuando el sujeto activo previamente ha colocado a su víctima en imposibilidad de resistir. Aquí el sujeto pasivo conserva su plena capacidad de percepción, pero las circunstancias materiales del suceso demuestran que aquel se halla privado de la facultad de querer. Por ejemplo, causar una lesión, atar las manos de la mujer, etc.

f. Actos sobre persona en incapacidad de resistencia

Se agravan los actos contra el pudor cuando la víctima se halla en el supuesto del artículo 172 del C.P. que regula la violación sexual de persona en incapacidad de resistencia. Es decir, se configura la agravante cuando el sujeto activo con pleno conocimiento de que su víctima sufre de un estado permanente o parcial de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo metal o se encuentra en incapacidad de resistir, le realiza tocamiento o actos contrarios al pudor.

El especial estado personal de la víctima debe ser anterior al momento en que se efectúan los tocamientos impúdicos, es decir, que no haya sido provocado u ocasionado por el agente. Caso contrario, si este lo provocó, estaríamos ante el supuesto de la agravante anterior.

g. Muerte de la víctima

La muerte de la víctima a consecuencia de los actos contrarios al pudor se constituye en otra agravante, la misma que aparece tipificada en

el artículo 177 del Código Penal. La agravante se configura, siempre y cuando, el agente haya podido prever aquel resultado. Aquí la muerte debe ser producto de los tocamientos o actos eróticos e impúdicos mismos, pudiendo haberse realizado durante la consumación o materialización de la agresión sexual o como consecuencia inmediata de tal hecho.

h. Lesiones graves en la víctima

También el artículo 177 del C.P. establece como circunstancia agravante el hecho de que a consecuencia de los actos contrarios al pudor, el agente pudiendo prever el resultado, le haya ocasionado lesiones graves a su víctima. Las lesiones deben ser consecuencia inmediata de los tocamientos de las partes íntimas. Si son producidas después no estaremos frente a la agravante, sino ante la figura de concurso real de delitos: actos contra el pudor con lesiones graves.

i. Crueldad sobre la víctima

El artículo 177 del C.P. prevé la circunstancia agravante que se configura cuando el agente procede o actúa con crueldad sobre la víctima. Sin duda, ello se desprenderá del modo, forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos.

Se presenta esta agravante cuando el agente realiza los actos contrarios al pudor haciendo sufrir en forma inexplicable e innecesaria a su víctima. Para estar ante esta modalidad agravada resulta necesario verificar dos aspectos que lo caracterizan: primero, que el sufrimiento ya sea físico o psíquico, haya sido aumentado deliberadamente por el agente, quien actúa con la intención de hacer sufrir a la víctima; y segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr el propósito del agente, poniéndose en evidencia su ensañamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de este delito lo constituye la libertad sexual. En efecto, de la estructura del tipo penal se evidencia que el agente por medio de la violencia o amenaza

grave limita o vulnera la libertad sexual de la víctima, la misma que es sometida a un contexto sexual que no desea ni quiere.

La interpretación jurisprudencial nacional, abierta y claramente, se ha pronunciado de este modo. En efecto, por resolución superior del 18 de mayo de 1998, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima indica: *"que, debe considerarse que en el delito de actos contrarios al pudor el bien jurídico protegido es la libertad sexual, ya sea de un hombre o una mujer; entendiéndose dicha figura delictiva como todo tocamiento lúbrico somático que realiza el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo con el fin de satisfacer el apetito sexual del primero de los citados"*[1298].

El pudor entendido como recato, decencia o decoro de la persona es afectado luego que se lesiona la libertad sexual de la víctima.

2.3. Sujeto activo

El sujeto activo puede ser cualquier persona sea varón o mujer, el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial. Se trata de un delito común o de dominio.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del delito de actos contrarios al pudor también puede ser cualquier persona, sea hombre o mujer con la única condición específica que sea mayor de catorce años de edad. Ello debido a que si la persona ofendida con los actos libidinosos tiene una edad por debajo de los catorce años, el hecho se subsume en el artículo 176-A, del Código Penal.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un delito necesariamente doloso. No cabe la comisión por imprudencia, es decir, si llegan a evidenciarse, por ejemplo, tocamientos en los genitales de una persona de manera casual o imprudente, el delito no se configura por falta de tipicidad.

[1298] Expediente N.º 8145-97, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 241.

El delito de actos contrarios al pudor exige la presencia del elemento subjetivo denominado "dolo", esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar manipulaciones en las zonas erógenas de la víctima o actos libidinosos, eróticos o lujuriosos contrarios al pudor con la finalidad de satisfacer su apetito sexual. El propósito del autor es satisfacer su deseo sexual con los tocamientos o manipulaciones. Caso contrario, si tuviera la finalidad de excitar a su víctima para de ese modo realizar el acto sexual ya sea vía vaginal, anal o bucal, estaremos frente al delito de violación sexual, previsto en el artículo 170 del Código Penal en el grado de tentativa, si no llegó a consumarse el acceso carnal.

En el análisis del aspecto subjetivo del agente, encontraremos la diferencia entre el hecho punible de actos contrarios al pudor y el delito de violación sexual en grado de tentativa. Determinar cuándo estaremos ante un delito y cuándo en el otro, solo dependerá de la finalidad que tuvo el agente que propició un contexto sexual específico no deseado por la víctima.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido de verificarse que en la conducta típica de actos contra el pudor no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como actos contra el pudor, conocía la antijuridicidad de su

actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se perfecciona o consuma en el momento en que el agente realiza sobre la víctima o le obliga a esta a efectuar sobre sí misma o un tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor. De la forma y circunstancias en que se produjo el evento, incluso, solo bastará un solo tocamiento. No se requiere otro acto posterior como el orgasmo o la eyaculación, circunstancia normal de satisfacer alguna apetencia sexual. En este sentido, determinar si hubo o no orgasmo o eyaculación a consecuencia de los actos contra el pudor de la víctima, es irrelevante para la configuración del injusto penal.

La tentativa es admisible y se dará cuando el sujeto activo, habiendo ejercido violencia o grave amenaza sobre el sujeto pasivo, no logre realizar actos contrarios al pudor[1299].

7. PENALIDAD

El agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años en el caso de los supuestos recogidos en el tipo básico. Si en la conducta concurre alguna de las circunstancias agravantes, previstas en el segundo párrafo del artículo 176 del C.P., el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

De concurrir alguna de las circunstancias agravantes previstas en el artículo 177 del C.P., la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años y no menos de diez ni mayor de veinte años, respectivamente.

[1299] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 258; VILLA STEIN, 1998, p. 201.

Subcapítulo 8
Atentado al pudor de menor

1. TIPO PENAL

El injusto penal de atentado contra el pudor de menores, aparece tipificado en el artículo 176-A, el mismo que al ser modificado por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004 y luego por la Ley N.° 28704, que solo se limitó a incrementar el quantum de las penas, tiene el siguiente contenido:

> 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 o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:
> 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.
>
> Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o el acto tiene un carácter particularmente degradante o produce grave daño en la salud, física o mental de la víctima que el agente pudo prever, la pena será no menor de diez ni mayor de doce años de pena privativa de libertad.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de actos contra el pudor de menor se configura cuando el agente con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales y sin tener el propósito o intención de realizar el acceso carnal sexual o análogo, 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, eróticos, lujuriosos o lúbricos contrarios al pudor, recato o decencia[1300].

[1300] Concepto recogido y reproducido en la ejecutoria suprema del 25 de enero del 2010; R.N.

Aquí, con la única salvedad de la edad del sujeto pasivo y que no es necesaria la concurrencia de violencia o amenaza grave para someter a la víctima, vale todo lo dicho al comentar el acápite de la tipicidad objetiva del tipo penal del artículo 176 del C.P.

2.1. Circunstancia agravante

El segundo párrafo del artículo 176-A recoge el supuesto agravante de la conducta delictiva en hermenéutica. En efecto, la conducta se agrava si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza (supuestos previstos en el último párrafo del artículo 173 del C.P.).

Como precedente jurisprudencial que da cuenta de esta agravante tenemos la sentencia del 13 de febrero de 1997, emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Ica, donde se afirma: *"Que, los medios probatorios incorporados en la investigación judicial y lo actuado en el acto oral permiten establecer claramente que el acusado Juan Lucio Molina Gutiérrez en su calidad de almacenero en la Oficina Zonal de Palpa, ubicada en el sector de Sacramento de la Provincia de Palpa, entre los meses de junio y julio último pasado, aprovechando que los menores agraviados Daysi Flor, Ronald Antonio y Miller Eloy Condori Bendezú y Noemí Ruth Martínez Jurado ingresaban a jugar a dicha oficina, utilizando el engaño y la astucia de prometer a sus víctimas de darle sumas de dinero a cambio que estos se quitaran sus prendas de vestir, en el interior de un cuarto que le servía de habitación y en otros ambientes, del mismo local practicaba tocamientos lúbricos somáticos con su miembro viril en las partes pudendas de los menores con el fin de satisfacer su apetito sexual; que los menores agraviados pese a su corta edad que frisan entre cinco a once años como es de verse de las partidas de nacimiento corrientes a fojas sesenta y uno, sesenta, sesenta y dos y cincuenta y ocho, respectivamente, relatan detallada y uniformemente la forma y circunstancias como el acusado Molina Gutiérrez solía llevarlos y dar rienda suelta a sus bajos instintos, es así, como primeramente los silbaba de su cuarto y con el engaño de darles dinero, los*

N.º 4352-2009-Arequipa. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

menores se apersonaban al ambiente en donde los esperaba para luego quitarles sus vestimentas y acostados todos juntos empezaba a sobarles uno por uno, con su pene, en la parte anal o genital de los menores, llegando a la eyaculación a veces, y terminando los actos lascivos, les daba dinero con la promesa de que no avisaran a sus progenitores, dádivas que conllevaron a silenciar a sus víctimas y, el acusado, a seguir realizando los actos libidinosos sin el empleo de la fuerza conforme también lo refieren los menores"[1301]. Al interponer el sentenciado el recurso de nulidad, nuestra Suprema Corte por ejecutoria suprema del 10 de junio de 1997[1302], señalando que los hechos se encuentran previstos y sancionados en el segundo párrafo del artículo 176-A del código sustantivo vigente, *declaró no haber nulidad* en la sentencia en cuanto condenó a Juan Lucio Molina Gutiérrez por el delito antes citado y declaró haber nulidad en la propia sentencia en la parte que impuso seis años de pena privativa de libertad, reformándola en este extremo, le impusieron ocho años. Es decir, nuestro máximo Tribunal ignorando el principio de la *reformatio in peius* (no reformar en perjuicio del apelante), elevó la pena impuesta por el colegiado.

También la resolución superior del 21 de julio de 1999, emitida por la Corte Superior de Ancash, sirve para graficar la concurrencia de la agravante prevista en el último párrafo del artículo 173 del C.P. En efecto, allí se menciona: *"El que el inculpado sea conviviente de la víctima, no crea un vínculo de familiaridad entre ellos, pero sí una relación de confianza de la menor agraviada hacia el inculpado, que facilitó la comisión del ilícito penal de actos contra el pudor de la agraviada"*[1303].

Por otro lado, de la lectura del artículo 177 del Código Penal y en estricta aplicación del principio de legalidad, se concluye que las agravantes previstas en este numeral, no alcanzan a la hipótesis delictiva recogida en el tipo penal del artículo 176-A, resultando un contrasentido normativo debido a que como es de verse sí alcanzan a las conductas contrarias al pudor de mayores de edad (artículo 176) que en el tipo

[1301] Expediente N.° 37-97-Palpa.

[1302] Sala Penal "C", Expediente N.° 1006-97-ICA.

[1303] Expediente N.° 155-99 **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.° 4, 2000, p. 191.

básico prevé penas más leves que las previstas para el delito de atentado contra el pudor de los menores de catorce años. En otros términos, los atentados contra el pudor de mayor en que concurran las circunstancias previstas en el artículo 177, merecen mayor sanción, a diferencia de los atentados contra el pudor de menores de catorce años. En consecuencia, con la finalidad de buscar cada vez mayor coherencia interna y externa de nuestra normativa penal sustantiva, *de lege ferenda* debe proponerse la subsanación de esta grave omisión.

2.2. Bien jurídico protegido

Aquí al igual como ocurre con el tipo penal del artículo 173 del C.P., el interés o bien jurídico protegido lo constituye la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad. En la doctrina nacional, existe unanimidad al respecto. Así, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1304] enseñan que "se protege la indemnidad sexual, referida especialmente al libre desarrollo sexual del menor". Por su parte, Villa Stein[1305] sostiene que "se tutela la sexualidad humana en formación".

En la ejecutoria suprema del 6 de noviembre del 2007, la Segunda Sala Penal Transitoria, argumentó que: *"en este tipo de delitos, además de la integridad personal sexual de una menor, primordialmente está dirigida a proteger su inocencia, cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por dichos actos libidinosos"*[1306].

2.3. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona, sea varón o mujer, no se requiere alguna cualidad o calidad especial en el agente.

2.4. Sujeto pasivo

Puede ser cualquier menor, sea varón o mujer, con la única condición de que tenga una edad cronológica por debajo de los catorce años.

[1304] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 260.

[1305] VILLA STEIN, 1998, p. 202.

[1306] R.N. N.° 5225-2006-Junín, **en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 251.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Igual que el injusto penal previsto en el artículo 176 del Código Penal, se requiere la presencia necesaria del dolo. El agente con conocimiento y voluntad de satisfacer sus apetencias sexuales y sin tener el propósito o intención de realizar el acceso carnal sexual o análogo, 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 o eróticos contrarios al pudor, recato o decencia. En el mismo sentido se pronuncian Bramont-Arias Torres y García Cantizano(1307) al enseñar que "se requiere necesariamente el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar actos contrarios al pudor, con exclusión del propósito de practicar el acto sexual u otro análogo, es decir, de violar, lo que permite distinguir un acto contrario al pudor de una tentativa de violación".

Nuestra Suprema Corte se ha pronunciado haciendo la distinción debida. En la ejecutoria suprema del 19 de setiembre de 1996, se sostiene que para configurarse el delito de actos contrarios al pudor de menor: *"se requiere que la intención o propósito del agente no esté dirigida a practicar el acto sexual u otro análogo, quedando solo en el ámbito de actos impúdicos, lo que no corresponde al caso de autos en que la orientación subjetiva del agente estuvo dirigida precisamente a practicar el acto sexual en la agraviada, subsumiéndose la conducta desplegada con tal intención en tentativa del delito de violación de menor para el presente caso"*(1308).

Igual diferenciación se hace en el precedente jurisprudencial constituido por la ejecutoria suprema del 21 de agosto de 1997 donde se afirma: *"Que, de otro lado en tanto los actos libidinosos, consistentes en frotamientos vaginales con su miembro viril, hechos que hiciera sufrir a la menor Rocío Suárez Gutiérrez, de solo siete años, tres meses y catorce días de edad, sin que el agente tuviera la decisión de hacerla sufrir el acto sexual, constituye delito contra el pudor, mas no violación de la libertad sexual en el grado de tentativa"*(1309).

(1307) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 260.

(1308) Expediente N.º 1798-95-B, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 183.

(1309) Expediente N.º 3529-97-Cusco, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 384.

Si, por el contrario, se verifica que los tocamientos aparentemente libidinosos fueron casuales o consecuencia de conducta imprudente, el delito no se configura, pasando a formar el grueso de conductas atípicas por tanto irrelevantes penalmente.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Por la naturaleza del delito en comentario, considero que en la realidad es difícil la concurrencia de alguna causa que justifique una conducta de actos contra el pudor de un menor.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de actos contra el pudor de un menor de 14 años no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como actos contra el pudor de menor, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se consuma desde el momento en que el agente 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 o eróticos contrarios al pudor, recato o decencia. Basta que se verifique un solo tocamiento en las partes íntimas de la víctima o en su caso, la

realización de un solo acto erótico o libidinoso contra el pudor del menor para estar ante una conducta penal consumada no requiriéndose en consecuencia, la real satisfacción sexual del agente.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1310] afirman que el delito se consuma en el momento en que se ejecuta el acto contrario al pudor con el menor de catorce años, aunque el agente no haya logrado satisfacer sus propias apetencias libidinosas. Basta, por consiguiente, el simple contacto corporal entre el sujeto activo y pasivo para que el delito se considere consumado. En tanto que Villa Stein[1311] resumidamente sostiene que se consuma el delito con el tocamiento lúbrico, siendo indiferente el hecho que el agente alcance satisfacción sexual.

Al constituir un delito de mera actividad que no requiere el uso de violencia o amenaza grave, es imposible que en la realidad se configure la tentativa. Tan pronto se inicia o comienza la ejecución del acto contrario al pudor del menor, el delito queda perfeccionado. El profesor Roy Freyre[1312], comentando el artículo 200 del Código Penal derogado, fundándose en el autor chileno Antonio Vascuñan Valdés, sostenía acertadamente que basta un simple tocamiento de cierta gravedad y de naturaleza deshonesta para que el delito llegue a la consumación.

7. PENALIDAD

El autor después del debido proceso penal y por disposición expresa de la Ley N.° 28704, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de diez años si la víctima es menor de siete años. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años si la víctima se encuentra en una edad mayor de siete y menor de diez años. La pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años, si la víctima tiene una edad mayor de diez y menor de catorce años.

[1310] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 260.

[1311] Villa Stein, 1998, p. 203.

[1312] Roy Freyre, 1975, p. 95. En igual sentido Bramont-Arias Torres/García Cantizano y Javier Villa Stein.

En caso que la víctima se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 173 del C.P. la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años.

Subcapítulo 9
Responsabilidad civil especial

1. TIPO PENAL

El artículo 178, modificado por Ley N.° 27115, del 17 de mayo de 1999, prescribe la responsabilidad civil que corresponde al agente de los delitos contra la libertad sexual en caso que tales actos generen descendencia, del modo siguiente:

> En los casos comprendidos en este capítulo, el agente será sentenciado, además, a prestar alimentos a la prole que resulte, aplicándose las normas respectivas del Código Civil.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Antes de la modificatoria del artículo 178 del C.P., producida por Ley N.° 27115, de mayo de 1999, aparte de la manutención de la prole, este numeral disponía imperativamente que el ejercicio de la acción penal era privada, es decir, perseguible por denuncia de parte interesada en los casos de los artículos 170 –primer párrafo–, 171, 174 y 175. Asimismo, se disponía que en el caso del delito de seducción previsto en el artículo 175, el autor podía quedar exento de pena si contraía matrimonio civil con la víctima, siempre que esta preste libremente su consentimiento. No obstante, con la citada modificatoria propuesta e impulsada principalmente por el movimiento feminista en el Perú, en forma razonable la situación ha cambiado.

En efecto, desde el 18 de mayo de 1999, todos los delitos denominados sexuales sin excepción, son perseguibles de oficio, esto es, por el Ministerio Público, insista o no con su denuncia primigenia, la víctima. En adelante no habrá más intimidación a la víctima para que se desista de su denuncia y de ese modo, quede sin castigo el autor que lesionó el bien jurídico libertad sexual. La institución del matrimonio nunca más

servirá de excusa para exonerar de pena al seductor. Tampoco las transacciones amañadas servirán como excusa para sobreseer un proceso y dejar sin castigo al autor de una violación sexual[1313].

Por otro lado, imperativamente se prescribe que el operador jurídico al momento de emitir sentencia condenatoria al autor de alguno de los delitos sexuales ya analizados, fijará pensión alimenticia en favor de la prole que resulte de la conducta delictiva que motive la resolución judicial. Ello, sin duda, ocurrirá de acuerdo a lo previsto en el Capítulo Primero del Título Primero de la Sección Cuarta de nuestro Código Civil, cuerpo normativo donde aparece debidamente regulado la que viene en denominarse "alimentos".

No le faltaba razón a Roy Freyre[1314] quien, comentando el artículo 204 del Código Penal derogado de 1924, aseveraba que el texto peruano es cuidadoso cuando dice que la obligación a establecerse en la sentencia condenatoria sea la de mantener a la "prole". Meditadamente ha eludido referirse al "hijo", puesto que solo se exige que haya evidencia de que el agente mantuvo relaciones sexuales con la víctima en la época de la concepción (hijo alimentista), no requiriéndose que haya prueba fehaciente de que el sentenciado sea el padre del hijo nacido o por nacer. Ello, en todo caso, corresponderá a la vía extrapenal determinarlo por medio del procedimiento denominado filiación.

No es necesario que el producto del delito sexual haya nacido para fijarse la pensión alimenticia, también es posible fijarse estando en gestación la víctima del abuso o acceso carnal sexual violento.

No obstante, la discusión se presenta en los casos en que el acceso carnal sexual prohibido y del cual ha resultado el embarazo de la víctí-

---

[1313] En el mismo sentido, Castillo Alva señala que hoy en día todos los delitos contra la libertad sexual, sin excepción alguna, son perseguibles de oficio, de tal manera que el Ministerio Público, aun sin el consentimiento del agraviado, puede denunciar el hecho (...) también cabe destacar la derogación de la causal de levantamiento de pena en caso de que el autor contrajera matrimonio con la ofendida hecho que recordaba la antigua consideración de la mujer como mercancía o como bien sujeto a las valoraciones del mercado. En la actualidad si el autor contrae matrimonio con su víctima, carece de cualquier relevancia jurídico penal a efectos de la persecución penal (2002, p. 16).

[1314] Roy Freyre, 1975, p. 121.

ma, ha sido efectuado por dos o más agentes. En estos casos, con Castillo Alva[1315] consideramos que la prestación de alimentos debe fijarse luego de haberse determinado mediante los mecanismos probatorios idóneos la relación filial (proceso extrapenal), pues si varios han sido los que han participado en el delito de acceso sexual, objetivamente todos se encuentran en la posibilidad de ser tenidos como padres y de ser quienes solventen la prestación de alimentos que exige la ley. Aquí no basta probar el hecho de que se haya tenido acceso sexual con la víctima durante la época de la concepción. Tampoco es coherente prorratear en cargas iguales la prestación de alimentos entre los diversos autores del hecho, pues no se trata de una reparación civil, sino de una obligación jurídica de diferente naturaleza.

Esta posición es asumida por la ejecutoria suprema del 29 de abril de 1998, donde se sostiene que: "*en autos no ha quedado debidamente acreditada la paternidad del menor XYZ, el que naciera como consecuencia de la violación de la que fue víctima la agraviada NN, por parte del acusado Héctor Alfredo Rivasplata Tenorio, juntamente con los acusados Manuel Antonio Mestanza Alva y Jorge Luis Rivasplata Tenorio; que, siendo eso así, no puede obligársele al acusado Jorge Luis Rivasplata Tenorio el pago de una suma de dinero por concepto de asistencia económica para alimentos, por lo que es del caso declarar la nulidad de este extremo de la sentencia recurrida; DECLARARON no haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas trescientos cuarenta, su fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y siete, que condena a Manuel Antonio Mestanza Alva, Jorge Luis Rivasplata Tenorio y Héctor Alfredo Rivasplata Tenorio, por el delito de violación de la libertad sexual –acto sexual abusivo–, en agravio de NN a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de dos años; y fija en cuatro mil quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil, deberán abonar los referidos sentenciados, en forma solidaria a favor de la agraviada NN declararon NULA la propia sentencia en el extremo que obliga al sentenciado Jorge Luis Rivasplata Tenorio, abonar la suma de cincuenta nuevos soles mensuales por concepto de asistencia económica para alimentos, a favor del menor XYZ; DEJARON a salvo el derecho que le corresponde al referido menor, a fin de que se haga valer con arreglo a ley*"[1316].

[1315] CASTILLO ALVA, 2002, p. 539.

[1316] R.N. N.° 4707-97-Amazonas.

Subcapítulo 10
Tratamiento terapéutico

1. TIPO PENAL

El artículo 178-A, agregado en nuestro catálogo penal por el artículo dos de la Ley N.° 26293, del 14 de febrero de 1994, prescribe:

> El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social.
>
> 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. El sometimiento al tratamiento terapéutico será considerado como regla de conducta.
>
> Los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional y redención de la pena por el trabajo y la educación, y el derecho de gracia de indulto y de la conmutación de la pena, no pueden ser concedidos sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

El artículo 178-A del Código Penal, que carece de antecedentes en nuestro sistema jurídico penal[1317], recoge hasta tres supuestos imperativos que el legislador ha impuesto al operador jurídico cuando tenga que resolver la situación jurídica del autor de un delito sexual por medio de la sentencia. Se prevén imperativa y obligatoriamente tres presupuestos que debe tener en cuenta el operador jurídico al momento de emitir sentencia condenatoria, suspender la ejecución de la pena, reservar el fallo condenatorio o aplicar algún beneficio penitenciario al autor de cualquiera de los delitos sexuales ya analizados.

[1317] PRADO SALDARRIAGA, 1996, I, p. 358.

Aun cuando las críticas a este artículo del Código Penal no dejan de esgrimirse, se coincide en que al imponerse el tratamiento terapéutico como obligatorio al sujeto activo de un delito sexual, se busca tratar psicológicamente al sentenciado con la finalidad de hacer en lo posible que asuma en el futuro, un comportamiento que respete la sexualidad ajena. Asimismo, se busca readaptar a aquel a la sociedad conforme a la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena que prevé el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

No está demás indicar que en el Perú tal pretensión del legislador resulta utópico, toda vez que las condiciones de los centros penitenciarios son deplorables. La cruda y crítica realidad nos muestra que los penales del Perú en lugar de ser centros de tratamiento y resocialización, son centros de capacitación delictiva.

No obstante, de acuerdo con el primer párrafo del artículo en comentario, a todo condenado a pena privativa de libertad efectiva por la comisión de algún delito sexual, previo examen médico o psicológico que determine su aplicación, será sometido obligatoriamente a un tratamiento terapéutico con la finalidad de facilitar su readaptación social.

La jurisprudencia nacional tiene claro este aspecto, pues incluso cuando hay omisión de los jueces de niveles inferiores, los de nivel superior tienen el deber de subsanar e integrar la sentencia. En este sentido, la ejecutoria suprema del 5 de agosto del 2003 argumenta que: *"habiéndose omitido en la sentencia disponer que el inculpado sea sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social, de conformidad con lo dispuesto por los artículos ciento sesenta y ocho y ciento sesenta y ocho 'A' del Código Penal, corresponde integrar dicho extremo, al no alterar el sentido de la sentencia condenatoria"*(1318).

El segundo párrafo prevé que cuando la autoridad jurisdiccional decida aplicar la suspensión de la ejecución de la pena o reservar el fallo condenatorio al acusado por la comisión de algún delito sexual, dispondrá obligatoriamente la realización del correspondiente examen médico y

(1318) R.N. N.º 904-2003-Santa.

psicológico al condenado a efectos de determinar si es necesario o mejor, determinar si el sentenciado requiere tratamiento terapeútico. Esto es, solo después del examen el Juez determinará si es necesario imponerle como regla de conducta el tratamiento. Si el examen arroja negativo, no se impondrá tratamiento terapeútico. Se dispone imperativamente que este tratamiento *será impuesto como una regla de conducta*, es decir, el tratamiento se efectuará durante el período de prueba impuesto. En este caso, si el condenado no cumple con someterse al tratamiento terapéutico dispuesto por el juez, podrá revocársele la condicionalidad de la pena de acuerdo al artículo 59 o el régimen de prueba en aplicación del artículo 65 del Código Penal.

El último párrafo del dispositivo en comentario establece que, sin el correspondiente informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución o mejoría del condenado sometido al tratamiento terapéutico, no podrán materializarse los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional, redención de la pena por el trabajo y la educación, tampoco el condenado podrá gozar del derecho de gracia del indulto y de la conmutación de la pena.

Villa Stein[1319] indica que por examen médico debemos entender el psiquiátrico y neurológico, practicado por un médico especialista. Por examen psicológico, habrá de entenderse el psicométrico y de personalidad que hace un psicólogo profesional.

[1319] VILLA STEIN, 1998, p. 210.

Capítulo X
PROXENETISMO

SUMARIO: Subcapítulo 1: Generalidades: Conceptos generales. **Subcapítulo 2: Favorecimiento a la prostitución:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Conductas delictivas agravadas. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 3: Rufianismo:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 4: Prostitución de personas:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 5: Turismo sexual adolescente:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Agravantes del turismo sexual adolescente. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Tentativa y consumación. **Subcapítulo 6: Uso de los medios de comunicación para promocionar la prostitución adolescente, turismo sexual adolescente y trata de menores:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica.

Subcapítulo 1
Generalidades

CONCEPTOS GENERALES

El Capítulo X del Título IV, etiquetado como "Delitos contra la Libertad" del Libro Segundo del Código Penal, regula diversas figuras delictivas que el legislador ha rotulado en general como proxenetismo. En cambio, en el Código Penal derogado se denominaba: "Delitos de Corrupción".

Por proxenetismo se entiende toda actividad económica que tiene por finalidad propiciar o facilitar el comercio sexual habitual y lucrativo entre terceros. Para la configuración del proxenetismo, resulta necesaria la intervención activa hasta de tres personas: el proxeneta, la persona que se dedica a la prostitución y el cliente.

El proxeneta es toda persona que ofreciendo dinero a cambio solicita a otra persona (dedicada a la prostitución) para que realice actos sexuales con otro sujeto denominado comúnmente "cliente". Viene a ser el mediador entre el sujeto que busca satisfacer su apetito sexual y la persona que ha hecho de la prostitución un modo de vida. Villa Stein[1320], de forma atinada, sostiene que el proxeneta hace de la satisfacción sexual de terceros y de la actividad económica de la persona prostituta, su medio de vida, vale decir, su negocio.

La prostitución (del latín *prostituere*: exponer, poner delante, traficar) consiste en conceder a otra persona, por recompensa económica o por lujuria, el propio cuerpo. En otros términos, se le entiende como la actividad consistente en entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas (clientes), que eventualmente lo requieren, a cambio de una determinada compensación económica[1321]. Por su parte, Villa Stein[1322] enseña que la prostitución es toda actividad consistente en la entrega sexual que una persona hace a otra de modo indiscriminado y habitual por precio, especie o intangible que lo represente o signifique.

Roy Freyre[1323], haciendo dogmática penal con el Código Penal derogado, crudamente sostenía que como conducta individual y fenómeno social, además de sus consecuencias morales, la prostitución puede ser definida como la entrega indiscriminada del cuerpo al comercio sexual con muchos individuos. En toda persona prostituida se supone la pérdi-

(1320) Villa Stein, 1998a, p. 211.

(1321) Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 265.

(1322) Villa Stein, 1998a, p. 211.

(1323) Roy Freye, 1975, p. 138.

da de la castidad, la degradación de la moral personal y la ausencia de todo pudor como lógica consecuencia del comercio del cuerpo, es decir, como resultado del libertinaje en el acceso sexual promiscuo ejercitado casi siempre con la finalidad de lucro.

La prostitución es toda actividad económica, ejercida habitualmente por ciertas personas quienes prestan servicios de carácter sexual a otra persona quien a cambio, entrega una contraprestación de contenido económico previamente convenido.

El tribunal supremo español precisa que la prostitución es aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio[1324].

Por otro lado, de la forma como aparecen redactados los tipos penales que a continuación serán objeto de análisis dogmático, se concluye que el ejercicio de la prostitución en sí no constituye delito. A lo más puede constituir un acto ilícito de carácter administrativo, si la persona que se dedica a tal actividad no respeta las normas administrativas que regulan su ejercicio. Solo las actividades conexas constituyen conducta delictiva. El favorecer, promover la prostitución o el explotar la ganancia obtenida por esta actividad constituyen los más representativos comportamientos prohibidos por la ley penal.

Otra cuestión debatida en doctrina radica sobre el bien jurídico que se protege con la tipificación de estas conductas. Se ha expresado que pueden ser las buenas costumbres o determinada moral colectiva o la dignidad de la persona o la honestidad de las personas o la libertad sexual. Finalmente la doctrina se ha inclinado por considerar que el bien jurídico protegido en la mayoría de estos injustos penales lo constituye la libertad sexual y en otras conductas, determinada moral colectiva de la sociedad cuando, por ejemplo, la prostituta es una persona mayor de edad y realiza la prostitución libre y voluntariamente.

[1324] STS del 07 de abril de 1999.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1325] refieren que estas conductas han de sancionarse en la medida en que supongan un atentado a la libertad sexual de la persona prostituida, ya sea porque determinan a una persona en contra de su voluntad al ejercicio de la prostitución, o a su ejercicio en determinadas condiciones de dependencia, ya sea porque determinan a una persona, que se estima no posee la capacidad de decisión en este ámbito, a su ejercicio.

Por nuestra parte, por la ubicación que el legislador le ha dado dentro del Código Penal de 1991 a estas conductas, consideramos que el bien jurídico predominante lo constituye la libertad sexual y en ciertos comportamientos determinada moral sexual comprendida como aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas.

Subcapítulo 2
Favorecimiento a la prostitución

1. TIPO PENAL

La primera figura delictiva de proxenetismo aparece regulada en el artículo 179 del Código Penal, modificado por primera vez a través de la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004. Para finalmente por medio de la Ley N.° 30077 del 20 de agosto del 2013, volverse a modificar el contenido del tipo penal. Desde ahí, el tipo penal tiene el siguiente contenido:

> 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 (DEROGADO por la Ley N.° 28704).

[1325] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 266.

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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo básico se concluye que la figura delictiva de proxenetismo puede perfeccionarse de dos formas que por separado e independiente constituyen conducta punible. En efecto, el legislador ha hecho uso de dos verbos rectores para construir el tipo penal: promover y favorecer.

La conducta punible de promover la prostitución se configura cuando el agente o sujeto activo inicia, estimula, inaugura o propicia para que una persona comience a realizar actos sexuales con terceros a cambio de una contraprestación económica previamente convenida. Aquí la víctima aún no se dedicaba a la prostitución, el agente recién la inicia o, mejor dicho, le instiga y convence por diversos medios y circunstancias a que se inicie en la prostitución.

El hecho punible de favorecer consiste en prestar cooperación, coadyuvar, colaborar o asistir en el ejercicio normal de aquella actividad a determinada persona que ya se dedica a la prostitución. Aquí la víctima ya se dedica a la prostitución, lo único que hace el agente es facilitar o colaborar en el desarrollo de dicha actividad, allanando obstáculos, buscando los clientes o quizá prestando el inmueble donde la persona más conocida como prostituta atiende a sus clientes ocasionales.

La jurisprudencia nacional tiene cierta claridad respecto de este ilícito penal. Como precedente jurisprudencial podemos citar la resolución del 8 de mayo de 1998, por la cual la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima en uno de sus considerandos sostiene *"que el delito de proxenetismo, previsto y sancionado en el artículo ciento setenta y nueve del Código Penal, sanciona no a la prostitución sino a las actividades conexas a ella, efectuadas por otras personas que sirven de mediadores o encubridores, en tal sentido el favorecer se describe como la conducta destinada a allanar obstáculos que se presentan en el curso de la actividad ya establecida para que se continúe ejerciendo, de otro lado, necesariamente para que se configure el delito tiene que existir el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en el ánimo de lucro, materializado en la intención de obtener cualquier beneficio material de esta actividad, consistente o no en sumas de dinero"*[1326].

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1327] enseñan que el comportamiento consiste en promover o favorecer la prostitución de otra persona. Con este tipo de comportamiento se comprende tanto la actividad de quien inicia a otro en el ejercicio de la prostitución –supuesto de promover–, como de quien allana obstáculos en el curso de esa actividad ya establecida para que se pueda seguir ejerciendo –supuesto de favorecer–. Es delito tanto el promover la actividad en su comienzo, como el favorecimiento en su desarrollo.

Respecto de la tipicidad objetiva deben establecerse dos situaciones. Primero, que el consentimiento de la víctima no constituye causal para excluir la tipicidad, vale decir, el hecho que la víctima haya prestado su consentimiento no excluye la tipicidad de la conducta; y segundo, para que se configure la tipicidad no es necesario que el agente haya actuado con la finalidad de obtener un provecho económico. Basta que se verifiquen las conductas de promover y favorecer para estar frente al delito, siendo indiferente e insignificante determinar la finalidad que motivó al sujeto activo. Muy bien puede hacerlo por dañar la imagen social de

[1326] Expediente N.º 7903-97, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán, 1999, p. 244.

[1327] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 268.

una persona, o para satisfacer su deseo sexual de observar el desarrollo del acto sexual entre terceros, etc.

2.1. Conductas delictivas agravadas

En el segundo párrafo del artículo 179, el legislador nacional ha previsto hasta ocho circunstancias que automáticamente agravan las conductas de promover o favorecer la prostitución. En efecto, tenemos:

a. *Víctima menor de 18 años*. Esta agravante por efectos del artículo 4 de la Ley N.° 28704, del 5 de abril del 2006, fue derogada. Si la persona a la que se iniciaba o favorecía en la prostitución era una menor de 18 años, es indudable que el proxeneta era calificado como cómplice primario del delito de violación de menor que cometía el parroquiano. Con la entrada en vigencia de la Ley N.° 30076, no ha recobrado vigencia este numeral. Por la derogación de una ley no recobran vigencia aquellas normas que por ella fueron derogadas.

b. *Uso de medios vedados*. Otra circunstancia agravante de las conductas de promover o favorecer la prostitución, lo constituye el hecho que el agente o autor para someter o convencer al sujeto pasivo o víctima, haga uso o emplee la violencia física, engaño, abuso de autoridad o cualquier medio de intimidación. En esta agravante, por ejemplo, se subsume la conducta de aquellos proxenetas que por medio de la agresión física obligan a su víctima a que realice relaciones sexuales con terceros a cambio de dinero.

c. *Víctima sin discernimiento*. El inciso tercero de la segunda parte del tipo penal del artículo 179 prevé como agravante de la conducta de promover o favorecer la prostitución, la circunstancia que la víctima sea una persona que se encuentre privada de discernimiento por cualquier causa. La causa de la ausencia de discernimiento, comprender o entender las cosas puede ser por razones naturales, por ejemplo, sufrir de retardo mental, o por causas artificiales, por ejemplo, sufrir de drogadicción o alcoholismo, etc.

d. *Agente pariente o protector de la víctima*. También el legislador ha previsto como circunstancias que agravan las conductas punibles de promover y favorecimiento de la prostitución, el hecho que

entre el autor o sujeto activo y el sujeto pasivo o víctima existe una relación de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o es cónyuge, concubina, adoptante, tutor o curador; o, tiene a su víctima o agraviado a su cuidado por cualquier motivo. En esta agravante se subsume, por ejemplo, la conducta de aquella persona que aparentando ser caritativa o filantrópica se hace cargo de su pariente y en lugar de brindarle educación y cuidados, lo inicia en la prostitución y muchas veces se convierte en su buscador de clientes.

e. *Víctima desarraigada de su domicilio.* El inciso 5 del artículo 179 del C.P. prevé como agravante la circunstancia que el agente desarraigue de su domicilio habitual a la víctima con el objetivo o finalidad de prostituirla. Aquí el agente extrae, aleja o separa de su domicilio habitual a su víctima con la finalidad de iniciarla en la actividad de la prostitución.

f. *Situación de abandono o extrema necesidad de la víctima.* La agravante se configura cuando el agente aprovecha la situación de abandono o extrema necesidad económica y de protección en que se encuentra eventualmente la víctima, y la convence para que se dedique a la prostitución como un medio para obtener recursos. Aquí el agente promueve la prostitución aprovechando el abandono en que se encuentra la víctima, o en su caso, aprovecha la extrema necesidad económica de la víctima para iniciarla en la prostitución. El autor se aprovecha de la situación de vulneralidad personal o económica en que se encuentra la víctima.

g. *Proxenetismo como modus vivendi.* El inciso 6 del artículo 179 del C.P. prevé como agravante la circunstancia que el agente o autor de la conducta, ya sea el de promover o facilitar la prostitución, haya hecho del proxenetismo su oficio o modo de vida. Aquí se exige que el autor del delito sea un proxeneta profesional, quien ha hecho su *modus vivendi* el lucrar con la actividad sexual de terceros.

h. *Agente integrante de una organización criminal.* Aquí estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. La agravante se configura cuando el autor o coautores cometen el delito de promover o favorecer la prostitución en calidad de integrante de una organi-

zación criminal destinada a cometer hechos punibles. El término organización abarca todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y mínimamente se organizan para cometer delitos con la finalidad de obtener provecho patrimonial indebido.

El agente será integrante de una agrupación delictiva cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás conformantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores promuevan o favorezcan la prostitución en nombre o por disposición de la organización criminal. Si se determina que aquel actuó solo sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella, la agravante no se verifica.

Precisando, de acuerdo a la Ley N.° 30077 modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244, publicado el 29 de octubre del 2016, por el cual se incorpora otros delitos como el sicariato por ejemplo, se 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. 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 objetivos de la organización criminal.

2.2. Bien jurídico protegido

El hecho punible de proxenetismo lesiona o pone en peligro diversos bienes jurídicos, dependiendo ello de la modalidad delictiva materializada. Así, el tipo básico al referirse a conductas realizadas sobre personas mayores de edad, el bien jurídico protegido lo constituye una determinada moral sexual. De concurrir las agravantes previstas en los incisos 2, 4, 5 y 7, el bien jurídico protegido es la libertad sexual. En tanto que si concurre la agravante prevista en el inciso 3, el bien

jurídico protegido es la indemnidad sexual de la víctima privada de discernimiento. Finalmente, si se configura la agravante del inciso 6, el bien jurídico afectado es determinada moral sexual.

2.3. Sujeto activo

El agente o autor del injusto penal de promover o favorecer a la prostitución puede ser cualquier persona sea varón o mujer. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial, tampoco se requiere que se dedique habitualmente al proxenetismo, pues de ser así, constituye una circunstancia agravante.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo de la conducta delictiva puede ser también tanto varón como mujer con la condición de que sea mayor de 18 años de edad.

La modificatoria introducida por la Ley N.° 28704 excluye el proxenetismo sobre menores de 18 años, que prevé el inciso 1 del original artículo 179 del Código Penal. Ello es así toda vez que no resulta coherente que el autor del acto sexual con la menor prostituida es autor del delito de violación de menor previsto en el artículo 173 del Código Penal, en tanto que el que promueve o favorece ese tipo de relaciones sexuales sería autor simplemente de proxenetismo agravado. Ahora aplicando sistemáticamente las normas penales, en casos parecidos, el autor del acceso sexual con la menor de 18 años prostituida, será autor del delito de violación de menor en tanto que el proxeneta será cómplice primario de aquella conducta. Esto significa que tanto el autor del acto sexual como el proxeneta, serán merecedores de la misma pena según lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 25 del Código Penal.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la estructura del tipo penal se evidencia que se trata de una conducta netamente dolosa. El agente o autor actúa con conocimiento y voluntad. Aun cuando en el tipo no aparece, se exige la presencia de un elemento subjetivo especial como es el ánimo de lucro –la intención de obtener con esta actividad cualquier beneficio material, consistente

o no en sumas de dinero– o el propósito de satisfacer deseos propios o ajenos –deseos de carácter sexual, normales o anormales–, inherente al proxenetismo[1328].

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifica que la conducta en análisis reúne todos los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, corresponde al operador jurídico determinar si en ella concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se verifica alguna causa de justificación, la conducta será típica, pero no antijurídica y, por tanto, se excluirá del campo de los delitos.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de proxenetismo no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como proxenetismo, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía qué su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

De la lectura de la fórmula legislativa se concluye que el delito en comentario se perfecciona o consuma cuando el autor realiza actos de favorecimiento, facilitación, promoción o instigación a la práctica de la

[1328] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 269. En parecido sentido, VILLA STEIN, 1998a, p. 215.

prostitución. Los verbos rectores utilizados en la estructura del tipo son "promover" o "favorecer", por tanto, indican que el injusto penal se perfecciona con la verificación de aquellos actos que lo signifiquen; en consecuencia, no se necesita que la víctima haya llegado a practicar realmente algún acto sexual en su calidad de prostituta. Es posible que el autor haya convencido a la víctima a que se dedique a la prostitución, no obstante, en su primer día en el venusterio, y sin que haya atendido a algún cliente, la policía interviene al proxeneta. Aquí, evidentemente el sujeto activo perfeccionó el hecho punible. En suma, resulta indiferente para la consumación determinar si la víctima logró o no tener relaciones sexuales con los clientes a quienes comúnmente se les identifica como parroquianos.

En el mismo sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1329] sostienen que "el delito se consuma con la promoción o favorecimiento de la prostitución, careciendo de importancia a los efectos de la consumación del delito si posteriormente se mantuvo la relación sexual". Por su parte, Villa Stein[1330] es de razonamiento diferente al concluir que "el tipo se realiza cuando la prostitución es llevada a cabo como consecuencia del favorecimiento".

Si consideramos que los actos destinados al favorecimiento o promoción de la prostitución ya constituyen o evidencian delito consumado, resulta lógico concluir que es imposible que el delito se quede en el grado de tentativa.

7. PENALIDAD

En caso que al acusado se le atribuya la conducta prevista en el tipo básico, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cinco años. En tanto que si al acusado se le atribuye alguno de los supuestos delictivos previstos en la segunda parte del tipo penal, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de doce años.

(1329) Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 269.

(1330) Villa Stein, 1998a, p. 216.

Subcapítulo 3
Rufianismo

1. TIPO PENAL

La figura delictiva conocida como rufianismo se encuentra recogida en el tipo penal del artículo 180 del Código Penal, el mismo que al ser modificado por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, literalmente prescribe:

> 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. (PÁRRAFO DEROGADO)
> Si la víctima tiene menos de catorce años[1331], 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El injusto penal se configura cuando el sujeto activo explota o saca provecho económico al producto o ganancia proveniente de la práctica de la prostitución que realiza la víctima o sujeto pasivo.

Aquí el sujeto activo no promueve ni favorece la prostitución, solo se dedica a vivir de los ingresos obtenidos por la práctica de la prostitución. Sin embargo, es posible que la persona que se dedica a explotar la ganancia deshonesta también sea a la vez, el proxeneta de la persona prostituida, esto es, también puede dedicarse a buscar los clientes para aquella. Si ello sucede estaremos ante un concurso real de delitos que en la praxis judicial se resolverá aplicando el artículo 50 del Código Penal, es decir, el juez impondrá al autor la pena del delito más grave.

[1331] Este supuesto también fue derogado por disposición del artículo 4 de la Ley N.° 28704.

Roy Freyre[1332], pedagógicamente sostiene que existe "explotación" cuando los ingresos producidos por el ejercicio del meretricio son invertidos por el sujeto activo (rufián), en su totalidad o en parte, en algún negocio, industria, operación comercial o cualquier actividad lícita o ilícita, con la finalidad de obtener una mayor utilidad o provecho económico para sí, o para darse lujo o comodidades. Estas hipótesis –continúa el autor citado– suceden cuando el rufián, por ejemplo, adquiere una casa, sea para vivir él o para alquilarla; o cuando compra un automóvil para pasearse o para ponerlo al servicio público; o cuando invierte el dinero en la compra de pasta de cocaína; o cuando la ganancia de procedencia impúdica es empleada en apuestas de carreras de caballos, etc.

En este sentido, de la propia lectura del tipo penal se evidencia que se excluye del rufianismo el vivir o hacerse mantener por la persona que se dedica a la prostitución. En efecto, a diferencia del artículo 207 del Código Penal derogado que recogía como supuesto de hecho la conducta de hacerse mantener por la prostituta en todo o en parte, el artículo 180 del actual Código Penal ha excluido tal supuesto.

Si la propia persona que se prostituye y maneja directamente las ganancias obtenidas, decide mantener a determinada persona con aquellos ingresos, el delito en comentario no aparece. Tampoco se configura la conducta punible si determinada persona se hace mantener por la prostituta quien voluntariamente accede. Si, por ejemplo, aquel hiciere uso de la violencia o amenaza para hacerse mantener, la prostituta podrá denunciarlo por el delito contra la libertad personal pero nunca por el delito de rufianismo.

Solo se verifica el delito cuando el sujeto activo maneja o administra los ingresos provenientes de la prostitución y los invierte para obtener mayor provecho.

En esa línea, no hay duda de que Villa Stein[1333] confunde conceptos cuando citando al recordado Raúl Peña Cabrera, sostiene que

[1332] Roy Freyre, 1975, p. 149.

[1333] Villa Stein, 1998a, p. 218.

se encuentra en dicho supuesto cuando el agente se deja mantener económicamente por la prostituta.

2.1. Circunstancias agravantes

El segundo y tercer párrafo del tipo penal del artículo 180 recoge las circunstancias agravantes de la conducta conocida como rufianismo. De la lectura de aquellos párrafos se tiene que el delito en comentario se agrava por la edad del sujeto pasivo o víctima o porque esta tiene alguna relación familiar o jurídica con el rufián. Así tenemos:

a. *Víctima mayor de 14 y menor de 18 años.* La conducta o comportamiento denominado rufianismo se agrava cuando el agente explota las ganancias obtenidas por una adolescente que se dedica a la prostitución. Aquí la conducta se agrava por la calidad de la víctima. Esto era antes de la promulgación de la Ley N.° 28704, pues con ella tal supuesto se ha **derogado**. Ahora bien, si el agente explota las ganancias obtenidas por una adolescente que se dedica a la prostitución será cómplice del grave delito de acceso carnal sexual sobre menor sancionado en el artículo 173 del Código Penal.

b. *Víctima menor de catorce años.* Esta agravante prevista en el artículo original 180 del C.P. arbitrariamente se mantuvo con la modificación efectuada a los delitos sexuales por la Ley N.° 28251, de junio del 2004, cuando el uso del método sistemático orientaba y orienta excluir como agravante la explotación de las ganancias obtenidas por la prostitución efectuada por una menor de 14 años, toda vez que de acuerdo a nuestra normativa penal ya explicada, toda relación sexual con un o una menor constituye acceso carnal sexual de menor y no puede a la vez, denominarse prostitución. En consecuencia, sistemáticamente, concluimos que aquel que explota las ganancias obtenidas por una menor de 14 años, es cómplice del delito de acceso carnal sexual sobre menor que efectúa aquel que somete a la práctica sexual a la menor a cambio de dinero.

c. *Agente pariente o protector de la víctima.* El legislador también ha previsto como circunstancias que agravan la conducta del rufián aquellas en que la persona que se dedica a la prostitución y obtiene

las ganancias que después explota aquel, es su cónyuge, su conviviente, su descendiente, su hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente, o es una persona que está a su cuidado. En esta agravante, se subsume, por ejemplo, la conducta de aquella persona que aparentando ser filantrópica se hace cargo de su pariente que sabe se dedica a la prostitución y le ofrecen invertir las ganancias que obtiene de su actividad y hacerlas más rentables.

2.2. Bien jurídico protegido

Aun cuando no hay acuerdo respecto del bien jurídico que se pretende o busca proteger con la tipificación del rufianismo, nosotros por la ubicación que el legislador le ha dado dentro del *Corpus Iuris Penale*, sostenemos que se trata de tutelar la libertad sexual en los supuestos en que el rufián coacciona de cierta forma a la víctima a que continúe en la práctica de la prostitución. Cuando no aparece cierta coacción, sin duda, se pretende cautelar una determinada moral sexual dentro de la sociedad. En caso en que la víctima sea menor de edad, se protege su indemnidad sexual.

2.3. Sujeto activo

El agente, autor o sujeto activo del delito en comentario puede ser cualquier persona, sea varón o mujer. El tipo penal no exige que aquel reúna alguna cualidad o calidad especial.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del rufianismo también puede ser cualquier persona sea varón o mujer con la única condición de que tenga una edad mayor a los 18 años. Si la víctima es menor de 18 años, el delito que se configura es el de violación sexual de menor.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La conducta punible exige la presencia del elemento subjetivo denominado dolo. Es imposible que se perfeccione por imprudencia del agente.

El agente con pleno conocimiento que el dinero que pretende o se dispone a explotar proviene de ganancias obtenidas de la prostitución, libre y voluntariamente decide invertirlas y sacar mayor provecho económico. El rufián sabe que el capital que se dispone a invertir son ganancias de la prostitución, no obstante, los invierte.

Aparte del elemento subjetivo denominado dolo, se requiere verificar la presencia de otro elemento subjetivo adicional como es el *animus* de lucro, es decir, el agente al actuar tiene la intención de obtener mayor ganancia patrimonial de los ingresos provenientes de la prostitución.

Es posible que se presente un error de tipo cuando, por ejemplo, se acredite que el sujeto activo no sabía que el capital recibido de la víctima e invertido provenía de las ganancias obtenidas por la actividad de la prostitución.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifica que la conducta en análisis reúne todos los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, corresponde al operador jurídico determinar si en ella concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se verifica alguna causa de justificación, la conducta será típica, pero no antijurídica y, por tanto, se excluirá del campo de los delitos.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de rufianismo no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como rufianismo, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se perfecciona cuando el agente o sujeto activo comienza a invertir las ganancias obtenidas por la actividad de la prostitución en algún negocio que le rendirá dividendos en su provecho. Cuando se verifica que el agente ha dado inicio a la inversión total o parcial con el objetivo o fin de obtener una utilidad, estaremos ante el delito de rufianismo consumado.

En igual sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1334], al enseñar que "si se entiende por 'explotación deshonesta' la inversión que realiza el sujeto activo de los ingresos producidos por el ejercicio de la prostitución, en su totalidad o en parte, el delito quedará consumado cuando el agente invierte las ganancias con la finalidad de obtener un provecho".

En contra de esta clara interpretación, Javier Villa Stein[1335] refiere en su singular estilo, que el delito se consuma con la percepción, por el agente, de la ganancia deshonesta de la víctima.

De la redacción del tipo penal se desprende que es posible la tentativa. En efecto, estaremos ante un tipo de realización imperfecta cuando el agente o rufián que ha recibido la ganancia proveniente de la prostitución se dispone invertirlo a fin de obtener alguna utilidad económica en su provecho. Si se verifica que aún el rufián no ha invertido la ganancia proveniente de la prostitución, pero tiene planificado hacerlo, estaremos ante la tentativa. En esta línea, podemos concluir que Villa Stein equipara el rufianismo en grado de tentativa con el consumado.

Lo expuesto es de aplicación para aquel agente que recién se inicia en el rufianismo, pues caso contrario, si se verifica que este se dedica

---

[1334] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 272.

[1335] Villa Stein, 1998a, p. 218.

habitualmente a realizar aquel ilícito penal, es decir, invertir las ganancias obtenidas por su víctima de la prostitución, se le atribuirá siempre el delito de rufianismo consumado, ello ocurrirá así se constate que las ganancias de un mes o un año aún no las ha invertido.

7. PENALIDAD

Cuando al acusado se le atribuya la conducta delictiva prevista en el tipo básico del rufianismo, la pena privativa de libertad será 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.

En los casos en que concurren las agravantes previstas en el último párrafo del artículo 180 como es que la víctima tenga menos de catorce años, o sea cónyuge, conviviente, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su conviviente o si está al cuidado del agente, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Subcapítulo 4
Prostitución de personas

1. TIPO PENAL

El artículo 181 del Código Penal recoge la figura delictiva de la prostitución de personas, el mismo que fue modificado por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, para finalmente volverse a modificar por la Ley N.° 30077 de agosto del 2013. Desde la entrada en vigencia de la citada ley, el tipo penal tiene el siguiente contenido:

> 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 de edad. (SUPUESTO DEROGADO)
> 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.
5. La víctima es entregada a un proxeneta.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal se advierte, en primera impresión, que estuviéramos objetivamente frente a dos supuestos delictivos, sin embargo, haciendo una lectura analítica concluimos que estamos ante tres supuestos de hecho claramente establecidos. En efecto, el tipo penal que se etiqueta como "prostitución de personas" recoge los siguientes comportamientos delictivos:

a. *Comprometer a una persona para entregarlo a otro con el objeto de tener acceso carnal.* Este supuesto delictivo se configura cuando el agente mediante un trato, convenio, acuerdo o compromiso más o menos forzado, incluso con apariencia lícita, convence a la víctima varón o mujer para entregarlo a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal que bien puede ser vía vaginal, anal o bucal. Aquí, la víctima llega a internalizar la idea que tal acceso carnal es una obligación, un deber o un compromiso contraído con el agente.

b. *Seducir a una persona para darle a otro con el objeto de realizar acceso carnal.* Este comportamiento delictivo se configura o verifica cuando el sujeto activo o agente haciendo uso del ardid, artificio, astucia, o engaño logra que su víctima erradamente tome la decisión de entregarse a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal. Aquí el agente embauca a la víctima haciéndole creer como verdadero o real alguna mentira. Seducir es "enamorar", engañar con habilidad, encauzar hacia la toma de una decisión equivocada por medio del ofrecimiento de un bien[1336].

[1336] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 273.

c. *Sustraer a una persona para entregarlo a otra con el objeto de tener acceso carnal*. Esta conducta delictiva se configura cuando el agente o sujeto activo separa, aparta o extrae al sujeto pasivo de su ambiente familiar en el cual se encuentra seguro con la finalidad de entregarlo a un tercero con el objeto de tener acceso carnal vía vaginal, anal o bucal. Nada dice el tipo penal sobre los medios y formas que puede emplear el agente para conseguir su propósito. Aquellos pueden ser desde el uso de la violencia, intimidación, amenaza grave o engaño. El fin del agente es separar a la víctima del ambiente seguro donde se encuentra para entregarlo a un tercero con fines sexuales.

Los tres verbos rectores empleados por el legislador para la construcción del tipo penal en comentario, si bien configuran hasta tres conductas claramente diferenciables objetivamente, su finalidad es la misma. En efecto, los tres verbos utilizados indican la realización de acciones que, por expresa exigencia del texto penal, deben ser tendientes a promover la prostitución, es decir, están dirigidas finalmente a la iniciación en el meretricio de quien no conoce aquel oficio, proyectadas a despertar en una mujer honesta la proclividad por las aproximaciones sexuales promiscuas en las que después será precipitada[1337].

Es de añotarse que el legislador ha excluido de este supuesto la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima.

2.1. Circunstancias agravantes

La segunda parte del tipo penal en análisis recoge hasta cinco supuestos o circunstancias que agravan cualquiera de las conductas rotuladas como prostitución de personas. Así tenemos:

a. Víctima menor de 18 años

El inciso primero de la segunda parte del artículo 181 del C.P. ha sido **derogado** por disposición expresa del artículo 4 de la Ley N.° 28704, de abril del 2006.

[1337] *Vid.* ROY FREYRE, 1975, p. 155.

b. *Uso de medios vedados*

Otra circunstancia agravante de las conductas de comprometer, seducir o sustraer a una persona para entregarlo a otra con fines de practicar el acceso carnal, lo constituye el hecho de que el agente o autor para someter o convencer a su víctima, haga uso o emplee la violencia física, amenaza, abuso de autoridad u otro medio de coerción. En esta agravante, por ejemplo, se subsume la conducta de aquellas personas que por medio de la agresión física obligan a su víctima a que se entregue a un tercero para tener acceso carnal con el evidente propósito de obtener algún dividendo.

c. *Agente pariente o protector de la víctima*

El legislador también ha previsto como circunstancias que agravan las conductas punibles de prostitución de personas, el hecho que la víctima respecto del agente o autor es su cónyuge, concubina, descendiente, hijo adoptivo, hijo de su cónyuge o de su concubina, o si está a su cuidado. En esta agravante, se subsume, por ejemplo, la conducta de aquella persona que en su condición de cónyuge o concubino compromete a su pareja para que se entregue a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal, a cambio evidentemente de alguna ventaja.

d. *Agente integrante de una organización criminal*

Aquí estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. La agravante se configura cuando el autor o coautores cometen el delito de prostitución de personas en calidad de integrante de una organización criminal destinada a cometer hechos punibles. El término organización abarca todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y mínimamente se organizan para cometer delitos con la finalidad de obtener un provecho indebido.

Precisando, de acuerdo a la Ley N.° 30077 modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244, de octubre del 2016, se 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. 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 objetivos de la organización criminal.

El agente será integrante de una agrupación delictiva, cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás integrantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores comprometan, seduzcan o sustraigan a la víctima para entregarlo a un tercero con el objeto de realizar el acceso carnal sexual en nombre o por disposición del grupo. Si se determina que aquel actuó solo, sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella por ejemplo, la agravante no se verifica.

e. Entrega de la víctima a un proxeneta

Finalmente, constituye agravante de las conductas punibles en comentario el hecho que la víctima sea entregada a un proxeneta. Es decir, cuando el agente entrega a su víctima a una persona que favorece o promueve la prostitución con la evidente finalidad que se dedique a esta actividad por tiempo indefinido (181, inciso 5).

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido lo constituye la libertad sexual de las personas. En efecto, en esta figura delictiva el agente lesiona o pone en peligro la libertad sexual de sus víctimas debido a que por diversos medios las compromete, seduce o substrae y entrega a un tercero con la finalidad de que tengan acceso carnal sexual no querido por ellas. El agente, en los tres comportamientos indicados, vicia la voluntad de su víctima para conseguir sus propósitos y de ese modo, lesiona la libertad sexual de estas.

2.3. Sujeto activo

El autor, agente o sujeto activo del delito de prostitución de personas puede ser cualquier persona, sea varón o mujer; la redacción del tipo penal no exige cualidad o calidad especial que deba reunir el agente. Es un delito común.

2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima de la presente conducta delictiva puede ser también cualquier persona, sea hombre o mujer, siempre y cuando sea mayor de 18 años de edad cronológica.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Como la totalidad de figuras delictivas que atentan contra la libertad sexual de las personas, esta es de comisión dolosa. No corresponde su realización imprudente, si ello se verifica, la conducta es irrelevante penalmente por ser una conducta atípica.

El tipo penal exige la presencia del dolo en el actuar del agente, vale decir, el sujeto activo actúa con conocimiento y voluntad de realizar los verbos rectores de comprometer, seducir, substraer a la víctima para entregarlo a un tercero con la finalidad de tener acceso carnal. De ese modo, este último aspecto se constituye en otro elemento subjetivo que exige en forma expresa el tipo penal. Es decir, el agente debe actuar con el propósito o intención de entregar a la víctima a un tercero con la finalidad precisa de tener acceso carnal sexual. Caso contrario, si en determinada conducta no se verifica o constata que el agente tuvo el propósito que la víctima realice el acto sexual con un tercero, y esta, por ejemplo, libre y voluntariamente practicó el acceso carnal, la conducta será atípica y, por tanto, irrelevante penalmente. En suma, para configurarse este especial elemento subjetivo, el agente debe actuar desde un inicio con la finalidad de entregar a la víctima a un tercero con el objeto de practicar relaciones sexuales.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifica que la conducta en análisis reúne todos los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, corresponde al operador jurídico determinar si en ella concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se verifica alguna causa de justificación, la conducta será típica, pero no antijurídica y, por tanto, se excluirá del campo de los delitos.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de prostitución de personas no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificar si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como prostitución de personas, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los supuestos delictivos identificados con los verbos "comprometer", "seducir" y "substraer", se perfeccionan en el momento en que el agente por medio de actos tendientes a comprometer, seducir o substraer, obtiene el consentimiento de la víctima para ser entregada a un tercero con el objeto de practicar relaciones sexuales. De la forma como aparece construido el tipo penal, se concluye que para estar ante una conducta consumada no es necesario que la víctima sea realmente entregada al tercero o en su caso, que realice realmente las relaciones sexuales. Basta que haya sido comprometida, seducida o substraída con aquella finalidad para estar ante un tipo de realización perfecta. Es suficiente que se

haya obtenido el consentimiento de la víctima para ser entregada a un tercero con el fin de tener acceso carnal sexual.

En igual sentido se pronuncia Roy Freyre[1338] cuando haciendo dogmática sobre el Código Penal derogado afirmaba que los supuestos se consuman con los actos de compromiso, seducción y substracción de la mujer, sin necesidad de que sea efectivamente entregada para fines libidinosos. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1339] sostienen que "en ninguno de estos supuestos se requiere que el sujeto pasivo sea entregado real y efectivamente a otra persona con la finalidad de practicar relaciones sexuales; basta con las acciones de comprometer, seducir o substraer".

En los supuestos de comprometer y seducir a la víctima para ser entregado a tercero con fines de practicar el acto sexual, si sostenemos que se consuma con la sola obtención del consentimiento de la víctima para ser entregada, es prácticamente imposible que se configure la tentativa. En cambio, es posible que la conducta se quede en tentativa en el supuesto de sustracción de su domicilio, cuando, por ejemplo, en plena sustracción de la víctima con el fin de entregarla a un tercero para la práctica sexual, el agente es intervenido.

7. PENALIDAD

Si el agente está acusado por alguno de los supuestos delictivos recogidos en el tipo básico del artículo 181, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años.

En los supuestos delictivos en que concurra alguna circunstancia agravante prevista en la segunda parte del tipo penal analizado, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años.

[1338] Roy Freyre, 1975, p. 157.

[1339] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 273.

Subcapítulo 5
Turismo sexual adolescente

1. TIPO PENAL

El artículo 2 de la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, adicionó al Código Penal el artículo 181-A que prevé diversas conductas o comportamientos que en su conjunto el legislador los denominó "turismo sexual infantil", pero que nosotros lo etiquetamos como "turismo sexual adolescente", el mismo que tiene el siguiente contenido luego de la modificación efectuada por la Ley N.° 29408, del 18 de setiembre del 2009:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del contenido del artículo 181-A del Código Penal se concluye que el hecho punible denominado ahora por el legislador nacional "*Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo*" se configura cuando el agente promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, ofreciendo u ofertando los servicios sexuales de tipo comercial de personas

cuya edad cronológica se encuentra entre los 14 y 18 años de edad, utilizando para tal fin cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de la Internet.

Si tenemos en cuenta que la víctima general de este delito, lo constituyen los menores que tienen una edad entre los 14 y 18 años de edad, resulta más coherente denominar al hecho punible como "turismo sexual adolescente".

El hecho punible puede materializarse en la realidad hasta por cuatro comportamientos o conductas desarrolladas por el sujeto activo. Veamos en qué consiste cada una de estas conductas que muy bien pueden aparecer por sí solas o concurrir dos o más de ellas:

a. *Promover el turismo sexual adolescente*. Este comportamiento se configura cuando el agente o sujeto activo por diversos medios fomenta, inicia, impulsa, comienza o promueve el turismo sexual, utilizando para ofrecer u ofertar los servicios sexuales de adolescentes de 14 a 18 años de edad, medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o a través de Internet.

Aquí se sanciona a las personas que promueven el turismo sexual ofreciendo a sus clientes el tener satisfacción sexual con adolescentes a cambio de dinero. El agente es el propietario o conductor directo del negocio y para lograr atraer a sus eventuales clientes utiliza medios escritos como el periódico o revistas, folletos, spots publicitarios en televisión, radio o haciendo uso de la Internet.

b. *Publicitar el turismo sexual adolescente*. Se configura o perfecciona esta conducta delictiva cuando el sujeto activo difunde, divulga, informa o publicita el turismo sexual, utilizando para ofrecer u ofertar los servicios sexuales de adolescentes de 14 a 18 años de edad, medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o a través de Internet.

En esta conducta se subsume la actividad que realizan aquellas personas que sin ser propietarias o conductores directos del negocio de turismo sexual de adolescentes, se encargan de difundir o publicitar el negocio. Por ejemplo, los directores o editores

de periódicos o revistas que divulgan o publicitan el negocio de turismo sexual de adolescentes, serán autores de este delito agravado. En consecuencia, aquel que divulgue, difunda o publicite el turismo sexual de adolescentes perfeccionará el delito siempre y cuando haga uso para lograr su propósito o finalidad, los medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o la Internet.

c. *Favorecer el turismo sexual adolescente*. Se configura o perfecciona este comportamiento delictivo cuando el sujeto activo ayuda, auxilia, asiste, ampara, favorece o auspicia el turismo sexual, utilizando para ofrecer u ofertar tener relaciones sexuales con adolescentes de 14 a 18 años de edad a cambio de una compensación económica, los medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o a través de Internet.

   El delito se perfecciona cuando el sujeto activo auspicia o favorece al propietario, administrador o conductor directo del negocio de turismo sexual de adolescentes. Aquí el agente no promueve directamente el negocio ni lo publicita o difunde, pero, por ejemplo, presta el dinero para que el propietario del negocio realice la publicación de su propaganda en el periódico o radio.

d. *Facilitar el turismo sexual adolescente*. Se configura o perfecciona esta conducta delictiva cuando el sujeto activo provee, suministra, allana, agiliza o facilita el turismo sexual, utilizando para ofrecer u ofertar los servicios sexuales de adolescentes de 14 a 18 años de edad, medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o a través de la Internet.

   Este comportamiento delictivo es atribuido a aquellas personas que sin ser propietarios ni administradores del negocio de turismo sexual de adolescentes, se encargan de allanar o facilitar el camino a aquel. Aquí se subsumirá la conducta de aquellas personas que, por ejemplo, se denominan comúnmente como jaladores o de aquellos que se encargan de distribuir en las calles volantes, afiches o folletos donde se oferta u ofrece servicios sexuales de adolescentes.

2.1. Agravantes del turismo sexual adolescente

El tipo penal del artículo 181-A recoge las siguientes conductas que agravan el delito de turismo sexual con adolescentes:

a. Víctima menor de catorce años

El segundo párrafo del artículo 181-A del Código Penal establece que la conducta denominada turismo sexual de adolescentes se agrava cuando la víctima es menor de 14 años de edad. Solo este supuesto constituye el delito de turismo sexual infantil. La agravante se presenta cuando el agente ofrece u oferta los servicios sexuales de una persona menor de 14 años de edad a cambio de dinero.

Aquí para tratar de darle coherencia interna a nuestra normativa penal debe entenderse que la agravante se constituye solo con los actos de promover, publicitar, favorecer o facilitar el turismo sexual, ofreciendo los servicios sexuales de tipo comercial con personas menores de 14 años de edad, utilizando para tal fin cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet. La agravante aparece en el mismo momento que el agente haciendo uso de los medios citados, hace público o hace circular o divulgar la oferta u ofrecimiento de los servicios sexuales de menores de edad.

En el caso que por efectos de la publicidad efectuada, viene un eventual cliente y pagando por los servicios, tiene relaciones sexuales con la víctima menor de 14 años, estaremos ante el delito de violación sexual de menor previsto y sancionado en el artículo 173 del Código Penal. En este supuesto, el autor del acto sexual será autor del delito de violación sexual de menor en tanto que el promotor, el que publicitó, favoreció o facilitó aquella relación sexual ilícita será instigador o cómplice primario o secundario del delito y como consecuencia serán sancionados con las penas drásticas previstas en el artículo 173 del C.P.

En este supuesto, el agotamiento del delito de turismo sexual infantil lo constituye el delito de violación sexual de menor.

b. El autor es autoridad pública

También se constituye en agravante del delito de turismo sexual de adolescentes, la circunstancia que el agente o sujeto activo de la conducta, tenga la condición de autoridad pública. Es decir, es alcalde, regidor, miembro de la Policía Nacional, de serenazgo, gobernador, etc.

c. El autor es maestro

Esta agravante se configura cuando el autor del delito es maestro de la víctima. Aquí por la gravedad de la conducta debe entenderse que el agente debe tener el título de profesor. No basta que el agente esté enseñando o haya enseñado algún oficio a la víctima, es necesario que tenga título oficial para enseñar.

d. El autor es pariente o cuidador de la víctima

Finalmente, constituye circunstancia agravante del delito de turismo sexual de adolescentes el hecho de que el agente o sujeto activo es ascendiente (padres, abuelos) de la víctima o es la persona que ha tenido a la víctima bajo su cuidado por cualquier título. En este último supuesto agravado, se subsume, por ejemplo, la conducta de aquellos tutores que en lugar de tener a los adolescentes bajo su protección y cuidado lo usan para ofrecer sus servicios sexuales a cambio de dinero consiguiendo de esa forma ingresos económicos indebidos.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien o interés fundamental que le interesa al Estado proteger es la libertad sexual de las o los adolescentes, la misma que se ve lesionada, vulnerada o perturbada por el ofrecimiento de prestación económica que le hace el agente para que preste servicios sexuales a terceros a cambio de dinero. El o la adolescente como todavía no tiene real conciencia de lo que significa la vida sexual, se somete ante la mínima prestación económica. Sabiendo esta circunstancia, el agente le somete sin mayor inconveniente a la actividad del turismo sexual.

También podemos sostener que el legislador con la tipificación de esta conducta busca proteger la indemnidad o integridad sexual de los adolescentes hasta que pasen o crucen la edad de 14 años.

2.3. Sujeto activo

El sujeto activo o autor de los comportamientos denominados en conjunto como turismo sexual adolescente, puede ser cualquier persona ya sea varón o mujer. El tipo penal no exige alguna calidad o cualidad especial. Es un delito común.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del hecho punible de turismo sexual adolescente solo será aquella persona ya sea varón o mujer que tenga una edad mayor de 14 y menor de 18 años. Cuando se configura la agravante, también puede ser sujeto pasivo una persona menor de 14 años. Nadie más puede se sujeto pasivo.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todos los comportamientos delictivos analizados que en conjunto denominamos turismo sexual adolescente, son de carácter doloso. No es posible la comisión culposa o imprudente.

El agente actúa libre y voluntariamente conociendo que promueve, publicita, favorece o facilita el turismo sexual con adolescentes. El sujeto activo al momento de realizar su comportamiento sabe que está ofertando u ofreciendo a sus eventuales clientes, a cambio de dinero, los servicios sexuales de una persona mayor de 14 y menor de 18 años. En caso de concurrir la agravante donde la víctima es menor de 14 años, el agente también actúa conociendo esta condición.

Aquí es importante tener en cuenta que el agente sabe y voluntariamente oferta u ofrece los servicios sexuales de una persona adolescente, cuya edad está entre los 14 y 18 años de edad, de modo que si llega a determinarse que la aparente víctima era mayor de 18 años, se excluye el delito.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Todos los comportamientos o conductas denominados turismo sexual adolescente se consuman o perfeccionan en el mismo momento en que el agente oferta u ofrece *públicamente los servicios sexuales* de una persona adolescente a cambio de dinero, haciendo uso para tal efecto de los medios escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o la Internet. Vale decir, el delito se consuma en el mismo momento en que el medio empleado por el agente ya sean escritos, folletos, impresos, visuales, audibles, electrónicos, magnéticos o la Internet, inicia o comienza a circular o difundir la oferta u ofrecimiento de los servicios sexuales con adolescentes a cambio de dinero.

Para efectos de la consumación de cualquiera de los comportamientos delictivos no es necesario que a consecuencia de la oferta u ofrecimiento realizado por el periódico por ejemplo, venga un cliente y realice el acto sexual con la adolescente a cambio de dinero. Aquí ya estaremos ante la figura del delito agotado.

Es posible la tentativa. Por ejemplo, estaremos ante una tentativa cuando el agente con la finalidad de publicitar su negocio de turismo sexual ha impreso dos millares de folletos ofertando u ofreciendo los servicios sexuales de adolescente y cuando está a punto de repartirlo o hacerlo circular en las calles de la ciudad, es intervenido por personal policial.

Subcapítulo 6
Uso de los medios de comunicación para promocionar la prostitución adolescente, turismo sexual adolescente y trata de menores

1. TIPO PENAL

El artículo 2 de la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, adicionó al Código Penal el artículo 182-A que prevé diversas conductas o comportamientos que en conjunto le denominamos publicidad de prostitución, turismo sexual y trata de menores para ejercer la prostitución. El tipo penal tiene el siguiente contenido:

> Los dueños 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 inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 y con trescientos sesenta días multa.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

La Ley N.° 28251, de junio del 2004, incorporó al Código Penal el artículo 182-A que criminaliza la conducta o comportamiento de los gerentes o responsables de los medios de comunicación masivos, radiales, televisivos o escritos que publicitan o promocionan actividades de explotación sexual que lesionan o ponen en peligro la indemnidad sexual de los menores de 18 años de edad, sean varones o mujeres.

Este delito es especial, dado que solo puede ser cometido por los gerentes o responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios de comunicación masivos. Cualquier otra persona que no tenga estas calidades o cualidades específicas no podrá ser autor del delito.

Se entiende por gerente toda persona elegida por la junta de accionistas o designada por el dueño para que represente a la empresa, recayendo en su persona toda responsabilidad de carácter penal que se derive de las acciones o actuaciones de la persona jurídica. En el delito que nos ocupa, el gerente de un medio de comunicación masivo será responsable del delito de publicidad de la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata de menores de 18 años para que ejerzan la prostitución o cualquier otra actividad de explotación sexual, independientemente que sepa o no de la publicación efectuada. En ambos casos, en estricta aplicación del artículo 182-A, en concordancia con el artículo 27 del Código Penal, el gerente responde penalmente de la propaganda publicitada en su medio de comunicación.

También serán autores del delito en comentario los responsables de las publicaciones o ediciones a transmitirse a través de los medios

de comunicación masivos. Aquí se subsume la conducta de aquellos directores o editores de programas de televisión o radiales, así como de reportajes televisivos, radiales o escritos que publicitan o promocionan las actividades de explotación sexual de personas menores de 18 años de edad. Los directores o editores, a diferencia de lo que sucede con los gerentes, siempre actuarán con conocimiento y voluntad de realizar la conducta prohibida. Ellos responden penalmente a título de dolo directo.

Esta conducta de reciente criminalización solo se realizaba o consumaba cuando se publicitaba una actividad de explotación sexual sobre personas menores de 18 años de edad.

A *contrario sensu*, la publicitación o promoción de la prostitución, el turismo sexual o la trata de personas para dedicarlas a la prostitución, de personas mayores de 18 años no constituye hecho punible.

El delito se agota con el solo hecho de hacer publicidad. Si en un caso en concreto, como consecuencia de la publicidad un tercero tiene trato sexual con una menor de 14 años, por ejemplo, el tercero sera autor del delito de violación sexual de menor y el publicista será instigador.

Capítulo XI
OFENSAS AL PUDOR PÚBLICO

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Ofensas al pudor público realizando conductas obscenas:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Conductas agravadas. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 2: Pornografía infantil y adolescente:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Agravantes de la pornografía infantil y adolescente. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 3: Proposiciones sexuales a menores de edad:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Tentativa y consumación. 5. Penalidad.

Subcapítulo 1
Ofensas al pudor público realizando conductas obscenas

1. TIPO PENAL

El artículo 183 del código sustantivo, modificado por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004, prescribe los supuestos que en conjunto son conocidos como ofensas al pudor público del modo siguiente:

> Será reprimido con pena privativa libertad no menor de dos años 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 un 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo básico previsto en el artículo 183 del Código Penal se configura cuando el sujeto activo o agente, en lugar público, realiza o materializa exhibiciones, gestos, tocamientos o cualquier otro comportamiento de carácter obsceno, es decir, debe tratarse de un movimiento, actividad corporal o tocamiento que se relacione con la vida sexual y que ofenda objetivamente la moral sexual social.

La apreciación del carácter impúdico de los actos por parte del operador jurídico deberá hacerse tomando en cuenta y de acuerdo a los usos y costumbres de los pueblos. Deberán tomarse en cuenta circunstancias de tiempo, lugar e historia en que ocurre el acto obsceno[1340]. En definitiva, la presencia de la obscenidad no puede ser apreciada con un criterio puritano, sino de acuerdo a circunstancias objetivas que rodean al acto mismo.

Otro aspecto importante lo constituye la circunstancia de que el hecho impúdico, debe realizarlo el agente en un lugar o sitio público. Vale decir, el hecho debe efectuarse en un lugar público estrictamente como una plaza, la calle, etc., o sitio abierto al público como un estadio deportivo, sala de teatro, etc., o lugares expuestos al público a los cuales sin mayor esfuerzo las personas pueden realizar actos de observación, por ejemplo, un garaje particular cuya puerta de acceso es de vidrio transparente, el mismo que posibilita la visibilidad desde la calle; o una ventana con dirección a la calle, etc.

Como precedente jurisprudencial que orienta sobre la forma y modo real en que se puede materializar el comportamiento delictivo en

(1340) ROY FREYRE, 1975, p. 168.

exégesis, cabe citar la resolución del 23 de noviembre de 1999, emitida por el Primer Juzgado Penal de Ica, donde se indica: *"que, con las pruebas actuadas en el proceso se ha llegado a establecer que el día veintisiete de marzo del año en curso, siendo aproximadamente las diecisiete horas en circunstancias que la menor agraviada Pilar Godoy Aybar, se dirigía a comprar y al pasar frente al domicilio del acusado Luis Enrique Siguas Villamares, ubicado en el Asentamiento Humano Los Medanos sin número del Distrito de Subtanjalla, este se encontraba parado en la puerta de su domicilio en ropa interior en compañía de su esposa, y sin mediar motivo alguno el acusado antes indicado se bajó el calzoncillo, enseñándole su miembro viril a la agraviada, quien de inmediato comunicó de tales hechos a su señora madre Beatriz Marué Aybar Salazar"*[1341]. Sentencia que al ser apelada, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Ica, por resolución del 29 de diciembre de 1999, la confirmó en todos sus extremos.

2.1. Conductas agravadas

La segunda parte del artículo 183 del Código Penal regula o prevé conductas o comportamientos totalmente diferentes al denominado delito "ofensas al pudor público". En efecto, de la lectura de todo el tipo se advierte que el contenido del primer párrafo es diferente a las conductas que aparecen como agravantes. En consecuencia, no resulta coherente sostener que se trata de circunstancias agravantes del delito de ofensas al pudor público, sino que se trata de conductas punibles agravadas independientes que bien pudieron ser objeto de otro tipo penal. Pero veamos el contenido de las conductas delictivas que merecen mayor pena:

1. El inciso primero del artículo 183 del C.P. recoge las conductas de mostrar, vender o entregar a un menor de 18 años objetos, libros, escritos, imágenes sonoras o auditivas que, por su carácter obsceno, puedan afectar gravemente el pudor del agraviado o excitar prematuramente o pervertir su instinto sexual. Estos comportamientos punibles se configuran cuando el sujeto activo o agente expone, vende o entrega al sujeto pasivo, siempre menor de dieciocho años,

[1341] Expediente N.° 236-99.

objetos (consoladores, muñecas inflables, preservativos fantásticos, etc.), libros o revistas pornográficas, escritos, imágenes visuales o auditivas (películas pornográficas, etc.) de carácter obsceno.

Aun cuando el carácter obsceno de los medios expresados es de difícil identificación y puede variar de una persona a otra, dependiendo de su formación más o menos liberal o tradicional, para efectos de su calificación ante un hecho concreto el operador jurídico deberá tomar en cuenta si el objeto, libro, escrito o imagen es en sí mismo obsceno, es decir, por sí mismo puede afectar el natural y normal desarrollo sexual de los menores de edad, lesionando su pudor sexual, excitando prematuramente o pervirtiendo su instinto sexual.

En esa línea, Villa Stein[1342] tiene razón cuando afirma que el material debe carecer de todo valor estético o literario, pues de lo contrario lo ampara la libertad de expresión. El material porno es variado, pero de contenido sexual uniforme que tiene la peculiaridad de estimular la lascivia del receptor.

2. El inciso 2 del artículo 183 del C.P. prevé las conductas de incitar o motivar a un menor de 18 años a la ebriedad o a la práctica de un acto obsceno o le facilita la entrada a los prostíbulos u otros lugares de corrupción.

   Los verbos rectores de incitar y facilitar, utilizados por el legislador en la construcción de los supuestos delictivos, nos orientan de que estamos ante dos comportamientos claramente diferenciables. La primera conducta se verifica cuando el agente incita, motiva o convence al sujeto pasivo que siempre será un menor de dieciocho años de edad, a que se dedique a la ebriedad o a la práctica de actos obscenos. Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1343] sostienen que para castigar al sujeto activo es necesario que el menor realice algún acto tendiente a ingerir licor o lleve a cabo un acto obsceno, no siendo necesario para configurar el tipo que efectivamente tome licor o realice dichos actos.

[1342] VILLA STEIN, 1998a, p. 225.

[1343] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 280.

El segundo supuesto delictivo se verifica cuando el agente facilita o ayuda al sujeto pasivo menor de dieciocho años, a entrar a lugares cerrados donde se practica la prostitución u otros actos de corrupción. Por facilitar debe entenderse todo comportamiento que realice el sujeto activo orientado a evitar los obstáculos o, mejor dicho, significa allanar el camino al menor para entrar en lugares de corrupción, siendo indiferente para efectos de calificar el delito si posteriormente realiza algún acto sexual u obsceno[1344]. Basta que el menor ingrese a los lugares de corrupción con la ayuda o colaboración activa del agente para que se configure perfectamente el delito en análisis.

Absurdamente, en esta agravante se subsumirá la conducta de aquel padre o hermano mayor que lleva al menor de 17 años a un prostíbulo a fin de que tenga su primera experiencia sexual. En este aspecto, el legislador al elevar la edad de la víctima a 18 años sin duda ha legislado de espaldas a la realidad social del país.

3. El inciso 4 del artículo 183 del C.P. prevé el comportamiento agravado de permitir el ingreso a menores de dieciocho años al cine u otro espectáculo de índole obsceno por parte del administrador, vigilante o persona autorizada por el control de aquellos lugares. Aquí, la agravante del hecho punible se configura o aparece cuando el agente ya sea en su calidad de administrador, vigilante o persona autorizada para el control de un cine u otro lugar donde se realizan espectáculos de índole obscena, permite o facilita el ingreso a aquellos lugares a personas menores de 18 años cuando bien sabe que está prohibido por ley. Esta agravante se constituye por la calidad o cualidad del agente.

2.2. Bien jurídico protegido

En sentido general, se pretende proteger el pudor público de todas las personas, entendido como recato, decencia, decoro o vergüenza pública que en forma natural estamos investidos todos los seres humanos sin excepción, respecto a los comportamientos de la vida sexual. En

[1344] *Loc. cit.*

concreto, doctrinariamente se pretende identificar tal sentimiento como moral sexual social.

No obstante, de la lectura de los inciso 1, 2 y 3 del tipo penal que recogen las conductas punibles agravadas, se colige que se pretende tutelar el desarrollo y formación normal y natural del instinto sexual de los menores y adolescentes hasta la edad de 18 años de edad, como presupuesto fundamental de su libertad sexual.

2.3. Sujeto activo

El autor o agente de la presente conducta delictiva puede ser cualquier persona, sea varón o mujer. No se exige alguna cualidad o calidad especial en el agente, salvo la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 183 del Código Penal, donde se prevé que el autor deberá tener la condición de administrador, vigilante o persona autorizada para el control de un cine u otro espectáculo de naturaleza obscena. Si el agente no tiene tales condiciones no aparece la agravante.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima también puede ser cualquier persona, sea varón o mujer; sea mayor o menor de edad.

Aquí la minoría de edad, esto es, menor de 18 años incluso tiene trascendencia para agravar la conducta punible.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la forma como aparece redactado cada uno de los comportamientos delictivos analizados, se evidencia que se trata de conductas de comisión dolosa, no es posible la comisión imprudente. El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar los comportamientos indicados. No se necesita algún otro elemento subjetivo especial como pretende Villa Stein[1345] cuando afirma que se exige el dolo y ánimo lúbrico o pervertidor según sea el caso.

[1345] VILLA STEIN, 1998a, p. 226.

En la configuración de alguna de las conductas agravadas, es posible que se presente un error de tipo cuando, por ejemplo, el agente desconocía que la víctima tenía una edad inferior de los 18 años. Si ello se verifica la conducta será impune, pues no existen ofensas culposas al pudor público.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifica que la conducta en análisis reúne todos los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, corresponde al operador jurídico determinar si en ella concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se verifica alguna causa de justificación, la conducta será muy bien típica, pero no antijurídica y, por tanto, se excluirá del campo de los delitos.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de publicaciones y exhibiciones obscenas no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como publicaciones y exhibiciones obscenas, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente a la de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los comportamientos tipificados en la primera parte del artículo 183 del Código Penal, se perfeccionan en el momento en que el agente, en lugar pasible de ser visto, comienza a efectuar las exhibiciones, gestos o tocamientos de carácter sexual. Es posible la tentativa.

Las conductas recogidas en el inciso 1 del artículo 183 del C.P. se perfeccionan o consuman en el mismo momento en que el agente o sujeto activo expone, muestra, vende o entrega al agraviado material de carácter obsceno. Es posible la tentativa, por ejemplo, cuando el agente en instantes que se dispone a vender o entregar una revista pornográfica a un menor, es intervenido por efectivos de la Policía Nacional.

Las conductas previstas en el inciso 2 del artículo en comentario, se perfeccionan en el mismo momento en que el agente motiva o instiga al menor agraviado a ingerir bebidas alcohólicas o a practicar actos obscenos. El delito se perfecciona con la sola instigación, no se necesita que efectivamente el agraviado se dedique a aquellas actividades. No es posible la tentativa. Por su parte, de tratarse de la conducta de facilitar la entrada a lugares de corrupción, esta se perfecciona en el instante en que se verifica la real entrada del menor a aquellos lugares vedados, no siendo necesario otro hecho posterior. Es posible la tentativa, por ejemplo, cuando algún tercero o autoridad impide el ingreso efectivo del menor a un prostíbulo en circunstancias que se encuentra por traspasar la puerta de entrada.

Al configurarse la conducta prevista en el inciso 3 del artículo 183, esta se perfecciona o consuma cuando el agraviado menor de edad, logra ingresar a un cine u otro espectáculo de índole obscena contando con la anuencia o asentimiento del sujeto activo. Es posible la tentativa, por ejemplo, cuando en el instante que dos menores de 18 años se disponen a ingresar al local de un cine con el consentimiento del administrador, son intervenidos por efectivos policiales, quienes evitan el real ingreso.

7. PENALIDAD

El autor, agente o sujeto activo de alguna de las conductas previstas en el primer párrafo del artículo en hermenéutica jurídica será pasible de una sanción no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En tanto, si al autor se le atribuye cualquiera de las conductas punibles agravadas de la segunda parte del artículo 183 del C.P., será pasible de pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Subcapítulo 2
Pornografía infantil y adolescente

1. TIPO PENAL

El artículo 2 de la Ley N.° 27459, del 26 de mayo del 2001, adicionó al Código Penal el artículo 183-A que prevé diversas conductas o comportamientos que en su conjunto se denominan pornografía infantil, el mismo que fue objeto de modificación por la Ley N.° 28251, del 8 de junio del 2004. No obstante, la cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley N.° 30096, publicada en el Peruano el 22 de octubre del 2013, modificó el tipo penal, quedando con el siguiente contenido:

> 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.
>
> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Las conductas delictivas que en conjunto han sido bautizadas por el legislador nacional como "pornografía infantil" se configuran cuando el agente o sujeto activo posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece,

comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de catorce a dieciocho años de edad. Cuando se refiere a cualquier medio se entiende que puede ser por medio de la internet, televisión, WhatsApp, etc.

Se sabe que pornografía infantil o adolescente es cualquier material audiovisual en el que aparecen niños o adolescentes en un contexto sexual determinado. En consecuencia, las conductas delictivas se configuran cuando los menores adolescentes son utilizados o usados en el contenido del material pornográfico. El menor es utilizado para que aparezca dentro del material haciendo conductas sexuales aparentes o reales. No existe el delito en hermenéutica jurídica si los menores son usados, por ejemplo, para ayudar en la labor técnica de producir o distribuir el material porno.

Para configurarse objetivamente el delito de pornografía infantil o adolescente, se requiere que la intervención del menor en el material porno sea significativa, vale decir, que participe en la acción sexual personalmente, ya sea haciendo actos sexuales u obscenos o dejando que un tercero utilice su cuerpo para efectuar comportamiento de aparente satisfacción sexual.

En el tipo penal, se recogen diversas conductas que pueden materializarse en la realidad en forma independiente o en forma conjunta, pero todas reciben el *nomen iuris* de pornografía infantil.

Aparece la conducta de poseer material pornográfico cuando el agente o autor tiene en su poder libros, objetos, escritos, imágenes visuales o auditivas en los que participan adolescentes tanto varones como mujeres, cuyas edades oscilan entre los catorce y dieciocho años de edad.

Este supuesto nos parece un total desatino del legislador, pues no sirve más que para potenciar la intromisión del Estado en la esfera de privacidad de las personas. La única explicación razonable es que se pretende sancionar al consumidor de este material pornográfico a fin de evitar que otros se dediquen a producirlo. Sin embargo, bien sabemos que actualmente la pena no cumple ninguna sanción disuasiva, mucho menos en los paidófilos cuya actividad es por lo general compulsiva y no hay razón para pensar que esa misma compulsión a buscar y almacenar

el "oscuro objeto de sus deseos", que puede ser para algunos de ellos la pornografía infantil, se vea refrenada por el temor a una pena[1346].

Se configura la conducta de promover cuando el agente incita, promociona o motiva la realización de objetos, libros, revistas, videos o casetes en los que participan adolescentes realizando actos que en conjunto son calificados como libidinosos. En tanto que aparece la conducta de fabricar material pornográfico cuando el agente hace o realiza el citado material, utilizando para tal efecto a los adolescentes. Por su parte, se configura el comportamiento de distribuir cuando el agente distribuye o reparte al público, ya sea gratuitamente o en forma onerosa, el material pornográfico en que participan adolescentes.

La conducta de exhibir se configura cuando el autor o agente exhibe o enseña al público el material pornográfico en el cual participan adolescente. Así mismo, la conducta de ofrecer significa que el agente brinda, propone, oferta o plantea al público la venta o entrega gratuita u onerosa del material pornográfico. Por su parte, la conducta de comercializar material pornográfico en el cual participan menores de 18 y mayores de 14 años de edad, se configura cuando el agente trafica, negocia, subasta o vende el citado material. Publicar material pornográfico en el cual participan adolescentes se configura cuando el agente edita o imprime el citado material para ponerlo en circulación.

Importar o exportar material pornográfico por cualquier medio incluido la Internet, en el cual participan adolescentes tanto varones como mujeres, se configura cuando el agente hace ingresar al país o en su caso, saca del país con destino a otro, el citado material pornográfico.

Se configura el delito de pornografía adolescente cuando el agente realiza, hace o gerencia espectáculos en vivo de carácter pornográfico en los cuales participan menores de 18, pero mayores de 14 años de edad. Si el menor participante en el material pornográfico tiene una edad por debajo de los 14 años, como veremos luego, también se configura el delito pero agravado.

[1346] Con referencia a la legislación española, *Vid.* ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, 2004, p. 362.

Aquí no se reprime que el material pornográfico tenga como destino a los menores o adolescentes. Lo que se sanciona es que en el mismo material pornográfico hayan participado o se haya hecho uso de los adolescentes. Los destinatarios del material pueden ser tanto menores así como mayores de edad.

2.1. Agravantes de la pornografía infantil y adolescente

a. Víctima menor de 14 años

El segundo y tercer párrafo del artículo 183-A prevé el típico supuesto de pornografía infantil. Así tenemos que las conductas de poseer, promover, fabricar, distribuir, exhibir, ofrecer, comercializar, publicar, importar o exportar material pornográfico se agrava o, mejor dicho, merece mayor sanción, cuando el agente utiliza o usa a menores de 14 años de edad en la confección o producción del material de pornografía.

b. Difusión del material pornográfico por medios tecnológicos de la información o de la comunicación

La modificación producida por la Ley N.° 30096, incorporó como agravante el hecho que el agente difunda o haga de conocimiento al público, el material pornográfico infantil por medio de la Internet, la televisión, correos electrónicos, WhatsApp, etc. La agravante se justifica por la gran extensión de público que puede ver el material de pornografía en los cuales menores de edad son los protagonistas.

c. Concurrencia de las circunstancias del último párrafo del artículo 173 C.P.

En tanto que si el agente tuviera cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima que es usada en el material pornográfico, o le impulse a depositar en él su confianza, se constituye en agravante que merece una sanción más drástica.

d. Agente integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil

Aquí estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. La agravante se configura cuando el autor o coautor cometen el

delito de pornografía infantil en calidad de integrante de una organización destinada o dedicada a realizar esta actividad. El término organización abarca todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y mínimamente se organizan para cometer delitos y, en este caso, a efectuar material pornográfico con la finalidad de obtener provecho patrimonial indebido. Para afectos de saber perfectamente que debemos entender por organización criminal debemos remitirnos a la Ley N.° 3077 modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244, de octubre del 2016. Allí en el art. 3 inciso 6 se prevé que el delito de pornografía infantil puede ser delito - finalidad de una organización criminal.

El agente será integrante de una agrupación delictiva cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás conformantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores actúe en nombre o por disposición del grupo. Si en un caso concreto llega a determinarse que aquel actuó solo, sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella, la agravante no se verifica.

2.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con los comportamientos que en conjunto se denominan pornografía infantil, es la indemnidad sexual de los menores de 14 años de edad. Asimismo, la libertad sexual y el pudor o decencia sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad. Aquí el interés del Estado no es proteger al menor que compra, adquiere o mira el material pornográfico como en el caso del artículo 183 ya analizado, sino que se pretende proteger a los menores que participan o intervienen en el material pornográfico. En consecuencia, el bien jurídico corresponde a los menores que son usados para confeccionar el material pornográfico.

2.3. Sujeto activo

El sujeto activo, agente o autor puede ser cualquier persona tanto varón como mujer. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial en el agente.

2.4. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del delito de pornografía infantil en tanto sean usados para construir o confeccionar material porno, siempre serán los menores de 18 años de edad. Mayores de 14 y menores de 18 años de edad se constituyen en sujetos pasivos del tipo básico, en tanto que los menores de 14 años de edad son víctimas del delito agravado.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El elemento subjetivo de la tipicidad es el dolo, es decir, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar alguna o varias de las conductas denominadas en su conjunto como pornografía infantil o adolescente. No es posible la comisión culposa.

4. ANTIJURIDICIDAD

Considero que no habría causa o motivo que justifique el accionar o comportamiento del agente.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido de verificarse la conducta típica y antijurídica de pornografía infantil, el operador jurídico entrará al análisis para determinar si puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar, el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta etiquetada como pornografía infantil, conocía la antijuridicidad de su actuar, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho.

Se puede presentar un error de prohibición, por ejemplo, cuando el agente de un país en que la pornografía infantil no está prohibida, ingresa al Perú material de ese tipo en la firme creencia de que también aquí no está prohibido. Hay error de prohibición debido a que el agente al actuar desconoce la antijuridicidad de su conducta. Él, en todo momento, considera que está actuando lícitamente. El error de prohibición

será vencible o invencible dependiendo de las circunstancias de si pudo salir de su error o le era imposible.

Luego, determinará si el agente pudo actuar o determinarse de modo diferente al de cometer el delito.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los comportamientos tipificados en el artículo 183-A del Código Penal se perfeccionan en el momento en que el agente realiza la conducta representada por los verbos usados en el tipo penal. De esa forma, se consuma el delito cuando el autor del delito posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o pública, importa o exporta objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a menores de catorce a dieciocho años de edad.

Es posible la tentativa. Estaremos ante un supuesto de tentativa cuando el agente, por ejemplo, en el mismo momento en que con la finalidad de realizar una película pornográfica está disponiéndose a filmar el acto sexual donde participa un menor de edad, es intervenido por miembros de la Policía Nacional que fueron alertados por vecinos del lugar donde estaba por realizarse el delito.

7. PENALIDAD

De ser encontrado responsable después del debido proceso, el agente del delito de pornografía infantil que ha utilizado en la producción de su material adolescentes de 14 a 18 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 el menor tenga menos de catorce años de edad o el material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.

Y según el último párrafo del tipo penal en comentario, 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.

En todos los supuestos, de ser el caso, el agente será inhabilitado conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36.

Subcapítulo 3
Proposiciones sexuales a menores de edad

1. TIPO PENAL

El artículo 5 de la Ley N.° 30171, publicada en *El Peruano* el 10 de marzo del 2014, incorporó en el Código Penal el artículo 183-B, cuya fórmula legislativa es la siguiente:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El nuevo delito se configura a través de diversos supuestos delictivos:

1. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad y le solicita material pornográfico.
2. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad y sin solicitarlo necesariamente obtiene o recibe del menor material pornográfico.

Para ambos supuestos, el tipo penal no especifica qué tipo de material pornográfico, por lo que debe entenderse que se trata de cualquier material de pornografía en los cuales los protagonistas pueden ser mayores como menores de edad.

3. Cuando el agente o autor de la conducta prohibida contacta o encuentra y conversa con un menor de 14 años de edad para realizar actividades sexuales con el menor. Aquí se entiende cualquier actividad sexual, pero diferente a los supuestos previstos en el artículo 173° del Código Penal, pues en ese caso se tratará del delito de acceso carnal sexual.

   El contacto que hace el agente con el menor agraviado puede ser por cualquier medio. Puede ser personal o por teléfono, por correo electrónico, por facebook , WhatsApp, etc.

También aparece el delito, pero claro en menor magnitud y por ello merece menor pena, cuando el contacto del agente es con un o una menor de 18 años pero mayor de 14 años. En este caso, por supuesto como la víctima es mayor de 14 años, para la configuración del delito tiene que mediar engaño o ardid de parte del agente. Ello tiene su explicación en el hecho concreto que, en nuestro sistema jurídico, los mayores de 14 años tienen reconocida su libertad sexual. De modo que si no hay engaño y el adolescente entrega material pornográfico en forma voluntaria o tiene encuentros sexuales voluntarios, el delito no se verifica.

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con los comportamientos que en conjunto se denominan propuestas sexuales a menores de edad, es la indemnidad sexual de los menores de 14 años de edad. Asimismo, la libertad sexual y el pudor o decencia sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo, agente o autor puede ser cualquier persona tanto varón como mujer. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial en el agente.

2.3. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del delito de proposiciones sexuales a menores, serán siempre los menores de 18 años de edad. Debe precisarse que será víctima de este delito los mayores de 14 pero menores de 18 años siempre y cuando en la conducta del agente medie engaño o mejor, el agente use el engaño como medio para que la víctima acepte primero el contacto y luego las propuestas sexuales.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El elemento subjetivo de la tipicidad es el dolo, es decir, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar alguna o varias de las conductas denominadas en su conjunto como proposiciones sexuales a menores de edad. No es posible la comisión culposa.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los comportamientos tipificados en el artículo 183-B del Código Penal se perfeccionan en el momento en que el agente entra en contacto y hace las solicitudes o propuestas sexuales son su víctima menor. De acuerdo como se ha construido la fórmula legislativa, se trata de un delito de mera actividad. No es necesario que el agente logre su finalidad. Esto es, no es necesario que el agente reciba necesariamente el material pornográfico que solicita, ni menos es necesario que el agente llegue a realizar actividades sexuales con sus víctimas. Basta que las haya solicitado o propuesto para consumarse el delito.

Es posible la tentativa. Estaremos ante un supuesto de tentativa cuando el agente, por ejemplo, en el mismo momento en que va entrar en contacto o encontrarse con la víctima menor para hacerle las propuestas sexuales, es intervenido por miembros de la Policía Nacional que fueron alertados por vecinos del lugar donde estaba por realizarse el encuentro.

5. PENALIDAD

Luego de efectuarse el debido proceso penal y acreditado el delito así como la responsabilidad penal del acusado, este será sancionado 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. Y en el caso que la víctima tenga 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.

Capítulo XII
DISPOSICIÓN COMÚN PENALIDAD DEL CÓMPLICE PRIMARIO

SUMARIO: 1. Precepto penal. 2. Hermenéutica jurídica.

1. PRECEPTO PENAL

El artículo 184 del Código Penal recoge los supuestos de los partícipes primarios en la comisión de los delitos recogidos en el capítulo IX, X y XI, en los términos siguientes:

> 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 en el artículo 25, primer párrafo, serán sancionados con la pena de los autores.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Es lugar común en la doctrina peruana afirmar que el presente dispositivo penal no tiene ninguna finalidad práctica en la realidad, dado que carece de sentido. Esta circunstancia está debidamente prevista en la primera parte del Código Penal que regula la parte general del derecho penal, específicamente en el artículo 25. El legislador, en forma innecesaria ha reiterado que cuando el cooperador se encuentre en complicidad primaria o esencial, será merecedor a la misma pena impuesta a los autores del delito.

La única explicación razonable que puede encontrarse para este precepto penal constituye el interés que puede haber tenido el legislador para prever en forma taxativa y clara, que ante un hecho real y concreto de atentado contra la libertad e indemnidad sexuales, donde haya participado algún familiar de la víctima o alguna persona con abuso de autoridad, encargo o confianza, el juzgador deberá imponer la misma pena que a los autores. Según el contenido de la norma penal de mandato, ante un hecho concreto, el juzgador no podrá hacer diferencia alguna entre el quantum de la pena impuesta al autor y la impuesta al cómplice primario. Todos tendrán la misma pena. Esta norma de mandato no debe tener aplicación practica debido que como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la conducta del autor es mas reprochable penalmente que la de un cómplice, por lo tanto, el autor siempre tendrá mas para que un cómplice primario. No hay explicación razonable para equiparar categorías penales diferentes.

TÍTULO V

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1. EL PATRIMONIO EN EL DERECHO PRIVADO Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO PENAL

En la construcción de los delitos patrimoniales y en su hermenéutica jurídica intervienen abundantes institutos del derecho privado, por ello, siempre ha sido un problema por resolver para el jurista del derecho penal, la interrogante de saber si los conceptos de los institutos del derecho civil o comercial tienen el mismo contenido cuando son utilizados en el campo del derecho punitivo, o en su caso, tienen conceptos diferentes. En efecto, Rojas Vargas[1347] concluye que: lo que se trata de saber es si el juez debe darle a dichos términos como bien mueble, ajenidad, posesión, dinero, valor, depósito, comisión, administración, propietario, prenda, gerente, administrador, socios, etc., su significación de origen, vale decir, el otorgado por el derecho civil, comercial o societario. ¿O es que acaso tales vocablos jurídicos adquieren un sentido especial propio cuando son utilizados en la normativa penal?

En la literatura penal encontramos hasta tres posiciones teóricas al respecto[1348]:

a. Una primera que se etiqueta como civilista, monista o de la identidad, por la cual se afirma que el derecho penal debe utilizar y aplicar los mismos conceptos que otorga el derecho privado. Deben

---

[1347] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 38.

[1348] *Vid.* ROY FREYRE, 1983, p. 18 y con mayor amplitud, ROJAS VARGAS, 2000, pp. 38 y ss.

respetarse las significaciones de origen, estando vedado al derecho penal recrear los conceptos dados por el derecho civil.

b. La segunda teoría denominada autónoma o independiente sostiene que el derecho penal recibe los institutos creados por el derecho privado, pero en su aplicación le otorga un contenido particular de acuerdo a las exigencias de sus fines.

c. La tercera teoría rotulada como mixta, ecléctica o integradora sostiene que el derecho penal recepciona los conceptos elaborados por el derecho privado y los aplica respetando su significado original, sin embargo, cuando se presenten conflictos lingüísticos no le está prohibido al derecho penal recrear algunos conceptos por vía de interpretación para un caso concreto.

De las tres teorías, los juristas peruanos se han inclinado por la tercera, es decir, por la mixta o ecléctica. Roy Freyre[1349] afirma que los conceptos e instituciones autónomas del derecho privado, en cuanto son utilizados por la ley penal, deben ser entendidos desde una perspectiva publicista que tenga en consideración el fin inmediato del derecho penal (especial protección de concretos intereses comunes) y también su fin mediato (paz social con justicia), sin olvidar lo que sostienen los teóricos objetivistas, que los nuevos fenómenos jurídicos, económicos, políticos, morales o técnicos imponen una interpretación de la ley desde aquí y para ahora (*interpretatio ex nunc*) y no con el sentido de que las expresiones legales tuvieron en pasadas circunstancias determinantes de la actividad del legislador (*interpretatio ex tunc*).

Por su parte, Peña Cabrera[1350], parafraseando al también desaparecido español Quintano Ripollés, sostenía que la solución se hallará pura y simplemente en saber elegir en cada caso concreto, bien la autonomía institucional, bien la dependencia, rehuyendo posturas absolutas que de antemano están abocadas al fracaso. En determinadas ocasiones –continuaba Peña Cabrera– los institutos jurídicos son efectivamente idénticos en lo penal y en

(1349) ROY FREYRE, 1983, p. 21.

(1350) PEÑA CABRERA, 1993, p. 6.

lo civil, pero en otras muchas requieren un tratamiento aparte pese a la identidad léxica, que por lo mismo debiera ser evitada prefiriéndose el uso de denominaciones distintas cuando las cosas o ideas también lo sean.

En tanto que Rojas Vargas[1351], después de glosar las opiniones de Joan Queralt, Ricardo Núñez, Alfredo Etcheverry, Roy Freyre, Bajo Fernández y Francesco Antolisei, tomando posición, considera correcta la teoría ecléctica, integradora y teleológica. Al tratarse fundamentalmente de problemas de interpretación y de semántica jurídica aplicada a los fines superiores del derecho penal, la recreación de los términos extrapenales –sean estos normativos o naturales– solo se legitima en función de dichos fines y de las posibilidades de los usos lingüísticos que brinde el lenguaje. Es más, el autor citado sentencia que el no tomarse en cuenta tales presupuestos ocasionaría las siguientes indeseables consecuencias: a) desbordar arbitrariamente las significaciones que brinda el idioma; b) contradecir el principio de taxatividad de la ley; y c) incurrir en analogía.

Por nuestra parte, tomando postura y para efectos del presente trabajo dogmático consideramos que la postura adecuada resulta ser la teoría ecléctica o integradora, pero no en su sentido radical que sostiene que cuando no coincidan los conceptos creados por el derecho privado con los utilizados por el derecho penal debe hacerse una recreación total de las expresiones hasta el punto de darle un concepto diferente, sino en un sentido moderado, vale decir, si llega a determinarse que el concepto del derecho privado resulta contrario a los fines del derecho punitivo, el jurista, al momento de interpretar debe ampliar o restringir sus alcances. Ello significa que el concepto seguirá siendo el mismo con la diferencia que según el caso concreto para el derecho punitivo interpretativamente el concepto será utilizado en su acepción amplia o restringida.

El problema es de interpretación de la ley penal, en consecuencia corresponde al jurista u operador jurídico, haciendo uso de los métodos adecuados, determinar en cada caso concreto si el término utilizado en el tipo penal tiene el mismo concepto al otorgado por el derecho privado o, por el contrario, tiene otro sentido. Al concluir el intérprete que no tie-

[1351] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 42.

nen el mismo significado, en el caso concreto, deberá recurrir al concepto original para finalmente ampliar o restringir su contenido de modo que no se oponga a los fines propios del derecho penal.

Si consideramos que el núcleo o base fundamental de un sistema jurídico nacional lo constituyen los lineamientos previstos en la Constitución Política de determinado Estado, por razonamiento lógico debe concluirse que en aras de construir o enarbolar un sistema jurídico coherente, lógico y que tenga consistencia interna, el legislador primero al construir las normas y el jurista después al interpretarlas, tienen la obligación científica de lograr por medio de los métodos de interpretación que los conceptos de los institutos jurídicos tengan contenidos equivalentes o parecidos en todas las ramas del derecho. Aquellos institutos solo deben diferenciarse por los efectos que producen en el campo o ámbito jurídico-social en que son aplicados.

No encontramos razones consistentes para que conceptos de instituciones del derecho civil, comercial o tributario adquieran contenidos diferentes en el campo del derecho punitivo o administrativo. Alegar construir un sistema jurídico coherente y después proponer conceptos diferentes para institutos con denominación lingüística parecida dentro del mismo sistema jurídico, resulta contraproducente y cuando no, pone al descubierto que el sistema no tiene coherencia interna ni externa.

El argumento en el sentido que anteriormente se ha aceptado en forma pacífica de que los términos utilizados por el derecho punitivo no tienen por qué tener el mismo contenido o significado que los utilizados por el derecho extrapenal, no debe significar que en la actualidad, sigamos sosteniendo lo mismo. Ahora cuando el conocimiento avanza hacia lo que han denominado los científicos "globalización", teorías que cobijan, guardan o proponen incoherencias internas de un determinado sistema jurídico, no tienen cabida. Estas teorías deben ser proscritas.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES: PROPIEDAD O PATRIMONIO

Es común en el pensamiento penal contemporáneo, afirmar que al derecho penal le corresponde la función de protección de bienes jurídi-

cos, aun cuando para el funcionalismo radical impulsado por Günther Jakobs, la función del derecho punitivo sea la vigencia o estabilización de la norma penal. En este sentido, corresponde identificar plenamente el bien jurídico que se pretende tutelar o proteger con la tipificación de los delitos patrimoniales.

A través del tiempo, las diversas legislaciones se han dividido: para unas el bien jurídico era la propiedad (C. P. francés de 1810, C.P. belga de 1867) en tanto que para otras, lo constituía el patrimonio (C.P. italiano de 1889). Esta división incluso permanece hasta la actualidad (por ejemplo, los Códigos Penales de Argentina, Chile, Bolivia y Ecuador prefieren a la propiedad, en tanto que los Códigos Penales de Brasil, México, Guatemala y Panamá prefieren al patrimonio), trayendo como consecuencia lógica que los doctrinarios del derecho penal también adopten posiciones divididas(1352).

En el Perú, el Código Penal de 1863 recogía como bien jurídico de los delitos patrimoniales a "la propiedad". Incluso en el proyecto de 1916 todavía se propuso a la propiedad como el interés fundamental a proteger. Sin embargo, el legislador de 1924 siguiendo el proyecto de Código Penal suizo de 1918 prefirió e impuso el membrete de "Delitos contra el patrimonio". Denominación que perdura en el Código Penal de 1991.

Ante tal panorama legislativo que siempre ha sido y sigue siendo tema de discusión doctrinaria, aparece la interrogante: ¿cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar o proteger con la estructuración de los tipos penales patrimoniales? La disyuntiva doctrinaria siempre ha estado en considerar a la propiedad o al patrimonio como bien jurídico protegido. No obstante, los tratadistas peruanos, siendo coherentes con el membrete "Delitos contra el patrimonio", utilizado tanto por el Código de 1924 y el de 1991, se han adherido a la posición que sostiene que el patrimonio es el bien jurídico que se pretende tutelar con esta clase de conductas delictivas(1353).

(1352) *Vid.* con amplitud, ROJAS VARGAS, 2000b, p. 42.

(1353) ROY FREYRE, 1983, p. 24, PEÑA CABRERA, 1993, p. 4, BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 283, ROJAS VARGAS, 2000b, p. 59, VILLA STEIN, 2001, p. 27.

En efecto, para nuestro sistema jurídico se entiende por propiedad lo previsto en el artículo 923 del Código Civil de 1984. Allí, se afirma que la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. En suma, como sostienen los civilistas, la propiedad es definida como el poder jurídico pleno sobre una cosa. No obstante, pleno no significa que sea ilimitado, dado que la misma ley le pone límites. Le impone fronteras más allá de las cuales no llega el señorío que se reconoce al titular del bien.

En esa línea y teniendo en cuenta que ciertas figuras delictivas como el de la usurpación apenas protegen algún atributo de la propiedad, debe concluirse tajantemente que para nuestro sistema jurídico penal la propiedad no se constituye en el bien jurídico protegido de los delitos patrimoniales.

En cambio, doctrinariamente existe consenso en sostener que el patrimonio constituye el bien jurídico protegido con los delitos patrimoniales. Roy Freyre[1354], haciendo hermenéutica jurídica del Código Penal derogado de 1924, sostiene que se entiende al patrimonio como el conjunto de bienes muebles e inmuebles susceptibles de valoración económica, de utilidad primordial o superflua, sobre los cuales una persona física o los representantes de una persona jurídica tienen la garantía estatal de ejercer todos y cada uno de los derechos inherentes a la propiedad, sin más limitaciones que las establecidas a favor de terceros por la ley, la administración de justicia o la contratación, sean o no acreedores.

Peña Cabrera[1355] sostenía que por patrimonio entendemos, en sentido general, todo bien que suscite estimación pecuniaria. Los bienes que conforman el patrimonio pueden ser tanto las cosas como los objetos inmateriales. Se trata de que entre la persona y un objeto apreciable pecuniariamente medie una relación con el objeto. A *contrario sensu*, no existe patrimonio, si no media la vinculación entre la persona y la cosa o entre la persona y el derecho.

[1354] ROY FREYRE, 1983, p. 34.

[1355] PEÑA CABRERA, 1993, p. 4.

Nosotros, antes de ensayar un concepto sobre lo que debe entenderse por patrimonio para efectos del presente trabajo, creemos que resulta necesario revisar sumariamente las teorías que se han ensayado en la doctrina para tal efecto.

3. TEORÍAS SOBRE EL CONCEPTO Y NATURALEZA DE PATRIMONIO

Los teóricos del derecho penal han esgrimido diversos conceptos para definir al patrimonio; ello ha generado diversas teorías siendo las más caracterizadas las siguientes:

a. *Concepción jurídica del patrimonio*. Esta posición sostiene que debe entenderse por patrimonio de una persona todos aquellos derechos y obligaciones reconocidos subjetivamente por el derecho privado o público. Esta teoría al tomar como eje central el aspecto jurídico en la actualidad no tiene seguidores. Ello debido a que resulta poco pacífico determinar qué se entiende por derechos patrimoniales subjetivos.

De este modo, Mantovani[1356] sostiene que los puntos vulnerables de esta concepción son dos: a) por defecto, porque al considerar componentes patrimoniales tan solo a las situaciones jurídicas preconfiguradas, es decir, los derechos subjetivos perfectos, excluye de la tutela patrimonial a las situaciones no concretizadas o no completamente concretizadas en verdaderos y propios derechos subjetivos; b) por exceso, porque al conceder *sic et simpliciter* la tutela al derecho subjetivo como tal conduce a una exagerada subjetivización del valor de la cosa y, por consiguiente, a considerar componentes del patrimonio a derechos sobre cosas privadas de un real valor patrimonial y, asimismo, por la desmaterialización del daño patrimonial (delitos sin lesión patrimonial).

b. *Concepción económica del patrimonio*. Los penalistas que sostienen esta posición afirman que se entiende por patrimonio de una persona al conjunto de bienes con valor económico sin importar que estén o no reconocidos jurídicamente. Es decir, el daño patrimonial se entiende

[1356] Citado por ROJAS VARGAS, 2000b, p. 54.

como una efectiva disminución económica del patrimonio de una persona. La principal objeción que se hace a esta teoría radica en el hecho que por medio de ella se aceptaría que el patrimonio de determinada persona esté constituido también por bienes poseídos antijurídicamente.

c. *Concepción mixta del patrimonio.* Los tratadistas para superar las deficiencias conceptuales de las posiciones anteriores han conjugado los factores jurídicos y económicos y, de este modo, se ha construido la concepción mixta. Para esta teoría vendrían a constituir el patrimonio de una persona todos aquellos bienes con valor económico y reconocidos o protegidos por el derecho. En tal sentido, se incluyen en el patrimonio de una persona solo los bienes que son valorados económicamente, pero siempre que estén en su poder con base en una relación jurídica tutelada por el derecho. Esta es la teoría actualmente dominante.

d. *Concepción personal del patrimonio.* Esta teoría aún en elaboración, tomando como base la concepción mixta, sostiene que el patrimonio de una persona está constituido por todos los bienes susceptibles de valorización económica, y reconocidos por el derecho, siempre y cuando posibiliten el desarrollo de su personalidad. El patrimonio de una persona es una garantía objetiva para el desarrollo de su personalidad.

De estas posiciones la que tiene mayor consenso en la doctrina es la teoría mixta. En la literatura penal peruana por unanimidad encontramos que los tratadistas se han adherido a esta concepción para hacer dogmática de los delitos contra el patrimonio previstos en nuestro Código Penal. Peña Cabrera[1357] afirma concluyentemente que la característica del concepto penal de patrimonio radica en el valor económico del bien como en la protección jurídica que brinda la relación de una persona con este bien. Igual postura asumen Villa Stein[1358] y Castillo Alva[1359].

[1357] PEÑA CABRERA, 1993, p. 5.

[1358] VILLA STEIN, 2001, p. 26.

[1359] CASTILLO ALVA, 2002a, p. 222.

En suma, entendemos que de acuerdo al *nomen iuris* del Título V del Código Penal "Delitos contra el patrimonio", el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio. Entendido el patrimonio en sentido genérico y material como el conjunto de obligaciones y bienes (muebles o inmuebles), susceptibles de ser valorados económicamente y reconocidos por el sistema jurídico como pertenecientes a determinada persona. En tanto que en sentido específico para efectos de la tutela penal, constituyen el patrimonio de una persona todos aquellos derechos reales (principales: posesión, propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie y servidumbre; de garantía: prenda, anticresis, hipoteca y derecho de retención) y obligaciones de carácter económico reconocidos por el sistema jurídico. De ahí que algunos tratadistas propongan que en lugar de hablar de "delitos contra el patrimonio" debe acuñarse la frase de "delitos contra los derechos patrimoniales" (Muñoz Conde, Rivacoba y Rivacoba).

4. VALORACIÓN ECONÓMICA DE LOS BIENES

Con lo expuesto hasta aquí queda claro que los bienes para ser objeto de tutela penal deben ser susceptibles de valoración económica. Quedan fuera de tutela punitiva todos aquellos bienes sin relevancia económica, vale decir, aquellos que para la persona tengan el máximo valor sentimental e incluso sirvan para su desarrollo normal de su personalidad. En efecto, "las cosas con exclusivo valor afectivo (fotografías, imágenes, cabellos del ser amado, hojas de un árbol exótico, recuerdos de un viaje por el Cusco, cenizas del familiar cremado, etc.) y desprovistos objetivamente de valoración pecuniaria en el tráfico comercial-industrial-financiero, carecen de interés para el derecho penal en cuanto objetos físicos de tutela penal, no integrando el concepto de patrimonio y por lo mismo no son susceptibles de constituir objeto material de los delitos patrimoniales"[1360].

Esta conclusión vale para nuestro sistema jurídico penal hasta por dos argumentos:

[1360] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 73.

- ***Primero,*** por el hecho de que para entender los delitos patrimoniales previstos en nuestro Código Penal se adopta como base la concepción mixta respecto del patrimonio, vale decir, se entiende por patrimonio, en sentido genérico, todo bien susceptible de valoración económica y reconocido por el derecho. Todo bien que no puede ser valorado económicamente ni reconocido por el derecho, queda fuera del concepto penal de patrimonio.
- Y ***segundo,*** al revisar la redacción de las figuras punibles que atentan contra el patrimonio recogidas en nuestro Código Penal, encontramos el artículo 444, modificado por la Ley N.° 28726, del 9 de mayo del 2006 y luego modificado por la Ley N.° 29407 de 18 de setiembre de 2009, en el cual se exige que el bien dañado o hurtado debe tener un valor superior a una remuneración mínima vital para constituir delito, caso contrario, constituirá faltas contra el patrimonio. Igual criterio encontramos en el segundo párrafo del 444 y en el inciso 1 del artículo 445. En este último numeral, el legislador hace mención a un bien de escaso valor económico. En suma, legislativamente se exige que el bien tenga valor económico.

Otro tema de viva controversia en la doctrina penal peruana radica en responder la siguiente interrogante: ¿los hurtos y los daños agravados requieren de una cuantía especial o la cuantía es irrelevante? Pese a que cuando tratemos específicamente sobre el hurto y daño agravado sentaremos posición al respecto, cabe adelantar que sobre el tema existen dos marcadas posiciones.

La primera afirma que para estar frente al delito de hurto agravado se requiere necesariamente que el valor del bien sobrepase una remuneración mínima vital. Se fundamenta esta posición en la circunstancia que el artículo 186 del Código Penal prevé pena privativa de libertad de mayor gravedad respecto de la prevista para el supuesto del artículo 185, siempre y cuando el hurto sea cometido con las agravantes que allí se señala. En ese sentido, Castillo Alva[1361] afirma que en irrestricta aplicación del principio de legalidad, antes de calificar las agravantes resulta necesario establecer si en el hecho concreto concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del hurto previsto en el artículo 185 del C.P.

[1361] CASTILLO ALVA, 2002a, p. 228.

Se sostiene que primero debe establecerse si el valor económico de lo hurtado sobrepasa el monto de una remuneración vital que exige el artículo 444 del Código punitivo modificado por Ley N.° 29407. Si lo sustraído tiene un valor pecuniario por debajo de una remuneración mínima vital, no se configura el delito de hurto agravado, constituyendo este hecho así haya agravantes en faltas contra del patrimonio. Esta posición se fundamenta en el mayor desvalor del resultado, dejando de lado el mayor desvalor de la acción que debe tomarse en cuenta para hacer hermenéutica jurídica de los delitos patrimoniales. Caso contrario, también tendremos que exigir cuantía significativa para el delito de robo.

La segunda posición sostiene que el hurto agravado para efectos de su configuración no requiere que el valor de lo hurtado sea superior a una remuneración mínima vital. Respetando el principio de legalidad, base fundamental de nuestro derecho penal, se afirma convencidamente que al tratarse de supuestos de hecho totalmente diferentes a los previstos tanto en el artículo 185 y en el artículo 186 del Código Penal, su configuración típica también exige elementos diferentes. En efecto, el hurto agravado, previsto en el artículo 186, adquiere total autonomía del hurto simple previsto en el artículo 185, en consecuencia, al exigirse taxativamente en el artículo 444 un monto superior a una remuneración mínima tan solo para el supuesto de hecho del artículo 185, debe concluirse en forma lógica y coherente que nuestro sistema punitivo no exige cuantía para configurarse el delito de hurto agravado. Rojas Vargas[1362] sostiene que desde las determinaciones normativas establecidas en el Código Penal la solución a tal problemática cede ante la preeminencia de la taxatividad de la norma penal que restringe solo el hurto y daños básicos (artículos 185 y 205) al referente económico pecuniario. Solo es necesario que el valor del bien hurtado sea susceptible de valoración económica. Jurisprudencialmente esta posición se ha impuesto. En efecto, el Acuerdo Plenario N.° 4-2011/CJ-116 del 6 de diciembre del 2011, ha establecido como doctrina legal "el hurto agravado no requiere de requisito del *quantum* del valor del bien para su configuración"[1363].

[1362] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 72.

[1363] Acuerdo Plenario publicado en *El Peruano* el 30 de mayo del 2012.

Se tiene por descontado que el valor del bien hurtado influirá en la convicción del juez al momento trascendental de individualizar la pena que impondrá al acusado (incisos 4 y 9 del artículo 46 del C.P.), debiendo escoger entre un mínimo de tres y un máximo de seis años de pena privativa de libertad. No se requiere de aptitudes excepcionales para concluir que si el bien no tiene mayor valor económico, se le impondrá la pena mínima al acusado por delito de hurto agravado.

Igual ocurre con el delito básico de daños previsto en el artículo 205 y las modalidades agravantes sancionadas en el artículo 206 del Código Penal.

Nosotros, teniendo en cuenta que el objetivo es hacer dogmática penal de los delitos patrimoniales, nos adherimos a la segunda posición, dado que resulta más coherente para interpretar los delitos contra el patrimonio tal y conforme aparecen redactados en nuestro texto punitivo. No cabe duda de que, por ejemplo, aparece injusto que se imponga tres años de pena privativa de libertad a un sujeto que con la ayuda de otro y aprovechando la noche, hurtó de su vecino dos patos cuyo valor no llega a cincuenta soles, sin embargo, ello no debe llevarnos a desconocer el principio de legalidad al que debe ceñirse el operador jurídico en materia penal.

Ello no es óbice para proponer de *lege ferenda* que en el futuro, el legislador tenga en cuenta en el momento histórico de tipificar los delitos contra el patrimonio, indicar un monto mínimo del objeto material del delito[1364]. Pues resulta inicuo y exagerado con el consecuente perjuicio económico que se ocasiona al Estado, ventilar todo un proceso penal por estafas, apropiaciones ilícitas, hurtos agravados, hurtos de uso, etc., sobre bienes de insignificante valor económico. Seguir actuando como se viene haciendo en la tipificación de los delitos contra el patrimonio, pone en tela de juicio los principios rectores que sustentan el derecho penal contemporáneo denominados de lesividad, proporcionalidad y de *ultima ratio*.

[1364] El legislador ha tenido esa oportunidad al promulgar la Ley N.° 28726 o en su caso, al promulgar la Ley N. ° 29407 , sin embargo, en lugar de poner un tope económico al valor de los bienes objeto de hurto o daños agravados, ha disminuido el tope económico del valor de los bienes objeto del delito de hurto y daños básicos.

Capítulo I
HURTO

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Hurto simple:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Acción de apoderar. 2.2. Ilegitimidad del apoderamiento. 2.3. Acción de sustracción. 2.4. Bien mueble. 2.5. Recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación como objeto de hurto. 2.6. Valor del bien mueble. 2.7. Bien mueble total o parcialmente ajeno. 2.8. Bien jurídico protegido. 2.9. Sujeto activo. 2.10. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 3.1. Provecho económico. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación. 7. Tentativa. 8. Penalidad. **Subcapítulo 2: Hurto agravado:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Hurto mediante destreza. 2.2. Hurto por escalamiento. 2.3. Hurto mediante destrucción de obstáculos. 2.4. Hurto por rotura de obstáculos. 3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado. 3.1. Hurto con ocasión de incendio. 3.2. Hurto en inundación. 3.3. Hurto en naufragio. 3.4. Hurto en calamidad pública. 3.5. Hurto en desgracia particular de la víctima. 4. Sobre los bienes muebles que forma el equipaje de viajero. 5. Mediante el concurso de dos o más personas. 6. En inmueble habitado. 7. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos. 8. Sobre bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la nación. 9. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica. 10. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos. 11. Utilizando el espectro radioeléctrico. 12. Sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima. 13. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. 14. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos y elementos de seguridad. 15. Sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones encargadas de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones. 16. Hurto en agravio de menores de edad. 17. Hurto en agravio de personas con discapacidad. 18. Hurto en agravio de mujeres en estado de gravidez. 19. Hurto en agravio de adulto mayor. 20. Cuando el objeto del hurto son bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para realizar todo el proceso de aprovechamiento de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados. 21. Cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos. 22. Penalidad. **Subcapítulo 3: Hacer dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 3. Bien jurídico protegido. 4. Sujeto activo. 5. Sujeto pasivo. 6. Tipicidad subjetiva. 7. Consumación y tentativa. 8. Penalidad. **Subcapítulo 4: Hurto de uso:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Acción de sustracción. 2.2. Mínimo apoderamiento. 2.3. Provecho temporal. 2.4. Uso del bien momentáneo. 2.5. Devolución del bien. 2.6. Bien ajeno. 2.7. Valor del bien. 2.8. Bien jurídico protegido. 2.9. Sujeto activo. 2.10. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa. 7. Consumación. 8. Penalidad.

Subcapítulo 1
Hurto simple

1. TIPO PENAL

El más antiguo y característico delito patrimonial y, por tanto, el primero que encontramos en nuestro Código Penal, lo constituye el delito de hurto simple previsto en el artículo 185. El texto original del Código Penal ha sido objeto de modificación por el numeral 1 del artículo 29 del Decreto Legislativo N.° 1084, publicado el 28 junio del 2008. La modificación se hizo con la única finalidad de adicionar como elemento material del delito de hurto a los recursos pesqueros, objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación. Luego, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 noviembre 2016, se ha vuelto a modificar el tipo básico de hurto. De este modo, actualmente, el tipo penal 185 tiene el siguiente contenido:

> 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, los hidrocarburos o sus productos derivados, 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El antecedente del artículo 185 del Código Penal de 1991 viene a ser el artículo 237 del Código de 1924. Aun cuando el contenido aparentemente es el mismo, no le falta razón al profesor Rojas Vargas[1365] cuando indica que de la comparación entre la redacción de los modelos 1924 y 1991 puede advertirse que el legislador penal de 1991 realizó dos modificaciones de importancia al modelo de 1924: a) cambia la declinación futura condicional del verbo "se apoderase" por una presentación

[1365] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 118.

en presente del mismo "se apodera"; y b) varía la ubicación del elemento finalístico "para obtener provecho", que queda a continuación del sujeto indeterminado, con la frase "el que para obtener provecho".

Se entiende que se configura el delito de hurto denominado simple o básico cuando el agente se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndole del lugar donde se encuentra con la finalidad de obtener un provecho económico, siempre y cuando no haya utilizado violencia o amenaza contra las personas. Lo primero que salta al entendimiento es la concurrencia de tres verbos rectores que caracterizan al delito de hurto básico: apoderar, substraer y aprovechar. Si alguno de estos verbos falta en determinada conducta que lesiona el patrimonio de la víctima, aquella no constituirá hurto.

El no uso de violencia o amenaza contra las personas, constituye una característica fundamental del hurto que lo diferencia en forma nítida del ilícito denominado robo.

La jurisprudencia nacional, aun cuando existen excepciones de confundir los conceptos, ha interpretado correctamente este aspecto. En efecto, en la resolución superior del 2 de setiembre de 1997, la Sala Penal de la Corte Superior de Apurímac, afirma que: *"la sustracción de dinero de un local municipal, durante la noche, violentando las puertas del local y en número de tres personas, empleadas del Municipio, constituye delito de robo"*(1366). Sin embargo, al interponerse el recurso de nulidad, la Suprema Corte por ejecutoria del 18 de marzo de 1998 subsanó el error y dejó sentado: *"que, se advierte de la revisión del proceso que se imputa al acusado Daniel Pipa Jacobe, haberse apoderado ilegítimamente de la suma de seis mil novecientos nuevos soles, aproximadamente, del local del Consejo Provincial de Abancay, lugar donde laboraba el indicado encausado en la condición de empleado en el Departamento de Personal del citado Municipio; que, siendo esto así, por la forma y circunstancias en que se produjeron los hechos, estos se subsumen dentro de los alcances del inciso cuarto y sexto del artículo ciento ochenta y seis del Código Penal vigente, toda vez que los encausados en ningún momento han ejercido violencia ni amenaza de un peligro*

(1366) Exp. N.º 256-92.

inminente para la vida o la integridad física de persona alguna, elementos que configuran el delito de robo y por el cual se ha condenado al acusado, debiendo por lo tanto adecuarse el fallo al tipo penal correspondiente"[1367].

Asimismo, el Supremo Tribunal por ejecutoria del 25 de octubre de 1995 sentenció que: "*el apoderamiento de los bienes muebles sin el empleo de violencia o amenaza contra la persona, configura el delito de hurto, pero no el de robo*"[1368]. En igual sentido, la Sala Superior Mixta de San Martín por resolución del 21 de octubre de 1998, haciendo un deslinde entre una figura y otra, afirmó: "*lo que diferencia al hurto agravado del robo agravado, es que pudiendo ambos realizarse en casa deshabitada durante la noche mediante el concurso de dos o más personas –artículo ciento ochenta y seis incisos primero, segundo y sexto; y artículo ciento ochenta y nueve, incisos primero, segundo y cuarto del Código Penal (...); en el primero, o sea en el hurto agravado hay fuerza sobre las cosas e implica la conciencia y voluntad de apoderarse de un bien o varios bienes muebles ajenos para aprovecharse de ellos sustrayéndolos de los lugares donde se encuentren y se consuma en cuanto el agente se apodera del bien sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, de manera que permita tal hecho la posibilidad física de realizar actos dispositivos; mientras que la nota connotativa del robo es la violencia o intimidación de las personas, ya que en estas situaciones entran en juego la vida, la salud o la libertad de actuación de la víctima, con lo cual se compromete bienes jurídicos de una entidad en relación con el patrimonio, y se materializa en el apoderamiento ilegítimo de un bien o varios bienes muebles ajenos empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integración física, e implica la conciencia de tener que ejercer violencia sobre la persona para lograr el objetivo de apoderamiento de bienes muebles*"[1369].

De la forma como aparece redactado el supuesto de hecho del artículo 185, hay consenso en la doctrina peruana respecto de la tipicidad objetiva del delito de hurto simple. Así tenemos, para Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1370], el comportamiento consiste en apo-

(1367) R.N. N.º 5844-97, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 1, 1999, p. 506.

(1368) Exp. N.º 3144-94-B, citado **en** *Código Penal*, Gaceta Jurídica, 2000, p. 117.

(1369) Exp. N.º 98-0158-221602JXO1P-SP-01, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 4, 2000, p. 195.

(1370) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 292.

derarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentre. En el mismo sentido, Peña Cabrera[1371] alega que la materialización de este delito consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. En tanto que Javier Villa Stein[1372], en su estilo particular argumenta que la conducta que reclama el tipo es la de "apoderamiento" que implica "tomar", agarrar la cosa, asirla con las manos, y desplazarla de modo que escape del ámbito de tutela y dominio de su legítimo tenedor titular y pase a la del autor, de modo y manera que quede a su disposición por el tiempo que sea.

Roy Freyre[1373], comentando el artículo 237 del Código Penal derogado, afirmaba que en nuestra dogmática, siguiendo un itinerario que nos permita arribar a un concepto claro de la figura delictiva estudiada podemos decir que: para hurtar hay que apoderarse; para apoderarse hay que substraer; y para substraer es necesario sacar la cosa mueble del ámbito de vigilancia ajeno donde se encontraba, para luego colocarla ilegítimamente, con ánimo de obtener provecho para sí o para otro, dentro de la propia esfera de disposición del agente.

En consecuencia, para configurarse objetivamente el delito de hurto básico debe verificarse la concurrencia de varios elementos típicos sin los cuales el delito no aparece. Veamos brevemente cuáles son aquellos elementos típicos:

2.1. Acción de apoderar

Este elemento típico se constituye cuando el agente se apodera, apropia o adueña de un bien mueble que no le pertenece, dado que lo ha substraído de la esfera de custodia del que lo tenía antes.

Roy Freyre[1374] sostiene que se entiende por apoderarse toda acción del sujeto que pone bajo su dominio y disposición inmediata un bien mueble que antes de ello se encontraba en la esfera de custodia de otra

[1371] Peña Cabrera, 1993, p. 18.

[1372] Villa Stein, 2001, p. 33.

[1373] Roy Freyre, 1983, p. 42.

[1374] Roy Freyre, 1983, p. 45.

persona. Igual postura asumen Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1375], y Villa Stein[1376].

Apoderar es la situación de disponibilidad en la que se encuentra el agente en relación con el bien mueble sustraído, vale decir, se trata de un estado de hecho resultante, usualmente, de las acciones de sustracción practicadas por el propio agente del delito, por el cual este adquiere ilegítimamente facultades fácticas de señorío sobre el bien mueble, pudiendo disponerlo. No obstante, para llegar al estado de apoderamiento se requiere que el agente rompa la esfera de custodia que tiene la víctima sobre el bien; acto seguido debe haber un desplazamiento del bien a la esfera de custodia del agente para finalmente este, funde su dominio sobre el bien y pueda o tenga la posibilidad de disponer como si fuera su dueño[1377].

Se discute en la doctrina si el *apoderamiento* debe o no durar un determinado tiempo. El problema de delimitación se presenta cuando el agente después de haber sustraído el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima inmediatamente es perseguido por la Policía que interviene al observar la sustracción. No obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha impuesto la posición en el sentido de que el tiempo no es relevante, es suficiente que el agente haya tenido la posibilidad de disponer en provecho propio del bien sustraído para estar frente al estado de apoderar. Siendo así, en el supuesto de hecho narrado, todavía no habrá apoderamiento.

2.2. Ilegitimidad del apoderamiento

Este elemento típico aparece cuando el agente se apropia o adueña del bien mueble sin tener derecho alguno sobre él, vale decir, no cuenta con el sustento jurídico ni con el consentimiento de la víctima para generarse un ámbito de dominio y, por tanto, de disposición sobre el bien.

Para Rojas Vargas[1378], la ilegitimidad se entiende como todo lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico, no solo por el Código Penal.

(1375) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 292.

(1376) VILLA STEIN, 2001, p. 33.

(1377) *Vid.* ROJAS VARGAS, 2000b, p. 148.

(1378) ROJAS VARGAS, 2000b, p. 150.

Por definición negativa, el hecho estará legitimado de existir consentimiento del propietario del bien, ya que el patrimonio particular como bien jurídico posee naturaleza disponible. Consentimiento que para ser válido deberá ser dado expresa y tácitamente por el propietario.

2.3. Acción de sustracción

Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente para arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima. Se configura con los actos que realiza el agente con la finalidad de romper la esfera de vigilancia de la víctima que tiene sobre el bien y cogerlo para luego desplazarlo a su esfera de dominio.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1379], sintéticamente aseguran que por sustracción se entiende toda acción que realiza el sujeto tendente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra. En tanto que Rojas Vargas[1380] refiere que por sustracción se entiende el proceso ejecutivo que da inicio al desapoderamiento del bien mueble del ámbito de control del propietario o poseedor.

Objetivamente debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del hurto, caso contrario el delito no aparece. No habrá hurto cuando el agente se apodera o adueña de los caballos del vecino que solos se pasaron a su esfera de dominio. Este aspecto, la jurisprudencia nacional lo tiene claro. La Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por resolución superior del 15 de abril de 1999, sentenció: "*para que se configure el delito de hurto, es necesario que se acredite no solo el apoderamiento del bien mueble, sino también la sustracción del lugar en que previamente se encontraba; y si bien es cierto, que se ha demostrado que los encausados se hallaban en posesión de los bienes sustraídos de la agraviada, no es menos cierto que tenga que demostrarse que ellos sean los autores de dicha sustracción*"[1381].

Tampoco se exige necesariamente la aprehensión manual o contacto material del autor con el bien mueble, debido a que muy bien pueden reali-

---

[1379] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 291.

[1380] Rojas Vargas, 2000b, p. 150.

[1381] Expediente N.º 5940-98, **en** Rojas Vargas, 2000, p. 304.

zarse los actos de sustracción por otros medios, por ejemplo, valiéndose de otra persona –caso de autoría mediata–, de animales o de procedimientos mecánicos o electrónicos (caso de hurtos por medio de la informática)[1382].

2.4. Bien mueble

Antes de entrar a conceptualizar qué entendemos por bien mueble, resulta pertinente señalar que a diferencia del Código derogado, el vigente *Corpus iuris penale* se refiere a "bien" y no a "cosa" al indicar el objeto del delito de hurto. Creemos que con mejor técnica legislativa, el legislador nacional ha hecho uso del término bien mueble para caracterizar al delito de hurto, otorgándole de ese modo mayor precisión e indicar al operador jurídico que se trata de un delito netamente patrimonial.

Esta precisión resulta importante y de ningún modo puede sostenerse que los términos "bien" y "cosa" tienen el mismo significado al momento de interpretar los tipos penales que lesionan el patrimonio. En efecto, si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española y buscamos el significado de cada uno de los vocablos indicados, encontraremos: "**Bien.** Cosas materiales o inmateriales en cuanto objetos de derecho". Son términos sinónimos: beneficio, riqueza, don, valor, hacienda, caudal, recursos. "**Cosa.** Todo lo que tiene entidad, ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta". Se tiene como sinónimos a los términos de "objeto, ser, ente". En suma, de estas definiciones se puede concluir que "bien" indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas. En tanto que "cosa" indica todo lo que tiene existencia corporal o espiritual tenga o no valor patrimonial para las personas. Así, estamos frente a vocablos que indican género y especie. El género es el vocablo "cosa" y la especie el término "bien", el mismo que es una "cosa" con valor patrimonial. Todo bien es una cosa, pero jamás toda cosa es o será un bien. En consecuencia, al exigirse en los delitos contra el patrimonio necesariamente un perjuicio patrimonial para la víctima y consiguiente beneficio para el agente, tenemos que concluir que el uso del vocablo bien resulta coherente y pertinente.

[1382] Así se estableció en la ejecutoria suprema del 24 de setiembre del 2014, véase: R.N. N.° 945-2014- Lima- Sala Penal Permanente.

No compartimos posición con Rojas Vargas[1383] cuando sostiene que si bien entre los vocablos de "bien" y "cosa" pueden establecerse relaciones de afinidad y diferenciaciones de orden filosófico y jurídico en general, para efectos práctico-jurídicos de tutela penal patrimonial tienen igual significado. Sigue argumentando el citado profesor que refuerza esta idea el hecho de que el derecho penal patrimonial peruano no puede ser una isla en relación al conglomerado de códigos penales seguidores de la tradición jurídica romano-germánica.

Mucho menos podemos amparar los argumentos de Peña Cabrera[1384] cuando al referirse a este punto, lo hacía con total desatino, conceptuando los vocablos de manera diferente a lo que se entiende en buen castellano, trayendo como resultado lógico confusión en el operador jurídico. Afirma el citado autor que el bien denota un concepto más amplio que el de cosa. Al bien podemos definirlo como el objeto material e inmaterial susceptible de apropiación que brinda utilidad y tiene un valor económico. Las cosas son objetos corporales susceptibles de poseer un valor; en consecuencia, las cosas forman parte de los bienes que son su género. El bien –continúa Peña–, aunque es un elemento constitutivo del patrimonio, no necesariamente tiene un valor económico o de cambio.

Teniendo claro qué significa "bien" ahora toca indicar qué debe entenderse como "bien mueble" para efectos del presente trabajo. Todos hemos aprendido en el curso de "Derechos reales" dictado obligatoriamente en las Facultades de Derecho de nuestras Universidades, que la primera diferencia entre bienes muebles e inmuebles es la siguiente: los primeros son movibles o transportables de un lugar a otro por excelencia, en tanto que los segundos, no pueden ser objeto de transporte, son inamovibles. De esta forma, bien mueble constituirá todo cosa con existencia real y con valor patrimonial para las personas, susceptibles de ser transportadas de un lugar a otro ya sea por sí mismas (animales) o por voluntad del hombre utilizando su propia mano o instrumento mecánicos o electrónicos.

[1383] Rojas Vargas, 2000b, p. 129.

[1384] Peña Cabrera, 1993, p. 22.

Bramont-Arias Torres[1385], citando al español Muñoz Conde y al chileno Bustos Ramírez, concluye que por bien mueble, tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden todo objeto del mundo exterior con valor económico, que sea susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento. De este modo, quedan fuera del concepto de bien mueble para efectos del derecho punitivo, todos aquellos bienes muebles sin valor patrimonial.

Nuestro derecho penal siempre ha utiliza el concepto de bien mueble en su acepción amplia a diferencia del derecho privado que de acuerdo al texto original del Código Civil de 1984 recogía una acepción restringida en el sentido que no utiliza como base para conceptualizarlo al elemento "cambio de un lugar a otro del bien". Así, por ejemplo, en el inciso 4 del artículo 885[1386] del C.C. indicaba que las naves y aeronaves eran bienes inmuebles cuando bien sabemos que se trataban de bienes fácilmente transportables. Sin embargo, tal como indicaba en su oportunidad Fernando de Trazegnies Granda[1387], tal clasificación no resultaba arbitraria, dado que respondía a una racionalidad muy estricta, tanto como la que informaba la distinción entre bienes *mancipi* y *rec mancipi* del derecho romano. Si pensamos que la preocupación fundamental del legislador –continúa el citado profesor– ha sido la seguridad de las transferencias y garantías, nada tiene de extraño que las naves y aeronaves –aunque son transportables par *excéllence*– sean tratadas igual que los predios, porque son bienes que pueden ser dados en garantía sin necesidad de una entrega física, ya que, como pueden ser registrados y considerados que no son fácilmente ocultables, resulta difícil que un deudor de mala fe los haga desaparecer. No obstante, luego del 16 de junio del 2006 que se publicó la Ley N.° 28677, Ley de garantía mobiliaria, el derecho privado ha optado razonablemente por el concepto amplio de bien mueble. En efecto, en el artículo 4 de la indicada ley se precisa que son bienes muebles comprendidos en esta Ley[1388]: 19. Las naves

(1385) BRAMONT-ARIAS TORRES, 1997, p. 63.

(1386) Antes de su modificación por la Ley N.° 28677 de junio del 2006.

(1387) Bienes, naturaleza y romanos, trabajo recogido **en** AVENDAÑO, 1988, p. 346.

(1388) 1. Los vehículos terrestres de cualquier clase.

y aeronaves; 20. Los pontones, plataformas y edificios flotantes; y 21. Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles. Modificando en consecuencia el contenido del original artículo 885 del Código Civil.

Entendido el concepto de bien mueble en sentido amplio, comprende no solo los objetos con existencia corporal, sino también a los elementos no corpóreos, pero con las características de ser medidos tales como la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos y sus productos derivados, el agua y cualquier otro elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético. Tiene razón Rojas Vargas[1389] cuando afirma

2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
4. Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo.
5. Los inventarios, estén constituidos por bienes fungibles o no fungibles.
6. El saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en bancos u otras entidades financieras.
7. Conocimientos de embarque o títulos de análoga naturaleza.
8. Las acciones o participaciones en sociedades o asociaciones, aunque sean propietarias de bienes inmuebles.
9. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patente, nombres comerciales, marcas y otros similares.
10. Los créditos, con o sin garantía mobiliaria.
11. Los títulos valores de cualquier clase incluyendo aquellos amparados con hipoteca o los instrumentos en los que conste la titularidad de créditos o derechos personales, excepto los cheques.
12. Los bienes muebles futuros.
13. Las pólizas de seguro.
14. El derecho de obtener frutos o productos de cualquier bien.
15. Todo tipo de maquinaria o equipo que conserve su carácter mobiliario.
16. Los derechos a dividendos o a utilidades de sociedades.
17. Todo bien mueble dado en arrendamiento financiero o arrendado.
18. Las concesiones privadas que sean muebles y que no tengan carácter personalísimo.
19. Las naves y aeronaves.
20. Los pontones, plataformas y edificios flotantes.
21. Las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.
22. En general, todos los bienes muebles, registrados o no registrados, excepto las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito.

(1389) Rojas Vargas, 2000b, p. 139.

que una de las sorprendentes novedades que trajo consigo el Código de 1991 concierne a la disposición legal complementaria contenida en el segundo párrafo del artículo 185, por la cual se equiparan normativamente a bien mueble, la energía eléctrica y otras energías no nominadas, como el gas, el agua y otros elementos que tengan valor económico. De tal modo, el legislador nacional dio por terminado un debate tímidamente sugerido en el ámbito de la doctrina nacional. Asimismo, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 noviembre del 2016, se ha incorporado expresamente a los hidrocarburos[1390] y sus derivados como objetos del delito de hurto. Es decir, se ha equiparado a los hidrocarburos con la energía eléctrica, gas, 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.

Por espectro electromagnético, se entiende al campo de energía natural formado por la ionosfera –franja de la atmósfera terrestre que comprende a partir de los 50 km, hasta un límite variable de 700 a 1000 km–, a través de la cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala. Por el espectro electromagnético, es posible la televisión común y por cable, la telefonía de larga distancia y el celular, la radio, las videoconferencias y demás operaciones telemáticas mediante las redes de Internet. El espectro electromagnético que cubre el territorio nacional es patrimonio de la Nación y de dominio del Estado, el mismo que, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, otorga su uso por medio de concesiones (autorización o permiso) a los particulares. Si el hurto que se caracterizaría más como uso indebido, se realiza antes que el Estado otorgue concesión, el agraviado será el Estado en tanto que si existe concesión, el sujeto pasivo será el beneficiario de la concesión[1391].

[1390] Según el artículo 7 de la Ley N.° 26221, Ley orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, la denominación "Hidrocarburos" comprende todo compuesto orgánico, gaseoso, líquido o sólido, que consiste principalmente de carbono e hidrógeno. Los más conocidos son, por ejemplo, el petróleo, el gas natural, etc.

[1391] Con más amplitud, PEÑA CABRERA, 1993, p. 35 y ROJAS VARGAS, 2000b, p. 142.

En la práctica ya ha existido proceso por hurto del espectro electromagnético, como ejemplo cabe citar la resolución superior del 10 de julio de 1998, donde se esgrime que: "*no siendo posible cuantificar con precisión el perjuicio que representa para el Estado el uso indebido del espectro electromagnético, materia del ilícito, por no haberse presentado en autos medios probatorios que acrediten a cuánto asciende el agravio irrigado, la reparación civil debe ser fijada prudencialmente como lo ha hecho el Juez de la causa*"[1392].

2.5. Recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación como objeto de hurto

Finalmente, el numeral 1 del artículo 29 del Decreto Legislativo N.° 1084, publicado el 28 de junio del 2008, adiciona como elemento material del delito de hurto a "los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación". Pues allí se afirma que "se equiparan a bien mueble (...) también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de límites máximos de captura por embarcación".

Para entender este aspecto del tipo penal, considero necesario señalar cuáles son los objetivos del Decreto Legislativo N.° 1084. Para ello basta remitirnos al contenido del artículo 1 del Decreto Legislativo. Allí se prescribe que tiene por objeto establecer el mecanismo de ordenamiento pesquero aplicable a la extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis ringens* 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.

[1392] Expediente N.° 858-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 257.

Los recursos pesqueros que pueden ser objeto del delito de hurto en los términos de la modificación serán solo la anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis ringens* y *anchoa nasus*) destinada al consumo humano indirecto[1393], pues según el indicado Decreto Legislativo son recursos pesqueros objeto de asignación de límites máximos de captura y embarcación. Ahora, para saber qué se entiende por límite máximo de captura y embarcación no queda otra alternativa que remitirnos a los anexos del Decreto Legislativo N.° 1084. En efecto, allí se menciona que no es otra cosa que "el máximo de captura de anchoveta y anchoveta blanca por temporada expresado en Toneladas Métricas, aplicable como límite a las embarcaciones de armadores titulares de Permisos de Pesca. Se determina multiplicando el índice respectivo o alícuota que mediante el Porcentaje Máximo de Captura por Embarcación (PMCE) que haya sido atribuido por el Ministerio a cada embarcación por el límite máximo total de captura permisible establecido para cada temporada de pesca". A la temporada de pesca se le entiende lógicamente como aquella época autorizada de pesca por parte del Ministerio en el período durante el cual se ha levantado una determinada veda respecto a la anchoveta y la anchoveta blanca. Se expresa en meses y tiene como objetivo el ordenamiento pesquero.

El límite máximo de captura por embarcación lo determina el Ministerio de la Producción según el mecanismo previsto en el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo N.° 1084, de junio del 2008.

2.6. Valor del bien mueble

Se ha convenido que los bienes muebles para tener relevancia penal deben tener valor patrimonial. Vale decir, deben ser valorados económicamente en la interrelación social. Sin embargo, a fin de no

(1393) Ello se desprende de la interpretación del artículo 4° inciso 1 del Decreto Legislativo N.° 1084 que establece: "La presente Ley tiene por objeto establecer el mecanismo de ordenamiento pesquero aplicable a la extracción de los recursos de anchoveta y anchoveta blanca (*engraulis ringens* 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".

caer en exageraciones de sancionar hurtos simples de bienes de mínimo e insignificante valor económico en el mercado, el legislador nacional ha introducido otro elemento típico del delito de hurto, el mismo que se convierte en un límite importante. No obstante, tal elemento no aparece de la redacción del artículo 185, sino se desprende de la lectura del artículo 444 del código sustantivo, modificado por la Ley N.° 28726 de mayo del 2006 y luego modificado por la Ley N.° 29407.

Aquí se prevé que cuando el valor del bien objeto de una conducta regulada en el tipo penal del artículo 185 del C.P. no sobrepase una remuneración mínima vital, estaremos ante lo que se denomina faltas contra el patrimonio y en consecuencia no habrá delito de hurto. En suma, solo habrá hurto simple cuando el valor del bien mueble sea mayor de una remuneración mínima vital. En la praxis judicial, cuando estamos ante casos en los que es poco difícil establecer el valor del bien hurtado, se recurre a los peritos valorizadores.

Resulta importante dejar establecido que si al momento de consumarse o perfeccionarse el delito, el valor del bien sobrepasaba una remuneración mínima vital, y en la investigación o antes de la sentencia, el valor del bien se deprecia o reduce y alcanza un valor por debajo del mínimo exigido, el hecho se convertirá en faltas contra el patrimonio.

2.7. Bien mueble total o parcialmente ajeno

Respecto de este elemento normativo no hay mayor discusión entre los tratadistas peruanos. Es común afirmar que se entiende por bien ajeno a todo bien mueble que no nos pertenece y que por el contrario pertenece a otra persona. En otros términos, resultará ajeno el bien mueble, si este no le pertenece al sujeto activo del delito y más bien le corresponde a un tercero identificado o no. Este concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de hurto; igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y las *res comunis omnius* (cosa de todos). En todos estos casos, los bienes no tienen dueño y, por tanto, el acto de apoderarse de ellos no lesiona patrimonio alguno[1394].

(1394) Peña Cabrera, 1993, p. 26; Roy Freyre, 1983, p. 52; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 294; Paredes Infanzón, 1999, p. 42; Vargas Rojas, 2000b, p. 145; Villa Stein, 2001, p. 35.

En cambio, estaremos ante una situación de ajenidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito, sustrae un bien mueble que parcialmente le pertenece. Vale decir, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. Es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de hurto, resultará necesario que el bien se encuentra dividido en partes proporcionalmente establecidas; caso contrario, si llegase a establecerse que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietario y, por tanto, el bien corresponde a todos a la vez, será materialmente imposible la comisión del delito de hurto.

Tampoco habrá hurto cuando el bien parcialmente ajeno se encuentre en poder del agente y este realice actos de dueño sobre el total. Aquí sin duda al no existir sustracción, estaremos ante lo que conocemos por apropiación ilícita. Para configurarse el hurto en esta hipótesis se exige necesariamente que el bien parcialmente ajeno se encuentre en poder de un tercero de cuyo dominio el agente lo sustrae y se apodera.

2.8. Bien jurídico protegido

Establecer el bien jurídico que se protege con el delito de hurto simple o básico, es punto de controversia en la literatura penal peruana, así como en la extranjera. Dos son las posiciones no conciliables. Para algunos tratadistas, se pretende proteger el derecho de posesión (Bramont-Arias Torres y García Cantizano y Paredes Infanzón), en tanto que para otros, se pretende amparar el derecho de propiedad (Ángeles-Frisancho-Rosas, Rojas Vargas, Villa Stein) aun cuando para algunos menos se pretende proteger el derecho de propiedad como el de posesión (Roy Freyre).

Rojas Vargas[1395], dejando establecido que existen ciertas hipótesis delictivas de hurto en las cuales la posesión constituye el bien jurídico, se adhiere a la posición que sostiene como el bien jurídico de hurto a la propiedad, por considerarla de mayor rigurosidad científica, más afín al principio de fragmentariedad y mínima intervención, y por razones de sistematización normativa efectuada por el Código Penal peruano, al considerar este al *furtum possesionis* (modalidad delictiva donde se

[1395] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 126.

tutela la posesión frente a la propiedad) una especie de apropiación ilícita y no una variedad de hurto.

Nosotros también compartimos esta última posición, pues además de los argumentos presentados por Rojas Vargas, concurre otro de vital importancia en la práctica judicial. En la realidad judicial peruana, siempre se exige que el sujeto pasivo del hurto acredite la propiedad del bien objeto del hurto con la finalidad de ser el caso, retirar los bienes de sede judicial si estos han sido incautados; ello en estricta aplicación del artículo vigente 245 del Código Procesal Penal de 1991. En efecto, en virtud de tal precepto legal, en un proceso penal siempre se solicita que la víctima acredite la preexistencia de ley, vale decir, la real existencia del bien objeto del hurto y solo se puede hacer presentando documentos que demuestren el derecho de propiedad.

Refuerza esta tesis el artículo 912 del Código Civil, el mismo que prescribe "el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario". Esto es, de acuerdo a la normativa nacional vigente, siempre se presumirá que aquella persona que ha sufrido un hurto de sus bienes, será propietario de los bienes hurtados, salvo que se pruebe que otra persona es su propietario, correspondiendo a este último la condición de víctima o perjudicado del delito.

El derecho de propiedad se constituye en el bien jurídico estricto protegido con el delito de hurto. Vale decir, la propiedad como parte del patrimonio de una persona.

2.9. Sujeto activo

El sujeto activo, autor o agente del delito de hurto simple puede ser cualquier persona natural, nunca jurídica. El tipo penal no exige que se cuente con determinadas condiciones o cualidades; solo se exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno por medio de la sustracción.

En esa lógica, no podrán ser sujetos activo, del delito de hurto los propietarios totales de sus bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propietario del bien a un posesionario, por ejemplo,

no será autor del delito de hurto, sino del delito de apropiación ilícita, como tendremos oportunidad de saber más adelante cuando analicemos las modalidades delictivas de esta figura penal.

2.10. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona natural o jurídica, poseedora o propietaria del bien mueble, no se exige ninguna condición especial. Como ha quedado establecido, los poseedores son reputados propietarios de los bienes muebles, en consecuencia, también pueden constituirse en sujetos pasivos.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del delito que venimos realizando por hermenéutica jurídica, sin problema se concluye que se trata de un injusto penal netamente doloso, es decir, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos típicos, tales como apoderarse ilegítimamente de un bien total o parcialmente ajeno, sustrayéndole de la esfera de dominio de la víctima con la finalidad de obtener un provecho económico. No cabe la comisión culposa.

El sistema peruano no exige solo la concurrencia del dolo para perfeccionarse el delito, sino que requiere desde el inicio de la acción delictiva la presencia de un segundo elemento subjetivo que viene a reforzar al dolo, esto es, la intención del agente de obtener un provecho económico con la sustracción del bien. Se exige la concurrencia de lo que se conoce como ánimo de lucro. Presentado así el panorama, es común sostener que en la configuración del delito de hurto se exige la concurrencia del dolo, así como la concurrencia de un elemento subjetivo adicional: ánimo de lucro. De esta forma, se excluyen las modalidades del dolo indirecto y eventual.

Es perfectamente posible que se presente un error de tipo vencible o invencible previsto en el artículo 14 del C. P., en ambos casos, el delito de hurto no aparece debido a que se anula el dolo sin el cual no hay conducta típica de hurto. La Corte Suprema por ejecutoria del 30 de diciembre de 1997, analizando la conducta de un inculpado a

quien se le atribuía el delito de hurto agravado por haber transportado bienes de la Compañía Minera Buenaventura S.A. a la ciudad de Huancayo a petición de uno de sus coinculpados, pedagógicamente sostuvo que: *"teniendo en cuenta lo hasta aquí glosado, se tiene que el acusado Ccahuana Gamarra ha actuado en error de tipo, toda vez que en todo momento ha desconocido que se estaba cometiendo el delito de hurto agravado y por ende no puede afirmarse que haya conocido y querido la sustracción de los bienes materia de incriminación; que no concurriendo el primer elemento del delito, cual es la tipicidad de la conducta, se excluye su responsabilidad penal conforme a lo dispuesto por la última parte del artículo catorce del Código Penal"*(1396).

3.1. Provecho económico

Como ya se mencionó la frase "para obtener provecho" que da inicio a la redacción del artículo 185 del Código Penal, representa un elemento subjetivo importante del delito de hurto. Sin su presencia, no aparece el delito. Este elemento subjetivo que normalmente en doctrina se rotula como "ánimo de lucro" o "ánimo de obtener provecho económico indebido", refuerza al dolo del agente.

Este elemento subjetivo adicional del dolo se configura como la situación subjetiva del agente que le mueve a realizar todos los elementos objetivos para encontrar satisfacción final. En otros términos, constituye la finalidad que persigue el agente del hurto, vale decir, el sujeto activo actúa desde el inicio con la finalidad última de obtener un provecho, beneficio, utilidad o ventaja indebida. En tal sentido, si en el actuar del agente existe otra intención diferente a la de obtener un provecho patrimonial, el delito de hurto no se evidencia. No habrá hurto, por ejemplo, en el caso en que el agente sustrae unos viejos caballos de carrera para evitar que su dueño pase apremios económicos que le origina su manutención y cuidado.

Respecto de qué tipo de provecho debe tratarse para satisfacer las exigencias del tipo penal, también es objeto de viva controversia en la doctrina, no obstante, para efectos del presente trabajo, con Rojas Var-

(1396) Expediente N.º 2104-97, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 199.

gas[1397], sostenemos que "provecho" tiene identidad de significado con los vocablos "beneficio", "ventaja" o "utilidad" en sus acepciones amplias. "Provecho", en tal sentido, no posee en el artículo 185 del Código Penal una naturaleza exclusivamente restringida a los referentes pecuniario-económicos que denotan la idea de enriquecimiento, sino que, incluyendo esta acepción, puede también comprender toda posibilidad de utilidad o beneficio –patrimonial o no– que se haya representado el autor, ya sea que el apoderamiento del bien mueble implique la idea de tomarlo para sí, donarlo, venderlo, canjearlo, dejarlo abandonado, coleccionarlo, guardarlo, destruirlo ulteriormente, o para contemplarlo, usarlo, ostentarlo, disfrutarlo o también que el apoderamiento haya sido realizado para atormentar o agraviar psicológicamente al propietario o poseedor.

Evidentemente esta interpretación amplia debe tener sus límites, los cuales están enmarcados al cumplimiento de los otros requerimientos típicos, tales como la "ilegitimidad" y el dolo directo, los que no estarán presentes, por ejemplo, en la sustracción y apoderamiento con fines de jugarle una broma al propietario; también cuando la sustracción ha sido hecha para evitar que el sujeto cometa un delito, o cuando el dolo del agente busca la destrucción directa e inmediata del bien (tipicidad de daños), asimismo, en el caso en que el apoderamiento haya sido hecho con fines de hacerse cobro con el objeto sustraído (hacerse justicia por propia mano, artículo 417 C.P.).

Esto en el sistema peruano; pero si cogemos un libro, por ejemplo, argentino, para interpretar el artículo 185 del C.P., encontraremos que para aquellos no es necesaria la concurrencia de algún elemento subjetivo especial[1398]. Esta perspectiva tiene su sustento en el hecho que el artículo 162 del C.P. Argentino, efectivamente no exige "ánimo de provecho" o "ánimo de lucro" como sí lo exige el artículo 185 de nuestro Código Penal. En efecto, aquel artículo 162 (hurto) prescribe: "Será reprimido (...) el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena".

[1397] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 157.

[1398] BUOMPADRE, 2000, II, p. 45.

4. ANTIJURIDICIDAD

Bien sabemos que la antijuridicidad es de dos clases: formal, definida como la simple verificación que la conducta típica contraviene al ordenamiento jurídico, es decir, consiste en la verificación que la conducta típica no cuenta con norma permisiva ni concurre causa de justificación alguna. Material, consiste en la verificación si la conducta típica ha puesto según sea el caso, en peligro o lesionado un bien jurídico protegido.

Al verificarse que en la conducta analizada aparecen todos los elementos típicos que exige el artículo 185, el operador jurídico deberá establecer si efectivamente se ha lesionado o puesto en peligro el derecho de propiedad del sujeto pasivo; además verificará si no concurre alguna norma permisiva o causa de justificación en la sustracción del bien hurtado. Si llega a concluirse que se ha lesionado el bien jurídico protegido, pero que la sustracción del bien ha sido por disposición de la ley o en su caso, en cumplimiento de orden judicial (embargo, secuestro de bienes, etc.), o también para evitar la destrucción del bien mueble, no habrá antijuridicidad y, por tanto, aquella conducta será típica, pero no antijurídica, deviniendo en una conducta irrelevante penalmente. A *contrario sensu*, si llega a verificarse que efectivamente se ha lesionado el derecho de propiedad del sujeto pasivo y que la sustracción del bien mueble se ha realizado en forma ilegítima, vale decir, sin la concurrencia de alguna norma permisiva ni causa de justificación, estaremos ante una conducta típica y antijurídica de hurto.

5. CULPABILIDAD

Después de verificar que estamos frente a un injusto penal (conducta típica y antijurídica), corresponde al operador jurídico determinar si dicha conducta es atribuible o imputable al agente. En esta etapa del análisis, corresponde verificar si el agente de la sustracción ilegítima del bien mueble es mayor de 18 años y no sufre de grave anomalía psíquica; además se verificará que aquel agente al momento de actuar conocía perfectamente que su conducta era antijurídica, es decir, que estaba prohibida por el derecho; caso contrario, si se verifica que el agente no conocía que su conducta estaba prohibida, dado que tenía la firme creencia, por ejemplo, que podía sustraer bienes muebles de la víctima para hacerse pago

de una deuda que esta le tenía, la conducta no será atribuible al agente, pues estaremos frente a un caso típico de error de prohibición previsto en el segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal.

Al concluirse que efectivamente el agente conocía que su conducta estaba prohibida por el derecho, se pasará a verificar si el agente pudo actuar de otro modo antes de sustraer el bien mueble del sujeto pasivo. Se verificará si, por ejemplo, el sujeto activo no atravesaba un estado de necesidad exculpante previsto en el inciso 5 del artículo 20 del Código Penal; o, actuó ante un miedo insuperable. No obstante, si se verifica que el sujeto activo tuvo la posibilidad de actuar de modo diferente y no cometer la sustracción ilegítima del bien mueble, estaremos ante un injusto penal culpable de hurto.

6. CONSUMACIÓN

Determinar en qué momento histórico del desarrollo de una conducta delictiva de hurto, se produce la consumación o perfeccionamiento, ha sido objeto de viva controversia en la doctrina penal de todos los tiempos, al punto que se han esgrimido diversas teorías: tales como la ***contrectatio*** la misma que sostiene, habrá apoderamiento apenas el agente entre en contacto con el bien mueble. La teoría de la ***amotio*** para la cual el hurto se consuma con el cambio de lugar donde se encontraba el bien mueble a otro diferente. La teoría de la ***illatio*** sostiene que el hurto se consuma cuando el agente traslada el bien mueble a un lugar seguro escogido por él y lo oculta. Y finalmente, la teoría de la ***ablatio*** sostiene que el hurto se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad real o potencial de disponerlo en su provecho.

De las cuatro teorías existentes, la doctrina nacional por unanimidad ha aceptado la teoría de la *ablatio* como la más coherente para interpretar el delito de hurto simple. En efecto, Roy Freyre[1399], haciendo dogmática con el Código Penal derogado, afirmaba que sin olvidar que basta la intención de lucro al no requerir nuestra ley penal provecho efectivo, la consumación tiene lugar en el momento mismo que se da por quebran-

[1399] ROY FREYRE, 1983, p. 64.

tada la custodia o vigilancia ajena, al surgir la posibilidad de disponer de la cosa por parte del agente infractor. Peña Cabrera[1400] sostenía que el delito de hurto se consuma en cuanto el agente se apodera del bien sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, de manera que le permita la posibilidad física de realizar actos dispositivos.

Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1401] aseveran que según el tenor del artículo 185 del C.P. se admitirá la consumación en el momento en que el sujeto activo tiene la disponibilidad del bien mueble. Incluso, los autores citados, adoptando una posición discutible afirman que se considera consumado el delito de hurto así el agente se encuentre en plena huida (fuga), siempre y cuando en la fuga haya tenida una mínima disponibilidad del bien sustraído. Igual posición enseña Villa Stein[1402].

Rojas Vargas[1403] sostiene que para utilizar la clásica gradualización romana del *iter criminis*, el delito de hurto se consuma en la fase de la *ablatio*, es decir, el delito de hurto se halla consumado o perfeccionado típicamente conforme a las exigencias del tipo penal, cuando el autor (o coautores) ha logrado el estado o situación de disponibilidad del bien mueble. Igual posición sostienen Ángeles-Frisancho-Rosas[1404].

Nosotros también nos adherimos a esta posición mayoritaria, pues la posibilidad real o potencial de disponer del bien mueble por mínima que sea, constituye un hito fundamental para entender y comprender perfectamente la consumación y su diferencia con la tentativa. Sin embargo, la posibilidad real o potencial de disposición del bien que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más presión que el temor de ser descubierto, vale decir, la voluntad del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción es inmediatamente

[1400] Peña Cabrera, 1993, p. 32.

[1401] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 295.

[1402] Villa Stein, 2001, p. 38.

[1403] Rojas Vargas, 2000, p. 159.

[1404] Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1165.

perseguido el agente. Sin duda, al momento de la fuga, el agente puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndole o entregándole a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito. Esa disposición no es voluntaria ni espontánea. En plena huida puede también ser aprehendido el sujeto no llegando a tener la posibilidad de hacer una disposición provechosa del bien sustraído. Menos habrá consumación como pretende Bramont-Arias Torres y García Cantizano, si el agente es aprehendido en plena huida y se recupera lo sustraído. Aquí estaremos ante una tentativa.

Del mismo modo la ejecutoria suprema del 11 de octubre del 2004, considera que el ánimo de provecho implica: *"situar la cosa en la esfera de disponibilidad real que haga posible su utilización, como si fuere dueño de ella, lo que en autos se encuentra probado, pues los procesados tenían la total disponibilidad del bien mueble, no importando si se llegó o no a obtener efectivamente el provecho ni la forma de materialización, pues el tipo descrito en la norma penal no exige que se haya efectivizado el provecho, sino que la finalidad perseguida por el agente sea obtenerlo que el mismo se cumple desde el momento en que el sujeto activo del delito tiene la disponibilidad del bien mueble sobre el cual recayó la acción"*(1405).

La interpretación jurisprudencial ha sabido diferenciar entre consumación y tentativa de hurto. Así tenemos la ejecutoria suprema del 2 de julio de 1998, documento en el cual se lee que: *"en el caso de autos, el apoderamiento del vehículo (...) fue perpetrado por los encausados Gallo Mispireta y Soto Barriga en circunstancias que el agraviado Rojas Infante se encontraba prestando servicios de taxi, habiéndose llevado los agentes el referido vehículo, siendo capturados horas después por la efectiva intervención de los miembros de la Policía Nacional del Perú; que, siendo esto así, el hecho global ha llegado al nivel de la consumación delictiva, y no así al de una tentativa como incorrectamente lo señala la Sala Penal Superior toda vez que los agentes al haberse llevado consigo el bien mueble violando la esfera de custodia y de dominio de su legítimo poseedor y al haberlo trasladado a un lugar desconocido, ya han realizado actos de disposición patrimonial, no pudiendo existir una*

(1405) R.N. N.º 347-2004-Junín, **en** CASTILLO ALVA, 2006a, p. 313.

tentativa de delito porque esto último significaría que el tipo penal solamente se ha realizado de un modo parcial o imperfecto, cuando en el caso sub examine se aprecia que los agentes han dado cabal cumplimiento a su plan delictivo coincidiendo el resultado con la meta trazada por estos, realizándose así todos los elementos configuradores del tipo penal"(1406).

En el mismo sentido, el trigésimo cuarto Juzgado Penal de Lima por resolución del 30 de marzo de 1998, sostiene: "*que el iter criminis del delito materia de juzgamiento determina que el hurto se consuma con el apoderamiento del bien mueble, es decir, la cosa (objeto del delito) a través de un acto material (sustracción) debe ser trasladado de la esfera de vigilancia o custodia del sujeto pasivo a la esfera de disposición del agente activo; que, en el caso de autos, (...) debe merituarse que el agraviado advirtiendo la sustracción de su mercadería decidió perseguir a los sujetos y solicitar apoyo policial, siendo en esas circunstancias, que logró recuperar las tres cajas sustraídas, en consecuencia los objetos materia del delito no fueron trasladados de la esfera de vigilancia, toda vez que el agraviado decidió perseguirlos, consecuentemente los sujetos activos no llegaron a tener la posibilidad de realizar actos de disposición, concluyendo de este modo que el delito se encuentra en grado de tentativa*"(1407).

7. TENTATIVA

De lo antes expuesto y teniendo en cuenta que el delito de hurto es un hecho punible de lesión y resultado, es perfectamente posible que el actuar del agente se quede en grado de tentativa.

En efecto, estaremos ante la tentativa cuando el agente suspende, ya sea voluntariamente o por causas extrañas a su voluntad, su actuar ilícito en cualquiera de los momentos comprendido entre el inicio de la acción hasta el momento en que el agente tiene la mínima posibilidad de disponer del bien hurtado. Vale decir, una vez que el agente tiene la posibilidad de disponer del bien se habrá perfeccionado el delito, antes de aquel hito, habrá tentativa, como ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente ha ingresado al domicilio del sujeto pasivo con la intención de

(1406) Expediente N.º 2119-98, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 90.

(1407) Expediente N.º 152-97, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 94.

hurtar y estando rebuscando los bienes de su víctima es aprehendido, o cuando es descubierto saliendo del domicilio llevándose los bienes o cuando es aprehendido por personal policial cuando el agente está en plena fuga, llevándose los bienes sustraídos, etc.

Respecto de este último supuesto por ser ilustrativa y posición vigente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, cabe citar la ejecutoria suprema del 4 de octubre de 1972 que argumenta en forma pedagógica: "*para la consumación del hurto lo decisivo es el criterio de disponibilidad y no el del simple desapoderamiento. Incurre en tentativa acabada o delito frustrado, la situación del acusado que no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado*"(1408).

También son posibles los actos preparatorios para realizar la conducta de hurto, no obstante, estos actos así se verifiquen resultan intrascendentes para efectos penales.

8. PENALIDAD

De configurarse los supuestos previstos en el artículo en comentario, la pena privativa de libertad que se impondrá al acusado oscila entre uno y tres años.

Subcapítulo 2
Hurto agravado

1. TIPO PENAL

Es común que los códigos penales de la cultura euro occidental regulen junto al hurto simple, el hurto agravado, es decir, hurtos con agravantes en razón a circunstancias de modo, lugar, tiempo, utilización de medios, etc., o hurtos calificados en atención a la calidad del sujeto activo o a las características de la víctima. El Código peruano regula una lista de circunstancias agravantes que aumentan la ilicitud del hurto y, por tanto,

(1408) ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 85.

sus autores merecen sanciones más severas. En efecto, el artículo 186 del Código Penal, modificado por Ley N.° 26319, del 1 de junio de 1994, y luego con la Ley N.° 28848, del 27 de julio del 2006, aumentaron las circunstancias agravantes. En esta misma línea, el legislador, con la Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, volvió ampliar las agravantes. Luego, por la Ley N.° 29583, del 18 de setiembre del 2010, se incluyó una agravante más al delito de hurto agravado. En ese mismo contexto, por Ley N.° 30076, publicada el 19 de agosto del 2013, Ley N.° 30077, publicada el 20 agosto del 2013 y, la Ley N.° 30096 publicada el 22 de octubre del 2013, se volvió a modificar el contenido del tipo penal 196 del C.P. Finalmente, por el Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 de noviembre del 2016, se ha vuelto a modificar la fórmula legislativa, quedando el contenido del artículo 186 del Código Penal como sigue:

> 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. Derogado por la Ley N.° 30096.
> 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, o telecomunicaciones.
11. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
12. 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 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Objetivamente para estar ante una figura delictiva de hurto agravado, se requiere la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, menos el elemento "valor pecuniario" indicado expresamente solo para el hurto simple por el artículo 444 del Código Penal. Se exige sustracción del bien de la esfera de protección de su dueño o poseedor; apoderamiento ilegítimo del bien por parte del sujeto activo; bien mueble total o parcialmente ajeno con valor patrimonial, la finalidad de obtener un provecho indebido que debe inspirar al agente y el dolo. La interpretación jurisprudencial tiene claro dicho supuesto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, por resolución del 11 de junio de 1998, afirma: *"que el tipo penal define el delito de hurto agravado y exige como presupuesto objetivos: la preexistencia de un bien mueble; que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble para obtener un provecho; que exista sustracción del bien del lugar donde se encuentre; que dicho bien sea total o parcialmente ajeno; además del elemento*

subjetivo del dolo, es decir, la conciencia y voluntad de la realización de todos los elementos objetivos y ánimo de lucro"[1409].

Por el principio de legalidad no se exige que el valor del bien mueble sustraído deba sobrepasar una remuneración mínima vital previsto en el artículo 444 del C.P. Aquí se hace mención solo para el hurto previsto en el artículo 185 mas no para el hurto agravado regulado en el artículo 186 en concordancia con el artículo185 del C.P.

Los hurtos agravados son modalidades específicas del hurto, cuya estructura típica depende del tipo básico, pero que conservan en relación con este un específico margen de autonomía operativa. Rojas Vargas[1410] afirma muy bien que el argumento que explica la exclusión del referente pecuniario racionalizador, se halla en una diversidad de factores: pluriofensividad de la acción típica circunstanciada, notable disminución de las defensas de la víctima, criterios de peligrosidad por parte del agente y valoraciones normativas. La resultante ofrece la siguiente lectura: más que el valor referencial del bien, lo que interesa en el hurto agravado es el modo como se realiza la sustracción-apoderamiento.

Respecto de este punto si bien en la doctrina existe y seguirán existiendo posiciones encontradas, jurisprudencialmente, por el Acuerdo Plenario N.° 4-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011[1411], emitido por los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, se ha establecido como doctrina legal lo siguiente: "El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo para el hurto simple y daños, conforme lo estipula el artículo 444° C.P.; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.

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".

[1409] Expediente N.° 445-98, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 262.

[1410] ROJAS VARGAS, 2000, p. 173.

[1411] Publicado en *El Peruano* el 30 de mayo del 2012.

Sigue la doctrina legal: "Por otro lado, no se puede amparar, en base al principio de favorabilidad del reo, que se genere impunidad. Los inconvenientes prácticos de estimar el criterio cuantificador respecto del objeto material del delito de hurto como parte de las hipótesis del hurto con agravantes son las siguientes:

A. Si la sustracción de bienes en casa habitada, queda en grado de tentativa o de frustración, dicho proceder no podría calificarse ni siquiera como falta.

B. Una sustracción por banda de un bien mueble de escaso valor carecería de connotación como delito, y si quedase en grado de tentativa ni siquiera tendría una relevancia punitiva.

C. En el supuesto de que se dejase en indigencia temporal a quien percibe menos de una remuneración mínima vital, dicha conducta no constituiría delito. El derecho penal solo protegería a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo que se generaría un derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tiene menos recursos, quienes son mayoría en nuestro país".

En otro extremo, el agente en todo momento debe conocer la circunstancia agravante y querer actuar sobre la base de este conocimiento. Si el autor desconoce esta circunstancia aparece lo que denominamos error de tipo previsto en el artículo 14 del Código Penal, debiendo sancionarse al agente solo por el delito de hurto básico.

En la práctica judicial bien puede presentarse una conducta ilícita de hurto donde concurra una sola circunstancia agravante como también puede presentarse dos o más agravantes; en ambas condiciones estaremos ante el delito de hurto agravado con la diferencia que al momento de individualizar o determinar la pena por la autoridad jurisdiccional, el agente que ha cometido hurto con concurso de agravantes será merecedor de pena más alta respecto al que lo hizo con una sola agravante, ello de acuerdo al contenido del artículo 46 del Código Penal. La ejecutoria suprema del 11 de diciembre de 1997 da cuenta de un hurto agravado

por la concurrencia de varias circunstancias agravantes como sigue: *"la sustracción de los sacos de arroz y maíz imputados a los acusados, en circunstancias que los camiones que transportaban la carga se desplazaban por la carretera, habiendo sido perpetrado dicho ilícito durante la noche, con el empleo de destreza (aprovechando del descuido de los conductores) y en cuya ejecución los agentes escalaron el camión y arrojaron los sacos de productos, tal modalidad comisiva constituye delito de hurto agravado, puesto que no hubo ejercicio de violencia o amenaza, sino solo fuerza en las cosas"*[1412].

Corresponde en seguida analizar en qué consisten cada una de las circunstancias agravantes del hurto; agrupándolas según la división realizada por el legislador nacional:

1. *Durante la noche*

Constituye agravante el realizar o ejecutar el hurto aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar. Así el horizonte esté iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura. El agente debe buscar la noche para realizar su accionar de sustracción ilegítima de bienes, pues sabe que la protección de los bienes por parte de la víctima se ha relajado y que tendrá mayores posibilidades de consumar su hecho y no ser descubierto.

Es común sostener que el fundamento político criminal de esta agravante radica en que la noche es un espacio de tiempo propicio para cometer el hurto, al presuponer la concurrencia de los elementos: oscuridad, mínimo riesgo para el agente y facilidad mayor para el apoderamiento al relajarse las defensas sobre los bienes por parte de la víctima y presuponer condiciones de mejor ocultamiento para el sujeto activo del delito[1413].

La frase "durante la noche" debe entenderse desde un criterio gramatical, esto es, en su sentido cronológico-astronómico; de ningún modo

[1412] Expediente N.° 5358-97-Amazonas, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 392.

[1413] PEÑA CABRERA, 1993, p. 40 y ROJAS VARGAS, 2000b, p. 183.

puede alegarse para el derecho penal peruano, que esta agravante encuentra su explicación en un criterio teleológico funcional, vale decir, buscando la finalidad político criminal de la norma penal. Creemos que no es posible hacer un híbrido entre el criterio gramatical y el teleológico para tratar de entender la agravante "durante la noche", como lo sugiere Rojas Vargas[1414] al sostener que durante la noche se constituye así en una agravante que debe ser considerada tanto en su acepción físico-gramatical de oscuridad o nocturnidad natural como en su perspectiva teleológica, buscando el fin implícito de tutela en la norma penal, para descartar la agravante allí donde existió suficiente iluminación y/o posibilidades de defensa iguales a que si el hecho se hubiera cometido durante el día con luz solar.

Esta posición restringe en forma extrema la aplicación práctica de la agravante, dado que en una calle donde haya suficiente iluminación artificial e incluso vigilancia particular no será posible cometer un hurto agravado, así el agente haya penetrado el inmueble y aprovechando el sueño de sus moradores haya sustraído todo el dinero que había en la caja fuerte. Igual, no se configuraría la agravante en el hecho que el agente ingresa a una vivienda iluminada debido a que los moradores se olvidaron de apagar la luz y sustrae los bienes. Lo cual nos parece poco racional, pues los supuestos evidentemente configuran agravante por haberse producido durante la noche.

Aparece la agravante así el inmueble donde se ingresa esté deshabitado. Es indiferente esta circunstancia. Incluso si está habitado se configurará un hurto perpetrado con dos agravantes: durante la noche y casa habitada.

La consumación del hurto tiene que hacerse durante la noche. Si en un caso concreto se llega a determinar que los actos preparatorios se hicieron en el día y la sustracción de los bienes se produjo en la noche que se configura la agravante; mas no concurre la agravante si llega a determinarse que los actos preparatorios se hicieron aprovechando la noche, pero la sustracción se produjo en el día.

[1414] *Ibidem*, p. 187.

2. *Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos*

El inciso segundo del artículo 186 recoge hasta cuatro supuestos que agravan la figura delictiva del hurto, los mismos que tienen naturaleza diferente aun cuando la finalidad sea la misma. En un hecho concreto pueden concurrir una sola de estas circunstancias, así como dos o más circunstancias agravantes, incluso pueden concurrir perfectamente con las otras agravantes que recoge el artículo 186 del C.P. Veamos en qué consiste cada una de estas modalidades:

2.1. Hurto mediante destreza

Se configura la agravante con destreza cuando el agente ha realizado la sustracción ilegítima de un bien total o parcialmente ajeno sin que la víctima lo haya advertido o se haya enterado. Tomando conocimiento del hecho después de caer en la cuenta que le falta el bien, debido a que el agente actuó haciendo uso de una habilidad, maña, arte, pericia, agilidad o ingenio especial. La noción de destreza implica un especial cuadro de habilidad y pericia, no necesariamente excepcional, que sea suficiente para eludir la atención de un hombre común y corriente para sustraer los bienes que se hallan dentro de su inmediata y directa esfera de vigilancia. Para el desaparecido Peña Cabrera[1415], la destreza presupone una actividad disimulada, que no permite al sujeto pasivo percatarse de la intención del ladrón, de lo contrario este podría oponer resistencia en defensa de los bienes que trae consigo. Actúan con destreza aquellas personas que se dedican a sustraer billeteras aprovechando las combis o buses llenos de pasajeros; o cuando el agente haciendo uso de una habilidad especial con los dedos (los sacara) sustrae las billeteras de los bolsillos de los transeúntes sin que estos se percaten; o también cuando se sustrae bienes muebles abriendo la puerta de los vehículos haciendo uso de llaves falsas o ganzúas (modalidad del peine).

El fundamento de la agravante radica en el aprovechamiento que hace el agente de circunstancias de pericia, maña o arte para vulnerar

[1415] Peña Cabrera, 1993, p. 41.

la normal vigilancia del sujeto pasivo que tiene sobre sus bienes. La especial habilidad o rapidez con que actúa el agente debe ser utilizado conscientemente como un medio para vulnerar la esfera de vigilancia del sujeto pasivo. Es decir, el agente debe querer actuar con especial habilidad para lograr su objetivo, caso contrario, si llega a determinarse que el agente actuó con aparente destreza pero que en realidad no era consciente de tal situación, la agravante no se presenta. Nuestra Corte Suprema por ejecutoria del 4 de setiembre de 1997 sostiene que: *"el arrebatamiento del monedero de la agraviada cuando se encontraba en un mercado, se subsume dentro de los alcances del inciso cuarto del artículo 186 del Código Penal vigente toda vez que en el accionar del agente ha primado la destreza para apoderarse del monedero, no habiendo ejercido violencia física sobre la víctima"*(1416).

El profesor Rojas Vargas(1417) enseña que, por lo general, los hurtos cometidos sobre personas ebrias, drogadas o dormidas no se inscriben en el contenido modal de la destreza. La clandestinidad con la que se efectúa el hurto, a la que aludía el artículo 329 del Código Penal de 1863, en cuanto significa "a escondidas" o "secretamente", por definición no integra el contenido de la destreza, pues ello es característica del hurto básico o simple.

2.2. Hurto por escalamiento

Como la anterior agravante, esta también supone cierta habilidad o pericia en el agente. En efecto, la conducta desarrollada por el sujeto activo del hurto se encuadrará en la agravante cuando para sustraer y apoderarse ilícitamente del bien mueble total o parcialmente ajeno, actúe superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensas preconstituidas de cercamiento o protección del bien (cercos, muros, rejas, paredes, etc.) mediante el empleo de un esfuerzo considerable o de gran agilidad. No hay escalamiento sin esfuerzo significativo por parte del agente.

(1416) Expediente N.° 260-97-Callao, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 390.

(1417) ROJAS VARGAS, 2000b, p. 194.

El escalamiento debe ser comprendido desde un criterio teleológico, vale decir, en función a los fines político-criminales y dogmáticos que fundamentan la agravación. Vale decir, solo cuando el escalamiento exteriorice una energía criminal compatible con la necesitada en la superación de obstáculos o defensas predispuestas, de tal modo que se deja fuera del texto de la agravante, situaciones donde la energía o esfuerzo criminal es mínimo o los obstáculos son fácilmente vencibles en consideraciones promedio[1418].

En suma, para estar ante la agravante deberá verificarse la concurrencia sucesiva de las siguientes circunstancias o elementos: primero, la existencia de defensas que protegen directa o indirectamente el bien objeto del delito; segundo, se verificará el despliegue de una energía física considerable o gran agilidad por parte del agente para sobrepasar y vencer las defensas de protección; y, tercero, sustracción y apoderamiento del bien que motivó el escalamiento. Este último elemento resulta trascendente, dado que para consumarse el delito de hurto necesariamente se exige apoderamiento, vale decir, posibilidad del agente de poder disponer libremente del bien ilegítimamente sustraído, por lo que muy bien el escalamiento también puede producirse para salir de la esfera de protección de la víctima. En esa línea, si el sujeto es sorprendido antes de que se produzca el real apoderamiento estaremos frente a una tentativa de hurto agravado.

2.3. Hurto mediante destrucción de obstáculos

Constituye otra agravante el hecho de destruir o inutilizar las defensas inmediatas o mediatas preconstituidas sobre el bien mueble que pretende apoderarse el sujeto activo. Por destrucción, debe entenderse toda acción que inutiliza o coloca en situación de inservible la defensa u obstáculo que protege los bienes de la víctima. Aquí hay un aumento del disvalor del injusto penal, pues para lograr su objetivo, el agente hace uso de la violencia sobre las cosas que protegen los bienes de la víctima. Se presentará la agravante cuando el agente, por ejemplo, hace un forado en la pared o techo de la vivienda de su víctima; rompe la ventana

[1418] Rojas Vargas, 2000b, p. 199.

de un vehículo para sustraer un equipo de radio; destruye la caja fuerte utilizando explosivos, etc.

Los daños ocasionados a consecuencia de la destrucción de las defensas de los bienes quedan subsumidos en el hurto agravado. Aun cuando esto aparece evidente, existen operadores jurídicos que todavía califican por separado al hurto agravado con los daños e incluso con violación de domicilio. Defecto que se produce por desconocimiento de los principios generales del derecho penal que la jurisprudencia felizmente viene superando. La Sala Penal de la Corte Suprema por ejecutoria del 25 de octubre de 1995, subsanando el defecto apuntado, dejó establecido que: *"si para perpetrar el evento delictivo se ha causado la destrucción del techo de la vivienda ello constituye hurto agravado. Los daños causados a la propiedad no constituye un ilícito independiente al de hurto agravado sino consecuencia de este último"*[1419].

Defensas u obstáculos directos o inmediatos son, por ejemplo, las cajas de seguridad que contienen el dinero o los valores, las maletas o maletines cerrados con llave u otros mecanismos de seguridad, el cofre, baúl, gaveta, armarios, cómodas, etc., así como sus cerraduras, candados, dispositivos de seguridad (mecánica, eléctrica o electrónica). Son defensas indirectas o mediatas las paredes, muros, techos, ventanas, enrejados, cercos eléctricos, etc. que protegen el inmueble[1420].

2.4. Hurto por rotura de obstáculos

Se configura esta agravante cuando el sujeto activo con la finalidad de apoderarse ilegítimamente del bien, en forma intencional ocasiona la fractura, ruptura, abertura, quiebra, destrozo o desgarro de las defensas preconstituidas sobre el bien. Aquí no hay destrucción o inutilización de los objetos que conforman las defensas, sino simplemente fracturas o rupturas suficientes para hacer posible el apoderamiento del bien objeto del hurto, por ejemplo, estaremos ante esta modalidad cuando el agente utilizando un instrumento de fierro, denominado "pata de

[1419] Expediente N.º 3144-94-B, **en** *Código Penal*, Gaceta Jurídica, 2000, p. 117.

[1420] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 209.

cabra" fractura el candado que asegura la puerta de ingreso a la vivienda de la víctima.

Rojas Vargas[1421] enseña que la rotura de obstáculos supone vencer defensas con un mínimo de destrucción que no hace perder la estructura de la defensa, ni arruina su individualidad como objeto. Rotura es desunión violenta de las partes de una cosa, con posibilidades de más o menos restitución de la integridad de dicho objeto.

Las modalidades de destrucción y de rotura son totalmente diferentes. En un caso concreto, se presentan en forma independiente, vale decir, donde se alega destrucción no puede a la vez alegarse que hay rotura, y donde hay rotura no puede alegarse a la vez que hay destrucción. En un caso concreto o hay rotura o hay destrucción. Todo depende de la magnitud del daño ocasionado al obstáculo que configura la defensa de los bienes de la víctima. En esa línea, algunos tratadistas peruanos no tienen claro tal diferencia, pues denotando que lo consideran términos sinónimos afirman que destruir o roturar consiste en fracturar los obstáculos empleando un esfuerzo material y físico (fuerza) sobre los elementos y mecanismos de seguridad o cercamiento colocados por el propietario o poseedor para proteger sus bienes[1422]. En igual sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1423].

La destrucción o rotura de las defensas del bien objeto del hurto deben ser realizadas con dolo por parte del agente, vale decir, deben ser ocasionados con intención. Si llega a determinarse que la rotura o destrucción se debió a negligencia, caso fortuito o a la poca resistencia de la defensa, las agravantes no aparecen.

3. CON OCASIÓN DE INCENDIO, INUNDACIÓN, NAUFRAGIO, CALAMIDAD PÚBLICA O DESGRACIA PARTICULAR DEL AGRAVIADO

El inciso tercero del artículo 186 del código sustantivo recoge hasta cinco modalidades o circunstancias que agravan la figura del hurto. La

[1421] Rojas Vargas, 2000b, p. 211.

[1422] Peña Cabrera, 1993, p. 42.

[1423] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 299.

doctrina peruana por consenso esgrime que el fundamento de estas agravantes radica en el abandono o debilitamiento de las posibilidades de defensa de sus bienes por parte de la víctima al atravesar cualquiera de las calamidades anotadas; asimismo, por el mayor disvalor de la conducta del agente, quien se aprovecha, para hurtar, de la indefensión que producen los desastres, circunstancias que el derecho en su conjunto, la convencionalidad social y el espíritu de solidaridad exigen conductas altruistas y de socorro[1424]. Pero veamos en qué consiste cada una de estas hipótesis:

3.1. Hurto con ocasión de incendio

Se verifica esta agravante cuando el agente o sujeto activo aprovechando un incendio que necesariamente causa zozobra y confusión en la víctima, le sustrae sus bienes muebles. Se entiende por incendio un fuego de gran magnitud, incontrolable por la conducta de una persona. La frase con ocasión de incendio nos da a entender que no necesariamente el hurto tiene que darse en el lugar del incendio sino, también puede producirse en lugares adyacentes o cercanos al desastre. Lugares de los cuales la víctima se aleja para concurrir al lugar del incendio y tratar de controlarlo y salvar sus bienes. El agente aprovecha la confusión natural que produce el siniestro en el espíritu de su víctima. El hurto debe perfeccionarse durante el incendio, vale decir, desde que se inicia hasta que es controlado. Si se llega a determinar que el hurto se produjo después del incendio, debido a que el agente se puso a remover los escombros y se lleva un bien mueble de la víctima, estaremos ante un hurto simple y no ante la agravante.

3.2. Hurto en inundación

Se perfecciona la agravante cuando el agente realiza el hurto durante o con ocasión de una inundación. Se entiende por inundación una gran torrentada de agua, incontrolable por el hombre que cubren

[1424] PEÑA CABRERA, 1993, p. 44; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 299; ROJAS VARGAS, 2000b, p. 216; VILLA STEIN, 2001, p. 48 citando a ROJAS VARGAS.

extensos terrenos o poblaciones, originando muchas veces muerte, destrucción total de las viviendas y en otras, graves daños a la propiedad como a la integridad física y psicológica de las personas. Las inundaciones pueden ser a consecuencia de la acción de la naturaleza como a consecuencia de la acción del hombre. En ambos casos, puede muy bien perfeccionarse el hurto agravado. Ante el siniestro las personas abandonan sus viviendas o lugares donde normalmente defienden sus bienes, ocasión que es aprovechada por el agente para perfeccionar su actuar ilícito y sustraer los bienes.

Los hurtos pueden producirse igualmente durante la inundación como mientras duren los efectos de la misma con base en las condiciones de racionalidad y evaluación objetiva promedio señaladas para el caso del incendio. La agravante puede perfeccionarse cuando la torrentada de agua ha pasado, toda vez que los graves aniegos y empozamiento de agua que se producen hace difícil que las personas vuelvan a sus viviendas, situación que muy bien puede aprovechar el delincuente para sustraer bienes muebles con la finalidad de obtener un provecho patrimonial indebido[1425].

3.3. Hurto en naufragio

Se perfecciona la agravante cuando el agente aprovechando un naufragio, sustrae ilícitamente bienes muebles ya sea de la propia embarcación averiada o de los pasajeros. Se entiende por naufragio toda pérdida o ruina de una embarcación en el mar, río o lago navegables. El agente del hurto debe tener conciencia o conocer que la embarcación ha naufragado, caso contrario solo estaremos ante un típico hurto simple. La agravante se justifica por el hecho que en dichas circunstancias la defensa que ejerce normalmente la víctima sobre sus bienes se debilita, facilitando de ese modo la comisión del delito.

3.4. Hurto en calamidad pública

Calamidad es toda desgracia o infortunio de grandes proporciones producida por cualquier causa o factor que afecta a una población o

[1425] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 223.

varias. Esta es una fórmula abierta con la cual el legislador ha querido abarcar otros infortunios que puede sufrir la población diferentes a los que expresamente se especifica en el artículo 186 del C.P., los mismos que pueden servir para que los delincuentes se aprovechen y pretendan obtener utilidad económica indebida en detrimento de las víctimas que aparte de soportar la calamidad deberán soportar la sustracción de sus bienes. El debilitamiento o anulación de las defensas sobre la propiedad mueble con ocasión del infortunio, constituye la razón político criminal que fundamenta en estricto esta agravante, pues caso contrario, de no producirse disminución, abandono o anulación de la protección de los bienes muebles, evidentemente no se presentará la agravante.

La calamidad pública connota una serie de desastres innominados, naturales o sociales, que provocan estragos en la población, la economía y en el curso propio de la vida social, los mismos que generan efectos de disminución en la defensa de la propiedad mueble. Son desastres que adquieren caracteres de gran compromiso social (local, regional o nacional) afectando a un indeterminado número de personas. El sentido mismo de la frase calamidad pública, es de por sí delimitante de las proporciones que debe asumir la desgracia. Como ejemplos podemos indicar a los terremotos, explosiones volcánicas, estados de hambruna, las pestes, sequías, guerras civiles, guerras o invasiones extranjeras, etc.[1426].

3.5. Hurto en desgracia particular de la víctima

Esta circunstancia agravante del hurto es la última indicada en el inciso 3 del artículo 186 del Código Penal. Aparece cuando el agente, con el ánimo de obtener un beneficio económico indebido, aprovechando que su víctima atraviesa una desgracia o infortunio que le toca a su persona o familia, le sustrae ilícitamente sus bienes muebles. El legislador al indicar el adjetivo "particular" está poniendo el límite al infortunio. Este no debe comprometer a gran número de personas ni debe tener irradiación masiva, pues en tal caso estaremos frente a las agravantes antes comentadas. La desgracia de la cual se aprovecha el

[1426] *Vid.* ROJAS VARGAS, 2000b, p. 226.

sujeto activo, solo debe afectar al agraviado o a sus familiares o allegados cercanos, a nadie más.

Desgracia particular es todo suceso funesto para la economía, la salud o la tranquilidad de la víctima, previsible o imprevisible, de origen azaroso, provocado voluntaria o involuntariamente por terceros, o inclusive autoprovocado por la víctima, que disminuye las defensas que esta tiene normalmente sobre sus bienes y de cuya situación se aprovecha el sujeto activo para perfeccionar el hurto[1427]. Ejemplo que la doctrina cita para graficar esta agravante constituye el hurto producido durante un velorio o cuando el agente aprovechando que su víctima está inconsciente a consecuencia de haber sufrido un accidente de tránsito, le sustrae la pulsera de oro que lleva.

4. SOBRE LOS BIENES MUEBLES QUE FORMA EL EQUIPAJE DE VIAJERO

Antes de indicar en qué consiste esta agravante nos parece necesario señalar qué debe entenderse por "equipaje" y por "viajero", pues en la práctica judicial todavía no se tiene claro tales términos desde la perspectiva jurídico-penal. Se entiende por equipaje todo aquello que el viajero lleva dentro de una maleta, mochila, bolsa, alforja, costalillo, etc., por razones de propia necesidad, comodidad o finalidad personal como por razones relativas a su profesión o finalidad de viaje. Se descarta de ese modo, que constituya equipaje todos aquellos bienes que lleva puesto el viajero como su vestido, reloj, sombrero, etc.

Viajero es toda persona que por razones diversas (visita familiar, turismo, negocios, trabajo, etc.) y en consecuencia llevando equipaje, sale del ámbito de su morada o domicilio habitual y se desplaza geográficamente de un lugar a otro, utilizando para dicho efecto algún medio de transporte adecuado e incluso caminado. Se entiende que el viajero debe tener cierta permanencia en el trayecto. Asimismo, tendrá condición de viajero la persona desde que sale de su domicilio con su equipaje, hasta llegar a su destino final así en el trayecto realice escalas propias del viaje[1428].

[1427] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 229.

[1428] Con más amplitud, *vid.* ROJAS VARGAS, 2000b, p. 242.

En esta línea del razonamiento, para estar ante la agravante es necesario el desarraigo de la víctima del ámbito de su domicilio habitual para trasladarse a otro lugar. Si no hay desarraigo, así la persona lleve equipaje no es considerado viajero para el derecho penal. En efecto, no es viajero aquella persona que de Ancón, viene al Jirón de la Unión en el centro de Lima y efectúa la compra de diversas prendas de vestir llevándolas en un maletín. No hay agravante si a esta persona que fue de compras le sustraen el maletín durante el viaje que realizó del centro de Lima al balneario de Ancón. El hecho será hurto que muy bien puede agravarse por otras circunstancias (concurso de dos o más personas), pero nunca por la circunstancia en análisis.

Teniendo claros tales presupuestos, la agravante se configura cuando el agente sabiendo que su víctima es un viajero, ilícitamente le sustrae y se apodera de su equipaje. Es indiferente si la sustracción se realizó en pleno viaje o cuando la víctima estaba descansando por una escala que tuvo que realizar durante el viaje o cuando está ingiriendo sus alimentos, etc. Lo importante es verificar que la víctima estaba en trayecto a su destino fijado. Asimismo, el sujeto activo puede ser cualquier persona, pudiendo ser un tercero, otro viajero o el conductor del medio de transporte.

El fundamento de la agravante radica en la exigencia de mayor tutela del Estado sobre los bienes de personas en tránsito, en lugares probablemente extraños a ellas y acaso tutelar el turismo[1429].

5. MEDIANTE EL CONCURSO DE DOS O MÁS PERSONAS

La consumación en el delito de hurto agravado, perpetrado con el concurso de dos o más personas, se produce cuando los agentes se apoderan de un bien mueble total o parcialmente ajeno, privándole al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión del bien mueble, asumiendo de hecho los sujetos activos la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien[1430].

[1429] VILLA STEIN, 2001, p. 51, citando a MANZINI.

[1430] Expediente N.º 2119-98, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 90.

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana y, por ello, haya sido objeto de un sinnúmero de pronunciamientos judiciales aun cuando no se ha logrado establecer su real significado. Los sujetos que se dedican a hurtar bienes siempre lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales presupuestos el fundamento político criminal de la agravante.

En la doctrina peruana y, por tanto, en nuestra jurisprudencia siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores en el hurto agravado. Es decir, la existencia de cómplices o instigadores en un hurto, configuran o no la agravante. Al respecto, existen dos vertientes o posiciones. Una posición considera que los partícipes entran en la agravante. Para que se concrete esta calificante, sin mayor fundamento afirma Peña Cabrera[1431], es suficiente que el hurto se realice por dos o más personas en calidad de partícipes; no es exigible el acuerdo previo, solo es necesario participar en la comisión del delito de cualquier forma: coautoría, complicidad, etc. En el mismo sentido, Ángeles-Frisancho-Rosas[1432] y Paredes Infanzón[1433].

La otra posición que asumimos, sostiene que solo aparece la agravante cuando las dos o más personas que participan en el hurto lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos con su conducta teniendo el dominio del hecho aportan en la comisión del hurto. El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, dado que el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima sobre sus bienes. El concurso debe ser en el hecho mismo de la sustracción-apoderamiento. No antes ni después, y ello solo puede

[1431] Peña Cabrera, 1993, p. 48.

[1432] Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1173.

[1433] Paredes Infanzón, 1999, p. 66.

suceder cuando estamos frente a la coautoría. En esa línea, no habrá agravante cuando un tercero facilita su vehículo para que Juan Pérez solo cometa el hurto. Tampoco cuando un tercero induce o instiga a Juan Pérez para que hurte bienes de determinada vivienda.

Con Rojas Vargas[1434], afirmamos que para la legislación penal peruana cometen delito quienes lo ejecutan en calidad de autores; el inductor o instigador no comete delito, lo determina; los cómplices no cometen delito así concursen con un autor o coautores, ellos colaboran o auxilian. Por lo mismo, la agravante solo alcanza a los autores o coautores del delito. Ni a la autoría mediata, donde el instrumento es utilizado y, por lo mismo, no comete jurídico-normativamente el delito, ni la instigación, donde quien comete el delito es tan solo el inducido o autor directo, articulan hipótesis asimilables o subsumibles por la circunstancia agravante en referencia. En el mismo sentido, Javier Villa Stein[1435].

Entre los coautores debe existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el hurto. No obstante tal acuerdo no debe connotar permanencia en la comisión de este tipo de delitos, dado que en tal caso estaremos ante una banda que configura otra agravante diferente.

6. EN INMUEBLE HABITADO

La Ley N.° 30076 modificó esta circunstancia agravante del hurto. Antes era en casa habitada, ahora es en el inmueble habitado. De modo que la primera agravante de la figura delictiva de hurto se verifica cuando aquel se efectúa o realiza en inmueble habitado. La acción realizada por el agente afecta diversos bienes jurídicos protegidos por el Estado por considerarlos fundamentales para una armoniosa convivencia social, como son afectación al patrimonio, inviolabilidad del domicilio y eventualmente afectación a la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc., de los moradores del inmueble. Se afecta también de modo abrupto la intimidad entendida como el derecho que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento,

[1434] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 250.

[1435] VILLA STEIN, 2001, p. 52.

la soledad, la quietud, evitando interferencias de terceros, permitiendo de ese modo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

Haciendo hermenéutica jurídica de esta agravante, antes se discutía en doctrina si a la frase "casa habitada" debía dársele una acepción restringida, limitándola solo al lugar donde moran una o más personas[1436] o amplia, entendida como todo espacio físico que cumpla el papel de servir de vivienda o habitación y donde una o varias personas viven habitual o circunstancialmente. La discusión llegó a su fin con la modificación efectuada, pues casa habitada ha sido cambiada a inmueble habitado. La concepción amplia se ha impuesto legislativamente.

Consideramos que esta concepción es la más atinada, pues si recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos que por casa se entiende todo edificio para habitar, es decir, puede denominarse también residencia, domicilio, hogar, mansión, morada, vivienda o habitación. En este sentido, toda vivienda permanente o temporal por precaria que sea su construcción configura la agravante a condición de que no esté abandonada o deshabitada. La habitación puede servir de domicilio permanente o eventual de sus moradores, lo importante a tener en cuenta es el hecho que se trata de una morada y que al tiempo de cometerse el robo servía de vivienda para la víctima sin importar claro está que al momento de realizarse el hurto, la vivienda se encuentra sin sus moradores que habían salido por ejemplo de visita a un familiar o a una fiesta. En consecuencia, quedan aludidas las habitaciones de campo o verano en el tiempo que son utilizadas, las habitaciones de hotel u hostal, etc.

Desde el momento en que se toma como referencia que el inmueble debe servir de morada o vivienda para la víctima, resultan excluidos de la agravante los edificios que sirvan para negocios, los colegios, las oficinas, los locales de instituciones públicas o privadas. En términos más gráficos y contundentes, un hurto cometido en un colegio o en local de una universidad no constituye agravante, así este se realice cuando

[1436] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 297.

estudiantes, profesores y trabajadores administrativos se encuentren en pleno ejercicio de sus labores, es decir, habitando el inmueble.

7. POR UN AGENTE QUE ACTÚA EN CALIDAD DE INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DESTINADA A PERPETRAR ESTOS DELITOS

Aquí estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. La agravante se configura cuando el autor o coautores cometen el delito de hurto en calidad de integrantes de una organización criminal destinada a cometer hechos punibles en los términos de la Ley N.° 30077 modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244 de octubre del 2016. El legislador se ha cuidado en usar el término "banda" que resulta demasiado complicado para definirlo y más bien ha hecho uso del término "organización" para abarcar todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y en forma mínima se organizan para cometer delitos con la finalidad de obtener un provecho patrimonial indebido.

El agente será integrante de una agrupación delictiva cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás miembros de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores cometan el hurto en nombre o por disposición del grupo. Si se determina que aquel actuó solo sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella, la agravante no se verifica.

Roy Freyre[1437], comentando el artículo 238 del Código Penal derogado, que recogía esta agravante, pero refiriéndose exclusivamente a "banda", enseñaba: para configurarse la modalidad que estudiamos se requiere que el autor material de la acción, aparte de estar de hecho adscrito a una banda, también actúe en nombre de la misma. Deberá pues –sigue afirmando Roy– existir por lo menos una conexión ideológica entre el agente y su organización delictiva, de tal manera que su conducta ilícita, más que la toma de una decisión exclusivamente

[1437] ROY FREYRE, 1983, p. 68.

personal, sea el vehículo que canaliza la manifestación de un concierto previo de varias voluntades.

8. SOBRE BIENES DE VALOR CIENTÍFICO O QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN

Estamos ante dos circunstancias agravantes por la cualidad del objeto del hurto. Se configuran cuando el agente sustrae ilícitamente bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. El fundamento de las agravantes radica en su importancia y significado de los bienes objeto del hurto para el desarrollo científico del País y por el legado histórico, artístico y cultural de los mismos. Por los bienes que conforman el patrimonio cultural se conoce el pasado histórico de la nación. ¿Pero qué bienes tienen valor científico y cuáles pertenecen al patrimonio cultural de la nación? Responder a estas preguntas rebasa la labor del operador jurídico penal, quien tiene que recurrir a normas o disposiciones extrapenales para poder determinar si estamos ante alguna de las cualidades que exige la norma penal.

Resulta difícil saber qué bienes tienen valor científico y cuáles no. Correspondiendo al juez determinar tal calidad en cada caso concreto. Para ello sin duda, necesitará la tal de personas calificadas en bienes de valor científico para saber si se trata de bienes de tales características. A modo de ejemplo, podemos decir qué bienes con valor científico serían máquinas o instrumentos médicos de alta precisión, riñones o corazones artificiales, microscopios o telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectrógrafos de última tecnología, etc., así como bienes de utilidad científica como material genético depositado en recipientes, cultivo de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo o experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc. No interesa tanto el valor económico del bien, sino su valor científico, así como que el agente debe conocer tales cualidades[1438].

En tanto que bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son todos aquellos que constituyen testimonio de la creación humana,

[1438] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 265.

material o inmaterial expresamente declarados por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Por medio de ellos, las generaciones humanas presentes y por venir conocen su pasado histórico. Para saber si estamos ante un bien que integra el patrimonio cultural de la nación, el operador jurídico debe recurrir a la vigente Ley N.° 28296 del 2004 que establece en forma más o menos clara lo que se entiende por bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación. El artículo I de la citada ley se prescribe que los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación se clasifican en bienes muebles e inmuebles de propiedad del Estado y de propiedad privada y también los de naturaleza inmaterial[1439]. Dichos bienes, cualquiera que sea su propietario, son los enumerados en los artículos 1 y 4 del Convenio UNESCO-1972 y artículos 1 y 2 del Convenio de San Salvador 1976.

Esta agravante constituye una excepción a los delitos contra el patrimonio, pues aquí no interesa el valor económico que pueda tener el bien sustraído; tampoco interesa que el agente saque provecho económico del mismo, debido a que muy bien puede sustraerlo para tenerlo como adorno o tenerlo en su colección, etc. Lo único que interesa saber es si el bien tiene valor cultural expresamente reconocido y el agente conocía de esta cualidad, caso contrario solo estaremos ante la figura del hurto simple.

Para estar ante la agravante, la sustracción debe hacerse de museos o de lugares donde los bienes de valor cultural se encuentren protegidos; si por el contrario la sustracción se hace de yacimientos arqueológicos la agravante no aparece configurándose, más bien el delito contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 226 y siguientes del C.P. Asimismo, si por ejemplo, primero se produjo la sustracción-apoderamiento y después el agente lo saca o extrae del país, se presentará un concurso real de delitos entre hurto agravado y el delito previsto en alguno de

[1439] Además el artículo II del título preliminar de la Ley N.° 28296, da la siguiente definición: Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano –material o inmaterial– que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

los artículos 228 o 230 del Código Penal. En este sentido, se aplicará la pena del delito más grave. Si concurre el hurto con lo previsto en el artículo 228 se aplicará la pena de este artículo y en caso que concurra con lo dispuesto en el artículo 230 se aplicará la pena del hurto agravado. De ningún modo, habrá concurso aparente de leyes como sostienen Bramont-Arias y García Cantizano[1440].

9. COLOCANDO A LA VÍCTIMA O A SU FAMILIA EN GRAVE SITUACIÓN ECONÓMICA

En primer término, resulta pertinente señalar quién es víctima en los delitos contra el patrimonio. En este aspecto, no hay mayor discusión en la doctrina al considerar víctima del delito de hurto a aquella persona que por efecto del actuar ilícito del agente ha visto disminuido su patrimonio. La víctima puede ser una persona natural o jurídica.

Se presenta la agravante cuando la víctima o la familia que depende directamente de aquella, como consecuencia del hurto han quedado desprovistas de los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades y de su familia. Sin embargo, para que opere la agravante no es necesario que la víctima quede en la pobreza o indigencia absoluta, solo se exige que esta quede en una situación patrimonial difícil, de cierto agobio e inseguridad, el mismo que puede ser temporal o permanente.

Se verifica la agravante cuando el agente conoce o percibe una variación notoria de la economía en que deja a la víctima o a su familia; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de esta circunstancia. Caso contrario, si el sujeto activo al momento de actuar no se representó tal situación, la agravante no aparece[1441].

10. CON EMPLEO DE MATERIALES O ARTEFACTOS EXPLOSIVOS PARA LA DESTRUCCIÓN O ROTURA DE OBSTÁCULOS

La agravante se fundamenta en la peligrosidad de los medios empleados por el agente para lograr su propósito. Esta modalidad constituye una

---

[1440] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 301.

[1441] Rojas Vargas, 2000, p. 291; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 302.

agravante de la circunstancia también agravante ya comentada prevista en el inciso 2 de la primera parte del artículo 186 del Código Penal. Aquí se exige que la destrucción o rotura de obstáculos se realice utilizando materiales o artefactos explosivos. El uso de estos medios que ponen en peligro la vida y la integridad física o mental de las personas, así como el patrimonio de terceros, justifica la presencia de la agravante.

Materiales explosivos son todas aquellas sustancias o compuestos químicos susceptibles de generar explosión al entrar en contacto, ya sea provocado o accidental. En tanto que artefactos explosivos son todos aquellos artificios diseñados para hacer explosión y generar efectos destructores.

11. UTILIZANDO EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO

La agravante ha sido introducida por la Ley N.° 28848, con la finalidad de cubrir en forma aparente una omisión del legislador del Código de 1991, toda vez que en el artículo 185 se extendió la figura de hurto a la apropiación ilícita del espectro electromagnético, sin embargo, en el artículo 186 que regula las agravantes, no se contempló una estipulación especial referida al hurto electromagnético, que por su modalidad de ejecución tiene características particulares.

En la exposición de motivos del Proyecto de la Ley N.° 28848, del 27 de julio del 2006[1442], se afirma que "es necesario tener en cuenta que el delito de hurto del espectro radioeléctrico que: ocurre en la operación de estaciones ilegales, por sus características, constituye un delito premunido de circunstancias agravadas por cuanto implica la participación de un grupo de personas que por lo general constituye una empresa de tipo familiar que confluye en la perpetración del hecho delictivo y en cuya comisión se puede identificar a toda una "red", que va desde el fabricante de transmisiones de radiodifusión hasta aquellas personas que contratan publicidad con las estaciones clandestinas".

[1442] Proyecto de Ley N.° 13040/2004-CR de mayo del 2005.

Entendido el espectro electromagnético como aquel campo de energía natural formado por la ionósfera –franja de la atmósfera terrestre que comprende a partir de los 50 km, hasta un límite variable de 700 a 1000 km–, a través de la cual se desplazan y distribuyen las diversas ondas radioeléctricas lanzadas desde la tierra por estaciones emisoras para efectos de las telecomunicaciones a mediana y gran escala, la agravante se configura cuando el agente, utilizando el espectro radioeléctrico hurta (o mejor usa) el espectro electromagnético para la transmisión de telecomunicaciones ilegales o mejor clandestinas.

La agravante se justifica toda vez que la interferencia de una transmisión clandestina o ilegal afecta entre otros aspectos, la banda de navegación aeronáutica y servicios de telecomunicaciones autorizadas, lo que de hecho acarrea daños para la colectividad, así como la utilización de bienes y equipos de los concesionarios[1443].

12. SOBRE BIEN QUE CONSTITUYA ÚNICO MEDIO DE SUBSISTENCIA O HERRAMIENTA DE TRABAJO DE LA VÍCTIMA

Esta agravante, introducida en el Código Penal por la Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, se configura cuando el agente sustrae el bien de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo un bien mueble que constituye su único medio de subsistencia o constituye su herramienta de trabajo. Aparecen dos agravantes. La primera circunstancia aparece cuando el bien objeto del hurto es el único bien que le genera ingresos para sobrevivir al sujeto pasivo, en tanto que la segunda circunstancia, se verifica cuando el bien objeto del hurto es herramienta de trabajo del sujeto pasivo.

Aquí el intérprete debe entender que la agravante solo se verifica cuando el agente conozca bien tal circunstancia, caso contrario, la agravante no aparece. El agente debe conocer que el bien que sustrae es herramienta de trabajo de su víctima o, en su caso, que es su único bien con el cual se genera su subsistencia. El dolo debe alcanzar a tales circunstancias, pues la responsabilidad objetiva está proscrita de nuestra

[1443] Exposición de motivos del proyecto de ley de la Ley N.° 28848.

normatividad penal. Un ejemplo de esta agravante se produce cuando el agente sabe que la víctima tiene como único ingreso el servicio de taxi que realiza en la ciudad de Lima, y pese a ello le hurta el vehículo con el cual genera sus ingresos. Aquí, tal como lo ha dispuesto el legislador, esta agravante concurrirá en forma perfecta con la agravante siguiente.

13. SOBRE VEHÍCULO AUTOMOTOR, SUS AUTOPARTES O ACCESORIOS

Otra agravante que fue introducida en el Código Penal por la Ley N.° 29407 del 18 de setiembre del 2009, y modificado por la Ley N.° 30076, se configura cuando el hurto se produce sobre un vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. Aquí la agravante se configura o materializa cuando el objeto del hurto es un vehículo, sus autopartes o accesorios. Se busca proteger el patrimonio de las personas que cuentan con un vehículo en su poder. Consideramos innecesaria esta agravante pues, en cualquier caso, era suficiente con las agravantes ya existentes para imponer pena drástica a los que se dedican a cometer hurtos de vehículos que forman parte de los bienes muebles de una persona. Pero, en fin, el legislador pensando erróneamente que con ello se pone freno a los hurtos de vehículos, así lo ha dispuesto.

El legislador ha justificado este proceder afirmando que la incorporación de esta agravante permitirá enviar mensajes de comunicación preventiva y sancionadora en forma directa a los agentes del delito y sujetos de vulnerabilidad comisiva en este orden de ilícitos penales, cumpliendo con mayor eficacia la norma penal su rol protector de bienes jurídicos y brindando seguridad a la comunidad. Es decir, al tener los actos de hurto agravado sobre vehículos automotores, sus autopartes y accesorios mención expresa en el Código Penal, le será fácil al intérprete configurar los casos de delitos de hurto sobre vehículos ajenos cometidos por organizaciones criminales a que se refiere específicamente el último párrafo del artículo 189[1444].

[1444] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 3240/2008-CR, presentado al Congreso el 7 de mayo del 2009.

Con la modificación efectuada con la Ley N.° 30076, de agosto del 2013, se verificará la agravante cuando el agente sustrae el equipo de música del vehículo automotor, los retrovisores, los parabrisas, las llantas, etc.

14. SOBRE BIENES QUE FORMAN PARTE DE LA INFRAESTRUCTURA O INSTALACIONES DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO, DE SUS EQUIPOS Y ELEMENTOS DE SEGURIDAD

Esta agravante, incluida por la Ley N.° 29583, de setiembre del 2010, se configura cuando el agente sustrae ilícitamente bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público. O también el agente se sustrae bienes de los equipos y elementos de seguridad de la infraestructura o instalaciones del transporte de uso público. La agravante se justifica debido a que existen sustracciones de bienes o elementos esenciales de las vías férreas (tales como: eclisas o tirafondos) o elementos de seguridad de las carreteras (por ejemplo: barandas metálicas o paneles de señalización), los que por ser piezas metálicas son vendidos como chatarra en el mercado negro, produciéndose un acto lucrativo ilícito que beneficia a los hurtadores, pero que afecta a la sociedad en su conjunto. Este accionar no solo implica la destrucción parcial de la infraestructura del trasporte, sino que afecta considerablemente el desarrollo del país, dado que tanto el Estado como el sector privado que tienen a su cargo concesiones ferroviarias, portuarias, aeroportuarias o de redes viales, se ven en la obligación de reponer lo dañado, generándose retrasos y/ o postergaciones en el ya complicado proceso de ejecución de inversiones en infraestructura en nuestra patria[1445].

El *leif motiv* de la agravante reside en que a consecuencia de los hurtos, la infraestructura o instalaciones del transporte es dañado, originando que se produzca una exposición al peligro de la integridad física de los ciudadanos que usan diaria o eventualmente el transporte público y, en el peor de los casos, pueden generarse accidentes con consecuencias mortales.

[1445] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2715/2008-CR, ingresado al Congreso de la República el 25 de setiembre del 2008.

15. SOBRE BIENES QUE FORMAN PARTE DE LA INFRAESTRUCTURA O INSTALACIONES ENCARGADAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SANEAMIENTO, ELECTRICIDAD O TELECOMUNICACIONES

Esta agravante incluida también por la Ley N.° 29583, de setiembre del 2010, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1245, de noviembre del 2016, se configura cuando el agente dolosamente sustrae ilícitamente bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de empresas destinadas a prestar servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones. Los bienes objeto de sustracciones pueden ser medidores, tapas de buzones, pozos, casetas, alambres, postes de alumbrado público, tuberías metálicas, etc.

La agravante se justifica, pues el hurto –por ejemplo– de medidores puede causar accidentes debido a que los autores de los hurtos dejan las cajas de las conexiones domiciliarias abiertas. Lo mismo ocurre con la sustracción de las tapas de buzón, que al dejarse abierto el mismo se pone en serio riesgo la seguridad de los transeúntes, habiéndose producido incluso accidentes y hasta muertes por estas causas. En los supuestos de hurtos de las instalaciones de bombeo y rebombeo (pozos, casetas, etc.) puede originarse que se suspenda el abastecimiento del servicio[1446].

16. HURTO EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD

La agravante recogida en el inciso 11 del segundo párrafo del artículo 186 se configura cuando el agente comete el hurto en agravio de menores de edad.

No hay mayor discusión en considerar menores a las personas que tienen una edad por debajo de los dieciocho años. Así está previsto en el inciso 2 del numeral 20 del Código Penal, en el artículo 42 del Código Civil y en el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescentes.

[1446] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 952/2006-CR, ingresado al Congreso de la República el 2 de febrero del 2007.

La circunstancia agravante se materializa cuando el agente dirige los actos de sustracción y apoderamiento con fines lucrativos en contra de un menor. El término "agravio" implica, no solo el desmedro o merma patrimonial, sino también un direccionamiento atemorizador que afecta directamente al menor.

El agente debe conocer o darse cuenta de que está ejecutando el hurto en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer esta circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores solo serán pasibles de sanción penal a título de hurto simple.

17. HURTO EN AGRAVIO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Se agrava el hurto cuando la víctima es discapacitada. La Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, incorporó esta agravante. Se configura cuando el agente comete el hurto sobre una persona que sufre de incapacidad física, mental o sensorial.

Persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para realizar alguna actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad[1447].

Se justifica la agravante, toda vez que el agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no ponen en peligro el logro de su finalidad, que es obtener un provecho patrimonial.

[1447] Véase el contenido del artículo 2 de la Ley N.° 27050, Ley general de la persona con discapacidad.

18. HURTO EN AGRAVIO DE MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ

También se agrava la conducta delictiva de hurto y, por tanto, el autor o autores y partícipes merecen mayor pena cuando la *víctima se encuentra en estado de gestación*. La agravante aparece cuando la víctima-mujer del robo se encuentra en estado de gestación, es decir, esperando que se produzca el nacimiento de un nuevo ser que lleva en su vientre. Una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el momento mismo en que se produce la anidación del nuevo ser en el útero de la madre hasta que se inician los intensos dolores que evidencian el inminente nacimiento.

Se busca proteger la integridad física y mental tanto de la gestante como del ser por nacer. La agravante se justifica por la propia naturaleza del período que atraviesa la agraviada.

19. HURTO EN AGRAVIO DE ADULTO MAYOR

También se agrava cuando la víctima pertenece al grupo de adultos mayores. La Ley N.° 30076 en forma atinada modificó esta agravante. Antes se refería a ancianos, ahora en coherencia con la Ley de las Personas Adultas Mayores N.° 28803, la agravante aparece cuando la víctima del hurto es un adulto mayor que de acuerdo al artículo 2 de la citada Ley, se entiende por persona adulta mayor a todo aquel que tengan 60 o más años de edad. Sin duda puede ser hombre o mujer.

Igual que en la agravante anterior, la acción de sustracción y apoderamiento de los bienes muebles con fines de obtener un provecho económico debe ser directa en contra del sujeto pasivo adulto mayor y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si estos actos están dirigidos contra otra persona y solo resultó mermado el patrimonio del adulto mayor, la agravante no se verifica. También es posible que el agente, por error, actúe con la firme creencia que su víctima no es un adulto mayor, en este caso es factible invocarse el error de tipo previsto en el numeral 14 del Código Penal.

20. CUANDO EL OBJETO DEL HURTO SON BIENES QUE FORMAN PARTE DE LA INFRAESTRUCTURA O INSTALACIONES PÚBLICAS O PRIVADAS PARA REALIZAR TODO EL PROCESO DE APROVECHAMIENTO DE GAS, DE HIDROCARBUROS O DE SUS PRODUCTOS DERIVADOS

Esta circunstancia agravante, introducida a nuestro sistema jurídico penal por el Decreto Legislativo N.° 1245, de noviembre del 2016, se verifica cuando el agente o agentes, sustraen 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.

De acuerdo artículo 8 de la Ley N.° 26221, Ley orgánica que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional, 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 estos, en los términos que establece la presente Ley.

Sin embargo, como el Estado representado en este rubro por PERUPETRO S.A., no puede hacerlo todo, otorga o entrega, mediante contratos, a las empresas privadas las actividades de exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización. Y estas actividades se realizan bajo las siguientes formas contractuales: a) Contrato de Licencia, es el celebrado por PERUPETRO S.A. , con el Contratista y por el cual este obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual PERUPETRO S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado, y b) Contrato de Servicios, es el celebrado por PERUPETRO S.A. con el Contratista, para que este ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.

Teniendo claro tal aspecto, se justifica que la agravante se haya extendido a los bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones privadas.

21. CUANDO EL AGENTE ACTÚA EN CALIDAD DE JEFE, CABECILLA O DIRIGENTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DESTINADA A PERPETRAR ESTOS DELITOS

La circunstancia agravante prevista en la última parte del artículo 186 que se materializa por la condición, rango o calidad del sujeto activo, sin justificación racional, rompe con el derecho penal de acto para dar paso al derecho penal de autor que con razón Rojas Vargas[1448] afirma, es repudiable al igual que la responsabilidad objetiva como forma de imputación por contravenir los principios que rigen el derecho punitivo contemporáneo.

Exige la concurrencia de dos elementos: Primero, el agente debe actuar en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal de las descritas por la Ley N.° 30077 (modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244 de octubre del 2016); y segundo, esta organización debe estar destinada o debe tener como actividad o finalidad la comisión de delitos graves contra el patrimonio. Para determinar si estamos ante una organización delictiva, el operador jurídico deberá verificar si esta tiene cierta permanencia en el tiempo y existe separación de funciones o roles entre sus integrantes. No necesariamente se exige que la organización tenga una especie de estatuto o reglamento interno de cumplimiento obligatorio, sino por la forma de comisión reiterada de hechos parecidos, sus propios integrantes identifican al jefe, cabecilla o dirigente. El agente será identificado como tal y será merecedor a la sanción prevista cuando concurre la agravante en comentario, siempre que actúe liderando una organización de tres o más personas cuya finalidad sea cometer hurtos.

[1448] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 302.

Con este razonamiento, no compartimos el criterio rígido expresado por Rojas Vargas[1449] al definir como jefe a quien tiene la máxima prerrogativa o jerarquía dentro de la organización delictiva; dirigente, en cambio, es quien desde roles definidos y precisos conduce orgánicamente las acciones delictivas, por lo general, en relación de subordinación al jefe. La organización puede tener varios dirigentes según áreas o zonas; y, será cabecilla, quien cumple funciones de liderazgo en determinados actos delictivos, pudiendo haber sido nominado por el jefe o dirigente o surgir producto de los hechos. Pues estos rótulos varían dependiendo de qué tipo de organización se trate. Sin duda, si solo se tratara de bandas, lo expresado por el citado autor tendría perfecta cabida, sin embargo, como ha quedado establecido, el legislador al referirse a organizaciones, ha tratado de englobar a todo tipo de grupos que se dedican a cometer delitos contra el patrimonio. Grupos que, por ejemplo, en lugar de jefe tienen cabecilla.

La agravante complementa la hipótesis prevista en el inciso 2 de la segunda parte del tipo penal del artículo 186 del C.P., en el sentido de que aquel supuesto prevé la conducta del integrante de la organización, en tanto que esta prevé la conducta del líder de la organización. En consecuencia, según la condición del agente dentro de la organización se le impondrá la pena correspondiente que comparativamente se diferencia en forma apreciable.

22. PENALIDAD

De presentarse cualquiera de las hipótesis previstas en los primeros seis incisos del artículo 186, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. En tanto que si se presentan los supuestos de los cinco siguientes incisos la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho. Mientras que si se verifica la concurrencia de la agravante prevista en la última parte del artículo 186, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años.

[1449] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 303.

Subcapítulo 3
Hacer dispositivos para asistir a la decodificación de señales de satélite portadoras de programas

1. TIPO PENAL

Este es un delito nuevo incorporado en nuestro texto punitivo, cuyo origen lo encontramos en la firma del TLC con Estados Unidos. Es con el objetivo de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial de Perú con los Estados Unidos, firmado el 12 de abril del 2006 y modificado por el protocolo de enmienda, que se presentó ante el Congreso de la República un proyecto de ley para tipificar algunas conductas penales.

No obstante, existía con anterioridad la obligación del Estado de legislar sobre la materia de distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite. En efecto, en mayo de 1974, se firmó el "Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite"[1450] (Convenio de Bruselas) por las Naciones Unidas, en cuyo artículo 2 se prescribió que cada uno de los Estados contratantes se obligaban a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que en o desde su territorio se distribuya cualquier señal portadora de un programa por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si esta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite.

En este contexto, se propuso una fórmula legislativa para sancionar actos de fabricación, ensamblaje, modificaciones, importaciones o exportaciones, venta, alquiler o distribución de dispositivos o sistemas tangibles o intangibles cuya función es asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas en forma ilícita como una modalidad de hurto agravado, cuya finalidad es implementar la obligación establecida en el artículo 16.8.1, literal a) del Acuerdo de Promoción Comercial de Perú con Estados Unidos de América (APC),

[1450] La adhesión del Perú se aprobó mediante la Resolución Legislativa N.° 23979, publicada en *El Peruano* el 3 de noviembre de 1984.

referido al capítulo de propiedad intelectual[1451]. Aquel proyecto de ley, ingresado al Congreso el 9 de enero del 2009, dio nacimiento a la Ley N.° 29316, que luego de aprobada y promulgada fue publicada el 14 de enero del 2009 en *El Peruano*.

Es en el artículo 1 de la citada ley que se dispone incorporar el artículo 186-A del Código Penal, referido a los delitos contra el patrimonio con el siguiente contenido:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la redacción del contenido del artículo 186-A, se advierte que prevé varias conductas punibles. Esto es así debido a que tenemos varios verbos rectores, que representan conductas punibles independientes una de otras; incluso son hasta excluyentes. De modo que ahora tenemos las siguientes modalidades de hurto agravado:

1. Una primera conducta punible se perfecciona cuando el agente fabrica o hace, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal es asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas.
2. Otro hecho punible se configura cuando el agente ensambla un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada

[1451] Así se expone en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2959/2008-PE, ingresado al Congreso el 9 de enero del 2009.

portadora de programas, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal.

3. Otro comportamiento punible se configura cuando el sujeto activo modifica o cambia alguna pieza, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, de un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas.
4. En tanto que otra conducta punible se verifica cuando sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, el autor importe un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas. *Importar* significa que el agente hace ingresar al país del exterior un dispositivo o sistema tangible o intangible cuya función es asistir en la decodificación de una señal para lógicamente ingresarlo a otro país.
5. También otro comportamiento punible se verifica cuando el agente, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, exporta un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas. *Exportar* no es otra cosa que realizar actos de sacar del país un dispositivo o sistema tangible o intangible cuya función es asistir en la decodificación de una señal para lógicamente ingresarlo a otro país.
6. Asimismo se configura otro hecho punible cuando el agente, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, vende un dispositivo o sistema tangible o intangible, cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas.
7. Finalmente, aparece otra conducta punible cuando el sujeto activo sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal, alquila un dispositivo o sistema tangible o intangible cuya función principal sea asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas. Se configura cuando el agente o sujeto activo, sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal,

distribuye 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.

Una vez que sabemos cómo se materializan los verbos rectores, corresponde explicar qué significan los demás términos técnicos utilizados en la fórmula legislativa del 186-A del Código Penal: dispositivo, sistema tangible, sistema intangible, señal, señal emitida, señal derivada, programa, satélite, distribuidor y distribución. Para ello no queda otra alternativa que recurrir al "Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite" (convenio de Bruselas) del 21 de mayo de 1974. En el artículo 1 del citado convenio se señala que para efectos del convenio se entenderá por:

- *Sistema tangible*: sistema visible, sensible, notorio y perceptible.
- *Sistema intangible*: sistema inmaterial, imperceptible, invisible y etéreo.
- *Señal*: todo vector producido electrónicamente y apto para transportar programas.
- *Programa*: todo conjunto de imágenes, de sonidos o de imágenes y sonidos, registrados o no, e incorporado a señales destinadas finalmente a la distribución.
- *Satélite*: todo dispositivo situado en el espacio extraterrestre y apto para transmitir señales.
- *Señal emitida*: toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él.
- *Señal derivada*: toda señal obtenida por la modificación de las características técnicas de la señal emitida, haya habido o no una fijación intermedia o más.
- *Organismo de origen*: la persona física o jurídica que decide qué programas portarán las señales emitidas.
- *Distribuidor*: la persona física o jurídica que decide que se efectúe la transmisión de señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él.
- *Distribución*: es toda operación con la que un distribuidor transmite señales derivadas al público en general o a cualquier parte de él.

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de los supuestos delictivos indicados en el tipo penal en hermenéutica jurídica no es otra cosa que el patrimonio del sujeto pasivo. Ello es así debido a que una señal de satélite codificada portadora de programas tiene evidentemente un valor económico en el mercado y, por tanto, tiene un poseedor. Ya hemos señalado que nos estamos refiriendo a toda señal portadora de un programa, que se dirige hacia un satélite o pasa a través de él.

4. SUJETO ACTIVO

Cualquier persona puede ser sujeto activo o agente de cualquiera de los supuestos delictivos previstos. No se requiere ni exige que el agente reúna en su persona alguna cualidad o condición especial. No hay duda de que pueden concurrir una coautoría o las diversas formas de participación como son la instigación, la complicidad primaria y la complicidad secundaria. Por ejemplo, habrá coautoría cuando un tercero convence a un ingeniero electrónico a fin de que fabrique un dispositivo cuya función principal sea la de asistir en la decodificación de una señal de satélite codificada portadora de programas, e incluso le presta todos los medios logísticos con la finalidad que el ingeniero logre su cometido.

5. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo aparece debidamente identificado en el tipo penal como aquel "distribuidor legal de dicha señal". En efecto, el agente realiza cualquiera de las conductas analizadas con la finalidad de perjudicar económicamente al distribuidor legal de la señal, quien se constituye en forma automática en el sujeto pasivo de la conducta punible. Hemos establecido ya que el distribuidor de la señal es aquella persona natural o jurídica que tiene la autorización legal de decidir que se efectúe la transmisión de señales derivadas portadoras de programas al público en general o a cualquier parte de él.

6. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del delito que venimos realizando, sin problema se concluye que se trata de un injusto penal netamente doloso, es decir, el agente debe actuar con conocimiento de realizar los elementos objetivos típicos. No cabe la comisión culposa.

Pero no se exige solo la concurrencia del dolo para perfeccionarse el delito en análisis, sino que se requiere, desde el inicio de la acción delictiva, la presencia de un segundo elemento subjetivo que viene a reforzar al dolo, vale decir, la intención del agente de obtener un provecho económico con los actos ilegales. Se exige la concurrencia de lo que se conoce como ánimo de lucro. Presentado así el panorama, debemos sostener que en la configuración de los supuestos delictivos de fabricar, ensamblar, modificar, importar, exportar, vender, alquilar o distribuir 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, se exige la concurrencia del dolo así como la concurrencia de un elemento subjetivo adicional: ánimo de lucro. De esa forma, se excluyen las modalidades del dolo indirecto y eventual.

7. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las conductas punibles se verifican cuando el agente o sujeto activo fabrica, ensambla, modifica, importa, exporta, vende, alquila o distribuye 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.

Es posible que las conductas antes descritas se queden en grado de tentativa toda vez que necesitan de actos comisivos por parte del agente.

8. PENALIDAD

El sujeto activo de ser encontrado responsable penalmente. Luego del debido proceso, será merecedor de una pena privativa de libertad que oscila entre 4 y 8 años y con noventa a ciento ochenta días multa.

Subcapítulo 4
Hurto de uso

1. TIPO PENAL

El artículo 187 regula el denominado hurto de uso que no tiene antecedente en la legislación penal peruana. Aparece como una atenuante o minorante de las conductas delictivas ya comentadas. En tal sentido, Rojas Vargas[1198][1452] afirma que el hurto de uso, conocido también como hurto de uso impropio ingresa así en nuestro Código Penal para racionalizar –relativamente– la aplicación del hurto común a supuestos de hecho de mínima ilicitud penal.

La frecuencia de hurtos de bienes muebles con la finalidad de obtener un provecho temporal, justifican la presencia del artículo 187, pues caso contrario, estas conductas serían sancionadas arbitrariamente por el artículo 185 o 186 del Código Penal. Así tenemos que el tipo penal del artículo 187 expresamente indica:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

En doctrina se le conoce como *furtum usus*. La figura delictiva se perfecciona cuando el agente indebidamente substrae un bien mueble para servirse de él en la satisfacción de una necesidad con el firme propósito de luego devolverlo. El propósito de usar el bien implica siempre el de obtener de él un provecho[1453].

El hurto de uso se perfecciona o consuma cuando el agente ilícitamente sustrae un bien mueble ajeno con la finalidad de utilizarlo (sacarle provecho) momentánea o temporalmente y después lo devuelve al sujeto pasivo. Si bien el hurto de uso tiene características similares del hurto simple, regulado en el artículo 185 del Código Penal, también tiene ele-

[1452] ROJAS VARGAS, 2000, p. 312.

[1453] ROY FREYRE, 1983, p. 60.

mentos propios que le otorgan autonomía normativa e independencia hermenéutica jurídica. En efecto, los elementos: devolver el bien después de sacarle provecho, la intención de no querer quedarse definitivamente con el bien, solo se produce en bienes totalmente ajenos y no requerirse monto mínimo en el valor del bien, se constituyen en características propias del hurto de uso que lo diferencian totalmente del hurto simple.

No obstante, con el desaparecido Raúl Peña Cabrera[1454] podemos concluir que la distinción entre hurto simple y de uso se hace más evidente con el elemento subjetivo. Mientras que en el hurto simple el autor se apodera del bien con ánimo de lucro, es decir, con la intención de obtener una ventaja patrimonial con la apropiación del bien, en el hurto de uso, el autor obra sin ánimo de apoderarse del bien para sí, vale decir, sin querer obtener una ventaja económica con la incorporación del bien al propio patrimonio, sino trata de obtener una ventaja patrimonial solo con el uso del bien ajeno para después regresarlo al patrimonio del sujeto pasivo.

Ahora, veamos pedagógicamente en qué consiste cada uno de los elementos típicos objetivos del hurto de uso:

2.1. Acción de sustracción

Aparece cuando el agente realiza una conducta positiva de sacar o remover el bien de la esfera de protección de su titular y desplazarlo a su ámbito de dominio. Necesariamente debe haber desplazamiento. La idea de desplazamiento, remoción, alejamiento del bien del ámbito de control es una condición material típica implícita en la sustracción[1455].

2.2. Mínimo apoderamiento

Se configura cuando el agente después de sustraer el bien ajeno, lo ingresa a su esfera de dominio y tiene la posibilidad concreta de hacer uso del mismo. Igual como hemos dejado establecido para el hurto simple, si no hay posibilidad mínima de usar el bien, todavía no habrá apoderamiento.

[1454] Peña Cabrera, 1993, p. 56.

[1455] Rojas Vargas, 2000, p. 313.

2.3. Provecho temporal

Este elemento sigue al apoderamiento que hace el agente del bien ajeno, vale decir, el sujeto activo al hacer uso del bien ajeno, obtendrá un provecho económico. La mayor de las veces el propio uso ya constituye el provecho requerido por el agente. Este provecho deberá ser temporal. Por tiempo definido. En esa línea, si en un caso concreto se determina que a la sustracción no le siguió el aprovechamiento y en tal situación se devuelve el bien, estaremos ante una tentativa de hurto de uso.

2.4. Uso momentáneo del bien

El tipo penal expresamente indica que el agente debe usar momentáneamente el bien, vale decir, en un tiempo corto o breve, pero suficiente para hacer un uso del bien dentro de sus funciones normales; *contrario sensu*, si el uso es permanente o por tiempo largo o indefinido no estaremos ante un hurto de uso, sino ante un hurto simple. Tampoco 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. En esa línea, no se configura el hurto de uso cuando el agente sustrae un vehículo para ser usado en un robo y después es devuelto a su propietario o legítimo poseedor.

2.5. Devolución del bien

Después de hacer el uso momentáneo del bien, el agente debe devolver o restituir a su propietario o poseedor el bien sustraído. Se entiende que deberá tratarse del mismo bien en cantidad y calidad, siempre y cuando sea tangible o corpóreo. No es posible devolver bienes consumibles o fungibles como la energía eléctrica, por ejemplo[1456].

Entre el uso y la devolución no debe mediar más tiempo que el suficiente para trasladar el bien a la esfera de dominio de la víctima. La devolución o restitución del bien se halla estrechamente vinculada con la concreción del uso, de forma objetiva apreciada, sin importar aquí si

[1456] VILLA STEIN, 2001, p. 61.

el uso fue suficiente o no para los propósitos personales del autor[1457]. Entre el uso del bien y la restitución debe mediar el tiempo estrictamente necesario para restituir. 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.

Si se verifica que el retardo en la devolución se produce por factores de fuerza mayor o caso fortuito, no desaparece la figura del hurto de uso, pues al momento de calificar los hechos, en el operador jurídico, deberá primar la voluntad de devolución que guía todo el actuar del agente.

La intención del agente de devolver el bien después de usarlo significa que la devolución debe ser voluntaria y a propia iniciativa del agente; de tal modo, se excluye el hurto de uso cuando la devolución se hace a solicitud del sujeto pasivo o de un tercero o debido que fue descubierto.

La intención de devolver el bien que guía al agente, hace que cuando concurran alguna de las agravantes previstas en el artículo 186 del Código Penal, estemos ante concurso real de delitos entre el hurto de uso y el delito que por sí solo configure alguna de las circunstancias previstas en el artículo 186. No hay hurto de uso agravado. Igual conclusión sostiene Rojas Vargas[1458] al afirmar que el uso y la devolución de bienes muebles sustraídos en circunstancias de violencia, intimidación o amenaza grave no son típicas del hurto de uso en la fórmula peruana; de producirse tales circunstancias en el marco ideal de los componentes básicos del hurto de uso, afirmarán 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.

2.6. Bien ajeno

El objeto del delito debe ser un bien ajeno. A diferencia del hurto simple que se configura con la sustracción de bien total o parcialmente ajeno, en el hurto de uso el bien tiene que ser solo ajeno. No hay hurto de uso sobre bienes parcialmente ajenos, puesto que si el autor de la sustracción es copropietario del bien, significa que tiene la facultad de

[1457] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 318.

[1458] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 319.

usar el bien; en consecuencia, al usarlo momentáneamente estaría materializando aquella facultad. Que haga un uso excesivo no configura el hurto en hermenéutica.

2.7. Valor del bien

El valor del bien sustraído en el hurto de uso es un tema debatible por su contradicción legislativa. En efecto, ni el artículo 187 ni otra articulación hace referencia respecto del valor del bien objeto del delito, como si aparece previsto para el hurto simple del artículo 185 que en aplicación del numeral 444 del Código Penal se concluye que el valor del bien tendrá que superar una remuneración mínima vital. En este sentido, se entiende que habrá hurto de uso sobre un bien de mínimo o escaso valor económico en tanto que si hay hurto simple sobre el mismo bien, estaremos frente a una falta contra el patrimonio y no ante un delito.

Presentadas así las cosas, sin duda, la legislación penal no motiva al hurto de uso, sino por el contrario, al hurto definitivo o simple sobre bienes de escaso valor económico. Con razón, Rojas Vargas[1459] indica que se trata de inconsistencias de nuestra legislación penal patrimonial que nos pueden llevar a situaciones tan contradictorias como aquella en la cual quien hurta un bien mueble, cuyo valor judicialmente estimado es inferior a las cuatro remuneraciones mínimas vitales, si lo devuelve a su propietario luego de usarlo, será castigado a título de delito, mientras que si se lo apropia o dispone de alguna u otra forma será procesado y sancionado a título de faltas contra el patrimonio. Se estaría de esta forma fomentando el apoderamiento definitivo del bien y no su restitución, consecuencia contradictoria con los fines de tutela de la norma penal.

Corresponde a la jurisprudencia crear racionalmente las pautas a tener en cuenta respecto del valor del bien objeto del delito de hurto de uso, en tanto que el legislador no extienda los parámetros del artículo 444 también al hurto de uso.

[1459] ROJAS VARGAS, 2000, p. 321.

2.8. Bien jurídico protegido

Respecto del bien jurídico, en líneas generales se pretende proteger el patrimonio, pero de modo específico es unánime la doctrina peruana en sostener que se tutela jurídico-penalmente el derecho a usar el bien del que goza el titular del mismo, ya sea como propietario o poseedor[1460].

2.9. Sujeto activo

El sujeto activo, autor o agente del delito de hurto de uso puede ser cualquier persona natural a excepción del propietario o legítimo poseedor. Al referirse el tipo penal que el objeto del hurto debe ser un bien ajeno, es decir, un bien que pertenece a otra persona, automáticamente se excluye al propietario, al copropietario y al legítimo poseedor.

2.10. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima puede ser cualquier persona ya sea natural o jurídica que tenga la titularidad del bien objeto del hurto y, por tanto, tenga la facultad de hacer un uso natural ya sea a título de propietario o legítimo poseedor.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un delito netamente doloso, es decir, el agente debe tener conocimiento y voluntad de sustraer ilícitamente un bien ajeno. Pero además, subjetivamente deben concurrir dos elementos trascendentes: el *animus* de obtener un provecho económico indebido; y segundo, la intención firme por parte del agente de devolver o regresar el bien al patrimonio del sujeto pasivo. A este elemento subjetivo especial, se le conoce como el *animus reddendi*, es decir, ánimo de devolver[1461].

Si se verifica que en un hecho concreto, el agente no tenía la convicción de devolver el bien después de usarlo temporalmente, y solo lo

---

[1460] *Vid.* PEÑA CABRERA, 1993, p. 56; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 303; ROJAS VARGAS, 2000b, p. 312.

[1461] VILLA STEIN, 2001, p. 61.

devolvió porque le obligaron a hacerlo, el delito en interpretación no se configura. Tipificándose tal hecho en el hurto simple.

4. ANTIJURIDICIDAD

El hurto de uso aparece, siempre y cuando, el agente con conocimiento y voluntad sustraiga en forma ilícita y use temporalmente el bien objeto de la conducta. Por ejemplo, el conocimiento y voluntad abarca incluso la intención de devolver el bien a la víctima. Caso contrario, si se verifica que el agente actuó, por ejemplo, contando con el consentimiento del propietario o poseedor, la conducta que muy bien puede ser típica será legítima y, por tanto, no habrá antijuridicidad. Constituyendo en tal caso, una conducta típica e irrelevante penalmente.

5. CULPABILIDAD

Una vez que se verifica que la sustracción ha sido ilícita o ilegítima, corresponderá al operador jurídico-penal determinar si aquella conducta es imputable personalmente al agente. Esto es, si aparecen los elementos que conforman lo que se denomina culpabilidad. En efecto, en esta etapa del análisis de la conducta se determinará si el agente es mayor de 18 años y no sufre anomalía psíquica. Acto seguido, deberá determinarse si el agente del hurto de uso conocía la ilicitud de su acto y finalmente, determinar si pudo actuar de modo distinto a la comisión del hecho punible.

Si llega a verificarse, por ejemplo, que el agente actuó creyendo que tenía derecho a hacer uso del bien, estaremos ante un error de prohibición y, por tanto, en aplicación del segundo párrafo del artículo 14 del C.P., la conducta típica y antijurídica será no culpable teniendo en cuenta que no hay delitos contra el patrimonio a título de culpa.

6. TENTATIVA

Al ser un delito de resultado objetivo y de composición compleja, es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa, esto es, se inicie la ejecución de la conducta sin lograr el resultado final ya sea por propia iniciativa o por intervención de terceros. Tan igual como en el hurto simple, habrá tentativa, siempre y cuando, la conducta se quede en la sustracción, vale decir, momentos antes del estado en que el agente

tiene la posibilidad material de usar el bien sustraído. Aquí el aspecto subjetivo servirá para delimitar racionalmente cuándo estamos ante una tentativa de hurto simple y cuándo ante la tentativa de un hurto de uso.

7. CONSUMACIÓN

El delito de hurto de uso se halla consumado con el apoderamiento mínimo del bien que logra el agente con el fin de usarlo, esto es, cuando se halla en posibilidad real o potencial de usar el bien, es decir, de disponer de él en su provecho temporal; con el uso se da inicio al agotamiento del delito. La devolución del bien usado es una previsión legal político-criminalmente formulada para justificar el *minus punitivo*, pero que no integra la tipicidad a efectos de consumar el delito y que se ubica a nivel de agotamiento del mismo. Se produce así una degradación normativamente contemplada del injusto penal: de no producirse la devolución el hecho será simple y llanamente hurto básico de bien ajeno(1462).

Tendremos hurto de uso perfeccionado cuando se interrumpa la conducta en pleno uso del bien o antes de que este sea devuelto a su legítimo poseedor, pues aquí estaremos en la fase de agotamiento del delito, siendo trascendente el aspecto subjetivo que guió al agente al desarrollar la conducta ilícita. Si se verifica la intención de devolver el bien después de usarlo, estaremos ante un hurto de uso, caso contrario se habrá perfeccionado el hurto simple.

Resulta inconsistente lo sostenido por Bramont-Arias Torres y García Cantizano(1463) al enseñar que el delito se consuma cuando el sujeto devuelve el bien después de haberlo sustraído y usado momentáneamente. Igual postura adopta Villa Stein(1464).

8. PENALIDAD

El autor del delito de hurto de uso será merecedor de pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de un año.

(1462) *Vid.* con más amplitud: ROJAS VARGAS, 2000b, p. 324.

(1463) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 305.

(1464) VILLA STEIN, 2001, p. 62.

Capítulo II
ROBO

SUMARIO: Subcapítulo 1: Generalidades: 1. Naturaleza del delito de robo. 2. Valor del bien objeto de robo. 3. Diferencias sustanciales entre hurto y robo. **Subcapítulo 2: Robo simple:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Acción de apoderar. 2.2. Ilegitimidad del apoderamiento. 2.3. Acción de sustracción. 2.4. Bien mueble. 2.5. Bien mueble total o parcialmente ajeno. 2.6. Violencia y amenaza como elementos constitutivos del delito de robo. 2.7. Bien jurídico protegido. 2.8. Sujeto activo. 2.9. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa. 7. Consumación. 8. Autoría y participación. 9. Penalidad. **Subcapítulo 3: Robo agravado:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Circunstancias agravantes. 3. Concurso aparente de leyes. 4. Penalidad.

Subcapítulo 1
Generalidades

1. NATURALEZA DEL DELITO DE ROBO

Antes de analizar los supuestos delictivos del robo nos parece necesario exponer brevemente las teorías que se han planteado en doctrina para explicar la naturaleza jurídico-legislativa de la figura delictiva de robo. Así tenemos tres teorías:

a. El robo como variedad del hurto agravado

Esta teoría sostiene que como el robo tiene los mismos elementos constitutivos del hurto como son el mismo bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcialmente ajeno, finalidad de lucro, etc., aquel constituye una modalidad del hurto agravado debido a que solo se diferencia

por los modos facilitadores de la acción, esto es, el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas. Legislativamente, esta posición tiene cabida en el Código Penal colombiano, en el cual se regula la figura del robo como una modalidad del hurto.

Esta postura que en teoría puede ser atinada, técnicamente no es la más afortunada pues, al menos en nuestra legislación como veremos, muchos supuestos de robo agravado se diferencian abismalmente de la figura del hurto.

b. El robo como un delito complejo

Teóricos como Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1465] sostienen que como en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas, estamos ante un delito complejo. Incluso nuestro Supremo Tribunal así lo considera en la ejecutoria suprema del 12 de agosto de 1999 cuando sostiene que: "para los efectos de realizar un correcto juicio de tipicidad, es necesario precisar ciertas premisas, así tenemos que en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; que, ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, que forman un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo"[1466]. Del mismo modo se pronuncia la ejecutoria suprema del 22 de mayo del 2008, cuando argumenta que: "el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la po-

[1465] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 306.

[1466] Expediente N.º 2435-99-Huánuco, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 343. Igual razonamiento se reproduce en la ejecutoria suprema del 9 de junio del 2004, Expediente N.º 253-2004- Ucayali, **en** Castillo Alva, 2006c, p. 160.

sibilidad objetiva de realizar actos de disposición, constituyendo sus circunstancias agravantes, aquellas situaciones debidamente tipificadas en el artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, que aunado, a la afectación de bienes de tan heterogénea naturaleza, como son la libertad, la integridad física, la vida, y el patrimonio, lo convierten en un delito de evidente complejidad"[1467].

Este razonamiento si bien a primera impresión puede parecer sólido e impecable, se desbarata inmediatamente al advertir que en la mayoría de delitos concurren elementos que a la vez pertenecen a otros hechos punibles. En consecuencia, sostener esta postura significa afirmar que la mayoría de delitos son de naturaleza compleja, lo cual es jurídico-penalmente errado.

Así, en determinados delitos concurran elementos constitutivos que conforman también la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de otros delitos, pero desde el momento en que se combinan con otros elementos en la construcción de un tipo penal, automáticamente se convierte en un delito autónomo. Incluso las submodalidades se convierten en supuestos delictivos autónomos. En suma, no es tan cierto que el robo sea un delito complejo.

c. *El robo es de naturaleza autónoma*

La posición actual mayoritaria en doctrina sostiene que al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automáticamente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto[1468].

No obstante, no le falta razón a Rojas Vargas[1469] cuando afirma que el consenso logrado en tal sentido, no puede soslayar cuestionamientos basados en argumentos de impecable racionalidad y coherencia discursiva

[1467] R.N. N.º 813-2008-La Libertad, Segunda Sala Penal Transitoria, **en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 257. En la misma línea jurisprudencial, la ejecutoria del 22 de abril del 2008 en el R.N. N.º 675-2008-Lambayeque (**en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 266).

[1468] PEÑA CABRERA, 1993, p. 69. En el mismo sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 489.

[1469] ROJAS VARGAS, 2000, p. 344.

que nos previenen el no olvidar que, pese a los consensos obtenidos, el robo no es muy diferente al hurto, así como que su estructura típica no está alejada de la tesis de la complejidad, sobre todo en el modelo peruano que incluye especies de robo agravado con lesiones, resultados de muerte y lesiones graves.

2. VALOR DEL BIEN OBJETO DE ROBO

Nos parece importante dejar establecido breve, pero en forma tajante que el bien objeto del delito de robo solo debe tener valor económico así sea mínimo. En nuestra legislación penal, no se exige un monto mínimo, como sí ocurre con el hurto simple. La sustracción ilegítima de un bien de mínimo valor económico haciendo uso de la violencia o la amenaza, constituye el delito de robo. Mucho más si estamos ante una agravante.

El valor del bien solo tendrá efecto al momento en que la autoridad jurisdiccional determine la pena a imponer al acusado, pues en casos parecidos, por el uso de la violencia o amenaza, tendrá mayor pena aquel que sustrajo un bien de mayor valor económico que aquel que sustrajo un bien de escaso valor patrimonial.

3. DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE HURTO Y ROBO

De la lectura de los textos de doctrina y de los tipos penales que regula nuestro Código Penal, las figuras del hurto y el robo tienen claras diferencias. Pedagógicamente, las diferencias sustanciales y más importantes son las siguientes:

a. Al desarrollarse la conducta del robo necesariamente debe concurrir la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física; en el hurto aquellos elementos no aparecen, salvo que se haga uso de la violencia, pero contra las cosas.

b. La conducta desarrollada por el agente en el hurto es subrepticia o clandestina, vale decir, la víctima muchas veces se entera cuando el delito se ha consumado, en tanto que en el robo, la conducta es evidente y notoria para el sujeto pasivo.

c. Se exige determinado valor económico del bien sustraído en el hurto simple, en tanto que en el robo básico no se exige cuantía, basta que se determine algún valor económico.

d. El delito de robo es pluriofensivo, pues aparte de lesionar el patrimonio, ataca bienes jurídicos como la propiedad, la libertad, la integridad física, la vida de la víctima; mientras que en el hurto solo se lesiona el patrimonio y a veces la propiedad cuando se utiliza la violencia sobre las cosas.

e. La pena es mucho mayor para las conductas de robo simple y agravado que para el hurto simple y agravado.

Subcapítulo 2
Robo simple

1. TIPO PENAL

El antecedente del tipo básico de robo del artículo 288 del Código Penal vigente lo constituye el artículo 237 del Código Penal de 1924 que define al hurto concordado con el primer párrafo del artículo 239. El texto original ha sido objeto de modificación, pero solo referente al quantum de la pena, por la Ley N.° 26319, por el Decreto Legislativo N.° 896 y finalmente por la Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio del 2001, quedando el texto del tipo penal redactado del modo como sigue:

> El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndole 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

En la ejecutoria vinculante del 2004 se ha establecido: "*El delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con* animus lucrandi, *es decir de 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 corporalis *y* vis compulsiva*), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado*"[1470].

De este modo, la conducta del robo simple se configura cuando el sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física[1471]. Pedagógicamente nuestra Corte Suprema, por ejecutoria suprema del 8 de julio de 1999 ha expresado que: "*el delito de robo se configura cuando existe apoderamiento ilegítimo por parte del agente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar en que se encuentra; constituyendo modus operandi del mismo, el empleo de la violencia contra la persona bajo amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física, para lograr el desapoderamiento del bien mueble a efectos de que el agente logre tener disposición sobre el bien, sin importar el fin o uso que le dé al mismo, ni el tiempo que transcurra en su órbita de control*"[1472].

El robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción/apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio, lo que lo diferencia sustantivamente del hurto y de los demás delitos patrimoniales[1473].

Roy Freyre[1474], haciendo dogmática del artículo 239 del Código Penal derogado, exponía que el robo en sentido estricto es el apodera-

---

[1470] R.N. N.° 3932-2004, Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, jurisprudencia vinculante del 17 de febrero del 2005.

[1471] Cuestión parecida se regula en el sistema penal de Alemania, pues el artículo 249 C.P. alemán sanciona como autor de robo a "quien con violencia contra una persona o bajo empleo de amenaza con actual peligro para la integridad física y la vida, se apodere de una cosa ajena mueble en la intensión de apropiársela antijurídicamente para sí o para un tercero (...)".

[1472] Expediente N.° 2221-99-Lima **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N.° 2, 1999, p. 342.

[1473] Rojas Vargas, 2000b, p. 359.

[1474] Roy Freyre, 1983, p. 75.

miento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con el propósito de aprovecharse de ella, substrayéndola del lugar donde se encuentra mediante el empleo de violencia o amenaza contra la persona, o de cualquier otro medio que la incapacite para resistir y sin la concurrencia de armas o instrucciones que pudieran servir como tales.

El Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116 del 13 de noviembre del 2009, en su fundamento 10 ha establecido como doctrina legal que el *"delito de robo previsto y sancionado en el artículo 188° CP tiene como nota esencial que lo diferencia del delito de hurto, el empleo por el agente de violencias o amenazas contra la persona –no necesariamente sobre el titular del bien mueble–. La conducta típica, por tanto, integra el apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno con la utilización de violencia física o intimidación sobre un tercero. Esto es, la violencia o amenazas –como medio para la realización típica del robo– han de estar encaminadas a facilitar el apoderamiento o a vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento"*.

De los conceptos esgrimidos y especialmente del propio texto del tipo penal se concluye que en la figura del robo concurren la mayoría de los elementos objetivos del delito de hurto simple ya analizado y para efectos del presente análisis resumidamente los analizamos a continuación.

2.1. Acción de apoderar

Este elemento típico se constituye cuando el agente se apodera, apropia o adueña de un bien mueble que no le pertenece, al que ha sustraído de la esfera de custodia del que lo tenía antes. En otros términos, se entiende por apoderarse toda acción del sujeto que pone bajo su dominio y disposición inmediata un bien mueble que antes de ello se encontraba en la esfera de custodia de otra persona.

Por apoderar se entiende la situación de disponibilidad en la que se encuentra el agente en relación con el bien mueble sustraído, vale decir, se trata de un estado de hecho resultante, de las acciones de sustracción practicadas por el propio agente del delito, por las cuales este adquiere ilegítimamente facultades fácticas de señorío sobre el bien mueble, pudiendo disponerlo. No obstante, para llegar al estado de apoderamiento se requiere que el agente rompa la esfera de custodia que tiene la víctima

sobre el bien; acto seguido debe haber un desplazamiento del bien a la esfera de custodia del agente para que finalmente este, funde su dominio sobre el bien y pueda o tenga la posibilidad real o potencial de disponer como si fuera su dueño[1475].

Se discute en la doctrina si el apoderamiento debe o no durar un determinado tiempo. El problema de delimitación se presenta cuando el agente después de haber sustraído el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima inmediatamente es perseguido por la Policía que interviene al observar la sustracción. Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia, se ha impuesto la posición que sostiene: el tiempo no es relevante, basta que el agente haya tenido la posibilidad de disponer en provecho propio del bien sustraído, para estar ante el estado de apoderar. En este sentido, en el supuesto de hecho narrado, todavía no habrá apoderamiento.

2.2. Ilegitimidad del apoderamiento

Este elemento típico que tiene que ver más con la antijuridicidad que con la tipicidad, se constituye cuando el agente se apropia o adueña del bien mueble sin tener derecho sobre él, esto es, no cuenta con el sustento jurídico ni con el consentimiento de la víctima para generarse un ámbito de dominio y, por tanto, de disposición sobre el bien.

2.3. Acción de sustracción

Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente orientado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima. Se configura con los actos que realiza el agente destinados a romper la esfera de vigilancia de la víctima que tiene sobre el bien y desplazarlo a su esfera de dominio.

Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1476], en forma resumida, aseguran que por sustracción se entiende toda acción que realiza el

[1475] *Vid.* Rojas Vargas, 2000, p. 148.

[1476] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 291.

sujeto tendiente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra. En tanto que Rojas Vargas[1477] refiere que por sustracción se entiende el proceso ejecutivo que da inicio al desapoderamiento del bien mueble del ámbito de control del propietario o poseedor.

Objetivamente debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del robo, caso contrario, el delito no aparece.

2.4. Bien mueble

Antes de explicar qué entendemos por bien mueble, resulta pertinente señalar que a diferencia del código derogado, el vigente *Corpus Iuris Penale* habla de "bien" y no de "cosa" al referirse al objeto del delito de robo. Creemos que con mejor técnica legislativa, el legislador nacional ha hecho uso del término bien mueble para caracterizar al delito de robo, para de ese modo darle mayor precisión e indicar al operador jurídico que se trata de un delito netamente patrimonial.

Esta precisión resulta importante y de ningún modo puede alegarse que para efectos de la interpretación de los tipos penales que lesionan el patrimonio tienen el mismo significado "bien" y "cosa". En efecto, recurriendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Castellana, encontramos: Bien. Cosa útil y beneficiosa que atrae nuestra voluntad. Son términos sinónimos "beneficio, riqueza, don, valor, hacienda, caudal, recursos"; y, Cosa. Todo lo que tiene existencia corporal o espiritual, natural o artificial, real o imaginaria. Se tiene como sinónimos a los términos de "objeto, ser, ente".

De estas definiciones se puede concluir que "bien" indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas. En tanto que cosa es todo lo que tiene existencia corporal o espiritual tenga o no valor patrimonial para las personas. Así, estamos frente a vocablos que indican género y especie. El género es el vocablo "cosa" y la especie, el término "bien". Todo bien será una cosa, pero jamás toda cosa será un bien. En consecuencia, al exigirse en los delitos contra el patrimonio necesariamente un perjuicio patrimonial para la víctima y consiguiente

[1477] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 150.

beneficio para el agente, tenemos que concluir que el uso del vocablo bien resulta coherente y pertinente.

Ahora bien, como hemos dejado ya establecido al analizar el delito de hurto, se entiende por bien mueble todo objeto del mundo exterior con valor económico, que sea susceptible de desplazamiento y consecuente apoderamiento.

Quedan fuera del concepto de bien mueble para efectos del derecho punitivo, todos aquellos bienes muebles sin valor patrimonial.

Entendido el concepto de bien mueble en sentido amplio, comprende no solo los objetos con existencia corporal, sino también los elementos no corpóreos, pero con las características de ser medidos tales como la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otro elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.

2.5. Bien mueble total o parcialmente ajeno

Respecto de este elemento normativo no hay mayor discusión en los tratadistas peruanos. Es común afirmar que "bien ajeno" es todo bien mueble que no nos pertenece y que por el contrario, pertenece a otra persona. En otros términos resultará ajeno el bien mueble, si este no le pertenece al sujeto activo del delito y más bien le corresponde a un tercero identificado o no. Este concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de robo; igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y las *res comunis omnius* (cosa de todos). En todos estos casos, los bienes no tienen dueño y, por tanto, el acto de apoderarse de ellos no lesiona patrimonio alguno.

En cambio, opera una situación de ajenidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito, sustrae un bien mueble que parcialmente le pertenece. Esto es, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. Es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de robo, resultará necesario que el bien se encuentre dividido en partes proporcionalmente establecidas; caso contrario, si llega a establecerse que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietario y, por tanto, el bien corresponde a todos a la vez, el delito no aparece.

2.6. Violencia y amenaza como elementos constitutivos del delito de robo

Nos interesa analizar los elementos objetivos que le dan particularidad y autonomía al delito de robo respecto del hurto, esto es, los elementos de violencia o amenaza contra las personas que necesariamente deben aparecer en determinada conducta contra el patrimonio para atribuirle la figura del robo. Caso contrario, solo estaremos ante el delito de hurto.

Antes de exponer cuál es el contenido de los elementos objetivos anotados, es necesario indicar de modo tangencial para los interesados de seguir a los penalistas de la madre patria, que a diferencia del Código Penal español, el peruano exige de modo expreso que la violencia se efectúe en contra de las personas. De modo alguno constituye robo, el uso de la violencia en contra de las cosas. Para nuestra legislación si se verifica que el agente ha hecho uso de la violencia en contra de las cosas de las personas estaremos ante el delito de hurto agravado. En cambio según el artículo 237 del Código Penal español de 1995 serán "reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde están". Incluso en los siguientes artículos hasta el 241 aquel cuerpo legal, a diferencia de nuestra legislación donde constituyen modalidades del hurto, establece que las modalidades de escalamiento, rotura de obstáculos, sustracción en casa habitada, etc., constituyen modalidades de robo. Diferencias normativas substanciales que afirman nuestra convicción de no asumir acríticamente los planteamientos que elaboran los importantes penalistas españoles respecto de los delitos contra el patrimonio.

a. Empleo de violencia contra las personas

Antes de expresar nuestras ideas y argumentos resulta pertinente repasar los conceptos esgrimidos por los tratadistas peruanos más importantes, pues como se verá, todos plantean puntos de vista particulares. No existe mayor coincidencia debido a la misma naturaleza del tema, sobre el cual todos nos sentimos invitados a formular conceptos que sirvan al operador jurídico penal al momento de resolver un caso concreto.

Roy Freyre[1478] sostiene que la violencia consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ha sido ofrecida por la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba, obligándola de esta manera a padecer la substracción del bien mueble. Por su parte, Peña Cabrera[1479] precisaba que existe violencia o *vis absoluta* cuando se aplica una energía física destinada a vencer la resistencia de la víctima. Atar, amordazar, golpear, empujar, apretar o utilizar cualquier mecanismo, es emplear violencia material. En tanto que Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1480], fundándose en los penalistas españoles Muñoz Conde y Vives Antón afirman que "la violencia –*vis absoluta* o *vis corporalis*– consiste en el empleo de medios materiales para anular o quebrantar la resistencia que ofrece la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba. No resulta necesario que la violencia recaiga sobre el sujeto pasivo del delito, ya que puede dirigirse contra un tercero que trate de impedir la sustracción o que pueda oponerse al apoderamiento. De ahí que lo fundamental sea que la violencia se constituya en un medio para lograr el apoderamiento. Si no se halla encaminada a posibilitar o facilitar el apoderamiento, no estaremos ante el delito de robo". Rojas Vargas[1481], por su parte, enseña que la violencia es el uso manifiesto, explosivo –en menor o mayor grado– de la fuerza o energía física, mecánica, química y/o tecnológica de la que hace gala el sujeto activo para anular, reducir o dificultar la capacidad de respuesta de la víctima a efectos de efectuar la defensa de su patrimonio mueble. 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.

Por nuestra parte y sin desconocer la autoridad que tienen los conceptos antes glosados, sostenemos que de la propia redacción del tipo penal se desprende que el primer elemento característico del robo

---

[1478] Roy Freyre, 1983, p. 76.

[1479] Peña Cabrera, 1993, p. 70.

[1480] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 308.

[1481] Rojas Vargas, 2000b, p. 368.

lo constituye la violencia. La violencia o fuerza física deviene en un instrumento que utiliza o hace uso el agente para facilitar la sustracción y, por ende, el apoderamiento ilegítimo del bien que pertenece al sujeto pasivo. Si en un caso concreto que la multifacética realidad presenta, se evidencia que el uso de la violencia no tuvo como finalidad el de facilitar la sustracción, sino por el contrario tuvo otra finalidad específica, no aparecerá el supuesto de hecho del delito de robo.

Solo vale el uso de la violencia en el delito de robo cuando ella esté dirigida a anular la defensa de sus bienes que hacen el sujeto pasivo o un tercero y, de ese modo, facilitar la sustracción-apoderamiento por parte del agente. La Corte Suprema por ejecutoria del 6 de junio del 2000, ha indicado que: *"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"*(1482).

En este contexto, se entiende por violencia aquella energía física, mecánica o tecnológica, que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer por su poder material, su resistencia natural o en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima ante la sustracción de sus bienes. Debe verificarse la correspondencia entre la violencia y la acción final de apoderamiento de modo que la violencia está subordinada al apoderamiento. La violencia debe expresarse en una energía desplegada sobre la víctima de manera manifiesta y abierta (violencia propia). No cabe violencia del tipo que algunos tratadistas han denominado violencia impropia como es el uso de narcóticos, hipnosis, alcohol, etc. para lograr la sustracción. Estos supuestos constituyen hurto con la modalidad de destreza. Ya hemos expresado y también volveremos a tratar más adelante, que en el delito de robo al hacerse uso de la violencia o amenaza se pone en peligro presente o inminente otros bienes jurídicos importantes como es la vida o la integridad física de las personas (delito pluriofensivo), mientras que con el uso de los narcóticos o hipnosis el agente no pone en peligro tales bienes jurídicos, salvo lamentables excepciones.

(1482) Expediente N.º 3265-99-Amazonas, en ROJAS VARGAS, 2000, p. 53.

La violencia puede ser usada por el agente hasta en tres supuestos: para vencer la resistencia; para evitar que el sujeto pasivo resista la sustracción; y para vencer la oposición para fugarse del lugar de la sustracción. Estaremos frente al primer supuesto cuando el agente para sustraer el reloj de su víctima forcejea y de un golpe le hace caer dándose a la fuga; en cambio, estaremos ante la segunda hipótesis cuando el agente por detrás coge de los brazos a su víctima para que otro le sustraiga el reloj. En tanto que estaremos ante el tercer supuesto, cuando el agente después de haber sustraído el reloj golpea a la víctima para que deje de perseguirlo y de ese modo logre el éxito de su delito.

Los dos primeros supuestos no presentan mayor problema ni discusión en la práctica judicial, en cambio, el último supuesto resulta polémico. Sin embargo, nosotros afirmamos que teniendo en cuenta que existe apoderamiento y, por ende, delito consumado de robo cuando el agente tiene la posibilidad real o potencial de disponer del bien sustraído, cualquier violencia que utilice aquel para conseguir tal objetivo constituirá elemento objetivo del delito. Siendo así, el uso de la violencia sobre la víctima al momento de la fuga del autor constituye supuesto englobado en la figura del robo. Rojas Vargas[1483] denomina a este tipo de violencia "subsiguiente" para diferenciarlo de los tipos de violencia antecedente y concomitante. Sostiene el citado autor que la violencia subsiguiente a la sustracción es el momento previo inmediato al apoderamiento del bien y a la disponibilidad del mismo por parte del sujeto activo, definiendo cuadros de tipicidad referidos a la fase de alejamiento –o huida del sujeto activo del lugar de los hechos– del bien del ámbito de dominio y control del propietario, donde se suceden generalmente persecuciones policiales, también frustraciones o consumación del delito y cuadros de violencia en tal contexto.

En el Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, los Vocales Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema han establecido como jurisprudencia vinculante en la última parte de su fundamento 10 lo siguiente: "*En consecuencia, la violencia es causa determinante del desapoderamiento y está siempre orientada a neutralizar*

[1483] Rojas Vargas, 2000, p. 374.

o impedir toda capacidad de actuación anterior o de reacción concomitante de la víctima que pueda obstaculizar la consumación del robo. Ahora bien, cualquier género e intensidad de violencia física vis in corpore *–energía física idónea para vencer la resistencia de la víctima– es penalmente relevante. Además, ella puede ejercerse antes o en el desarrollo de la sustracción del bien mueble, pudiéndose distinguir entre la violencia que es utilizada para conseguir la fuga y evitar la detención –que no modifica la naturaleza del delito de apoderamiento consumado con anterioridad–; y la violencia que se emplea para conseguir el apoderamiento y la disponibilidad, la que convierte típicamente un aparente delito de hurto en robo. Cabe precisar que en el primero de los casos mencionados, no hay conexión instrumental de medio a fin entre la violencia y la sustracción, pues esta ya se había producido. No obstante, el medio violento se aplica antes de que cese la acción contra el patrimonio y el aseguramiento del bien en la esfera de dominio del agente vía el apoderamiento*".

Un aspecto evidente y no menos importante es que la violencia debe estar dirigida contra las personas. Es imposible la figura del robo si la violencia está simplemente dirigida contra las cosas. Cuestión diferente ocurre en el sistema jurídico penal español como se ha indicado, donde la violencia sobre las cosas configura el delito en análisis.

La violencia será contra las personas que detentan la posesión del bien objeto del delito; pueden ser el propio propietario, un poseedor o un simple tenedor. En este sentido, no es necesario que exista identidad entre el titular del bien mueble y el que sufre los actos de violencia. La persona que sufra la violencia física tiene que ser una persona natural, es imposible que ello ocurra contra una persona jurídica. No obstante, la persona jurídica será agraviada cuando se hayan sustraído bienes de su propiedad haciendo uso de la violencia contra sus representantes o personas que poseen sus bienes muebles.

Resulta pedagógico indicar que la intensidad de la violencia no aparece tasada por el legislador. El operador jurídico tendrá que apreciarlo en cada caso concreto y determinar en qué caso ha existido violencia suficiente en la sustracción para configurar el robo. Si la violencia ha sido suficientemente intensa y ha producido lesiones en la víctima estaremos ante un robo agravado. Caso contrario, la Suprema Corte por

ejecutoria del 5 de setiembre de 1997, al conocer un hecho calificado por las instancias inferiores como robo agravado, atinadamente ha indicado que: *"los hechos delictivos consistentes en arrebatarle la cartera a la agraviada, causándole lesiones de mínima consideración; pero sin uso de armas punzo cortantes ni de otro instrumento que se le parezca, no reúnen los elementos constitutivos del delito de robo agravado, configurándose en todo caso una acción delictiva distinta que es la de robo, prevista en el artículo 188 del Código Penal"*(1484).

De ese modo, en el Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116(1485) se ha establecido como jurisprudencia vinculante 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 estas 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 del ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta 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,*

(1484) Expediente N.° 1255-97-Cono Norte **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 388.

(1485) Aprobado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 13 de noviembre del 2009.

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".

De modo que para configurarse el robo simple, la violencia tiene que traducirse en lesiones tasadas por los médicos legistas hasta 10 días de atención facultativa o descanso, sin que concurra circunstancias que agraven la lesión, pues caso contrario al pasar a lesiones simples o graves el hecho será calificado como robo agravado.

b. La amenaza de un peligro inminente

Repasemos los conceptos expuestos por los tratadistas peruanos respecto de la amenaza como elemento facilitador de la sustracción del bien mueble en el delito de robo. Roy Freyre[1486] sostiene que la amenaza no es más que la violencia moral conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*, la misma que vendría a ser el anuncio del propósito de causar un mal inminente que ponga en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de una persona con el objeto de obligarla a soportar la sustracción o entregar de inmediato una cosa mueble. El desaparecido Peña Cabrera[1487] escribió que la amenaza es 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.

En tanto que Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1488], siguiendo al jurista español Vives Antón, enseñan que la amenaza –*vis compulsiva*– se puede definir como el anuncio de un mal inmediato, de tal entidad que es capaz de vencer la voluntad contraria del sujeto contra el que se dirige y provocar inmediatamente que este entregue el bien o posibilite o no dificulte el acto de apoderamiento.

Por nuestra parte, consideramos que la amenaza como medio facilitador del apoderamiento ilegítimo consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la víctima, cuya

(1486) ROY FREYRE, 1983, p. 77.

(1487) PEÑA CABRERA, 1993, p. 71.

(1488) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 308.

finalidad es intimidarlo y de ese modo, no oponga resistencia a la sustracción de los bienes objeto del robo. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto.

La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social o familiar que le rodea o el lugar donde ocurre la amenaza puede ser decisiva para valorar la intimidación. El Juzgador se limitará a determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo dejando que se sustraigan sus bienes muebles, evitaría el daño anunciado y temido.

La amenaza requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que exista la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza; el sujeto pasivo debe caer en la creencia de que no poniendo resistencia o, mejor dicho, dando su consentimiento a la sustracción evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico pero lo importante es que la víctima lo crea.

Un aspecto importante que merece ponerse de relieve lo constituye la circunstancia de que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima o de terceros, quedando descartado otro tipo de males. Rojas Vargas[1489] afirma que el contenido de la amenaza es el de causarle la muerte o provocarle lesiones que afecten su integridad física o la de terceros estrechamente vinculados con ella e incluso de terceros que acuden en su auxilio, quienes son así utilizados para coaccionar a la víctima.

[1489] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 389.

El peligro para la vida tiene su conversión práctica en la posibilidad de muerte, mientras que el peligro para la integridad física cubre un amplio espectro de lesiones que merecen tratamiento médico, vale decir, aquellas que supongan alteración en el equilibrio somático funcional y mental.

Igual como ocurre con la violencia, la amenaza puede materializarse hasta en tres supuestos. Para impedir que la víctima se oponga a la sustracción; que la víctima entregue silenciosamente el bien mueble y tercero, cuando la amenaza es proferida en momentos que el sujeto activo se da a la fuga hasta el momento objetivo que logra el real apoderamiento del bien mueble.

La amenaza no debe hacerse con algún arma o por la concurrencia de dos o más sujetos, pues ello constituye otra figura delictiva como lo es el robo agravado. El robo simple, por ejemplo, se concretizará cuando el agente amenace con golpear con puño a la víctima o a un familiar cercano o cuando le amenace con lanzarlo a un precipicio, sino le entrega el dinero. En tal contexto, la mayoría de casos que presenta Rojas Vargas[1490] como ejemplos representativos o típicos de robo por medio de amenaza, de modo alguno constituyen supuestos de robo simple, pues ellos constituyen supuestos de robo agravado que analizaremos más adelante.

2.7. Bien jurídico protegido

En doctrina existe la discusión respecto de cuál o cuáles son los bienes jurídicos fundamentales que se pretende proteger con la tipificación del delito de robo.

Por un lado, se afirma que junto al patrimonio se protege la vida, la integridad física y la libertad personal[1491]. Incluso nuestro más alto Tribunal de Justicia ha recogido esta posición. Como muestra se debe citar tres ejecutorias supremas: En la ejecutoria suprema del 19 de mayo de 1998 expresó claramente que: *"el bien jurídico en el delito de robo es de*

[1490] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 390.

[1491] Posición que pretende sustentar el profesor REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 492

naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo se protege el patrimonio, sino además la integridad y libertad personal"[1492]. Un año después, por ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 1999 extendiendo más su posición, expresó que: "*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*"[1493]. En tiempos más recientes, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la ejecutoria del 14 de mayo del 2004 ha reiterado que: "*el bien jurídico en el delito de robo es de naturaleza pluriofensiva, toda vez que no solo se protege el patrimonio sino además la integridad y libertad personal*"[1494].

Por otro lado, está la posición que resume Rojas Vargas[1495], que sostiene que la propiedad (la posesión, matizadamente) es el bien jurídico específico predominante; junto a ella, se afecta también directamente a la libertad de la víctima o a sus allegados funcional-personales. A nivel de peligro mediato y/o potencial –sigue afirmando el citado autor– entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil.

Nosotros sostenemos que 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. En efecto, por la ubicación del robo dentro del Código Penal, etiquetado como delito contra el patrimonio y además por el *animus lucrandi* que motiva la acción del autor, el bien fundamental protegido es el patrimonio de la víctima. La afectación de otros bienes jurídicos como la vida, la integridad física o la libertad, aquí solo sirven para calificar o configurar en forma objetiva el hecho punible de robo. Estos intereses fundamentales aparecen subordinados al bien jurídico

(1492) Expediente N.º 6014-97-Arequipa, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 397.

(1493) Expediente N.º 821-99-La Libertad, **en** *Revista de Jurisprudencia*, Año II, N.º 4, 2000, p. 367.

(1494) Expediente N.º 381-2003-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006b, p. 263.

(1495) ROJAS VARGAS, 2000b, p. 348.

patrimonio. Si por el contrario se afectara alguno de aquellos bienes de modo principal y, en forma secundaria o accesoria, el patrimonio, estaremos ante una figura delictiva distinta al robo. O en su caso, si la lesión al bien jurídico vida o integridad física, por ejemplo, es igual que la lesión al patrimonio, estaremos ante un robo agravado, pero de modo alguno frente únicamente al robo simple.

El bien jurídico protegido de modo directo es el patrimonio representado por el derecho real de posesión primero y después por la propiedad. Pues en todos los casos, siempre la sustracción y consecuente apoderamiento será contra el poseedor de bien mueble objeto del delito. Esto es, la acción del agente es dirigida contra la persona que ostenta o tiene la posesión del bien mueble que muy bien puede coincidir con el propietario o un simple poseedor legítimo temporal del bien. En la figura del robo, bastará verificar contra qué persona se utilizó la violencia o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física y acto seguido, se le solicitará acredite la preexistencia del bien mueble, circunstancia con la cual hace su aparición el propietario del bien.

En la práctica judicial, se traduce del siguiente modo: si la persona contra quien se hizo uso de la violencia o la amenaza es el propietario del bien objeto del delito existirá una sola víctima y si, por el contrario, se verifica que la persona que resistió la violencia o amenaza del sujeto activo fue un simple poseedor legítimo, estaremos ante dos sujetos pasivos: el propietario y el poseedor.

En todos los casos que la realidad presenta, siempre será necesario que el propietario o poseedor del bien acredite la preexistencia del bien objeto del delito de robo, caso contrario, la absolución del procesado se impone. En este sentido, se pronuncia la ejecutoria del 17 de junio del 2003, cuando la Sala Suprema Penal Transitoria argumenta que: *"como se advierte del proceso, no obstante la imputación coherente de la agraviada Dora Clementina Loayza Meneses en contra del encausado Aurelio Tincopa Tobayo y del reservado Edgar Gualberto Flores, a quienes sostiene conocer de vista, precisando además que la mayor parte del dinero sustraído, había sido retirado del Banco Crédito; es del caso señalar, que la citada agraviada, no cumplió con acreditar la preexistencia del referido dinero, pese a haber sido requerida para tal efecto; asimismo, obra de autos los informes de los Bancos de*

la Nación y de Crédito, en el sentido que la citada agraviada no posee cuenta corriente o de ahorro en dichas entidades, tal como aparece a fojas doscientos dieciocho y doscientos veintidós"[1496].

La preexistencia del bien objeto de robo se puede acreditar hasta con la declaración de testigos que hayan presenciado la comisión del evento delictivo. Así lo precisa la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 8 de febrero del 2007[1497], al indicar que: *"pese a que el agraviado no presentó documentación de los bienes objeto del delito, la preexistencia ha quedado plenamente establecida con lo expuesto por el agraviado y los testigos (...), quienes han informado la existencia de los bienes que fueron robados, y cómo fueron sacados del lugar"*.

2.8. Sujeto activo

De la redacción del tipo penal del artículo 188, se desprende que no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo por lo que sin duda, autor puede ser cualquier persona natural. La única condición que se establece en la hermenéutica es que el agente no sea el propietario exclusivo del bien, pues el bien objeto del delito debe ser "total o parcialmente ajeno". Esta última circunstancia también orienta que fácilmente un copropietario o coheredero puede constituirse en sujeto activo del delito de robo y ello solo podrá ocurrir, siempre y cuando, aquel copropietario no ostente la posesión del bien mueble. Si por el contrario, tiene la posesión del bien no habrá robo, pues no se habría materializado la sustracción violenta o bajo amenaza.

2.9. Sujeto pasivo

También sujeto pasivo o víctima de robo será el propietario del bien mueble y en su caso, junto a él también será el poseedor legítimo del bien cuando a este se le hayan sustraído. Asimismo, muy bien la persona jurídica puede constituirse en sujeto pasivo del robo cuando se haya sustraído bienes muebles de su propiedad.

[1496] Expediente N.° 3337-2001-ICA, **en** ROJAS VARGAS, 2005, p. 259.

[1497] R.N. N.° 4960-2006-Lima Norte, **en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 299.

Así, cuando en un caso concreto, la persona que resistió la sustracción violenta del bien no es el propietario, habrá dos sujetos pasivos del hecho punible de robo: el titular del bien mueble y el poseedor legítimo.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La tipicidad subjetiva del supuesto de hecho del robo comporta, igual que el hurto, dolo directo, pero posee un ingrediente cognoscitivo-volitivo mayor: el conocimiento por parte del sujeto activo que está haciendo uso de la violencia o amenaza grave sobre la persona y la voluntad de actuar bajo este contexto de acción, es decir, de utilizar tales medios para lograr o facilitar el apoderamiento del bien mueble[1498].

No obstante, aparte del dolo directo, es necesario un elemento subjetivo adicional, particular o específico como es el ánimo de lucro, esto es, el agente actúa movido o guiado por la intención de sacar provecho del bien mueble sustraído. Si en determinado caso concreto, el *animus lucrandi* no aparece, no se configura el hecho punible de robo.

4. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica de robo simple será antijurídica cuando no concurra alguna circunstancia prevista en el artículo 20 del Código Penal que le haga permisiva, denominadas causas de justificación, como puede ser la legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento válido de la víctima para la sustracción, etc. Si por el contrario, en un caso particular, el operador jurídico llega a la conclusión de que concurre, por ejemplo, consentimiento válido de la víctima para que el agente se apodere de su bien mueble, así se verifique que este último actuó con violencia, la conducta será típica de robo simple, pero no antijurídica y, por tanto, irrelevante penalmente.

En un caso concreto, corresponde al operador jurídico determinar cuándo opera una causa de justificación. Así lo entiende la Corte Suprema de nuestra patria cuando por ejecutoria del 12 de marzo de

[1498] ROJAS VARGAS, 2000, p. 364.

1998, dejó establecido que: *"el contenido de una causa de justificación debe extraerse del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgador valorar el problema concreto para decidir la procedencia de la justificación en el caso particular"*(1499).

5. CULPABILIDAD

La conducta típica y antijurídica del robo simple reunirá el tercer elemento del delito denominado culpabilidad, cuando se verifique que el agente no es inimputable, esto es, no sufre de anomalía psíquica ni es menor de edad; después se verificará si el agente conocía o tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, es decir, si sabía que su actuar era ilícito o contra el derecho. Aquí perfectamente puede presentarse la figura del error de prohibición, prevista en el artículo 14 del C.P., la cual ocurrirá cuando el agente sustrae violentamente un bien que posee la víctima en la creencia errónea que aquel bien es de su propiedad, o cuando el sujeto activo se apodera violentamente de un bien mueble creyendo erróneamente que cuenta con el consentimiento de la víctima.

El operador jurídico deberá verificar si el agente tuvo la posibilidad de actuar de modo distinto a la de realizar la conducta de robo. Si por el contrario, se determina que el sujeto activo no tuvo otra alternativa que cometer el robo como ocurriría, por ejemplo, cuando el agente actúa compelido o inducido por un miedo insuperable de un mal, no habrá culpabilidad y, por tanto, la conducta concreta será típica, antijurídica, pero no culpable y, por tanto, no constituirá conducta punible.

Con pedagogía la Suprema Corte por ejecutoria del 17 de junio de 1998, sostuvo que: *"el miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, b) debe ser insuperable, y c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo"*(1500).

(1499) Expediente N.º 4045-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 135.

(1500) Expediente N.º 1866-98-Cusco, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 155.

6. TENTATIVA

Es común afirmar que el delito de robo simple al ser de lesión o de resultado, cabe perfectamente que la conducta del agente se quede en tentativa. En efecto, estaremos ante una tentativa de robo cuando el agente ha dado inicio a la sustracción del bien haciendo uso de la violencia o amenaza y luego se desiste, o cuando el agente no logra sustraer el bien por oposición firme de la víctima o es sorprendido por terceros en los instantes en que se encuentra en plena sustracción de los bienes y lo detienen, o cuando está en fuga con el bien sustraído y es detenido por un tercero que muy bien puede ser un efectivo de la Policía Nacional.

La jurisprudencia nacional, que denomina Fidel Rojas Vargas en la presentación de su "Código Penal, diez años de Jurisprudencia sistematizada", como el derecho vivo, actuante y dinámico, por ejecutoria suprema del 6 de abril de 1998 indica que: *"la acción del procesado de amenazar a la agraviada con un arma para despojarla de sus pertenencias, resulta un ilícito que no se llegó a concretar por la resistencia que opuso la víctima, y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio"*[1501]. En el mismo sentido por ejecutoria suprema del 18 de enero del 2000, sostiene que: *"el delito de robo ha quedado en grado de tentativa, al no haberse materializado el apoderamiento del dinero o especie alguna de propiedad del agraviado, ello en atención a la oportuna intervención policial"*[1502].

No hay discusión en la doctrina que en los primeros supuestos constituyen tentativa de robo, la discusión se origina con el último supuesto. El origen de la discusión depende del concepto que ensayemos sobre el apoderamiento del bien mueble.

Si sostenemos que el apoderamiento se constituye en el instante en que el agente toma en su poder el bien después de haberlo sustraído, llegaremos a la conclusión de que teniendo en su poder el bien ya habrá robo consumado, así el agente haya sido detenido dándose a la fuga; en

[1501] Expediente N.° 2760-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 184.

[1502] Expediente N.° 4749-99-Lima, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N.° 24, setiembre, 2000, p. 319.

cambio, si sostenemos que hay apoderamiento desde el instante en que el agente tiene la disponibilidad real o potencial del bien, esto es, puede disponer libremente del bien sustraído, llegaremos a la conclusión de que habrá tentativa cuando el agente es sorprendido y detenido en plena huida del lugar después de haber despojado de la posesión de su bien mueble a la víctima. Aquí se trata de una tentativa acabada o lo que en forma inapropiada algunos denominan robo frustrado.

Por ejemplo, la ejecutoria del 11 de abril del 2004 recoge un hecho real de robo que llegó al grado de tentativa acabada. En efecto, allí se expresa que: *"está probada la comisión del delito de robo agravado en grado de tentativa, por cuanto el acusado luego de golpear a la agraviada y apoderarse de su bolso conteniendo la suma de mil seiscientos nuevos soles inmediatamente se dio a la fuga, pero fue capturado por la Policía en plena huida, a cuadra y media del lugar de los hechos; que ello significa que, previa intimidación y agresión levísima a la víctima, si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno, empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo, consecuentemente, la acción delictiva del acusado Ángel (...) no se consumó y por tanto quedó en grado de tentativa"*[1503]. Igual razonamiento recoge la ejecutoria suprema del 3 de marzo de 1999 al argumentar que: *"La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de tentativa acabada y no la de robo consumado como lo ha consignado el colegiado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, practicando todos los actos que objetiva y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad de estos"*[1504].

En la misma línea interpretativa tenemos la ejecutoria suprema del 28 de abril del 2004[1505] que argumenta: *"se ha acreditado la comisión del delito y la responsabilidad del encausado Julio Jorge Novoa Solari, quien conjuntamente con sus coprocesados a bordo de una camioneta, asaltaron con*

[1503] R.N. N.° 102-2005-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 128.

[1504] Expediente N.° 4385-98-Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N.° 1, 1999, p. 351.

[1505] R.N. N.° 223-2004- Trujillo, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 11, N.° 84, setiembre, 2005, p. 202. Igual postura en la ejecutoria suprema del 14 de setiembre de 2004; R.N. N.° 1692-2004-Junín, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 147.

arma de fuego al pagador de los trabajadores de la obra y al chofer del vehículo a quienes luego de un forcejeo y disparo, les arrebataron la bolsa con dinero, dándose a la fuga, pero fueron perseguidos por los trabajadores que redujeron y recuperaron el dinero de manos del coprocesado Uladislao Mendoza Tello (...) se trata de un delito frustrado, conforme a lo previsto en el artículo dieciséis del Código Penal".

Igual se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema de fecha 11 de abril del 2005[1506] cuando sostuvo que: *"en efecto, está probada la comisión del delito de robo agravado en grado de tentativa por cuanto el acusado luego de golpear a la agraviada y apoderarse de su bolso conteniendo la suma de mil seiscientos nuevos soles inmediatamente se dio a la fuga, pero fue capturado por la policía en plena huida, a cuadra y media del lugar de los hechos; que ello significa que, previa intimidación y agresión levísima a la víctima, si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno, empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo, consecuentemente, la acción delictiva del acusado Ángel Richard Sánchez Alfaro no se consumó y por tanto quedó en grado de tentativa; que, en tal virtud, es de aplicación el artículo dieciséis del Código Penal".*

7. CONSUMACIÓN

De los argumentos expuestos para la tentativa, se concluye que habrá conducta punible de robo consumado cuando el agente ha logrado apoderarse y por tanto tiene la posibilidad real o potencial de disponer libremente del bien mueble sustraído a la víctima. En la doctrina peruana y a nivel jurisprudencial, se ha impuesto la teoría de la disponibilidad como elemento fundamental para diferenciar la tentativa de la consumación. En otros términos, en el Perú es común sostener y afirmar que se ha impuesto la teoría de la ***ablatio.*** Esta teoría sostiene que el robo se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad de disponerlo. La consumación

(1506) R.N. N.º 102-2005-Lima. Igual criterio lo reitera la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 15 de setiembre del 2005, R.N. N.º 2716-2005- Cono Norte, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 464.

tiene lugar en el momento mismo que luego de darse por quebrantada la custodia o vigilancia ajena, surge la posibilidad de disposición real o potencial del bien mueble por parte del agente.

La posibilidad real o potencial de disponer, por mínima que sea, constituye un hito fundamental para entender y comprender perfectamente la consumación y su diferencia con la tentativa. Sin embargo, la posibilidad de disposición que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad de disposición del bien por parte del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción, el agente es inmediatamente perseguido. Sin duda, al momento de la fuga, el sujeto activo puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndole o entregándole a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que aquel ha consumado el delito.

En este sentido, Rojas Vargas[1507] enseña que el delito de robo simple, delito de resultado, se halla consumado cuando el sujeto activo ha logrado el apoderamiento del bien en fase de disponibilidad haciendo uso indistintamente de la violencia o amenaza para ello, o conjuntamente valiéndose de ambas acciones instrumentales. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1508] sostienen que el delito de robo simple se consuma con el apoderamiento del bien mueble, es decir, cuando el sujeto activo obtiene su disponibilidad. No obstante, en forma discutible y contradictoria, luego los autores citados afirman que no basta con que el sujeto activo haya tomado el bien y huido con él para entenderse consumado el delito, es preciso que haya tenido, aun en el curso de la huida, una *mínima disponibilidad*.

En tal sentido, se pronuncia la ejecutoria suprema del 3 de marzo de 1999, al sostener que: *"la consumación en el delito de robo se produce, cuando el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia y posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de*

[1507] Rojas Vargas, 2000b, p. 391.

[1508] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 309.

realizar actos de disposición de dicho bien"[1509]. La misma línea interpretativa argumenta la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte en la ejecutoria del 31 de agosto del 2004[1510], cuando al resolver un caso real afirma que: "*es de precisar que el delito de robo se llegó a consumar, pues aun cuando finalmente se interceptó a los acusados y se recuperó el vehículo sustraído estos tuvieron el auto en su poder un espacio de tiempo –aun cuando breve– que posibilitó una relativa o suficiente disponibilidad sobre el mismo; que los reos no fueron sorprendidos in fraganti o in situ, y la persecución por la propia víctima no se inició sin solución de continuidad, sino cuando pudo conseguir ayuda de un colega taxista; que, por tanto, se asume –en la línea jurisprudencial ya consolidada de este Supremo Tribunal– la postura de la illatio*[1511] *para deslindar la figura consumada de la tentada, en cuya virtud la línea delimitadora se da en la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente, siquiera sea potencialmente –lo cual puede ser, como en el caso de autos, de breve duración–, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material*".

No obstante, tener claro estos conceptos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia precedente, no entendemos el criterio que hayan tenido los Jueces Supremos de la Segunda Sala Penal Transitoria para sostener en la jurisprudencia vinculante del 17 de febrero del 2005[1512], "*que el delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con animus lucrandi, es decir de 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 corporalis y vis compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas 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*".

[1509] *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N.º 1, 1999, p. 350. Igual criterio se reitera en la ejecutoria suprema del 8 de agosto del 2005, R.N. N.º 2308-2005-Cono Norte de Lima, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, 459.

[1510] R.N. N.º 1750-2004-CALLAO Sala penal permanente, **en** *Diálogo con la jurisprudencia*, N.º 78, marzo, 2005, p. 291. Igual **en** SAN MARTÍN CASTRO, p. 455. También **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 171.

[1511] No es la *Illatio* sino la *Ablatio* (aclaración nuestra).

[1512] R.N. N.º 3932-2004-Jurisprudencia Vinculante.

Es decir, esta jurisprudencia de carácter vinculante de modo desacertado se adhiere a la teoría de la ***illatio*** que sostiene que el robo se consuma cuando el agente se apodera del bien y lo traslada a un lugar seguro escogido por él y lo oculta aunque sea por breve tiempo. Sin embargo, ante la existencia en los estrados judiciales de abundantes procesos por el delito de robo agravado, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de forma inmediata, con fecha 11 de abril del 2005[1513] emitió otra ejecutoria suprema apartándose de tal criterio, en la cual invocando de modo errado la teoría de la *illatio*[1514], argumentó que: "*el apoderamiento debe entenderse consumado, no con el solo hecho de aprehender o coger la cosa –contrectatio– ni en el mero hecho de la separación de la posesión material del ofendido, sino con la illatio, esto es, cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa –puede ser incluso momentáneamente, fugaz o de breve duración, así como de parte de lo sustraído para que quede consumado en su totalidad, en tanto que se precisa la efectiva disposición de la misma–, lo que no sucede cuando se está persiguiendo al agente y se le captura en posesión de la misma; que, por consiguiente, es de considerar que hay tentativa, pese a la aprehensión de la cosa, cuando el imputado es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado o si en el curso de la persecución abandona los efectos, sin haber conseguido su disponibilidad momentánea o fugaz*".

Aun cuando la Sala Penal Permanente afirma en la ejecutoria que el apoderamiento se consuma con la teoría de la *illatio*, lo real y concreto es que la citada Sala Penal volvió a la teoría de la *ablatio*, pues luego sostiene que se entiende por consumado el apoderamiento "*cuando el autor ha logrado la disponibilidad potencial*" *del bien*.

Ante estas posiciones interpretativas contradictorias, los Jueces Supremos de las Salas Penales permanente y transitoria, por invocación

---

(1513) R.N. N.º 102-2005-Lima. Jurisprudencia que se aparta de la decisión vinculante y convoca a pleno jurisdiccional, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 457.

(1514) Debemos tener claro que la teoría de la *illatio* sostiene que el hurto se consuma cuando el agente traslada el bien mueble a un lugar seguro escogido por él y lo oculta. En tanto que la teoría de la *ablatio* sostiene que el hurto se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad real o potencial de disponerlo en su provecho (Ver: Consumación del hurto).

de la primera[1515], el 30 de setiembre del 2005 se reunieron en Sala Plena y emitieron el Acuerdo Plenario N.° 1-2005 que establece: *"En el delito de robo agravado, el factor que define la consumación es la posibilidad de disposición potencial del bien, la misma que no existe cuando el agente es capturado en el momento o inmediatamente después de producida su huida, supuesto en el cual nos encontramos ante una tentativa de robo agravado. En este sentido, se entiende que nuestro Código Penal se adhiere a la teoría de la* ablatio *(posibilidad de disponer del bien)"*[1516].

Esta es la línea jurisprudencial consolidada. Así, la ejecutoria suprema del 22 de mayo del 2008 argumenta que: *"el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición"*[1517].

En aplicación estricta del artículo 301-A en concordancia con el numeral cuarto del artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este acuerdo por ser producto de Sala Plena es de cumplimiento imperativo u obligatorio y vincula a todos los órganos judiciales encargados de administrar justicia penal hasta que otro Pleno Jurisdiccional Supremo lo modifique. Es decir, de esta disposición plenaria ningún órgano judicial puede apartarse. Solo lo podrá hacer otra Sala Plena de los Jueces Supremos en lo Penal. Ello aun cuando en los Acuerdos Plenarios se señala que los Jueces se pueden apartar de la doctrina legal siempre y cuando se expongan los respectivos argumentos.

(1515) Invocación efectuada en el R.N. N.° 102-2005-Lima.

(1516) Según acta de la sesión del pleno jurisdiccional de Jueces Supremos en lo penal, publicada en la página web del Poder Judicial. El acta fue firmada por los Jueces Supremos: Hugo Sivina Hurtado, Robinson Gonzáles Campos, César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, José Lecaros Cornejo, José Balcázar Zelada, Hugo Molina Ordóñez, Adolfo Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo.

(1517) R.N. N.° 813-2008-La Libertad, Segunda Sala Penal Transitoria, **en** REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 257. En la misma línea jurisprudencial, la ejecutoria del 22 de abril del 2008 en el R.N. N.° 675-2008-Lambayeque y la ejecutoria del 05 de setiembre del 2007, R.N .N.° 501-2007-Piura.

8. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El autor o agente será aquella persona que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta descrita en el tipo penal del artículo 188. Nuestra Corte Suprema, fundándose en la teoría del dominio del hecho para definir a la autoría, por ejecutoria suprema del 2 de octubre de 1997, en forma pedagógica enseña que: *"en el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice, aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado"*(1518).

Idéntico razonamiento emplea la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte cuando en la ejecutoria del 7 de junio del 2004 sostiene que: *"resulta obvio que no puede existir licitud en una conducta cuando lo que se pide es que se intercepte o golpee con un automóvil a los ocupantes de una motocicleta, de ahí que las alegaciones de inocencia del acusado relativas a su desconocimiento del propósito de los sujetos que participaron en el robo no resultan válidas para eximirlo de responsabilidad penal; por el contrario, los perjudicados han sido uniformes en sindicarlo como la persona que conducía el vehículo que colisionó con ellos y de donde descendieron los demás asaltantes, situación que determina que su participación fue a título de coautor al haber actuado con total dominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto además de ser planificado, existió una distribución de roles en base al principio de la división funcional de trabajo, que genera lazos de interdependencia entre los agentes"*(1519).

No cabe la coautoría en el robo simple toda vez que si en un caso concreto participan dos o más personas haciendo uso de la violencia o amenaza contra las personas estamos ante la figura del robo agravado, previsto en el inciso 4 del artículo 189 del Código Penal. No obstante,

(1518) Expediente N.º 4354-97-Callao, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 159. Los mismos argumentos se reproducen en la ejecutoria suprema de 09 de junio del 2004 en el Expediente N.º 253-2004-Ucayali-Sala Penal Suprema Transitoria.

(1519) R.N. N.º 244-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 179.

es perfectamente posible que haya partícipes ya sea como instigadores, cómplices primarios o cómplices secundarios; circunstancias que el operador jurídico deberá evaluar según lo establecido en el artículo 25 del Código Penal.

Serán casos de robo simple con plurisubjetividad cuando el agente amenaza o practica actos de violencia tendientes a la sustracción/apoderamiento, mientras otra persona que participa como cómplice vigila o espera en un vehículo para la fuga o huida (o facilita con conocimiento, la motocicleta o automotor). Los aportes de quienes facilitan informaciones valiosas, pero no intervienen en el hecho también definen un cuadro de complicidad necesaria o primaria en relación al hecho del autor, quien domina y decide el curso de la acción ilícita(1520). *"La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores"*(1521).

9. PENALIDAD

El agente o autor de robo simple será merecedor de la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, según la última modificación del artículo 188, ocurrida por Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio del 2001.

Subcapítulo 3
Robo agravado

1. TIPO PENAL

El delito de robo agravado en todas sus modalidades, tan frecuente en los estrados judiciales, se encuentra previsto en el artículo 189 del Código Penal. Quizá su frecuencia constituya uno de los motivos por los

(1520) *Vide*, ROJAS VARGAS, 2000b, p. 393.

(1521) Ejecutoria suprema, 22-03-1999, Expediente N.° 64-99-La Libertad, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 1, N.° 2, 1999, p. 326. Idéntica posición se recoge en la ejecutoria del 11 de mayo del 2004, Expediente N.° 3743-2003-Callao, **en** CASTILLO ALVA, 2006b, p. 334.

cuales el legislador en casi veinte años de vigencia de nuestro maltrecho Código Penal, ha modificado en varias oportunidades el numeral 189. Así tenemos, el texto original fue modificado por Ley N.° 26319 del 1 de junio de 1994, luego el 21 de junio de 1996 se promulgó la Ley N.° 26630, asimismo, lo dispuesto por esta última ley fue modificado por el Decreto Legislativo N.° 896 del 24 de mayo de 1998, por el cual, recurriendo a la drasticidad de la pena, el cuestionado gobierno de aquellos años pretendió frenar la ola de robos agravados que se había desencadenado en las grandes ciudades de nuestra patria. Con el regreso de los aires democráticos, el 5 de junio del 2001 se publicó la Ley N.° 27472, por la cual en su artículo 1 se modificó lo dispuesto en el Decreto legislativo antes citado. El 3 de marzo del 2007, por Ley N.° 28982, se ha ampliado el contenido del inciso 5 del citado artículo 189 del Código Penal. Luego, con el cuento de proteger a los vehículos por Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, el legislador ha vuelto a ampliar el contenido del artículo 189 del Código Penal. Finalmente, con las leyes N.° 30076 y 30077 de agosto del 2013 se ha vuelto a modificar la fórmula legislativa del robo agravado, quedando el mismo con el texto siguiente:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Se define al robo agravado como aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas expresamente en nuestro Código Penal. Existen hechos graves en los cuales el operador jurídico, sin mayor problema puede calificar la concurrencia de circunstancias que agravan al delito de robo. En efecto, en la ejecutoria suprema del 23 de setiembre del 2011[1522] se precisa que: "*de la acusación fiscal y la sentencia impugnada se aprecia que los hechos fueron correctamente tipificados en el artículo ciento ochenta y ocho del Código Penal concordante con el inciso uno del segundo párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal –y aun cabía aplicar las agravantes de los incisos tres y cuatro del primer párrafo y último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, pues actuó con sus coprocesados premunidos de armas de fuego y en calidad de integrante de una organización delictiva o banda–*,

[1522] R.N. N.° 1503-2011-Santa. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

así como en el primer párrafo del artículo trescientos diecisiete e inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código sustantivo, pues los hechos imputados consistieron en que el procesado Juan Carlos Sánchez integra la banda "Los Malditos" y en esa condición, previo concierto de voluntades con sus coprocesados, efectuaron un reglaje y valiéndose de armas de fuego, asaltaron al agraviado Víctor Córdova Atoche a quien lesionaron en la pierna izquierda para despojarlo del dinero que había retirado instantes antes del citado Banco, conducta que constituye una asociación ilícita para delinquir y un robo consumado con la circunstancia agravante de haber ocasionado lesiones a la integridad física de la víctima –así como que fue realizado a mano armada con pluralidad de agentes que integraban una banda–".

El robo agravado exige la verificación de la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura del robo simple, luego debe verificarse la concurrencia de alguna agravante específica, caso contrario, es imposible hablar de robo agravado. Como lógica consecuencia el operador jurídico al denunciar o abrir proceso por el delito de robo agravado, en los fundamentos jurídicos de su denuncia o auto de procesamiento, primero deberá consignar el artículo 188 y luego el o los incisos pertinentes del artículo 189 del C.P. Actuar de otro modo, como hemos tenido oportunidad de ver en la práctica judicial de solo indicar como fundamento jurídico algún inciso del artículo 189 sin invocar el 188, es totalmente errado, pues se estaría imputando a una persona la comisión de una agravante de cualquier otro delito, pero no precisamente del delito de robo. En la misma línea, en la ejecutoria suprema del 5 de setiembre del 2007[1523] se argumenta que "cabe hacer mención que el robo agravado deriva del tipo básico de robo simple (...), por lo que no basta invocar solamente el artículo ciento ochenta y nueve del mencionado texto legal, cuando se realiza la subsunción de la conducta, pues en el fondo esta norma no describe conducta delictiva alguna, sino que contiene circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo se agrava, en consecuencia, debe precisarse que la conducta delictiva imputada corresponde al tipo penal básico".

[1523] R.N. N.º 501-2007-Piura.

Para no volver a repetir el contenido de todos los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal de robo, válidos para el robo con agravante, remitimos al lector a lo ya expresado al hacer hermenéutica jurídica del artículo 188 del C.P.

2.1. Circunstancias agravantes

Corresponde analizar cada una de las circunstancias que agravan la figura del robo y, por tanto, el autor merece mayor sanción punitiva:

a. Robo en inmueble habitado

La Ley N.° 30076 ha modificado esta primera circunstancia agravante del robo. Antes era en casa habitada ahora lo ha cambiado a inmueble habitado. De modo que actualmente, la primera agravante de la figura delictiva de robo se verifica cuando aquel se efectúa o realiza en inmueble habitado. La acción realizada por el agente afecta diversos bienes jurídicos protegidos por el Estado por considerarlos fundamentales para una armoniosa convivencia social, como son afectación al patrimonio, inviolabilidad del domicilio y eventualmente afectación a la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc., de los moradores del inmueble. Se afecta también de modo abrupto la intimidad entendida como el derecho que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando interferencias de terceros, permitiendo de ese modo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

Haciendo hermenéutica jurídica de esta agravante, antes se discutía en doctrina si a la frase "casa habitada" debía dársele una acepción restringida, limitándola solo al lugar donde moran una o más personas[1524] o amplia, entendida como todo espacio físico que cumpla el papel de servir de vivienda o habitación y donde una o varias personas viven habitual o circunstancialmente. La discusión llegó a su fin con la modificación efectuada, pues casa habitada ha sido cambiada a inmueble habitado. La concepción amplia se ha impuesto legislativamente.

[1524] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 297.

Consideramos que esta concepción es la más atinada, pues si recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua encontramos que por casa se entiende todo edificio para habitar, es decir, puede denominarse también residencia, domicilio, hogar, mansión, morada, vivienda o habitación. En tal sentido, toda vivienda permanente o temporal por precaria que sea su construcción configura la agravante a condición de que no esté abandonada o deshabitada. La habitación puede servir de domicilio permanente o eventual de sus moradores, lo importante a tener en cuenta es el hecho que se trata de una morada y que al tiempo de cometerse el robo servía de vivienda para la víctima sin importar claro está que al momento de realizarse el robo, la vivienda se encuentra sin sus moradores que habían salido, por ejemplo, de visita a un familiar o a una fiesta. En consecuencia, quedan aludidas las habitaciones de campo o verano en el tiempo que son utilizadas, las habitaciones de hotel u hostal, etc.

Desde el momento en que se toma como referencia que el inmueble debe servir de morada o vivienda para la víctima, resultan excluidos de la agravante los edificios que sirvan para negocios, los colegios, las oficinas, los locales de instituciones públicas o privadas. En términos más gráficos y contundentes, un robo cometido en un colegio o en el local de una universidad no constituye agravante, así este se realice cuando estudiantes, profesores y trabajadores administrativos se encuentren en pleno ejercicio de sus labores.

b. Robo durante la noche

Constituye agravante el realizar o ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que, así el horizonte esté iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura. El agente debe buscar la noche para realizar su accionar de sustracción ilegítima de bienes, pues sabe que la protección de los bienes muebles por parte de la víctima se ha relajado y que tendrá mayores posibilidades de consumar su hecho al sorprender a su víctima.

Es común sostener que el fundamento político criminal de esta agravante radica en que la noche es un espacio de tiempo propicio para co-

meter el robo, al presuponer la concurrencia de los elementos: oscuridad, mínimo riesgo para el agente y facilidad mayor para el apoderamiento al relajarse las defensas por parte de la víctima y presuponer condiciones de mejor ocultamiento para el sujeto activo del delito y evitar de este modo ser identificado por la víctima.

La frase "durante la noche" debe entenderse, desde un criterio gramatical, esto es, en su sentido cronológico-astronómico; de ningún modo puede alegarse para el derecho penal peruano, que la agravante encuentra su explicación en un criterio teleológico funcional, es decir, buscando la finalidad político-criminal de la norma penal. En consecuencia, creemos que no es posible hacer un híbrido entre el criterio gramatical y el teleológico para tratar de entender la agravante "durante la noche", como lo sugiere el profesor Rojas Vargas[1525] al analizar esta agravante para el hurto, al sostener que durante la noche se constituye así en una agravante que debe ser considerada tanto en su acepción físico-gramatical de oscuridad o nocturnidad natural como en su perspectiva teleológica, buscando el fin implícito de tutela en la norma penal, para descartar la agravante allí donde existió suficiente iluminación y/o posibilidades de defensa iguales a que si el hecho se hubiera cometido durante el día con luz solar.

Esta posición restringe en forma extrema los efectos de aplicación práctica de la agravante, pues en una calle donde haya suficiente iluminación artificial e incluso vigilancia particular no será posible cometer un robo agravado, así el agente haya penetrado el inmueble y haciendo uso de la amenaza contra los moradores que súbitamente se despertaron, se apoderó de todo el dinero que había en la caja fuerte. Igual, no verificará esta agravante el hecho que el agente ingresa a una vivienda iluminada, debido a que los moradores se olvidaron de apagar la luz, y sustrae los bienes después de dominar por la violencia a su víctima. Lo cual nos parece poco consistente, pues los supuestos evidentemente configuran agravante por haberse producido durante la noche.

La consumación o perfeccionamiento del robo tiene que hacerse durante la noche. Si en un caso concreto se llega a determinar que los

[1525] ROJAS VARGAS, 2000, p. 187.

actos preparatorios se hicieron en el día y la consumación se produjo en la noche se configura la agravante; mas no concurrirá la agravante si llega a determinarse que los actos preparatorios se hicieron aprovechando la noche, pero la sustracción violenta se produjo en el día.

c. *Robo en lugar desolado*

Esta circunstancia agravante es nueva en nuestra legislación. En el Código Penal derogado de 1924, no aparece esta agravante. En cambio, el Código de 1863 utilizó la frase "robo en despoblado o en camino público", que tiene una connotación totalmente diferente a robo en lugar desolado. En efecto, mientras que robo en lugar despoblado significa que la acción se realiza en un lugar donde normalmente no hay población, el lugar es solitario; el robo en lugar desolado significa que la acción transcurre en un lugar que normalmente o circunstancialmente se encuentra sin personas. Esto es, puede ser en un lugar despoblado como también puede ser en un lugar poblado, pero que en forma circunstancial o eventual se encuentra sin pobladores.

Rojas Vargas[1526] enseña que lugar desolado será tanto el espacio físico sin población como el ámbito poblado que por factores diversos se halle sin gente: zonas industriales, calles extensas y solitarias, caminos, carreteras, zonas rurales alejadas de los pueblos o ciudades, estadios, plazas, teatros vacíos de gente, etc. El mensaje comunicativo del vocablo desolado posee así mayor riqueza significativa que la palabra despoblado, de allí entonces la mayor extensión de tipicidad objetiva que su inclusión en la circunstancia agravante del robo amerita[1527]. En cambio, Peña Cabrera[1528] consideraba que el robo en lugar despoblado era lo mismo que robo en lugar desolado.

La ubicación de la víctima en el espacio que le conlleva su desamparo, su desprotección, la ausencia de posibilidad de auxilio, la facilidad para

---

[1526] Rojas Vargas, 2000, p. 410.

[1527] Igual posición adoptan Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 312 y Villa Stein II-A 2001, p. 73.

[1528] Peña Cabrera, 1993, p. 80.

la fuga y el ocultamiento, facilitan la realización del robo por parte del agente y naturalmente fundamentan la agravante en análisis.

d. Robo a mano armada

El robo a mano armada se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente de un bien mueble de su víctima. Por arma, se entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta. En este sentido, constituyen armas para efectos de la agravante: arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verduguillo, desarmador, navajas, sables, serruchos, etc.) y armas contundentes (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc.). Por ejemplo, la ejecutoria del 8 de mayo del 2003, emitida por la Sala Penal Transitoria, da cuenta de un caso concreto en el cual el agente para lograr su objetivo de sustraer los bienes del agraviado utilizó como arma un desarmador. En efecto, la citada ejecutoria argumentó: "*Que durante la secuela del procesado el Colegiado ha evaluado y merituado las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Rubén Sánchez Fuertes en la comisión del delito contra el Patrimonio Robo Agravado, quien en compañía de dos menores de edad interceptó a los agraviados Ruth Jacqueline Flores Aliano y Marco Antonio Cruzado Porras, despojándolos de sus pertenencias consistentes en un reloj de dama y una gorra de dril color azul, para cuyo fin el citado procesado utilizó un desarmador con el fin de intimidarlos*"[1529].

La sola circunstancia de portar el arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el robo, configura la agravante. Si en un caso concreto se verifica que el autor portaba el arma, pero nunca lo vio su víctima, la sustracción-apoderamiento ocurrida no se encuadrará en la agravante en comentario[1530]. A efectos de la hermenéutica de la agravante y aplicarlo a un hecho concreto, no

[1529] Expediente N.º 2757-Lima, en ROJAS VARGAS, 2005, II, p. 253. Idéntica situación da cuenta la ejecutoria del 21 de enero de 2003 en la cual los procesados hicieron uso de un arma de fuego para reducir al agraviado y conseguir su objetivo, Expediente N.º 2567-2003, en CASTILLO ALVA, 2006b, p. 364.

[1530] PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 108.

resulta de utilidad diferenciar si realmente se hizo uso del arma o solo se portó a vista del sujeto pasivo, pues al final en ambos supuestos el agente demuestra mayor peligrosidad y atemoriza a su víctima de tal forma que no pone resistencia a la sustracción de sus bienes. La ejecutoria suprema del 10 de marzo del 2011[1531], así lo precisa cuando argumenta que: "*los medios comisivos alternativos del delito de robo no se restringen al uso de la violencia física –vis absoluta–, sino que también acogen a la amenaza –vis compulsiva–; en ese sentido, la utilización del arma como elemento de agravación específica del tipo penal de robo agravado, no requiere que se materialice su empleo a través de un acto directamente lesivo sobre la integridad física de la víctima –violencia física–, sino que también acoge la posibilidad de que su empleo se dirija sobre el aspecto psicológico de la víctima –a través de la amenaza– suficiente para vencer la resistencia que eventualmente oponga esta última; en este sentido, resulta inadecuado que se exija la verificación de lesiones inferidas sobre la integridad corporal de la víctima para constar el empleo de armas en la perpetración del delito*".

Esta disquisición solo será importante para el juzgador al momento de graduar o individualizar la pena que impondrá al agente al final del proceso.

La discusión en la doctrina nacional se presenta cuando el agente hace uso de armas aparentes, tales como revólver de fogueo, una pistola de juguete o una cachiporra de plástico, etc. Para Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1532], el uso de armas aparentes en la sustracción configura el delito de robo, debido a que el empleo de un arma aparente demuestra falta de peligrosidad en el agente, quien en ningún momento ha querido causar un daño grave a la víctima. Igual postura adopta Peña Cabrera[1533] cuando alega que la mera simulación no es suficiente para delinear la agravación que comentamos, pues el arma aparente no aumenta la potencialidad agresiva del agente. En esa línea, Villa Stein[1534]

(1531) R.N. N.° 1479-2010-Piura. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República.

(1532) Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 312.

(1533) Peña Cabrera, 1993, p. 81.

(1534) Villa Stein, 2001, p. 73.

sostiene que "por arma no se entiende las simuladas o inservibles, por inidóneas". En el mismo sentido, Ángeles-Frisancho-Rosas[1535].

En cambio, la jurisprudencia nacional traducida en resoluciones de nuestro máximo Tribunal ha adoptado posición totalmente distinta. No se toma en cuenta si el arma aumenta la potencial agresividad del agente, sino por el contrario, se toma en cuenta el estado anímico de la víctima al momento en que el agente actúa portando o haciendo uso del arma aparente[1536]. Tres ejecutorias supremas son suficiente para graficar la posición de la jurisprudencia nacional: por ejecutoria del 10 de marzo de 1998, la Corte Suprema expresó que: *"tomando en consideración que un arma es todo instrumento real o aparente que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima, de ninguna manera puede considerarse como circunstancia de robo simple el hecho de haber los encausados usado armas aparentemente inocuas (revólver de fogueo y un madero) ya que resultaron suficientes para atemorizar a los agraviados, contra los que ejercieron violencia (...)"* [1537]. La ejecutoria suprema del 20 de abril de 1998 afirma que: *"si bien conforme al dictamen pericial de balística forense el arma tiene la calidad de revólver de fogueo, ello no exime, en el caso de autos, a los agentes de su conducta delictiva dentro de los alcances de la agravante del robo a mano armada, toda vez que en la circunstancia concreta el uso del mismo produjo un efecto intimidante sobre las víctimas al punto de vulnerar su libre voluntad, despertando en estas un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión"*[1538]. Finalmente, por ejecutoria suprema del 10 de julio de 1998 se sostiene que: *"el concepto arma no necesariamente alude al arma de fuego, sino que dentro de dicho concepto debe comprenderse a aquel instrumento capaz de ejercer efecto intimidante sobre la víctima, al punto de vulnerar su libre voluntad,*

[1535] ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1209.

[1536] Esto aun cuando en la ejecutoria suprema del 23 de junio de 2004, siguiendo la posición de los autores antes citados, se sostiene que "al encausado se le encontró un arma de fogueo-juguete, la misma que por ser arma inidónea no puso en momento alguno en peligro el bien jurídico, vida humana". Expediente N.° 813-2004-Piura, **en** CASTILLO ALVA, 2006a, p. 404.

[1537] Expediente N.° 5824-97-Huánuco, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 400.

[1538] Expediente N.° 4555-97-Cono Norte, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 402.

despertando en esta un sentimiento de miedo, desasosiego e indefensión, bajo cuyo influjo hace entrega de sus pertenencias a sus atacantes»[1539].

En tal sentido, la primera posición se basa en la eficacia del arma en su poder para producir un peligro real para la víctima; en tanto que la segunda postura se coloca en el plano de la víctima, valorando el poder intimidatorio que produce en la víctima.

Terciando en este debate doctrinario-jurisprudencial, el profesor Rojas Vargas[1540] afirma que existe una posición racionalizadora que, sopesando el rigor de la fuerza argumentativa de tales tesis y sin subestimarlas o desecharlas, sostiene que si bien no se puede negar que un arma inutilizada o deteriorada no es apta para concretar su destino ofensivo, si la misma puede ser utilizada de otro modo con igual peligro real para la vida, integridad física o salud, estaremos ante el ámbito normativa de la agravante de robo a mano armada; de no ser así nos quedaremos en el dominio típico de la amenaza o intimidación propia del robo simple.

Asumimos totalmente la tercera postura denominada racionalizadora con acercamiento a la posición jurisprudencial. En efecto, la primera postura amparada en el no poder producir peligro real para la víctima el uso del arma aparente, pone énfasis en el arma de fuego que si no es apta para su finalidad o destino normal evidentemente no pone en peligro la vida o integridad física de la víctima, sin embargo, tal postura no toma en cuenta que muy bien aquella arma aparente (revólver de fogueo, pistola de juguete, etc.) puede ser utilizado como arma contundente y fácilmente poner en peligro la integridad física de la víctima.

La segunda postura al tomar en cuenta solamente el poder intimidante que produce en la víctima el uso del arma aparente, también obvia que el arma aparente puede causar real peligro para la integridad física de la víctima. Para esta postura si el uso del arma aparente no causó efecto intimidatorio en la víctima y en su caso opuso resistencia, la agravante no concurre. Sin embargo, el uso de arma aparente pone muy bien en peligro real la integridad física del sujeto pasivo.

[1539] Expediente N.º 2179-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 196.

[1540] ROJAS VARGAS, *2000b*, p. 424.

El uso de arma aparente se subsume en la agravante en análisis hasta por tres argumentos:

- ***Primero***, aceptando que el arma es todo instrumento que cumple una función de ataque o defensa, el arma aparente muy bien puede ser usada para atacar o defender. Un arma de fuego al ser inútil para cumplir su finalidad natural por deterioro, ser de juguete o de fogueo, muy bien en la práctica puede convertirse en arma contundente o punzante. Esto es, como arma contundente o punzante pone en peligro real la vida o integridad física de la víctima. Ejemplo, opera la agravante cuando el agente al hacer uso de un revólver de fogueo en un robo, al tener resistencia de su víctima, lo utiliza como arma contundente y le ocasiona un traumatismo encéfalo-craneano. También estaremos ante la agravante cuando el agente para robar hizo uso de una pistola de juguete, con el cual al oponer resistencia la víctima, le pinchó la vista izquierda, haciéndole en consecuencia inútil para su función natural en el futuro.
- ***Segundo***, el empleo de arma (blanca, de fuego o contundente) por parte del agente, normalmente ocasiona en la víctima efecto intimidatorio. Necesariamente provoca miedo y desasosiego en el sujeto pasivo, al punto que teniendo este la posibilidad de defender la sustracción de sus bienes, no lo hace por temor al mal de perder la vida o poner en riesgo su integridad física. Al producirse un hecho concreto, la víctima nunca piensa si el arma es real o aparente. Lo aparente solo se sabrá después de los hechos cuando incluso se someta a determinadas pericias. De este modo, Walter Vilcapoma[1541] sostiene que es el efecto intimidante del arma lo que se levanta como un elemento calificante, con mucha más valía que la peligrosidad o eventual lesión de otros intereses distintos al patrimonio.
- ***Tercero***, no debe obviarse la finalidad que busca el agente al hacer uso de un arma de fuego real o aparente. Lo hace con el firme objetivo de anular la capacidad de resistencia de la víctima por miedo. Sabe perfectamente que una persona común de carne y hueso se

[1541] VILCAPOMA BUJAICO, 2003, p. 76.

intimida al observar un arma de fuego y sabe también perfectamente que llegado el caso puede utilizar el arma de fuego aparente en arma contundente o punzante para defenderse en caso que la víctima oponga resistencia.

Por otro lado, *"el robo agravado con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo no puede ser considerado como delito independiente, conforme lo ha establecido esta Sala Penal en numerosas ejecutorias, pues dada la naturaleza del acto ilícito, el delito de tenencia ilícita de armas se subsume en el inciso cuarto del artículo 189 del Código Penal"*(1542). Igual posición se reitera en la ejecutoria suprema del 26 de julio de 1999 al sostener la Suprema Corte que: *"el delito de robo con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo, configura el 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 constituye un sub tipo agravado del delito de robo"*(1543). Así también se pronuncia la ejecutoria del 17 de enero del 2003 cuando la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, argumenta: *"Que, en el presente caso se ha procesado también por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, sin embargo de los actuados se aprecia que el delito de robo agravado fue ejecutado utilizando un arma de fuego, por lo que no puede ser considerado como delito independiente, sino que se encuentra subsumido en una de las agravantes del delito de robo conforme lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"*(1544).

Esta correcta posición adoptada por nuestro máximo tribunal de justicia, debe ser tomada en cuenta por el operador jurídico de las instancias inferiores con la finalidad de desterrar la errada práctica judicial que en robos con uso de armas de fuego, se formalice denuncias y se inicie procesos penales por robo agravado a mano armada y, a la vez,

(1542) Ejecutoria suprema del 29-03-1996, Expediente N.° 437-96. Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N.° 2, 1999, p. 344.

(1543) R.N. N.° 584-98-Lima, **en** CHOCANO/VALLADOLID, 2002, p. 201.

(1544) R.N. N.° 3231-2002, ROJAS VARGAS, 2005, p. 249. Igual postura se reitera en la ejecutoria del 21 de enero del 2003 en el Expediente N.° 2567-2003, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 364. Igual en la ejecutoria de 8 de setiembre del 2004; RN. N.° 1050-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 163. Y más reciente, en la ejecutoria suprema del 15 de agosto del 2005, R.N. N.° 1680-2005-Amazonas, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 478.

por el delito de tenencia ilegal de armas. Asimismo, para efectos de la calificación de la agravante es irrelevante determinar si la posesión del arma de fuego por parte del agente es legítima o ilegítima.

Sin embargo, si luego del robo con el uso de armas de fuego, el agente sigue en posesión del arma y en tales circunstancias es intervenido por la Policía Nacional, el agente será autor de dos delitos independientes: robo agravado por uso de arma de fuego y tenencia ilegal de armas. En este sentido se ha pronunciado una reciente ejecutoria suprema[1545], al sostener en el considerando séptimo que: *"respecto al delito de tenencia ilegal de armas imputado a Juan Carlos Sandoval Sánchez, cabe puntualizar que, en el presente caso, el delito de robo agravado por la utilización de armas de fuego no subsume su contenido de ilicitud, pues la posesión ilegítima del arma de fuego se prolongó en el tiempo hasta tres días después de consumado el citado delito patrimonial, circunstancias que dota de autonomía material a ambos delitos"*.

La agravante se fundamenta en el notorio desvalor de la acción que supone el reforzar la acción instrumental de la violencia o la amenaza con elementos físicos contundentes que facilitan la realización del delito, ponen en riesgo la vida y la integridad físico-mental de la víctima, perturban el sentimiento colectivo de seguridad y aseguran en gran modo la impunidad inmediata del sujeto activo. A través de tal actitud, el sujeto activo revela especial peligrosidad y pone de manifiesto un enfático desprecio por los riesgos y efectos previsibles de su comportamiento para con la víctima y la sociedad[1546].

f. Robo con el concurso de dos o más personas

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana y, por ello, haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales aun cuando no se ha logrado establecer su real significado. Los sujetos que se dedican a robar bienes muebles, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues

[1545] R.N. N.º 1168-2008-La Libertad, **en** *Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 1, julio, 2009, p. 143.

[1546] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 416.

por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales supuestos el fundamento político criminal de la agravante. En parecido sentido lo tiene aceptado la jurisprudencia, como se demuestra con la ejecutoria suprema del 1 de diciembre del 2011[1547], donde se precisa que "*en la ejecución del delito de robo agravado participaron varios sujetos –pluralidad de agentes– y existió una conjunción de fuerzas para despojar a la víctima del dinero; que los inculpados se aprovecharon de la situación de debilitación de defensa material en que se hallaba la víctima y lo atacaron, conscientes del desequilibrio desproporcionado de dicha condición –o situación de inferioridad del agraviado–; que esas circunstancias denotan una indiferencia por la integridad física y una perversidad animada por un designio de apoderamiento patrimonial y un anhelo de satisfacción del propósito lucrativo surgido en la voluntad*".

En la doctrina peruana siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores en la agravante en comentario. En efecto aquí, existen dos vertientes o posiciones. Unos consideran que los partícipes entran en la agravante. Para que se concrete esta calificante, Peña Cabrera[1548] afirmaba sin mayor fundamento: es suficiente que el robo se realice por dos o más personas en calidad de partícipes. No es exigible acuerdo previo; solo es necesario participar en el delito de cualquier forma: coautoría o complicidad[1549].

En tanto que la otra posición que asumimos sostiene que solo aparece la agravante cuando las dos o más personas que participan en el robo lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos con su conducta teniendo el dominio del hecho aportan en la comisión del robo. Para saber cuándo estamos ante la figura dogmática de coautoría en esta agravante, cabe glosar la ejecutoria suprema del 9 de octubre de 1997, en la cual haciendo pedagogía nuestro máximo Tribunal ha sostenido: "*teniéndose en cuenta que toda forma de autoría en los delitos*

[1547] R.N. N.° 2209-2011-Lima. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

[1548] Peña Cabrera, 1993, p. 82.

[1549] Igual postura Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1209 y Paredes Infanzón, 1999, p. 108.

dolosos de resultado, como es el caso de autos, sea en su modalidad directa, mediata, o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho, la coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución obren con dominio funcional; es así que en el caso sub iúdice como los agentes perpetraron los robos con una decisión común, en cuya ejecución cada interviniente dio un aporte esencial cabe unificar la imputación para todos ellos a título de coautores y no de autores por un lado, y cómplice secundario por otro, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior; en esta parte es muy importante subrayar que el delito investigado reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, a saber: a) decisión común: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el robo, que se distingue del acuerdo a voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o división de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber fracasado todo el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría"(1550).

"Que, asimismo en virtud al principio de reparto funcional de roles, por el cual 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, cuya trascendencia jurídica penal radica en que la coautoría supone la aplicación de penas iguales para todos los coautores"(1551).

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mis-

(1550) Expediente N.º 4484-97-Cañete, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 159.

(1551) Ejecutoria suprema, 01-12-1998, Expediente N.º 4151-98-Ayacucho.

mo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el hecho mismo de la sustracción-apoderamiento. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría. En esa línea, no opera la agravante cuando un tercero facilita su vehículo para que Francisco Luján realice el robo solo. Tampoco cuando un tercero induce o instiga a Francisco Luján para que robe a determinada persona, salvo claro está, que en el primer supuesto, el hecho haya sido planificado por ambos y que en el reparto funcional de roles, le haya correspondido actuar de facilitador del robo.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, el robo con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometido por autores o coautores. Considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su parte general y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho (violación del principio del *ne bis in idem*)[1552].

La jurisprudencia nacional ha asumido con rigor dogmático esta última posición. Así tenemos por ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1996, nuestro máximo Tribunal sostuvo que: "*es necesario indicar que si los tres procesados acordaron asaltar a los agraviados y uno de los acusados no sustrajo nada, no es motivo para absolverlo, puesto que hay que tener en cuenta la decisión común de los procesados como un concierto de voluntades dirigidas a llevar a cabo el hecho delictivo, lo cual determina la función que cada uno de ellos realizaba en la perpetración de dicho ilícito, fundamentada en el principio de la división del trabajo*"[1553]. En igual sentido, por ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1998 se afirma: "*se infiere que los hechos submateria fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego reales, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado, lo que las conductas de los agentes reúnen los tres requisitos que configuran la coautoría*"[1554]. En caso

[1552] ROJAS VARGAS, 2000, p. 430. En igual sentido, ROY FREYRE, 1983, p. 83.

[1553] Expediente N.° 949-96-Puno, **en** *Normas Legales*, T. 284, enero, 2000, p. A-29.

[1554] Expediente N.° 6017-97-Lima, **en** PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 162.

parecido con fecha 29 de enero de 1999, se reafirma que: *"de la evaluación de los hechos y de los aportes de los intervinientes, se infiere que los hechos submateria fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego y apoyo logístico, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado"*(1555).

Entre los coautores debe existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el robo. No obstante, este acuerdo no debe connotar permanencia en la comisión de este tipo de delitos, pues en tal caso estaremos en presencia de una organización criminal que configura otra agravante diferente.

No está de más dejar establecido que esta agravante casi siempre concurre con otras agravantes como puede ser en casa habitada, a mano armada, durante la noche, etc.

g. Robo de turistas y no turistas

Siguiendo con la materialización de un libreto de una obra teatral mal estructurado, el Congreso de la República nuevamente nos volvió a sorprender con la publicación en el diario oficial *El Peruano* de la Ley N.° 28982, la cual supuestamente pretendía proteger al turista nacional o extranjero. En efecto, el 3 de marzo del 2007, se publicó la citada Ley, en la cual se prevé o establece disposiciones penales y extrapenales que tienen por finalidad proteger y dar defensa gratuita a las personas que hacen turismo en nuestro basto y rico territorio. Este es el fundamento último de la Ley, incluso expresado en su artículo primero, donde se dispone que su objetivo es el establecimiento de las medidas tendientes a crear las condiciones de protección y defensa del turista, con especial énfasis en el ámbito penal.

Esta Ley, en el artículo 2 más que una modificación establece la ampliación del contenido del inciso 5 del artículo 189 del Código Penal. De tal forma, ahora el delito de robo agravado se configurará cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso

(1555) Expediente N.° 5276-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 304.

de la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física, en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga[1556], 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.

El fundamento de esta disposición no se puede conocer en forma certera. Según la página Web del Congreso, la Ley tiene su origen en dos proyectos: el Proyecto de Ley N.° 32/2006-CR, ingresado al Congreso el 14 de agosto del 2006, y el Proyecto de Ley N.° 516-2006-CR, ingresado el 23 de octubre del 2006. En ninguno de estos documentos, se propuso la modificación o ampliación del inciso 5 del artículo 189 del Código Penal en los términos como finalmente fue aprobado. Al parecer, como lamentablemente siempre ocurre, la idea y propuesta surgió del debate parlamentario.

No obstante, de la lectura de la exposición de motivos de los proyectos de ley, se puede deducir que el *leit motiv* de la disposición en comentario, es que el Turismo es una política del Estado "por lo que hay que promoverla y protegerla de los delitos más frecuentes de la que son víctimas constantemente, siendo el caso que en lo que va del año se han registrado más de 300 casos de delitos contra turistas tanto en Lima como en el Callao; delitos contra el patrimonio como el robo de maletas, mochilas, cámaras fotográficas, filmadoras, documentos personales, dinero, joyas; agresión sexual y diversos atentados contra su integridad física, etc. En el 2005 se cometieron 961 delitos contra los turistas en todo el país. Toda esta realidad delictiva en nuestro país, hace que sea necesario que se legisle explícitamente sobre este grave problema que perjudica al Turismo y por tanto perjudica la economía del país; por lo que siendo una política de generación de empleo y aumento de riqueza para nuestro país, hay que dictar normas que pro-

[1556] Hasta aquí era el contenido del inciso 5 del artículo 189 C.P. antes de la promulgación de la Ley N.° 28982.

tejan al turista nacional y extranjero; es por ello que con este proyecto se incorpora un nuevo inciso al artículo 189 del Código Penal, con la finalidad de proteger al turista en general"[1557].

En efecto, el proyecto ingresado al Congreso en agosto del 2006, proponía que en la primera parte del artículo 189 del C.P. se agregue el inciso 8 con el contenido siguiente: *"En agravio de turistas nacionales y extranjeros"*. Es decir, se configurará el delito de robo agravado cuando la sustracción ilegítima del bien total o parcialmente ajeno se realiza o perfecciona en agravio de una persona que tenga la condición de turista ya sea nacional o extranjero independientemente del lugar en que ocurra el hecho. Esta propuesta resultaba coherente con su fundamento y la sistemática del contenido del artículo 189 del Código Penal, pues ya en el inciso 7 de la primera parte del citado numeral, se prevé que se configura el delito de robo agravado cuando se realiza en agravio de menores de edad o ancianos.

Sin embargo, por disposición del artículo 2 de la Ley N.° 28982 se amplía la agravante en los términos que se tienen indicados. De esta forma, la finalidad última que buscaba el legislador de solo proteger y defender al turista como generador de divisas, se ha distorsionado. La disposición legal finalmente aprobada por el legislador, no tiene alguna relación coherente con la exposición de motivos de los proyectos de ley que la propiciaron.

De la redacción final del inciso 5 del artículo 189 C.P. ampliado, se concluye: para que se configure la agravante del robo no interesa ni es relevante penalmente que el agraviado se encuentre en condición de turista ya sea nacional o extranjero. La agravante simplemente se configura cuando el robo se realice 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

[1557] Véase: exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 32/2006-CR.

museos. Es decir, igual se produce la agravante cuando el agraviado con la acción del robo sea un turista o cualquier otra persona, con la principal condición de que se encuentre en los lugares que exige el tipo penal.

Por ejemplo, igual se configurará la agravante cuando el afectado con la acción del robo es la persona que en forma ambulante a diario se dedica a vender golosinas en los terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, restaurantes, etc. En este caso, ningún Fiscal ni juez diligente y conocedor del derecho punitivo, podrá desechar el delito de robo agravado alegando que al no ser turista el agraviado no concurre la agravante. No debe soslayarse que las normas, mucha más las de carácter penal, adquieren vida propia e independiente una vez promulgadas y publicadas. Ya no dependen de lo que quiso o buscó el legislador (intención), sino dependen de lo que expresan por sí mismas. Al interpretarlas poco sirve determinar la intención del legislador.

Por otro lado, ¿qué pasa si el turista es objeto de robo en lugares diferentes a los indicados en la norma penal? Simplemente nada. La agravante no concurre. Por ejemplo, si el robo al turista extranjero se produce en las avenidas Colmena o Abancay de Lima o Colonial del Callao, como frecuentemente ocurre, la agravante no concurre.

En otro extremo, para configurarse la agravante del robo, el uso de la violencia o amenaza para la sustracción debe producirse en el medio de locomoción y cuando este venga cumpliendo su función de transporte. Por ejemplo, si se determina que el medio de transporte público estaba estacionado en su día de descanso y el agente aprovechó para sustraerle su radio, la agravante no aparece. Igual posición adopta Rojas Vargas[1558] cuando afirma que de la naturaleza misma de la circunstancia modal se desprende que se tratará de medios de transporte en servicio, esto es, cumpliendo su rol de traslado de personas o de carga.

Un caso real que da cuenta del perfeccionamiento de la agravante en hermenéutica, aparece en la ejecutoria suprema del 31 de agosto del

[1558] Rojas Vargas, 2000, p. 439.

2004[1559], en la cual se argumenta: *"que, asimismo, como el robo fue perpetrado a propósito del servicio de taxi al que se dedica el agraviado y, precisamente, contra aquel, pues se le atacó y se le sustrajo el automóvil, también concurre la agravante del inciso quinto del artículo ciento ochenta y nueve del Código citado, en tanto que dicha circunstancia solo requiere que el robo se cometa 'en cualquier medio de locomoción de transporte (...) privado de pasajeros (...)'; que, desde luego, los vehículos dedicados –formal o informalmente– al servicio de taxi lo son, y el agraviado fue víctima de atentado patrimonial violento con ocasión de tal servicio, lo que determina que se encuentre en una situación de mayor indefensión, que precisamente es el fundamento de la agravante"*.

De igual forma, la agravante se materializará cuando los 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 estén abiertos al público y cumpliendo su finalidad natural. Esto es, en estos lugares se esté realizando la actividad de brindar un servicio al público para el cual normalmente están destinados. Si se determina que la sustracción ilegítima de los bienes muebles de la víctima se produjo cuando, por ejemplo, el terminal terrestre o ferroviario, el aeropuerto, el restaurante, el establecimiento de hospedaje, el área natural protegida o el museo se encontraban cerrados y, por tanto, sin atención al público, la agravante no concurre.

En suma, por la forma de redacción del inciso 5 del artículo 189 del C.P. modificado por la Ley en comentario, el turista ya sea nacional

---

[1559] R.N. N.° 1750-2004-CALLAO **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.° 78, marzo, 2005, p. 291. También se reproduce la ejecutoria, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 171. La ejecutoria suprema del 16 de agosto del 2004, analiza un caso parecido, cuando la Sala Penal Permanente expresa que se "colige la responsabilidad penal de José (...) en la comisión del delito de robo agravado, quien el once de junio de 2002, aproximadamente a las nueve de la noche, conjuntamente con otro sujeto aún no identificado, solicitaron los servicios de taxi del agraviado a fin de ser trasladados hasta el lugar denominado Intihuatana-Huancayo, y al llegar a dicho lugar lo condujeron hasta una casa abandonada, donde le maniataron de pies y manos, llevándose el vehículo que conducía" (R.N. N.° 1348-2004-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 168). Igual criterio en la ejecutoria del 16 de junio del 2004, R.N. N.° 741-2004-Lima, CASTILLO ALVA, 2006a, p. 335.

o extranjero sigue igual de desprotegido. Si el robo se produce en lugar diferente a los señalados en la norma penal o en momentos que tales lugares están cerrados al público, por más turista que sea el agraviado, no se configura el delito de robo agravado.

h. Robo fingiendo el agente ser autoridad

Se configura cuando el agente para sustraer y apoderarse ilegítimamente de los bienes muebles de la víctima, aparte de utilizar la violencia o la amenaza, finge ser autoridad, esto es, simula o aparenta la calidad de autoridad que en la realidad no tiene.

Al utilizar el legislador nacional la expresión "autoridad", se está refiriendo a los funcionarios públicos que enumera el artículo 425 del Código Penal. El funcionario es toda persona que tiene autoridad emanada del Estado.

La acción de fingir (ante el propietario) la calidad no poseída, para ser penalmente relevante deberá tener una suficiente entidad engañadora. Esto es, se exige idoneidad suficiente y adecuada para –en ponderación promedio– lograr el quiebre o eclipsamiento de la defensa. Esta ponderación no puede pasar por encima ni soslayar condiciones concretas bajo las cuales se desarrolló la acción ilícita, tales como la edad, la cultura, el contexto geográfico (ciudades o áreas rurales) y la vulnerabilidad de la víctima, ni perder de vista que la acción de fingimiento va aunada a la amenaza grave y los actos de violencia, lo que en su conjunto genera un cuadro de prevalimento difícil de superar para el sujeto pasivo o afectado[1560].

Aparece la agravante cuando dos sujetos, simulando uno juez y otro Secretario, entran en una casa afirmando que están realizando un embargo y sustraen los bienes de la víctima bajo amenaza; o cuando en la calle, un sujeto fingiendo ser policía (vestido o identificándose como tal), haciendo uso de la fuerza detiene a una persona y se apodera de su dinero que llevaba[1561].

[1560] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 444

[1561] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 313.

i. Robo fingiendo el agente ser servidor público

La agravante recogida igual que la anterior en el inciso 6 del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza y simulando o aparentando ser servidor público sustrae los bienes de la víctima. Es decir, el agente finge ser servidor o empleado público entendido como aquel trabajador que vinculado a la administración pública cumple actividades concretas y de ejecución bajo subordinación en relación del funcionario.

Opera la agravante, por ejemplo, cuando el agente identificándose con un carné del Poder Judicial, fingiendo ser secretario de un Juzgado civil y aseverando venir a trabar un embargo, ingresa al inmueble del agraviado y bajo amenaza de ser detenido, le sustrae diversos bienes muebles.

j. Robo fingiendo el agente ser trabajador del sector privado

Se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o la amenaza y simulando o fingiendo ser trabajador de una empresa privada, sustrae en forma ilegítima los bienes muebles del sujeto pasivo. El agente finge ser trabajador de determinada persona jurídica particular.

Se presentará la circunstancia agravante cuando los agentes simulando ser trabajadores de la casa comercial **Carsa** de donde el agraviado adquirió a crédito sus artefactos, ingresan a la vivienda de este último con el pretexto de verificar el estado de los artefactos y a viva fuerza se sustraen aquellos bienes; o cuando, el agente aparentando con un carné de identidad ser trabajador de **Telefónica**, ingresa a la vivienda con anuencia de la víctima, aseverando venir a revisar la conexión del teléfono y luego, por medio de amenaza logra sustraer los bienes domésticos.

De modo alguno en las tres hipótesis últimas, estaremos ante un concurso real con los delitos de usurpación de autoridad y estafa. El hecho de hacer uso de la violencia o amenaza y adicionalmente fingir ser funcionario, servidor público o trabajador del sector privado por parte del agente con la finalidad de sustraer bienes muebles ilegítimamente del agraviado, constituye solo robo agravado.

k. Robo mostrando el agente mandamiento falso de autoridad

La circunstancia agravante también recogida en el inciso 6 del artículo 189 del C.P. se configura cuando el agente mostrando o enseñando a su víctima orden o mandato falso de autoridad y haciendo uso de la violencia o la amenaza le sustrae sus bienes muebles de modo ilegítimo. Debe verificarse el dato objetivo del tipo que la orden o mandato que muestra el agente en forma directa a la víctima es falso, caso contrario, si se determina que la orden era legítima o legal, la agravante no se configura.

Con Rojas Vargas[1562], expresamos que en la medida en que se trata de otra variedad de simulación que facilita la ejecución del delito, la clase de autoridad invocada en el mandamiento falso no resulta delimitante y definidora de la agravante, pudiendo tratarse de autoridades jurisdiccionales, administrativas, policiales, militares, burocrática, de ejecución etc. Lo decisivo es que posea idoneidad y fuerza para vencer la resistencia (probable o en curso) de la víctima, no siendo de interés el centro aparente de producción de la orden, en tanto simule un nivel de autoridad quien lo emita.

Grafica perfectamente esta agravante cuando los agentes fingiendo uno de ellos ser Fiscal de turno; y los otros, efectivos de la policía nacional (incluso vestidos como tales) llegan a la vivienda del agraviado y mostrándole una orden falsa de supuesto allanamiento emitido por el juez de turno, ingresan a su vivienda y a viva fuerza le sustraen diversos artefactos.

l. Robo en agravio de menores de edad

La agravante recogida en el inciso 7 del artículo 189 se configura cuando el agente comete el robo en agravio de menores de edad.

No hay mayor discusión en considerar menores a las personas que tienen una edad por debajo de los dieciocho años. Así está previsto en el inciso 2 del artículo 20 del Código Penal, en el artículo 42 del Código Civil y en el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescentes.

[1562] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 447.

La circunstancia agravante se materializa cuando el agente dirige los actos de violencia o amenaza en contra de un menor. El término "agravio" implica, no solo el desmedro o merma patrimonial, sino también un direccionamiento de la violencia o la amenaza que afecta directamente al menor(1563). El agravio tiene así dos dimensiones concurrentes: a) La acción y efecto de la violencia y la amenaza; y b) el desmedro económico.

La ejecutoria del 15 de enero del 2004 recoge un caso real en el cual un menor es el sujeto pasivo del delito de robo. En efecto allí se *expresa* que: *"ha quedado plenamente acreditado tanto la comisión del delito, así como la responsabilidad penal del acusado Julio Isaac Nieto Rodríguez quien en compañía de otro sujeto el día de los hechos, interceptaron al menor agraviado, contra quien ejercieron violencia apoderándose de sus pertenencias"*(1564).

Si en un caso concreto, solo concurre la última de estas dimensiones, la circunstancia agravante no aparece. Se excluye la agravante, por ejemplo, cuando la violencia o amenaza fue contra el guardián de la vivienda del menor, quien solo vio mermado su patrimonio por efecto del robo producido.

El agente debe conocer o darse cuenta de que está ejecutando el robo en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer esta circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores solo serán pasibles de sanción penal a título de robo simple.

m. Robo en agravio de personas con discapacidad

Se agrava el hurto con violencia o amenaza grave cuando la víctima es discapacitada. La Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, incorporó esta agravante. Se configura cuando el agente comete el robo sobre una persona que sufre de incapacidad física, mental o sensorial.

(1563) *Ibidem*, p. 451.

(1564) R.N. N.° 2599-2003-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 323.

Persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para realizar alguna actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad[1565].

Se justifica la agravante, dado que el agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no ponen en peligro el logro de su finalidad, que es obtener un provecho patrimonial.

n. Robo en agravio de mujeres en estado de gravidez

También se agrava la conducta delictiva de robo y, por tanto, el autor o autores y partícipes merecen mayor pena cuando la *víctima se encuentra en estado de gestación*. La agravante aparece cuando la víctima-mujer del robo se encuentra en estado de gestación, es decir, esperando que se produzca el nacimiento de un nuevo ser que lleva en su vientre. Una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el momento mismo en que se produce la anidación del nuevo ser en el útero de la madre hasta que se inician los intensos dolores que evidencian el inminente nacimiento.

Se busca proteger la integridad física y mental tanto de la gestante como del ser por nacer. La agravante se justifica por la propia naturaleza del período que atraviesa la agraviada.

ñ. Robo en agravio de adulto mayor

También se agrava cuando la víctima pertenece al grupo de adultos mayores. La Ley N.° 30076 en forma atinada modificó esta agravante. Antes se refería a ancianos, ahora en coherencia con la Ley de las Personas Adultas Mayores N.° 28803, la agravante aparece cuando la víctima del

[1565] Véase el contenido del artículo 2 de la Ley N.° 27050, Ley general de la persona con discapacidad.

robo es un adulto mayor que de acuerdo al artículo 2 de la citada Ley, se entiende por persona adulta mayor a todo aquel que tengan 60 o más años de edad. Sin duda puede ser hombre o mujer.

Igual que en la agravante anterior, la acción de violencia o amenaza debe ser directa en contra del sujeto pasivo adulto mayor y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si la violencia o amenaza fue dirigida contra otra persona y solo resultó mermado el patrimonio del adulto mayor, la agravante no se verifica. También es posible que el agente, por error, actúe con la firme creencia que su víctima no es un adulto mayor, en tal caso es factible invocarse el error de tipo previsto en el numeral 14 del Código Penal.

o. *Sobre vehículo automotor, sus autoparte o accesorios*

Otra agravante que fue introducida en el Código Penal por la Ley N.° 29407 del 18 de setiembre del 2009 y modificado por la Ley N.° 30076, se configura cuando el robo se produce sobre un vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. Aquí la agravante se configura cuando el objeto del robo es un vehículo, sus autopartes o accesorios. Se busca proteger el patrimonio de las personas que cuentan con un vehículo en su poder. Consideramos innecesaria esta agravante pues, en cualquier caso, era suficiente con las agravantes ya existentes para imponer pena drástica a los que se dedican a cometer robos de vehículos. Pero, en fin, el legislador pensando erróneamente que con ello se pone freno a los robos de vehículos, así lo ha dispuesto.

El legislador ha justificado este proceder afirmando que la incorporación de esta agravante permitirá enviar mensajes de comunicación preventiva y sancionadora en forma directa a los agentes del delito y sujetos de vulnerabilidad comisiva en este orden de ilícitos penales, cumpliendo con mayor eficacia la norma penal su rol protector de bienes jurídicos y brindando seguridad a la comunidad. Es decir, al tener los delitos de robo agravado sobre vehículos automotores, sus autopartes y accesorios mención expresa en el Código Penal, le será fácil al intérprete configurar los casos de delitos de robo sobre vehículos ajenos cometidos

por organizaciones criminales a que se refiere específicamente el último párrafo del artículo 189[1566].

Esta posición del Congreso de la República tiene su explicación en el hecho concreto que "el robo de vehículos automotores y autopartes se ha ido incrementando de una forma alarmante. Así, de acuerdo a las estadísticas de la División de Prevención de Robo de vehículos de la Policía (DIPROVE), durante el 2008 se robaron en Lima 7330 unidades, habiéndose incrementado esta cantidad en un 25% respecto del año 2007, toda vez que ese año la cifra alcanzó las 5.879 unidades"[1567]. Sin duda, estas cifras con el transcurrir de los años ha ido en incremento.

Según la modificación efectuada por la Ley N.° 30076 de agosto del 2013, se verificará la agravante cuando el agente sustrae el equipo de música del vehículo automotor, etc.

p. Robo con lesiones leves en la integridad física o mental de la víctima

En la segunda parte del artículo 189 del Código Penal, el legislador nacional ha previsto y sancionado otro grupo de supuestos agravantes, los cuales por su mayor injusto penal merecen una pena más elevada que las agravantes ya analizadas.

La primera circunstancia agravante tiene su antecedente nacional inmediato en el segundo párrafo del artículo 239 del Código Penal de 1924.

Aparece la circunstancia agravante cuando el agente por efectos mismos del robo ocasiona lesiones leves a la integridad física o mental de la víctima. Esto es, causa transformación evidente del estado de equilibrio actualizado y funcional de las estructuras somáticas y psico-

[1566] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 3240/2008-CR, presentado al Congreso el 7 de mayo del 2009.

[1567] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 3081/2008-CR presentado al Congreso el 11 de marzo del 2009.

lógicas de la víctima. Se entiende que las lesiones a la integridad física o mental de la víctima deben ser consecuencia del uso doloso de la violencia o amenaza por parte del agente al momento de la sustracción-apoderamiento. Si las lesiones se verifican por otras circunstancias, la agravante no se configura.

Las lesiones que exige la agravante deben ser consecuencia del empleo de la violencia en el acto mismo de la sustracción. Estas lesiones pueden haber sido causadas en forma dolosa o por culpa del agente en el mismo momento en que se produce el robo. No antes. Serán dolosas las lesiones que ocasiona el agente a la víctima que en el mismo momento de la sustracción de sus bienes opone resistencia. En cambio, serán culposas cuando la víctima se lesiona a consecuencia del forcejeo que se produjo al momento de la sustracción. Lo importante es que las lesiones simples físicas o mentales sean consecuencia circunstancial y episódica del robo. En esa línea del razonamiento, no opera la agravante si en determinado caso, llega a determinarse que el sujeto activo previamente había planificado lesionar a su víctima para luego sustraerle sus bienes. Aquí se presentará un concurso real de delitos entre lesiones simples o menos graves y hurto.

No hay agravante si las lesiones son producidas por causas fortuitas.

Se perfecciona o consuma el robo con la presente agravante cuando la magnitud de las lesiones alcanza más de diez y menos de treinta días de asistencia facultativa o descanso para el trabajo (artículo 122 del C.P.). Si las lesiones merecen una prescripción facultativa menor, no estamos ante lo que jurídicamente se denomina lesiones sino faltas contra las personas, salvo claro está, que el daño a la integridad se haya producido con la concurrencia de agravantes en cuyo caso serán lesiones (artículo 441 del C.P.). No opera la agravante si las lesiones producidas alcanzan solo a constituir faltas contra las personas. De ser el caso, el hecho será robo simple. Asimismo, las lesiones no deberán ser de una magnitud de lesión grave, pues en tal caso se configura la agravante prevista en la última parte del numeral 189 del C.P.

El Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116[1568], del 13 de noviembre del 2009, recogiendo estos conceptos, ha establecido en su fundamento 12 como jurisprudencia vinculante lo siguiente: "*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 estas 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 esta 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*".

Las lesiones producidas a consecuencia del robo son subsumidas por esta agravante. No es posible jurídicamente formalizar denuncia penal y abrir proceso penal por el delito de robo agravado por la circunstancia en comentario y a la vez, por el delito de lesiones, como erróneamente todavía se estila en los estrados judiciales. Ello, pese a que existen diversas ejecutorias supremas que han enfocado de modo atinado el problema. Aquí solo hay el delito de robo agravado.

[1568] Aprobado en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 13 de noviembre del 2009.

Con fines de ilustración y aun cuando los casos ventilados refieren lesiones graves, nuestro Máximo Tribunal Penal por ejecutoria suprema del 24 de junio de 1999 afirmó que *"la figura típica de lesiones graves se encuentra subsumida dentro de los alcances del tipo penal que prevé el delito de robo agravado, al haberse acreditado que tales lesiones causadas contra la integridad física de la víctima fueron ocasionadas como consecuencia del atentado patrimonial, siendo del caso absolver al acusado de la acusación fiscal en cuanto a dicho extremo se refiere, en atención a lo preceptuado por el artículo 284 del Código adjetivo"*(1569). En igual sentido, se pronunció en la ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1999 cuando pedagógicamente indica que: *"El empleo de la violencia en la perpetración del robo constituye un elemento de su tipo objetivo y tiene como fin anular la capacidad de reacción de la víctima; si bien la conducta desplegada por el agente puede encuadrarse en más de un tipo penal, debe ser de aplicación aquel que prevea el carácter pluriofensivo de su conducta, de modo que en aplicación del principio de especialidad, la figura típica de lesiones graves se halla subsumida dentro de los alcances del tipo penal de robo agravado"*(1570). En idéntico sentido, se pronuncia la ejecutoria del 29 de enero del 2003 cuando la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, señala: *"que, en cuanto a las lesiones sufridas por el agraviado conforme es de verse del certificado médico legal de fojas catorce, han sido ocasionadas como consecuencia del robo, sin embargo la figura de lesiones se encuentra subsumido en una de las agravantes del delito de robo"*(1571).

Sin embargo, también se denunciará y abrirá proceso penal por el delito de lesiones junto al de robo agravado cuando, la víctima de las lesiones sea una tercera persona contra la cual no fue dirigida la acción del agente para sustraerle sus bienes y, en consecuencia, no vio mermada su patrimonio. Para subsumir las lesiones a la agravante, estas deben haberse ocasionado a la víctima de la sustracción ilegítima. Igual postura sostiene Rojas Vargas(1572) al expresar que esta focalización permite entender y desdoblar la imputación –en el marco de la agravante

(1569) Expediente N.° 2731-98-Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.° 3, 2000, p. 337.

(1570) Expediente N.° 3274-99-Piura, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 107.

(1571) R.N. N.° 3627-2002-Huánuco, **en** ROJAS VARGAS, 2005, p. 248.

(1572) ROJAS VARGAS, 2000, p. 458.

en alusión– para las demás personas afectadas (distintas de la víctima) a título de lesiones, mas no de robo agravado. Es víctima el sujeto pasivo principal del delito patrimonial.

Si la sustracción-apoderamiento no llega a consumarse por factores diversos, estaremos frente al delito de robo agravado en grado de tentativa así se hayan verificado las lesiones en agravio de la víctima.

El fundamento de la agravante radica en la concreción del peligro anunciado con la amenaza o previsible en los actos de violencia, circunstancias que evidencian la peligrosidad del agente, pues con la finalidad de lograr su objetivo de sustraer bienes ajenos, no tiene miramientos para afectar bienes jurídicos fundamentales como es la integridad física o mental de las personas.

q. Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima

La agravante no tiene antecedente en nuestra legislación. Se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza grave y aprovechando de la incapacidad física o mental de su víctima le sustrae ilícitamente sus bienes muebles. El fundamento de esta agravante radica en la mayor facilidad para la comisión del delito del que se aprovecha el agente, unido a ello la alevosía con la que actúa.

Tal como aparece redactada la circunstancia agravante se entiende que la incapacidad física o mental es anterior a la sustracción. El agente debe saber de la condición especial de la víctima o en todo caso, tomar conocimiento en el acto mismo de la sustracción. Lo importante es tener en cuenta que el agente no debe ser el causante de la incapacidad. Caso contrario, esta agravante no se verifica.

Esta subespecie 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 del bien mueble objeto del delito[1573]. De modo que si el agente antes de sustraer el bien mueble,

[1573] *Ibidem*, p. 462.

ha sometido a la víctima a un estado de invalidez o lo ha atado a una silla, o de cualquier otro modo lo ha incapacitado para actuar en defensa de sus bienes muebles, ello no será propio de esta agravante.

Se presenta la agravante cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sustrae los bienes muebles de un ciego o paralítico o un autista, etc. Aparte de abusar o aprovecharse del estado de incapacidad física o mental de la víctima, el agente debe actuar haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre su víctima. Si por el contrario solo se aprovecha de la incapacidad sin hacer uso de la violencia o amenaza, los hechos constituirán hurto, mas no robo. Para que exista robo agravado es necesario que el agente aparte de utilizar la violencia o amenaza en la sustracción y apoderamiento de bienes ajenos, aproveche el estado de incapacidad en que se encuentra la víctima.

Es factible también que el agente haya actuado en error respecto de la agravante. Es decir, el agente no conozca o no se haya dado cuenta de la incapacidad que sufre la víctima, presentándose de ese modo un supuesto de error de tipo, debiendo ser resuelta tal situación aplicando el artículo 14 del Código Penal, correspondiendo al operador jurídico determinar si el error fue vencible o invencible, pero en ambos casos la consecuencia es la misma: habrá robo simple nunca robo agravado.

r. Robo mediante el empleo de drogas y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima

La agravante también recogida en el inciso 2 del segundo párrafo del artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente comete el robo haciendo uso o empleando para dicho efecto drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima para anular su resistencia de defensa de sus bienes.

Como hemos dejado establecido al hacer hermenéutica del robo simple, nosotros consideramos que estos supuestos constituyen hurto agravado por destreza. De ningún modo aceptamos lo que se denomina en doctrina violencia impropia. Pues aquí no hay uso de violencia entendida como la aplicación de una energía física sobre la víctima de intensidad necesaria para vencer su resistencia. En el supuesto de uso de

drogas no hay violencia, lo que existe es la destreza que utiliza el agente para primero anular la capacidad de defensa de la víctima sobre sus bienes muebles y después, sin ninguna dificultad sustraerlos y apoderarse ilegítimamente de ellos. Esta posición es asumida por la Corte Suprema en la ejecutoria del 8 de marzo del 2004 cuando sostiene: "*que la conducta de la procesada ha consistido en que conjuntamente con otra persona aún no identificada, dejaron en estado de inconsciencia al agraviado Aníbal Salas Gómez mediante la administración de un somnífero en un vaso conteniendo licor, ello con la finalidad de sustraer los bienes y dinero del domicilio en que este moraba en su calidad de inquilino (...); que siendo ello hace necesario realizar un correcto juicio de tipicidad ya que no ha existido prueba de violencia, por lo que los hechos en materia de investigación configuran el delito contra el patrimonio –hurto agravado–*"[1574].

De *lege ferenda*, esperemos que en el futuro el legislador realice una mejor sistematización de las agravantes, ubicándolas donde realmente corresponden. Situación diferente será si el agente haciendo uso de la violencia o amenaza hace que la víctima ingiera o consuma alguna droga o fármaco con la finalidad de sustraerle después sus bienes.

No obstante, como la finalidad de este trabajo es hacer hermenéutica jurídica de las normas penales tal como aparecen redactadas en el texto punitivo con el firme propósito de hacer que su aplicación en la realidad práctica sea de modo más previsible y coherente, no queda otra alternativa que exponer qué significa aquella agravante o cuándo se verifica.

Estamos ante lo que se denomina violencia impropia. El agente no se aprovecha del estado de incapacidad como sucede en la hipótesis anterior, sino que causa o genera el estado de incapacidad haciendo uso de la droga, insumo químico o algún fármaco para de esa forma facilitar la sustracción y apoderamiento ilegítimo de los bienes muebles de la víctima. En suma, para efectos de la agravante el sujeto pasivo 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.

[1574] Expediente N.° 3558-2003-Cono Norte de Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 228.

Con fines pedagógicos es necesario indicar que los términos *droga* y *fármaco* utilizados por el legislador nacional tienen el mismo significado. La Organización Mundial de la Salud define a la droga como la sustancia terapéutica o no que, introducida al organismo por cualquiera de los medios mecánicos clásicos (inhalación de vapores o humo, ingestión, fricciones) o nuevos (parental, endovenoso) de administración de los medicamentos o sustancias, es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del individuo provocando una alteración psíquica o intelectual(1575).

s. *Robo colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica*

No hay mayor discusión en la doctrina al considerar víctima del delito de robo a aquella persona que por efecto del actuar ilícito del agente ha visto disminuido su patrimonio. La víctima puede ser una persona natural o jurídica.

Se presenta la agravante cuando la víctima o la familia que depende directamente de aquella, como consecuencia del robo han quedado desprovistas de los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades y de su familia. Sin embargo, para que opere la agravante no es necesario que la víctima quede en la pobreza o indigencia absoluta, solo se exige que esta quede en una situación patrimonial difícil de cierto agobio e inseguridad, el mismo que puede ser temporal o permanente.

El agente debe conocer o percibir una variación notoria en la economía de la víctima o su familia; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de tal circunstancia. Caso contrario, si el sujeto activo al momento de actuar no se representó tal situación, la agravante no aparece.

La justificación de esta agravante es, al parecer, el mayor perjuicio real que genera en la víctima. Sin embargo, puede tener un efecto político-criminal negativo, pues fomenta la selectividad del robo y no su erradicación(1576).

(1575) Con mayor amplitud, ROJAS VARGAS, 2000b, p. 467.

(1576) GARCÍA CAVERO, 2000, p. 136.

t. *Robo de bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la nación*

De la lectura del inciso 4 de la segunda parte del artículo 189 del C.P. se evidencia que estamos ante dos circunstancias agravantes por la cualidad del objeto del robo. Se configuran cuando el agente sustrae ilícitamente haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre los poseedores, bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural de la nación. El fundamento de las agravantes radica en su importancia y significado de los bienes objeto del robo para el desarrollo científico del país y por su legado histórico, artístico y cultural.

Por los bienes que conforman el patrimonio cultural se conoce el pasado histórico de la nación. ¿Pero qué bienes tienen valor científico y cuáles pertenecen al patrimonio cultural de la nación? Responder a estas preguntas rebasa de sobremanera la labor del operador jurídico penal, quien tiene que recurrir a normas o disposiciones extrapenales para poder determinar si estamos ante alguna de las cualidades que exige la norma penal.

Resulta difícil saber qué bienes tienen valor científico y cuáles no. Correspondiendo al juez determinar tal calidad en cada caso concreto. Para ello sin duda necesitará la concurrencia de personas calificadas en bienes de valor científico para saber si se trata de bienes de tales características. A modo de ejemplos, con Rojas Vargas[1577] que trata la agravante en el delito del hurto, podemos decir que bienes con valor científico serían las máquinas o instrumentos médicos de alta precisión, los riñones o corazones artificiales, microscopios o telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectrógrafos de última tecnología, etc., así como bienes de utilidad científica como material genético depositado en recipientes, cultivo de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo o experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc. No interesa tanto el valor económico del bien, sino su valor científico, así como que el agente debe conocer de tal característica.

En tanto que los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son todos aquellos que constituyen testimonio de la creación

[1577] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 265.

humana, material o inmaterial expresamente declarados por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Por medio de ellos las generaciones humanas presentes y por venir conocemos nuestro pasado histórico. Para saber si estamos ante un bien que integra el patrimonio cultural de la nación, el operador jurídico, como ya hemos mencionado al tratar la figura del hurto, debe recurrir a la Ley N.° 28296 del 2004 que establece en forma más o menos clara lo que se entiende por bienes que conforman el patrimonio cultural de la Nación. El artículo 1 de la citada ley prescribe que los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación se clasifican en bienes muebles e inmuebles de propiedad del Estado y de propiedad privada y también los de naturaleza inmaterial[1578].

En ese orden de argumentos considero necesario efectuar la siguiente precisión: esta agravante constituye una excepción a los delitos contra el patrimonio, pues aquí no interesa tanto el valor económico que pueda tener el bien sustraído; tampoco interesa que el agente obtenga provecho económico del mismo, debido a que muy bien puede sustraerlo para tenerlo como adorno o tenerlo en su colección, etc. Lo único que interesa saber es si el bien tiene valor cultural expresamente reconocido y el agente conocía de tal cualidad, caso contrario solo estaremos ante la figura del robo básico.

Para configurarse la circunstancia agravante, la sustracción ilegítima haciendo uso de la violencia o amenaza, debe hacerse de museos o de lugares donde los bienes de valor cultural se encuentren protegidos; si por el contrario, la sustracción se hace de yacimientos arqueológicos la agravante no aparece, configurándose el delito contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 226 y siguientes del C.P. Asimismo, si por ejemplo primero se produjo la sustracción-apoderamiento por medio

[1578] Además el artículo II del título preliminar de la Ley N.° 28296, da la siguiente definición: Se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano –material o inmaterial– que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la presente Ley.

de la fuerza o amenaza sobre sus protectores y después el agente lo saca o extrae del país, se presentará un concurso real de delitos entre robo agravado y el delito previsto en alguno de los artículos 228 o 230 del Código Penal. En este sentido, se aplicará la pena del delito más grave, es decir, del delito en comentario.

u. Robo por un integrante de organización criminal

Esta agravante ha sufrido una modificación por la Ley N.° 30077 de agosto del 2013. Antes se configuraba cuando el agente actuaba en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, ahora simplemente se verifica cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal. De acuerdo a la Ley N.° 30077 (modificada por el Decreto Legislativo N.° 1244 de octubre del 2016), se 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. 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 objetivos de la organización criminal. La finalidad de la organización criminal tiene que ser la comisión de los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado-asesinato sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, de conformidad con el artículo 108, 108-C y 108-D, del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.

6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos previstos en la ley penal.
10. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
11. 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.
12. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del Código Penal.
13. 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.
14. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
15. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
16. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
17. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
18. 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.
19. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.

20. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 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.

Los alcances de la Ley N.° 30077 (debidamente modificada) son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

El agente será integrante de una agrupación delictiva, cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás integrantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores sustraen los bienes de su víctima a nombre o por disposición de la organización criminal. Si se determina que aquel actuó solo, sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella por ejemplo, la agravante no se verifica.

La ejecutoria del 14 de enero del 2004, recoge un hecho real en el cual los agentes conformaban una organización delictiva destinada a cometer delitos contra el patrimonio. En efecto, allí se expresa que: "*en el caso de autos se encuentra acreditada la comisión del delito y la responsabilidad penal de Roger (...) y Miguel (...), quienes con el ya fallecido Arturo (...) conforman un grupo de delincuentes que utilizando armas blancas han cometido diversos actos delictivos en diferentes lugares de la jurisdicción de Chancay - Huaral, concretamente el día 20 de enero de 2003, bajo la modalidad de 'colectivo' en un vehículo conducido por el encausado José (...) lograron que a la altura del kilómetro uno y medio de Lagarteare - Chancay - Huaral, abordaran las agraviadas Hilda (...) y Liset (...), para luego de recorrer unos 500 metros el conductor premeditadamente detener el vehículo, procediendo los delincuentes a despojarlas de sus pertenencias consistentes en un teléfono celular, reloj pulsera, alhajas y dinero en efectivo siendo conducidas hasta el cerro conocido como 'La culebra' donde las abandonaron*"[1579].

[1579] Expediente N.° 2531-2003- Huaura, **en** CASTILLO ALVA, 2006b, p. 300.

Debe quedar claro que la agravante se verifica cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal en los términos de la Ley N.° 30077 que define y expresa los elementos mínimos para que una agrupación de personas sea considerada como organización criminal. Eso significa que si en un caso en concreto, se determina que la organización criminal por ejemplo estaba fundada o constituida solo por dos personas, la agravante no se verificará, toda vez que la citada Ley exige como mínimo que los fundadores o los que constituyen la organización sean tres o más personas.

v. Robo con lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima

La agravante se configura cuando el agente o agentes por actos propios del uso de la fuerza o amenaza para sustraer de modo ilícito los bienes de su víctima, le causan lesiones físicas o mentales. Las lesiones deben ser de la magnitud de los supuestos taxativamente indicados en el artículo 121 del Código Penal. Si por el contrario las lesiones tienen la magnitud de los supuestos previstos en el artículo 122 o 441 del Código Penal, la presente agravante no aparece.

Aun cuando considero que no era necesario, así lo ha establecido el Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, como jurisprudencia vinculante, al señalar en la última parte de su fundamento 11 que: "*es de precisar 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*".

Se entiende también que las lesiones graves pueden ser causadas dolosamente o por negligencia del agente, esto es, el agente debe haber causado las lesiones físicas o mentales queriendo hacerlo para evitar,

por ejemplo, que la víctima siga resistiendo a la sustracción o también como consecuencia del acto mismo de la violencia utilizada para lograr la sustracción. Aparecerá la agravante por lesiones graves por negligencia cuando el agente en el acto de despojarle violentamente de su billetera a un pasajero, este pierde el equilibrio y cae del vehículo que se encontraba en plena marcha.

Así lo ha interpretado el máximo Tribunal de Justicia en la ejecutoria suprema del 24 de junio de 1999, donde se expresa: *"Habiéndose producido las lesiones graves, las mismas que se describen en el historial médico y los certificados médico legales obrantes en autos, como consecuencia del forcejeo que hubo al efectuarse un robo contra el agraviado; en consecuencia, por la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, éstos se subsumen en el último párrafo del artículo 189 del Código Penal"*(1580).

Las lesiones deben ser originadas como consecuencia del uso de la violencia o la fuerza del autor sobre la víctima en los actos propios de la sustracción-apoderamiento. No deben ser preconcebidas ni planificadas por el agente. Si en un caso concreto se llega a determinar que el agente actuó sabiendo y queriendo perfectamente lesionar en forma grave a la víctima para anular cualquier oposición o resistencia a la sustracción de sus bienes, no estaremos ante la agravante, sino ante un concurso real de delitos, esto es, se configurará el delito de lesiones graves previsto en el artículo 121 del C.P. con el delito de robo simple o robo agravado si alguna de las circunstancias agravantes ya analizadas concurre. Originando que al momento de imponer la pena al autor o autores se le aplicará la pena que corresponda según la regla prevista en el numeral 50 del Código Penal, es decir, se le impondrá una pena privativa de libertad no mayor de veinticinco años salvo que el agente haya actuado como integrante de una banda.

En este sentido, tal como aparece redactada esta agravante, llegamos a un absurdo jurídico que esperemos se corrija en el futuro inmediato. El mensaje de tal forma de legislar es patético y aterrador para los ciudadanos de a pie, a los cuales están dirigidas las normas penales para motivarlos a no cometer delitos. En efecto, como el lector se habrá dado cuenta, si

(1580) Expediente N.º 2731-98-Lima, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N.º 24, setiembre, 2000, p. 317.

el agente no ha planificado ni pensado causar lesiones graves sobre la víctima, queriendo solamente sustraer bienes por medio de la violencia o la amenaza, no obstante, ocasionalmente como producto de los actos mismos de la violencia o amenaza los causa, será merecedor de cadena perpetua; en cambio, si el agente ha planificado y, por tanto, quiere causar primero las lesiones graves sobre la víctima para después sustraerle sus bienes, el autor será merecedor a una pena no mayor de veinticinco años.

Esto es, el mensaje absurdo es el siguiente: si no quieres que te sancionen con cadena perpetua primero asegúrate de causarle lesiones graves a tu víctima para anular cualquier resistencia y luego sustráele sus bienes.

Las lesiones graves pueden ser sobre el propietario de los bienes o sobre los poseedores o tenedores de los bienes objeto de la sustracción. Hemos ya dejado expresado que en un delito de robo es víctima tanto el titular o propietario del bien por ver mermado su patrimonio, como aquella persona que posee legítimamente los bienes y sobre el cual van dirigidos los actos de violencia o amenaza para despojarle de los mismos. Si por el contrario, las lesiones son ocasionadas a terceros, por ejemplo, personas que ocasionalmente se presentaron en defensa de la víctima o efectivos policiales, la agravante no se configura, estando en su caso, ante un concurso real de delitos entre robo agravado en agravio del propietario o poseedor de los bienes sustraídos y lesiones graves en agravio de los terceros.

Un caso real donde se configura este último supuesto da cuenta la ejecutoria del 17 de diciembre del 2003, cuando la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fundamenta que "*se ha acreditado plenamente el delito de robo agravado y lesiones graves así como la responsabilidad de Alejandro Gustavo Rojas Pizarro, quien el veinte de diciembre del año dos mil uno aproximadamente a la diecinueve horas premunido de un arma blanca, interceptó violentamente al agraviado juntamente con otros sujetos no identificados pertenecientes a la pandilla 'La Huaca', a quien rodearon, sujetaron de las manos, procediendo a rebuscarle sus bolsillos y sustraerle la suma de setenta nuevos soles aproximadamente, producto de la venta del día; siendo el caso que en dichas circunstancias el agraviado Camilo José Miranda Godoy, padre del antes referido, al acercarse a llamar la atención a los sujetos*

que golpeaban a su hijo, fue atacado por el procesado quien con el cuchillo que poseía le causó una lesión a la altura del abdomen, después de lo cual se dieron a la fuga"[1581].

w. Robo con subsiguiente muerte de la víctima

Esta circunstancia o supuesto es la última agravante de la figura delictiva del robo, la misma que merece también la pena de cadena perpetua. La agravante se configura cuando el agente o agentes como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia o amenaza para vencer la resistencia natural de la víctima en defensa de sus bienes, le ocasionan o le producen la muerte. Según la redacción de la circunstancia agravante, se entiende que el resultado final de muerte puede ser consecuencia de un acto doloso o culposo. Asimismo, para estar ante la agravante, el agente no debe haber planificado la muerte de su víctima. El deceso debe producirse por los actos propios del uso de la violencia o amenaza en el acto mismo de la sustracción. Si llega a determinarse que el agente previamente quiso acabar con la vida de la víctima para después apoderarse de sus bienes, no aparece la agravante, sino el supuesto de asesinato, previsto en el inciso 2 del artículo 108 del Código Penal, y, por tanto, el agente será merecedor de la pena privativa de libertad temporal no menor de quince años.

En esa línea del razonamiento llegamos a evidenciar la incoherencia legislativa del legislador del Decreto Legislativo N.° 896 de 1998 y no superado por la Ley N.° 27472, al sancionarse con pena de cadena perpetua al agente que ocasiona la muerte de manera episódica, coyuntural, no planificada; en tanto que al agente que origina la muerte de una persona en forma planificada y deliberadamente dolosa a fin de sustraerle sus bienes sin mayor dificultad, le sanciona con una temporal no menor de 15 años. Como bien señala Rojas Vargas[1582], se produce así el siguiente mensaje de perversión normativa: mata primero antes de apoderarte del bien mueble, porque si no lo haces y si de los actos de violencia resulta muerta la víctima serás castigado con cadena perpetua, mientras que en el primer caso a lo más serás sancionado a 35 años.

(1581) R.N. N.° 2447-2003-Cono Norte de Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006b, p. 247.

(1582) ROJAS VARGAS, 2000, p. 490.

La agravante en comentario ha sido entendida por la jurisprudencia nacional. En efecto, la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Ica, por sentencia del 17 de agosto de 1999, en el hecho concreto que tres personas, siendo uno de ellos el acusado, llegaron a la vivienda de los agraviados y cónyuges Montoya Palomino y Zorrilla Cárdenas con la finalidad de robar, ante la reacción de defensa de sus bienes fueron impactados por proyectiles de arma de fuego produciéndose instantáneamente su muerte, sostuvo *"que, la conducta del encausado González Blanco al haber dado muerte a los agraviados en circunstancias que perpetraba el asalto y robo en el inmueble de propiedad de los mismos, revela un total desprecio por la vida de sus semejantes al no haber vacilado en causar la muerte de dos personas indefensas que por su propia edad no significaban en absoluto un peligro para repeler el ataque de los malhechores, los cuales se encontraban premunidos de armas de fuego, esto es que actuaron con ventaja sobre los damnificados; comportamiento que no puede llamar a equivocación al tipificar el delito imputado, pues el Robo Agravado con subsiguiente muerte se encuentra plenamente tipificado en el último parágrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N.° 896, vigente al momento de cometerse los hechos"*[1583].

En el mismo sentido y tratando de precisar la diferencia entre robo agravado y asesinato, nuestra máximo Tribunal de Justicia por ejecutoria suprema del 12 de agosto de 1999 asevera que: *"el Decreto Legislativo N.° 896 ha modificado estructuralmente la configuración del robo agravado, en relación al sistema primigenio contenido en el texto original del artículo 189 del Código Penal y sus modificaciones posteriores introducidas por las Leyes N°s. 26319 y 26630; en tanto que la primera norma legal acotada ha introducido como circunstancia agravante del delito de robo, la muerte de la víctima como consecuencia del atentado patrimonial, sancionándola con la severísima pena de cadena perpetua; el delito de robo con homicidio, precisa la presencia de un dolo homicida, ya sea directo o eventual con representación del mortal desenlace, sin exigirse la carga de subjetividad propia del delito deliberado, con minuciosa*

[1583] Expediente N.° 159-99. Esta resolución al ser objeto de recurso de nulidad, nuestra Suprema Corte por ejecutoria del 21 de octubre de 1999, declaró no haber nulidad en la sentencia recurrida, Expediente N.° 3437-99-Ica. En parecido sentido, la ejecutoria suprema de 2 de agosto del 2004, R.N. N.° 1160-2004-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 494.

y anticipada previsión del modus operandi en cuanto que eliminar una vida se ofrezca como necesaria o conveniente para la realización del plan de apoderamiento, bastando a tal efecto con el surgido de modo repentino instantáneo, en el curso de la acción incidente, en principio sobre la propiedad ajena, ante imprevistos; en consecuencia, solo se adscribe el subtipo penal el supuesto de que la muerte se produzca de modo episódico, es decir, como consecuencia del hecho, según expresa el texto del precepto legal, quedando fuera el supuesto de que la muerte se produzca de manera preordenada, esto es, cuando la muerte de la víctima va encaminada a la consecución del apoderamiento lucrativo, caso en el cual nos encontraremos frente a un homicidio calificado, en tanto que el homicidio se erige como delito medio para llegar al delito fin: el apoderamiento violento del bien mueble"(1584).

Incluso tal forma de ver las cosas ha sido reiterada en el precedente de carácter vinculante del 17 de febrero del 2005, cuando la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha sostenido, en forma pedagógica: "*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 de la víctima la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo, para ocultar su realización, impedir su detención, tal acción homicida constituirá delito de asesinato (ver José Hurtado Pozo. Manual de derecho penal. Parte Especial I. Homicidio. Ediciones Juris. Lima mil novecientos noventa y cinco, páginas cincuenta y nueve y sesenta). Sexto: Que, en cuanto se refiere a los hechos submateria, de las diligencias y pruebas actuadas ha quedado establecido que en horas de la tarde del ocho de junio del dos mil dos, el agraviado Carlos Lino Chonlón Vega fue interceptado por los coacusados Carlos Alberto Ramos Sandoval, Darío Damián Pedraza Alarcón y Rey David Pedraza Campos, en circunstancias que luego de retirar dinero del Banco se dirigía a bordo de una motocicleta por la carretera con destino al Centro Poblado Menor "Naranjos*

(1584) Expediente N.º 2435-99-Huánuco, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 343.

Alto» en la jurisdicción del Distrito de Cajaruro, Provincia de Utcubamba, siendo el caso que Ramos Sandoval conjuntamente con Pedraza Campos, aprovechando la superioridad numérica y empleando violencia le despojaron del dinero que portaba, para darse a la fuga, a lo que el agraviado en su intento de recuperar lo sustraído es impactado por un proyectil de arma de fuego disparado por Darío Damián Pedraza Alarcón quien se encontraba detrás de aquel en actitud de contención, ocasionando su muerte en forma instantánea (...) declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas cuatrocientos sesenta y seis, su fecha trece de setiembre del dos mil cuatro, en cuanto condena a Carlos Alberto Ramos Sandoval y Darío Damián Pedraza Alarcón por el delito de robo agravado, en agravio de Carlos Lino Chonlón Vega»(1585).

No todas las situaciones de robo en que se produce el resultado muerte de una persona, son subsumidas en la última parte del artículo 189 del Código Penal. En los casos en los que el autor o coautores han preordenado la muerte de la víctima, o actúan decididamente con el objetivo expreso de matar para luego apoderarse de los bienes muebles, configuran asesinato, mas no robo y subsiguiente muerte de la víctima. Igual situación aparece cuando el agente mata a un tercero que no reúne las características exigibles para constituirse en víctima del robo agravado, es decir, cuando el agente ocasiona la muerte de un tercero que no es propietario ni poseedor del bien objeto del robo.

Respecto de quienes pueden constituirse en víctimas, cabe hacer la siguiente precisión: como ya hemos dejado establecido al realizar la hermenéutica del delito de robo, son víctimas los propietarios del bien objeto del robo, así como aquellos poseedores legítimos o servidores de la posesión que define el artículo 897 del Código Civil, sobre los cuales van dirigidas las acciones de violencia o amenaza o en este caso,

(1585) R.N. N.º 3932-2004-Amazonas, Jurisprudencia Vinculante. Parecida situación da cuenta la ejecutoria suprema del 20 de agosto del 2004, al sostener que *"los acusados Vilca Guillén y Pari Zambrano, previo concierto de voluntades, intimidaron con un cuchillo y, pese a su inicial oposición y forcejeo, sustrajeron al agraviado Huamán Cueva la casaca que vestía, así como que en vista que luego del desprendimiento el agraviado lanzó piedras contra los acusados, dio lugar a que estos reinicien su ataque al agraviado y que el imputado Vilca Guillen blandiendo el cuchillo, utilizado para el acto de intimidación previa, le infiera varias puñaladas de necesidad mortal en la región toráxica ocasionándole la muerte"*. R.N. N.º 1608-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 243.

la acción homicida para vencer cualquier eventual resistencia en defensa de los bienes y de ese modo lograr la sustracción. En otras palabras: víctima es el propietario que ve mermado su patrimonio con la sustracción, así como los poseedores que se ven afectados o perjudicados con la acción homicida.

Por ejemplo, es subsumible en la agravante tal como lo hace en forma atinada la Corte Superior del Callao y confirmada por la Corte Suprema, el hecho que da cuenta la ejecutoria suprema del 2 de mayo del 2000[1586], en el cual "*los procesados (...) previa concertación de voluntades, se trasladaron a la empresa Papelera Nacional S.A. (...), con la finalidad de sustraer diversas especies, una vez que los tres primeros se encontraban en el interior de la empresa, se dirigieron a la caseta de control donde se hallaba el agraviado Luis Alberto Masías Malásquez cumpliendo su labor de vigilancia, quien al percatarse de la presencia de los acusados intentó enfrentarlos, oponiendo tenaz resistencia, ante ello el encausado Higinio Aramburu quien portaba un arma de fuego le disparó impactándole el proyectil en la región del tórax, causándole la muerte (...)*"[1587].

Incluso así lo precisa Rojas Vargas[1588] cuando refiere que al haberse admitido la pluriofensividad del delito de robo, cabe extender la titularidad, en este caso complementaria, del sujeto pasivo a quienes sufren la violencia, lesiones, o se ven afectados en su libertad. Es una apreciación dogmático-jurídica que resulta coherente con la diversidad de bienes jurídicos en juego y que son objeto de tutela penal. Sin embargo, el citado autor se contradice[1589] cuando pretendiendo encontrar una diferencia entre el término "persona" que aparece en la tipicidad del robo simple con el de "víctima" que aparece en la agravante en comentario, sostiene que para configurarse la agravante, la persona debe ser aquella que además de perder la vida por los actos propios del robo vea mermado su patrimonio. Esto es, solo se configura la agravante cuando el sujeto pasivo es el

[1586] Expediente N.° 186-2000-Callao en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N.° 25, octubre, 2000, p. 94.

[1587] Extracto del dictamen Fiscal, en *Ibidem*, p. 95.

[1588] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 363.

[1589] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 490.

propietario del bien. Los poseedores o los que tienen la tenencia de los bienes así mueran a consecuencia del uso de la violencia por parte de los agentes con la finalidad de sustraer los bienes, no están protegidos por esta agravante. Con esta posición, Rojas Vargas niega la configuración de la agravante en el caso que da cuenta la ejecutoria suprema antes citada, alegando en su comentario a tal ejecutoria que en el caso se presenta un concurso entre homicidio simple y hurto agravado(1590).

Posición discutible que no compartimos, pues no podemos hacer diferencias en donde la ley no lo hace y menos hacer una interpretación sobre lo que significa sujeto pasivo para el tipo básico y otra diferente para lo que significa sujeto pasivo en un tipo derivado o cuando concurre agravante. Mucho menos se puede aceptar tal postura, si como en el caso que da cuenta la ejecutoria suprema, estamos ante un "servidor de la posesión", quien según el artículo 897 del Código Civil, es aquel que se encuentra en relación de dependencia respecto a otro y conserva la posesión en nombre de este, cumpliendo órdenes e instrucciones suyas.

Por el contrario, si el resultado muerte se produce sobre un tercero que no es propietario, poseedor del bien ni servidor de la posesión, se producirá un concurso real de delitos entre robo simple o agravado en agravio del propietario, poseedor o servidor de la posesión, de ser el caso, con homicidio simple o asesinato en agravio del tercero que, por ejemplo, ocasionalmente salió en defensa de la víctima del robo o un tercero que persiguió al agente después de la sustracción.

Para concluir con el análisis de las agravantes del delito de robo, es pertinente dejar establecido que las dos últimas agravantes de ningún modo constituyen resultados preterintencionales. En efecto, sabemos que existe preterintencionalidad cuando el agente dolosamente causa un resultado determinado, el mismo que por negligencia o culpa de su autor se convierte en un resultado más grave. Ejemplos evidentes de ilícitos preterintencionales son los últimos párrafos de los artículos 115, 121, y 122 del Código Penal. Allí se redacta expresamente cuándo

(1590) *Vid.* ROJAS VARGAS, 2000a, p. 101.

estamos ante un delito preterintencional, apareciendo siempre la frase "y el agente pudo prever este resultado". En cambio, la redacción de la última parte del artículo 189 dista totalmente de tales parámetros. Aquí la mayor de las veces el agente dolosamente causa las lesiones leves o la muerte de la víctima con la evidente finalidad de quebrar o anular la resistencia a la sustracción de sus bienes. En el delito preterintencional, el agente no quiere el resultado grave en cambio aquí, el agente quiere el resultado grave. En los casos en que concurre la negligencia en la producción del resultado (lesiones graves o muerte), este es consecuencia inmediata y directa de los actos de fuerza sobre la víctima en la sustracción de sus bienes. Aquí el agente ocasiona el resultado grave con una culpa directa e inmediata.

Posición diferente y discutible han asumido los Vocales Supremos de las Salas Penales de la Corte Suprema, que en el V Pleno Jurisdiccional del 13 de noviembre del 2009 dictaron el Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116, que establece como jurisprudencia vinculante lo siguiente: "*El artículo 189° in fine CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Esta 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 solo 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, Grijley, Lima, 2006, páginas 409/410]".

Tal como aparece en la ejecutoria suprema, los vocales supremos se han basado en el libro del profesor Felipe Villavicencio, sin embargo, la cita no ha sido completa. En efecto, al concluir su comentario respecto del delito preterintencional, el citado autor sostiene que "estas situaciones constituyen concursos entre delitos dolosos, en el nivel de ejecución en que hayan quedado, y delitos imprudentes. Ejemplo: el que para perpetrar un robo infiere lesiones a una persona y el agraviado fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el sujeto hubiere podido prever este resultado. Por ello, la solución de concurso de delitos resulta más adecuada que la formación de tipos penales que contengan delitos preteritencionales"(1591).

Ni el autor que sirve de base para la jurisprudencia vinculante está convencido de la consistencia de las conductas preterintencionales, por lo que propone que cuando al inicio de una conducta haya dolo y luego intervenga la culpa, la solución debe ser la aplicación de las reglas del concurso de delitos. En el robo con subsiguiente muerte estaría planteando que habría concurso entre robo simple y homicidio culposo, con la consecuente sanción punitiva, por decir lo menos, insignificante para el agente. Hecho que no se condice con la agravante en análisis.

Tan desacertado es el Acuerdo Plenario N.° 3-2009/CJ-116 del 2009 que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema con buen criterio no lo sigue. En efecto, ante un hecho real en el cual el titular de la acción penal formula acusación en contra del investigado por el delito de robo con la agravante de subsecuente muerte, previsto y sancionado en el último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, resolvieron declarar infundado el recurso de casación(1592) y, en consecuencia, no casaron la sentencia que condenó al encausado Jhon Maldonado Flores

(1591) VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, p. 410.

(1592) Casación N.° 78-2010-Arequipa del 26 de abril del 2011. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

por el delito contra el patrimonio – robo agravado con subsecuente muerte, en agravio de Willy Benavente; y robo agravado, en perjuicio de Alicia Guillén Pilco, a la pena de cadena perpetua.

En la citada casación se sostiene: "*que, revisados los autos se advierte que se encuentra acreditado que en circunstancias que los agraviados Alicia Judith Guillén Pilco y Willy Benavente en compañía de Martha Victoria Benavente y Teresa Espino Benavente retornaban a su domicilio ubicado en la calle París número ciento treinta y siete de la urbanización Santa Rosa de Lima-distrito de Mariano Melgar – Arequipa, luego de haber retirado la cantidad de once mil setecientos nuevos soles de una agencia de la caja Municipal de Ahorro y Crédito de Arequipa, salieron a su encuentro desde dicho inmueble, Samuel Espino Benavente en compañía de la menor hija del agraviado, momentos en que una motocicleta con dos ocupantes se estacionó en dicho lugar, siendo que uno de ellos descendió de la misma y amenazó con un revólver a Samuel Espino Benavente y Teresa Espino Benavente, reaccionado el agraviado Willy Benavente quien recibió un disparo que le causó la muerte, luego de lo cual el referido delincuente se dirigió a la agraviada Alicia Judith Guillén Pilco- que se encontraba de espaldas pagando el servicio de taxi- y le sustrajo la cartera en donde se encontraba el dinero antes mencionado, hechos suscitados el día cuatro de setiembre de dos mil ocho, siendo las dieciséis horas con treinta minutos, aproximadamente*".

Como es de verse según la narración de los hechos de modo alguno se advierte que la muerte del occiso se haya debido a una conducta preterintencional. En consecuencia, el citado Acuerdo Plenario debe ser reexaminado para evitar ser dejado de lado por los jueces debido a su inoperatividad funcional.

3. CONCURSO APARENTE DE LEYES

En la realidad nacional, es frecuente tomar conocimiento de lo que la prensa y la Policía Nacional en forma singular han bautizado como "secuestros al paso". Es decir, de hechos en los cuales los delincuentes con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, luego de retener al sujeto pasivo y despojarle de sus tarjetas bancarias y sus correspondientes claves, no lo liberan hasta que se apoderan del dinero que la víctima tiene en las agencias bancarias.

Es común observar denuncias y autos de procesamiento en los cuales estos hechos son calificados como secuestro, extorsión y robo agravado. No obstante, aplicando el principio de interpretación de la ley penal denominado "de especialidad", se llega a la conclusión de que los famosos "secuestros al paso" no son otra cosa que simples robos agravados, toda vez que la finalidad última que persigue y guía el actuar del agente no es otro que el despojo y sustracción del patrimonio del sujeto pasivo con la consecuente obtención de un provecho económico ilícito.

Unido a ello hay que tener en cuenta que en los "secuestros al paso", en todo momento el sujeto activo ejerce control sobre su víctima, no se desprende de él ni en el momento mismo de la sustracción, situación que no se evidencia en los delitos de secuestro y extorsión, pues, en estos delitos no hay control continuo del agente a la víctima toda vez que en algún momento se rompe aquel control.

El derecho vivo y actuante ha tenido ya oportunidad de pronunciarse respecto de este problema generado por los singulares "secuestros al paso". En efecto, en la ejecutoria suprema del 9 de enero del 2004, se sostiene lo siguiente: *"como se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia impugnada, los actos cometidos por el encausado y sus coinculpados fueron: que durante la noche del día 15 de junio del año 2001, interceptaron a la víctima, le sustrajeron sus pertenencias, la despojaron de sus tarjetas bancarias obligándola a proporcionar las claves de acceso, la detuvieron por espacio de tres horas y se apoderaron de su dinero citado en diferentes entidades bancarias, estos, en un vehículo motorizado, con el concurso de varios individuos y a mano armada, actos que habría generado la tipificación de tres ilícitos (robo agravado, secuestro y extorsión) (...) dándose un concurso aparente de leyes, esto es cuando dos o más normas se disputan ser aplicadas a un mismo hecho, la más adecuada, de acuerdo al principio de especialidad desplaza a las demás, y teniendo en cuenta que en el presente caso el móvil real del ilícito era el apoderamiento del dinero de la víctima y no el de privarla de su libertad u obligarla contra su voluntad a dar una ventaja económica, es que en aplicación del mencionado principio de especialidad, el delito de robo agravado perpetrado por el sentenciado, desplaza a los supuesto tipos de secuestro y extorsión"*[1593]. En el mismo sentido, la

[1593] R.N. N.º 2454-2003-Lima, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 359.

ejecutoria suprema del 6 de septiembre del 2007 argumenta que: "*respecto a la absolución de los encausados por delito de secuestro, es de precisar que el asalto, intimidación y traslado al que fueron sometidos los agraviados Cevasco Aguirre y Paz Fúnez, si bien implicó una afectación ilegítima de su libertad personal, formó parte integrante del modo de ejecución del delito de robo agraviado –delito pluriofensivo que también entraña un menoscabo a la libertad de la víctima, en tanto exige como supuesto que el agente amenace a la víctima con un peligro inminente para su vida o integridad física–; que está acreditado, además, que la finalidad de la conducta de los encausados fue, desde un comienzo, despojar a los agraviados del dinero y bienes que portaban, tal como lo explican los propios perjudicados Cevasco Aguirre y Paz Fúnez (...), así como el encausado Espinoza Tocto en sus diversas declaraciones (...), sin que se pueda colegir que existió en los agentes el ánimo de privar la libertad personal como propósito autónomo al del robo o que esta privación de libertad demoró un espacio de tiempo excesivo en función a la finalidad patrimonial*"(1594).

4. PENALIDAD

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 causan lesiones graves a su integridad física o mental. Cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes por sí solas o en conjunto, previstas en el primer párrafo del artículo 189, el agente será merecedor de pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años. En cambio, cuando se trata de alguna agravante prevista en el segundo párrafo del citado numeral, el autor será merecedor de pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

En tanto que si se trata de alguna de las agravantes previstas en el último párrafo del numeral 189, el autor infelizmente será objeto de sanción con cadena perpetua, la misma que en un derecho penal mínimo y garantista que impulsa un Estado social y democrático de derecho debe

(1594) R.N. N.º 1640-2007-Lima, Sala Penal Permanente.

ser proscrita por inhumana y negar los fines constitucionales de la pena. Esta es la posición asumida en forma atinada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la ejecutoria del 21 de enero del 2004 al sostener que la cadena perpetua, "*por su carácter intemporal, niega la posibilidad de que el penado pueda incorporarse a la sociedad, atentando así contra los fines del régimen penitenciario que nuestra normatividad prevé en aplicación del principio fijado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado*"(1595). Incluso en la ejecutoria del 17 de junio del 2004, el supremo tribunal, negando la posibilidad de imponer cadena perpetua en el delito de robo con subsiguiente muerte ha reiterado su posición y ha sostenido que: "*la pena tiene función preventiva, protectora, y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, que establece que el régimen penitenciario tiene como objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*"(1596).

(1595) R.N. N.º 2519-2003-Ancash, **en** CASTILLO ALVA, 2006b, p. 289.

(1596) Expediente N.º 296-2004-Lambayeque, **en** CASTILLO ALVA, 2006, p. 240.

Capítulo II-A
ABIGEATO

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Tipo básico:** 1. Tipo penal. 2. Hurto simple de ganado. 3. Consumación y tentativa. 4. Penalidad. 5. Circunstancias agravantes del hurto de ganado. 6. Penalidad de las circunstancias agravantes. **Subcapítulo 2: Abigeato de uso:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 3. Penalidad. **Subcapítulo 3: Abigeato agravado:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 3. Penalidad.

Subcapítulo 1
Tipo básico

1. TIPO PENAL

El artículo 189-A regula el injusto penal de abigeato; término que etimológicamente proviene de las raíces latinas: ***ab*** y ***agere***, donde el prefijo AB indica alejamiento o separación y ***ager*** significa campo raso, campiña, tierras. Por integración significativa abigeato es la acción ilegal de alejar al ganado de su lugar de ubicación (campo, campiña), arreando o echándolo por delante. La acepción gramatical e histórica de abigeato nos pone de manifiesto ya la segunda peculiaridad del delito, es decir, que la sustracción es posible no aprehendiendo o cogiendo el ganado, sino alejándolo por actos de arreo o echamiento, por lo común azuzando los agentes al ganado(1597).

En nuestro *corpus iuris penale*, aparece regulado el abigeato en el artículo 189-A del modo siguiente:

(1597) ROJAS VARGAS, 2000b, p. 531.

> 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, sustrayéndole del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.
>
> 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 cuatro ni mayor de diez años.
>
> 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.

De la redacción del tipo penal se advierte que se recoge la figura que viene en denominarse también hurto simple y hurto agravado de ganado. En efecto, el primer párrafo recoge la figura del hurto simple de ganado en tanto que el segundo y tercer párrafo recogen las circunstancias por las cuales se agrava la conducta del abigeato y, por tanto, su autor o agentes merecen mayor pena. Con fines pedagógicos, resulta necesario explicar por partes los contenidos puestos en evidencia.

2. HURTO SIMPLE DE GANADO

En la configuración del delito de abigeato concurren todos los elementos objetivos y subjetivos del delito de hurto, previsto y sancionado en el artículo 185 del Código Penal. Por ello, es unánime la posición en la doctrina nacional en el sentido de que tal como lo indican los profesores Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1598], carece de sentido la creación del Capítulo II-A en el Título V del Libro II del Código Penal, pues la figura delictiva ya está comprendida en el tipo base de los delitos de hurto y robo, dado que el concepto de bien mueble abarca también el de animal.

[1598] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 318, ROJAS VARGAS, 2000, p. 533, PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 133.

En esa línea, asumimos los argumentos del profesor Rojas Vargas[1599], quien sostiene que ni dogmática ni jurídiconormativamente existen razones suficientes para hacer de los tipos penales de abigeato construcciones legales autónomas y con naturaleza jurídica diferente a la de los delitos de apoderamiento mediante sustracción regulados en los artículos 185 al 188 del actual Código Penal cuyas tipicidades absorben, sin mayores dificultades, a las diversas expresiones de abigeato, ameritándose a lo sumo una regulación a título de agravante del hurto, a modo de brindar una enfática protección a la industria y propiedad ganadera, tal y como se hace con los bienes de valor científico.

Por su parte, Javier Villa Stein[1600] pretende encontrar el fundamento de su autonomía legislativa en propósitos simbólicos en un país en el que, buen número de sus habitantes tiene como único medio de sustento precisamente el ganado.

Sin embargo, al estar así tipificado, el lector debe remitirse a la lectura del análisis efectuado a la figura del hurto simple. Aquí solo nos parece pertinente dejar establecido que se configura el delito de abigeato cuando el sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho patrimonial (por ejemplo, vendiéndole, aprovechando su carne, etc.) sustrae ganados total o parcialmente ajenos del lugar donde se encuentran sin tener derecho alguno sobre ellos, causando con su conducta un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo. Aquí el bien jurídico protegido es la propiedad y, por tanto, el sujeto pasivo siempre será el titular o propietario del animal objeto de sustracción.

La única diferencia con la figura del hurto previsto en el artículo 185 del Código Penal, es respecto al bien objeto de la sustracción. Mientras que en la figura del hurto puede ser objeto de sustracción todo bien mueble o animal que tenga una valoración económica superior a una remuneración mínima vital; en el abigeato, el objeto de la sustracción solamente lo constituye aunque sea uno, los animales de la familia de los vacunos, ovinos, equinos, caprinos, porcinos o auquénidos. Estamos ante

[1599] ROJAS VARGAS, 2000b, p. 533.

[1600] VILLA STEIN, 2001, p. 82.

la fórmula conocida como *numerus clausus*, es decir, aparte de las familias de animales indicados en el tipo penal, ningún animal más puede ser objeto del delito de abigeato. Si otro animal como las gallinas, conejos, perros, etc. son objeto de sustracción ilegítima estaremos ante un hurto siempre que el valor de aquellos animales sobrepase una remuneración mínima vital, caso contrario, se configura la figura de faltas contra el patrimonio previsto en el primer párrafo del artículo 444 del Código Penal.

El contenido del artículo 189-A debe analizarse sistemáticamente con el contenido del segundo párrafo del numeral 444 del C.P., modificado por la Ley N.° 28726, de mayo del 2006 y luego por la ley N.° 29407. En consecuencia, para configurarse el delito de abigeato con la sustracción de un solo animal, este debe tener un valor patrimonial superior a una remuneración mínima vital. Si en un caso concreto, el valor patrimonial del animal es inferior, se configurarán faltas contra el patrimonio.

Cabe precisar que los auquénidos como la vicuña, el guanaco y sus híbridos, por Ley N.° 26496, del 11 de julio de 1995, reciben una sobreprotección punitiva, penalizando con mayor severidad el hurto simple y agravado de ellos. La citada Ley al indicar en su artículo 10 que se derogan y dejan sin efecto todas las disposiciones que se le opongan, afecta la aplicación de los artículos 189-A y 189-C del Código Penal, pero deja incólume la vigencia del hurto de uso previsto en el artículo 189-B[1601].

3. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

No obstante las diversas modalidades que pueden presentarse para la sustracción del ganado, la consumación se produce cuando el agente se apodera del o los animales con la firme intención de obtener un provecho económico que normalmente no le corresponde, es decir, el abigeato se perfecciona en el mismo momento circunstancial que el agente tiene acceso a la facultad de disposición del animal sustraído ya sea vendiéndolo, sacando provecho de su carne, regalándolo, etc.

[1601] *Vid.* ROJAS VARGAS, 2000b, p. 541.

En tal sentido de interpretación y al ser un delito de resultado, la conducta del abigeato muy bien puede quedar en grado de tentativa ya sea acabada o inacabada igual como ocurre con la figura del hurto, prevista y sancionado en el artículo 185 del Código Penal.

4. PENALIDAD

Al verificarse la comisión del delito de hurto de ganado previsto en el primer párrafo del artículo 189-A, el agente será pasible de la pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL HURTO DE GANADO

El segundo, tercero y último párrafo del tipo penal del artículo 189-A recoge las agravantes del delito de abigeato o hurto de ganado, las mismas que no está de más dejarlo expresado, constituyen algunas de las circunstancias agravantes del hurto, reguladas en el numeral 186 del Código Penal, siendo así remitimos al lector a las páginas donde se han analizado aquellas agravantes. El legislador ha graduado la pena de acuerdo a la naturaleza de las circunstancias agravantes, yendo de menos a más.

De la lectura del segundo párrafo se advierte que el abigeato se agrava cuando el hurto se produce 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 y finalmente cuando el agente sustrae el ganado que conforma el equipaje de viajero. En tanto que el tercer párrafo establece que el hurto de ganado merece mayor pena cuando la sustracción se efectúa sobre bienes (ganado) de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación, o cuando la sustracción se realice colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica o cuando el agente sustrae ilegítimamente el ganado empleando materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos (corral, por ejemplo).

La agravante consistente en la sustracción de ganado que tiene valor científico o que integra el patrimonio cultural de la nación, presenta serias dificultades teóricas y prácticas para su adecuación a un hecho concreto. En efecto, "ganado de carácter científico" es una calificación que solo

responderá a las calidades reproductivas de determinados sementales de interés para la industria ganadera, haciéndose difícil entender otras posibilidades a no ser de ganado en fase de experimentación médica o genética, o animales de raza pura declarados y registrados como tales en la dirección técnica respectiva, sea que lo ubiquemos a nivel de entidades públicas o privadas. Igual o mayor dificultad se tiene al precisar cuándo el ganado pertenece al patrimonio cultural de la nación, en el comprendido que tal calidad tiene que ser expresa y reconocida como tal por la ley(1602).

El último párrafo recoge las circunstancias agravantes cuya concurrencia hace que la conducta de abigeato del agente merezca mayor sanción punitiva. Se establece que el agente será pasible de una pena no menor de ocho ni mayor de quince años, cuando haya sustraído ganado actuando en calidad de jefe o cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar delitos de abigeato.

De la lectura de todo el contenido del artículo 189-A, se concluye que el hurto de ganado o abigeato realizado con el concurso de dos o más agentes, no constituye agravante para este delito. Omisión que debe superarse, pues como ya quedó expuesto al analizar esta agravante en el hurto, la concurrencia de dos o más agentes facilita la sustracción y peor aún, causa mayor zozobra para la víctima en la defensa de su ganado, que la simple sustracción efectuada durante la noche por ejemplo.

6. PENALIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Si se configuran las agravantes previstas en el segundo párrafo del artículo 189-A, el autor o autores serán sancionados con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. En caso de presentarse alguna o todas las agravantes previstas en el tercer párrafo del artículo 189-A, el agente será pasible de la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años. Finalmente, de presentarse los supuestos previstos en el último párrafo del citado numeral, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

(1602) ROJAS VARGAS, 2000b, p. 547.

Subcapítulo 2
Abigeato de uso

1. TIPO PENAL

El abigeato de uso, introducido en nuestro Código Penal por Ley N.° 26326 de 1994, aparece regulado en el artículo 189-B del Código Penal en los términos siguientes:

> El que sustrae ganado ajeno, con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, directa o indirectamente, en un plazo no superior a setenta y dos 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de hurto de ganado para uso momentáneo se configura cuando el agente sustrae ganado ajeno para utilizarlo por breve término y después devolverlo a su dueño directa o indirectamente. Aquí el agente no busca apropiarse del animal, sino simplemente sacarle provecho de modo ilegítimo. Por ejemplo, estaremos ante el delito en análisis cuando el agente sustrae dos bueyes para remover o preparar su terreno de cultivo por tres días o cuando sustrae ilegítimamente cinco acémilas para conducir carga a un pueblo vecino.

El legislador nacional ha puesto como plazo límite para la devolución el término de setenta y dos horas o tres días. Si el agente no devuelve el ganado sustraído en aquel plazo, se configurará el delito de abigeato sancionado en el artículo 189-A del Código Penal.

La configuración del hurto de uso de ganado no exige que el animal o animales sustraídos tengan un valor económico superior a una renumeración mínima vital. Esta preocupación solo sirve arbitrariamente para el hurto simple de ganado.

En cambio, 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. Así, por ejemplo, si el valor es mínimo le impondrá la pena de prestación de servicios a la comunidad y si el valor del provecho obtenido es significativo, se le aplicará una pena privativa de libertad no mayor de un año. Incluso el valor económico obtenido o conseguido por el agente del uso del animal también servirá para graduar el monto de la reparación civil que se le obligará pagar al agente encontrado responsable de este delito.

En igual sentido, Rojas Vargas[1603] sostiene que el factor económico de lo aprovechado no se referencia con base al valor económico, no existiendo un límite mínimo ni máximo más allá de lo que pueda ofrecer el uso del ganado. Al no estar en juego aquí –sigue afirmando el autor citado– la propiedad del bien, poco interesa a efectos de la perfección típica de la figura delictiva que el provecho pecuniario que pueda reportar el uso momentáneo sea superior al valor del semoviente sustraído (por ejemplo, un premio de gran valor económico al ganar un concurso en exposición de ganado); en otras palabras, carece de significación para aumentar o disminuir el injusto penal, pero sí lo tiene a efectos de fijar reparación civil.

Por lo demás, para saber en qué consisten los otros elementos objetivos y subjetivos del delito, así como el *iter criminis* del mismo, el lector debe remitirse al análisis efectuado al artículo 187 del Código Penal que regula el hurto de uso genérico.

3. PENALIDAD

Si el agente es encontrado responsable del delito de abigeato de uso, será merecedor de una sanción que oscila entre dos días y un máximo de un año de pena privativa de libertad o de prestación de servicios a la comunidad no mayor de cincuenta jornadas.

[1603] ROJAS VARGAS, 2000, p. 551.

Subcapítulo 3
Abigeato agravado

1. TIPO PENAL

El delito de robo de ganado o abigeato agravado aparece recogido en forma también redundante e innecesaria en el artículo 189-C. Allí se prescribe lo siguiente:

> 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, sustrayéndole 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 es cometido conforme a los incisos 1, 2, 3, 4, y 5 del segundo párrafo del artículo 189.
>
> 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.
>
> 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.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Igual como ocurre con el hurto de ganado o simplemente abigeato, el legislador en forma innecesaria volvió a tipificar el delito de robo simple y robo agravado cuando el objeto material del delito lo constituya el ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénidos. Si la justificación de esta forma de tipificación era el dar mayor protección a la propiedad o tenencia del ganado, bastaba haberlo puesto como circunstancia agravante del artículo 189 del C.P.

No obstante, como así aparece tipificado en nuestra ley penal sustantiva, y teniendo en cuenta que el objetivo del presente trabajo es hacer dogmática penal, no queda otra alternativa que hacer hermenéutica jurídica del indicado artículo. En este sentido y apareciendo que el artículo 189-C, recoge las figuras delictivas de robo simple y robo calificado previstas en los artículos 188 y 189 del Código Penal, para saber en qué consisten los elementos típicos objetivos y subjetivos, el lector debe remitirse al análisis efectuado *ut supra* de tales conductas delictivas.

Consideramos pertinente dejar establecido con fines pedagógicos tres aspectos importantes: Primero, plantear el concepto del delito de robo de ganado; segundo, establecer que algunas circunstancias agravantes del robo de ganado han sido derogadas y tercero, poner en evidencia la agravante no prevista para el hurto de ganado.

Aparece la conducta de robo de ganado cuando el agente con la finalidad de obtener provecho, haciendo uso de la violencia contra la víctima o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física, sustrae del lugar donde se encuentran ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénidos total o parcialmente ajenos, para disponerlos en su provecho de modo ilegítimo. Aquí la sustracción de los animales debe estar rodeada de violencia o amenaza contra la víctima. Si estos elementos típicos del robo no aparecen y solo se verifica la sustracción, estaremos ante un caso típico de hurto de ganado.

El aprovechamiento que debe guiar la conducta del agente debe ser objetivamente acreditada, pues si tal elemento no es probado, el delito de abigeato no se configura. En efecto, nuestra Suprema Corte por ejecutoria del 3 de junio de 1996 sentenció que: "*si bien los encausados procedieron a sustraer el ganado del agraviado, lo hicieron como resultado del acuerdo de asamblea de pobladores a fin de garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados en las propiedades de dicha comunidad, faltando por lo mismo el componente objetivo 'aprovechamiento' que la figura penal de robo exige para la tipicidad del hecho*"(1604).

(1604) R.N. N.º 4246-95-Puno, **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 236.

Otro aspecto importante puesto también en evidencia, lo constituye el hecho de que la violencia o amenaza sobre la víctima debe efectuarse al momento de la sustracción del ganado, es decir, el agente debe utilizar la violencia o amenaza para vencer la resistencia de la víctima y, de ese modo, hacer viable la sustracción de los animales. 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. Si la violencia o amenaza ocurre después, es decir, en el apoderamiento se excluye la agravante. En tal sentido, se ha pronunciado nuestra Corte Suprema por ejecutoria del 20 de marzo de 1998 al afirmar que: "*teniéndose en cuenta que la sustracción y apoderamiento del ganado vacuno y de las especies de la agraviada se produjeron después del incidente en el que llegó a ser lesionada, no existiendo violencia ni amenaza al momento de la sustracción patrimonial, entonces no se ha configurado, en dicho extremo, el delito de robo agravado*"(1605).

Es fundamental poner en el tapete que algunas agravantes del robo de ganado previstas en la disposición en comentario han quedado derogadas tácitamente debido a que hay incompatibilidad entre el contenido del artículo 189 vigente al momento de entrar en vigencia la Ley N.° 26326 del primero de junio de 1994 que reguló las conductas de abigeato y el actual artículo 189, modificado por Ley N.° 27472, del cinco de junio del 2001. Al variar el contenido en lo concerniente a las circunstancias agravantes, ya sea descriminalizando o variando su ubicación en el artículo 189 del Código Penal, en forma tácita, han quedado sin aplicación práctica algunas agravantes del robo de ganado.

En el cuarto párrafo del artículo 189-C, aparece previsto que la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años si el delito es realizado conforme a los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del segundo párrafo del artículo 189 del C.P. Los incisos indicados del artículo 189 al 1 de junio de 1994, recogían las agravantes siguientes: 1. Gran crueldad, 2. Con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos, 3. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante

(1605) Expediente N.° 1625-97-Cusco, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 17.

el empleo de drogas contra la víctima, 4. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos, y 5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica. El artículo 189 que recogía estas agravantes en su segundo párrafo ha sido modificado, primero por la Ley N.° 26630, del 21 de junio de 1996; segundo, por el Decreto Legislativo N.° 896, del 24 de mayo de 1998; tercero, por la Ley N.° 27472, del cinco de junio del 2001 que reguló el actual artículo 189 y por último ha sido objeto de modificación por la ley N.° 30076 de agosto de 2013.

El vigente artículo 189 en su segundo párrafo recoge las siguientes circunstancias agravantes: 1. Cuando se causen 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 y/o insumos químicos o fármacos contra la víctima; 3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica; y 4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación.

Presentadas así las disposiciones legales, por el método de interpretación sistemática en su modalidad de "comparación de normas", se llega a la conclusión de que el cuarto párrafo del artículo 189-C ha sido totalmente derogado, pues algunas circunstancias agravantes allí previstas ya no aparecen en la redacción del actual numeral 189, en tanto que otras como las previstas en los inciso 3 y 5, si aparecen, pero en diferente ubicación. En consecuencia, como en derecho penal está prohibida la analogía, es indudable que por incompatibilidad de normas ha quedado derogado el cuarto párrafo del artículo 189-C.

A diferencia de lo que ocurre con el hurto de ganado previsto en el 189-A, en el cual no aparece recogida como circunstancia calificante, el legislador nacional ha previsto en el segundo párrafo del artículo 189-C como agravante, el hecho de que la conducta se realice con el concurso de dos o más personas.

El delito de robo de ganado se consuma con el apoderamiento, es decir, cuando el sujeto activo tiene la disponibilidad del ganado. Por tanto, no basta con que el sujeto activo haya tomado el ganado y huido con él para que pueda entenderse consumado el abigeato, es preciso que haya

tenido, una mínima disponibilidad del animal sustraído[1606]. No hay inconveniente en admitir la tentativa.

3. PENALIDAD

De verificarse el robo simple de ganado previsto en el primer párrafo del artículo 189-C, el agente será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años. En tanto que si se verifica los supuestos previstos en el segundo párrafo, la pena será no menor de cinco ni mayor de quince años privativa de libertad. En cambio, si se verifican los supuestos previstos en el quinto párrafo, el agente será merecedor a la pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

Asimismo, el legislador nacional en el párrafo tercero del 189-C, ha dejado establecido que la pena será disminuida en un tercio si la violencia o amenazas fuesen insignificantes. Dejando a la jurisprudencia establecer qué se entiende por violencia o amenaza insignificante.

[1606] En parecido sentido BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, aun cuando en forma discutible agregan que hay abigeato consumado cuando el agente incluso tiene la posibilidad de disponer del ganado hasta en el curso de la huida (1997, p. 326).

Capítulo III
APROPIACIÓN ILÍCITA

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Tipo básico:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien mueble. 2.2. Apropiación indebida. 2.3. Que el bien haya sido recibido mediante título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado. 2.4. Provecho propio o de un tercero. 2.5. Bien jurídico protegido. 2.6. Sujeto activo. 2.7. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Circunstancias agravantes. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 7. Consumación. 8. Penalidad. **Subcapítulo 2: Sustracción de bien propio:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Sustracción del bien mueble. 2.2. El sujeto activo debe ser el propietario. 2.3. El sujeto pasivo debe poseer el bien de modo legítimo. 2.4. El acto debe causar perjuicio. 2.5. Bien jurídico protegido. 2.6. Sujeto activo. 2.7. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación y tentativa. 7. Penalidad. **Subcapítulo 3: Apropiación de bien perdido o de tesoro:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación y tentativa. 7. Penalidad. **Subcapítulo 4: Apropiación de un bien por error o caso fortuito:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Consumación y tentativa. 5. Penalidad. **Subcapítulo 5: Disponer o apropiación de bien recibido en prenda:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Modalidades de la apropiación ilícita de prenda. 2.2. Bien jurídico protegido. 2.3. Sujeto activo. 2.4. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Consumación y tentativa. 7. Penalidad.

Subcapítulo 1
Tipo básico

1. TIPO PENAL

El delito de apropiación ilícita está tipificado en el artículo 190 del Código Penal vigente. En el código derogado de 1924 aparecía tipificado en el artículo 240. Sin embargo, no siempre fue independiente a

los delitos de hurto y estafa. Es recién con la codificación italiana del siglo XIX que adquiere plena autonomía y sustantividad propia. En efecto, en el Código Penal de Zanardelli de 1889 se le consignó ya con el nombre de apropiación indebida. Lo mismo sucedió con el Código Rocco de 1930, sin que su autonomía quede afectada por compartir con la estafa y otras figuras delictivas el rubro "Delitos contra el patrimonio mediante fraude"(1607).

El Código Penal de 1991 regula la figura de la apropiación ilícita junto a los hechos punibles de hurto, robo, estafa, usurpación y otras figuras punitivas en el Título V rotulado como "Delitos contra el patrimonio". De este modo, la apropiación ilícita o indebida aparece tipificada de la manera siguiente:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La conducta delictiva de apropiación ilícita o indebida se configura cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, se apropia, adueña, adjudica o apodera de un bien mueble, dinero o un valor que ha recibido del sujeto pasivo en calidad de depósito, comisión, administración u otro título

(1607) ROY FREYRE, 1983, p. 98, PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 164, citando al desaparecido jurista español QUINTANO RIPOLLÉS.

semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado del bien.

La Sala Penal de la Corte Suprema, por ejecutoria del 1 de setiembre de 1997 a precisado que: *"existe apropiación ilícita cuando el agente realiza actos de disposición o un uso determinado sobre un bien mueble, que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporando a su patrimonio, ya sea el bien del que se ve privado el propietario, ya el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión: a lo que se agrega el hecho de que el ilícito materia de imputación es eminentemente doloso, por lo que el agente debe conocer y querer la apropiación, requiriéndose, además, un elemento subjetivo del tipo, cual es el ánimo de lucro, que comprende la intención de apoderarse de un bien y la de obtener un beneficio o provecho"*(1608).

Para entender mejor la conducta delictiva de apropiación ilícita, veamos brevemente el contenido de cada uno de los elementos objetivos que lo constituyen. Así tenemos:

2.1. Bien mueble

El objeto material del delito siempre será un bien mueble, dinero o un valor que lo represente. Pero, ¿qué se entiende por bien mueble? Para contestar la pregunta debemos recordar que la primera diferencia entre bienes muebles e inmuebles radica en que los primeros son movibles o transportables de un lugar a otro por excelencia en tanto que los segundos, no pueden ser objeto de transporte, son inamovibles. En este sentido, bien mueble constituirá todo cosa con existencia real y con valor patrimonial para las personas, susceptibles de ser transportadas de un lugar a otro ya sea por sí mismas (animales) o por voluntad del hombre utilizando su propia mano o instrumentos mecánicos o electrónicos.

Para efectos del presente trabajo de derecho penal, y en forma específica para el delito de apropiación ilícita, se utiliza el concepto *bien mueble* en su acepción amplia. Siendo así, aparte de los bienes muebles enumerados en el artículo 886 del Código Civil, se incluye a las naves

(1608) Expediente N.º 713-97-Cañete, **en** ROJAS VARGAS, 1999; p. 417.

y aeronaves bienes que prevé el artículo 4 de la Ley N.° 28677, ley de garantía mobiliaria. De modo que una nave puede ser apropiada ilícitamente por aquella persona que la recibió en administración por ejemplo.

Consideramos que no le falta razón al profesor Roy Freyre[1609], cuando al comentar el tipo penal 240 del Código de Maúrtua, afirmaba que resulta innecesario las referencias específicas que se hace al dinero y a los valores, en razón de estar comprendidas ambas nociones dentro de la otra más amplia de bien mueble[1610]. Se entiende por dinero al signo convencional de valor que representa la moneda metálica y el papel moneda de curso forzoso impuesto por el Estado. En tanto que por valor debe entenderse a los títulos valores, a los derechos de crédito, valores negociables como los inscritos en la Bolsa de Valores, etc.

2.2. Apropiación indebida

La conducta esencial que debe desarrollar el agente lo constituye la "apropiación", es decir, la conducta por la cual el agente se apodera, adueña o adjudica a su favor un bien mueble que no le pertenece legalmente. Esto es, el agente en forma ilegal, ilícita o indebida coloca dentro de su patrimonio un bien mueble que sabe perfectamente le pertenece a otro, quien por título lícito le confió por un tiempo determinado. Se evidencia el apoderamiento cuando el agente comienza a realizar actos de disposición del bien como si fuera realmente su dueño o propietario y se resiste a devolverlo o entregarlo ante el requerimiento del sujeto pasivo.

Roy Freyre[1611], comentando el código derogado, sostiene que "apropiación" es el acto voluntario por el que decidimos incorporar a nuestro patrimonio una cosa ajena que poseíamos lícitamente, o una cosa que no poseíamos y que a nadie pertenecía, decisión que necesita exteriorizarse para adquirir relieve jurídico (penal o civil según el caso). En tanto que Peña Cabrera[1612], reproduciendo lo expuesto por el

(1609) Roy Freyre, 1983, p. 60.

(1610) En el mismo sentido, Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 330.

(1611) Roy Freyre, 1983, p. 107.

(1612) Peña Cabrera, 1993, p. 99.

español Muñoz Conde, comentando el actual Código Penal, afirmaba que la apropiación consiste en disponer del bien "como si fuera propio" transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica. Por su parte, Bramont-Arias y García Cantizano[1613] sostienen que existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición o un uso determinado sobre un bien mueble, que ha recibido en forma lícita por un título que no le da derecho a ello, incorporando a su patrimonio, ya sea el bien del que se ve privado el propietario, ya sea el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión, de especial relevancia sobre todo en relación con los títulos valores.

Asimismo, para estar ante una acción típica de apropiación ilícita debe evidenciarse que el agente quiere la cosa para sí, quiere adueñarse del bien. En doctrina es común identificar a esta circunstancia como el *animus rem sibi habendi* que debe guiar al autor de la conducta. Si no hay intención de querer el bien para sí y, por el contrario, por ejemplo, el sujeto quiere solo usar el bien, así sea de modo ilícito, no se configurará el delito de apropiación indebida.

Si en una conducta por la cual el agente se niega a entregar o devolver los bienes muebles recibidos, no aparece el *animus rem sibi habendi*, el delito en comentario no se configura. Así lo ha interpretado la jurisprudencia. En efecto, nuestro máximo Tribunal de Justicia, por ejecutoria suprema del 1 de setiembre de 1997 ha sostenido que: *"si bien en autos se ha acreditado la retención de bienes, sin embargo, los hechos no configuran el delito de apropiación ilícita, toda vez que no ha quedado probado que el sujeto activo en su condición legal de representante de la empresa transportista se haya aprovechado, dado uso o dispuesto de la mercadería; de lo que infiere que su conducta careció del especial animus rem sibi habendi, que caracteriza este ilícito patrimonial, es decir, el ánimo de hacer las veces de propietario, sin reunir semejante condición, siendo evidente que tomó tal actitud con el único propósito de asegurarse el pago de los fletes devengados"*[1614].

[1613] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 329.

[1614] Expediente N.º 452-97-Arequipa, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 423.

Teniendo claro este último aspecto, el operador jurídico no podrá calificar como apropiación ilícita cuando una persona hace efectivo el derecho de retención que le reconoce el artículo 1123 del Código Civil, esto es, cuando por ejemplo el comodatario retiene el bien debido que el comodante se resiste a pagar los gastos extraordinarios que hizo el comodatario para conservar el bien, según lo previsto en el artículo 1748 del C.C.; tampoco existe apropiación ilícita cuando el depositario retiene el bien hasta que el depositante le pague lo que le debe en razón del contrato según lo dispuesto por el numeral 1852 del C.C. Finalmente, no es posible el delito de apropiación ilícita cuando una persona hace efectivo lo previsto en el artículo 1067 del Código Civil, el mismo que reconoce al acreedor que recibió en prenda un bien mueble en garantía de una obligación, el derecho de retener el bien recibido en prenda en tanto no han sido íntegramente pagados el capital e intereses y reembolsados los gastos relativos a la deuda y a la conservación del bien.

2.3. Que el bien haya sido recibido mediante título que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado

El agente o sujeto activo recibe el bien mueble lícitamente o por título legítimo de parte del sujeto pasivo o víctima, verificándose el delito cuando después aquel se resiste a devolverlo, entregarlo o hacer un uso determinado del bien. El delito se configura cuando el agente abusando de la confianza o aprovechando que tiene a su disposición el bien mueble que se le confió temporalmente, se resiste a devolverlo y, por el contrario, hace actos de disposición como si fuera el dueño o propietario.

Roy Freyre[1615] enseña que constituye presupuesto *sine qua non* del delito, la existencia de lo que Soler en Argentina denominaba poder no usurpado sobre la cosa, un poder de hecho legítimamente adquirido por el poseedor inmediato para cumplir un fin que luego trastoca, es decir, de un poder sobre la cosa voluntariamente concedido por quien tenía facultad para hacerlo. Precisamente, el delito consiste en transmutar esa tenencia o posesión inmediata en un pretendido derecho de propiedad.

(1615) ROY FREYRE, 1983, p. 111; igual: PEÑA CABRERA, 1993, p. 95.

Los títulos legítimos o lícitos por los cuales el agente recibe el bien mueble han sido indicados por el legislador en el mismo tipo penal, tales como el depósito, comisión, administración y otros títulos semejantes que produzcan en el agente obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado del bien. Los títulos lícitos regulados en la ley extrapenal por los cuales recibe el agente el bien mueble, contienen la obligación de entregar o devolver el bien en tiempo y condiciones determinadas. Aquellos títulos otorgan al agente posesión o custodia temporal del bien mueble, luego del cual deben ser devueltos a quien los entregó o entregar a la persona que corresponda. Si la devolución o entrega no se produce ante el requerimiento, el delito aparece. Por el contrario, si el título por el cual se recibió el bien mueble, dinero o valores no indica claramente la obligación de devolver o entregar, el delito de apropiación ilícita no se configura ante la negativa del agente a devolver o entregar.

En suma, para la configuración del delito es indispensable que por la naturaleza del título o de su contenido, aparezca en forma clara que hay obligación del que recibe el bien mueble, dinero o valor de devolverlo, entregarlo o hacer un uso determinado.

El delito de apropiación ilícita tiene como elemento imprescindible la entrega física en custodia o depósito de un determinado bien, lo que origina la obligación de quien lo recibe de devolverlo en el plazo, modo y condiciones que le sea solicitado por quien se lo entregó o posea legítimo e inmediato derecho acreditado[1616].

El primer título por el cual el agente puede recibir el bien de modo legítimo lo constituye el contrato nominado "depósito", el mismo que de acuerdo a nuestra normativa civil se divide en voluntario y necesario o legal. El primero está previsto en el artículo 1814 del C.C. que estipula: por el depósito voluntario el depositante se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante. En tanto que el segundo, aparece regulado en el numeral 1854 del C.C. donde se se-

[1616] Ejecutoria superior de 9 de diciembre de 1997, Expediente N.º 6110-97, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 196.

ñala que el depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevista. El artículo 1830 del C.C. prevé que el depositario debe devolver el bien en cuanto lo solicite el depositante, aunque hubiese plazo convenido, asimismo el artículo 1834 señala que el depositario debe restituir el bien a quien se lo confió o a la persona en cuyo nombre se hizo el depósito o a aquella para quien se destinó al tiempo de celebrarse el contrato.

Existe depósito necesario o legal y, por tanto, presupuesto del delito de apropiación ilícita en el caso que presenta la resolución superior del 5 de noviembre de 1998, donde se precisa que: "*desde el momento que el encausado paga los sueldos de sus trabajadores se produce un desplazamiento patrimonial de dicho importe, de tal forma que la retención que realiza de parte de dicho salario por mandato de la ley, queda en su poder, no como propietario sino en calidad de mero depositario que tiene (...) obligación de entregar lo retenido y depositarlo en el Instituto de Seguridad Social, en conclusión se puede fundamentar que la cuota descontada del salario del trabajador es parte del sueldo de este y, por tanto, es dinero que el empleador ha recibido con obligación de entregar*"(1617).

Se configura el delito cuando el agente, ante la solicitud de devolución o restitución de parte del depositante, se niega a hacerlo, o ante el requerimiento del depositante para que entregue el bien a la persona a cuyo nombre se hizo o destinó el depósito, se resiste.

Aparte del contrato de depósito común regulado en nuestro Código Civil, existen en nuestro sistema jurídico los depósitos en los bancos, cooperativas, financieras, almacenes generales de depósito, mutuales y otras instituciones análogas, las mismas que se rigen por las leyes especiales que las regulan según lo dispuesto en el artículo 1853 del Código Civil. Depósitos que sin duda pueden dar lugar a la comisión del delito en interpretación.

El contrato de "comisión", previsto en el Código de Comercio constituye también otro título. Mediante este contrato una persona denominada comitente entrega un bien mueble a otra, denominada

(1617) Expediente N.º 2774-98A, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera II/Neira Huamán, 1999, p. 290.

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. El delito aparece cuando el comisionista se hace dueño del bien entregado en comisión y se resiste a devolverlo. También el contrato de comisión puede originar el delito cuando el agente efectúa sobre el bien un uso diferente al determinado. En efecto, el numeral 258 del Código de Comercio dispone que "el comisionista que, habiendo recibido fondos para evacuar un encargo, les diere inversión o destino distinto del de la comisión, abonará al comitente el capital y su interés legal, y será responsable, desde el día en que los recibió, de los daños y perjuicios originados a consecuencia de haber dejado de cumplir la comisión, sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar".

Otro título lícito por el cual una persona puede recibir un bien mueble y después apropiarlo lo constituye la administración, es decir, la situación jurídica que se produce cuando una persona recibe bienes muebles para administrarlo en beneficio del propietario del bien o de un tercero. Un caso típico que puede servir de ejemplo, viene a ser la situación prevista en los artículos 54 y 55 del *Corpus Iuris Civile*, referente a la designación de administrador judicial de los bienes del ausente. El artículo 55 prevé las obligaciones del administrador tales como percibir los frutos, pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra, etc. Aparecerá el delito cuando este administrador se apropie del total o parte de los bienes muebles que ha recibido en administración.

En la doctrina peruana se ha enraizado la errónea interpretación de considerar que el concepto de administración debe ser entendido en un sentido amplio, que abarque o subsuma todo acto que suponga el ejercicio de un mandato o gestión de negocios[1618]. Esta posición pretende hacer entender que es lo mismo administración que mandato o gestión de negocios cuando la diferencia salta por sí misma.

En efecto, mandato es un contrato nominado por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y

[1618] ROY FREYRE, 1983, p. 110, ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1249, PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 179.

en interés del mandante según lo establecido en el artículo 1790 del Código Civil. Por su parte la obligación de gestión de negocios, se produce cuando una persona careciendo de facultades de representación y sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de los negocios o la administración de los bienes de otro que lo ignora; debe desempeñarse en provecho de este.

El mandato y la gestión de negocios son otros títulos legítimos a los que hace referencia el tipo penal, por los cuales el agente recibe un bien mueble con la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado, al igual que la prenda prevista en el numeral 1055 del C.C., según el cual ella se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación; el comodato previsto en el artículo 1728 del C.C. por el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva; el secuestro previsto en el artículo 1857 del C.C. por el cual dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia; renta vitalicia prevista en el numeral 1923, por la cual se conviene la entrega de una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los períodos estipulados; etc.

La prenda ha sido objeto de interesantes pronunciamientos judiciales. Así tenemos como ejemplo la resolución superior del 1 de julio de 1998, donde se sostiene que: *"habiendo el procesado celebrado un contrato de prenda industrial para garantizar el financiamiento hecho por la entidad bancaria, en el cual fue nombrado depositario, e incumplido con la entrega de la maquinaria, conforme se acredita con la negativa ante el requerimiento judicial, al haber incumplido sus obligaciones de pago, concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de apropiación ilícita"*(1619).

La obligación de entregar debe incumplirse respecto a una tercera persona, es decir, distinta al sujeto de quien se recibió el bien mueble. En cambio, la obligación de devolver se supone incumplida respecto a

(1619) Expediente N.º 8296-97, **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 742.

la misma persona que le dio el bien al agente[1620]. En tanto que la obligación de hacer un uso determinado queda incumplida cuando el agente otorga, da o efectúa un uso diferente o distinto al convenido previamente.

2.4. Provecho propio o de un tercero

Otro elemento objetivo de la tipicidad del delito de apropiación ilícita lo constituye el provecho indebido propio o de un tercero que busca obtener el agente con su conducta ilícita. Provecho es una ventaja de índole económica que busca el agente al desarrollar su conducta de apropiación ilícita de un bien mueble. Aquí no requiere que efectivamente el agente obtenga el provecho económico, basta con verificar que el agente tuvo el propósito de conseguirlo. Es decir, se configura el delito cuando el agente con el fin o propósito de obtener un provecho económico indebido se apropia del bien mueble. Es suficiente que la ventaja sea potencial y solo se quede en perspectiva.

2.5. Bien jurídico protegido

Es común en la doctrina aceptar que el bien jurídico que se protege es el patrimonio y más precisamente el derecho de propiedad regulado en el artículo 923 del Código Civil, donde se le define como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Con la apropiación ilícita se lesiona este derecho evitando que el propietario pueda usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores.

En igual sentido enseñan Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1621] cuando expresan que el bien jurídico protegido es el patrimonio, específicamente, la propiedad de un bien mueble, pero en relación a este, resulta particularmente afectada la capacidad de disposición, base que fundamenta el derecho del propietario a su restitución, que, como contrapartida, tiene la existencia de una obligación que pesa sobre otro sujeto de restituir el bien.

[1620] ROY FREYRE, 1983, p. 112.

[1621] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 327. Parecida postura: VILLA STEIN, 2001, p. 105.

La jurisprudencia nacional así lo entiende. En efecto, las resoluciones superiores del 28 de enero de 1998 y del 20 de mayo de 1998 precisan: "*que, lo que aparece protegido especialmente en el delito de Apropiación Ilícita es la propiedad sobre una cosa y en relación a esta la capacidad de disposición que tiene el propietario y que implica que tenga derecho a su restitución y como contrapartida implica al otro la obligación de restituir la cosa*"[1622].

Teniendo en cuenta el derecho procesal y la práctica judicial, no compartimos opinión con Roy Freyre[1623] cuando comentando el artículo 240 del código derogado que recogía el delito en interpretación en sentido parecido al tipo penal del artículo 190, alega que también se protege la posesión, debido que este derecho real puede existir independientemente del de propiedad, tanto es así que constituye precisamente uno de los medios de llegar a adquirir el dominio. En efecto, el artículo 245 vigente del Código Procesal Penal de 1991 establece que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito. Esto significa que el sujeto pasivo necesariamente deberá demostrar documento cierto que acredite ser el dueño o propietario del bien objeto de apropiación. La simple posesión es difícil de probarla tratándose de bienes muebles o dinero sobre los que recae el delito de apropiación ilícita.

Asimismo, para nuestra legislación penal, cuando el objeto material del delito fuera dinero, igual se afecta directamente el patrimonio del sujeto pasivo, pues se ve mermado con la conducta desarrollada por el agente. Razón por la cual no encontramos razonable que también se pueda proteger el derecho al crédito como sostienen Bramont-Arias y García Cantizano[1624], y Paredes Infanzón[1625].

[1622] Expediente N.° 3567-97 y Expediente N.° 819-98 **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, pp. 267 y 277 respectivamente. En igual sentido la resolución superior del 12-01-1998, Expediente N.° 7492-97 **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 141.

[1623] ROY FREYRE, 1983, p. 101.

[1624] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 328.

[1625] PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 168.

2.6. Sujeto activo

El sujeto activo o agente del delito no puede ser cualquier persona. Es un delito especial, pues se exige que en el agente concurran dos circunstancias esenciales: primero, que haya recibido el bien mueble en virtud de un título lícito por el cual se trasmite la posesión y no la propiedad; y segundo, que tenga la obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado del bien recibido.

Asimismo, al tratarse de las agravantes, sujeto activo solo pueden ser aquellas personas que tengan las calidades que se establecen específicamente en el segundo párrafo del artículo 190 del C.P. Nadie más que ellos pueden cometer apropiación ilícita agravada.

2.7. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del delito de apropiación ilícita será cualquier persona natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Según la redacción del tipo penal, la apropiación ilícita es un delito netamente doloso. No cabe la comisión culposa.

El agente debe actuar con conocimiento que el bien mueble pertenece a otra persona y tiene obligación de devolver, entregar o hacer un uso determinado y, sin embargo, voluntariamente decide apoderarse o apropiarse, negándose a devolver, entregar o darle el uso determinado ante el requerimiento de quien tiene derecho a hacerlo. En la actitud del agente, debe prevalecer el *animus ren sibi habendi*, es decir, el agente debe querer adueñarse del bien mueble, dinero o valor sabiendo perfectamente que pertenece a otra persona. En este sentido, la resolución superior del 21 de setiembre de 1998 precisa: *"que 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 ser 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 por los que fuera recibido»[1626].

Se exige la presencia de un elemento subjetivo adicional al dolo como es la intención de obtener un provecho patrimonial para sí o un tercero que debe guiar la conducta del agente. Se conoce también como ánimo de lucro que no es otra cosa que la intención de conseguir cualquier ventaja, utilidad o beneficio, incluso de finalidad meramente contemplativa o de ulterior liberalidad que persigue el agente. Si no hay intención de obtener provecho patrimonial, así se realicen todos los elementos objetivos del tipo penal del artículo 190, el delito de apropiación ilícita no se configura, tal como ocurre, por ejemplo, cuando un ciudadano hace prevalecer su derecho a la retención recogido en nuestra normativa civil[1627].

Por ejemplo, no hay delito de apropiación ilícita por no concurrir el dolo en el caso que presenta la ejecutoria superior del 12 de junio de 1998. Allí la Sala Especializada en lo Penal del Cono Norte de Lima resuelve: *"que el hecho de haber solicitado en vía civil, el procesado el embargo del vehículo, no lo hizo con el propósito de apropiarse del mismo sino de garantizar su acreencia y al no haber devuelto oportunamente ante el requerimiento del juez hubo negligencia pero no voluntad de no devolver, por cuanto era su obligación legal, tanto así que devolvió y luego de ese hecho, recién fue denunciado cuando el vehículo sub iúdice ya había sido entregado a su copropietario*»[1628].

4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

En el segundo y tercer párrafo del artículo 190 del Código Penal, el legislador ha previsto las circunstancias por las cuales la conducta de apropiación ilícita se agrava, o, mejor dicho, el agente merece mayor pena.

En efecto, el segundo párrafo recoge las circunstancias agravantes por la calidad del sujeto activo. Es unánime la doctrina peruana al considerar

---

[1626] Expediente N.° 2002-98, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán, 1999, p. 265.

[1627] En parecido sentido, Reátegui Sánchez, 2016, I, p. 630.

[1628] Expediente N.° 186-98-A, **en** Prado Saldarriaga, 1999, p. 109.

que la mayor sanción se justifica en razón de que el agente, al mismo tiempo que con su conducta agravia el patrimonio particular, también defrauda la confianza depositada por el Estado[1629]. Por su parte, Peña Cabrera[1630] afirma que aquí, además de lesionarse el bien jurídico tutelado específicamente con la apropiación ilícita simple, se violan deberes de tanta importancia como el velar por la seguridad de su pupilo y de los bienes que se encuentran bajo su custodia.

La norma penal en interpretación expresamente indica que la apropiación ilícita se agrava cuando el agente actúa u 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. Para saber cuándo el agente de la apropiación ilícita ha actuado en calidad de curador, el operador jurídico deberá recurrir al artículo 564 y siguientes del Código Civil, allí se indica que están sujetos a curatela los incapaces mayores de edad para cuidarlos y administrar sus bienes.

El artículo 502 del Código Civil estipula que a los menores que no estén bajo la patria potestad se les nombrará tutor para que cuide de su persona y de sus bienes. Asimismo, para saber cuándo una persona es albacea, el operador jurídico recurrirá al contenido del artículo 778 y ss. del Código Civil, donde expresamente se dispone que albacea o ejecutor testamentario es aquella persona nombrada por testamento para hacer cumplir las disposiciones de la última voluntad del testador. La calidad de síndico ha desaparecido de nuestra normativa legal con la famosa ley de reestructuración patrimonial, con la cual corresponde a la junta de acreedores velar por la administración de la empresa después de seguirse todo un procedimiento ante Indecopi.

Depositario es aquella persona encargada de custodiar un bien y devolverlo cuando lo solicite el depositante. En este sentido, se tiene que si la designación del depositario es realizada por la autoridad jurisdiccional, estaremos ante un depositario judicial o como técnicamente

---

[1629] ROY FREYRE, 1983, p. 115; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 332; PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 186; y VILLA STEIN, 2001, p. 108.

[1630] PEÑA CABRERA, 1993, p. 103.

se conoce órgano de auxilio judicial tal como aparece establecido en el artículo 644 del Código Procesal Civil. En efecto, se designa depositario judicial o custodio cuando se traba embargo sobre un bien mueble (artículo 642 del C.P.C.) o cuando el proceso tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión de determinado bien, se producirá el secuestro del bien y se entregará a un custodio (artículo 643 del C.P.C.). El numeral 655 del Código Procesal Civil establece las obligaciones de los órganos de auxilio judicial: el depositario y custodio. Igualmente el artículo 657 del C.P.P. que se refiere al embargo en forma de retención y el artículo 661 del mismo texto legal que regula el embargo en forma de intervención en recaudación, establecen supuestos en los cuales el retenedor o interventor pueden muy bien ser sujetos activos de apropiación ilícita cuando no devuelvan los bienes entregados en custodia o recaudación.

Aquí me parece necesario hacer un deslinde respecto de lo previsto en el artículo 392 del Código Penal que regula la figura penal denominada peculado y malversación extensiva. En este numeral, se indica que "están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389 (...) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares (...)". Es decir, de la lectura de este numeral pareciera que el legislador nacional ha previsto que el depositario judicial también puede ser autor de los delitos de peculado y malversación, presentándose de ese modo un aparente conflicto de normas penales entre lo previsto en el artículo 190 del C.P. y lo sancionado en el artículo 392 citado, sin embargo, nosotros teniendo en cuenta el principio de especialidad de aplicación de las normas de carácter penal por el cual, ante un aparente conflicto de normas penales aplicables a un caso concreto, se aplicará la norma que prevé en forma más específica y precisa el supuesto de hecho dejándose de lado las demás (*lex especialis derogat lex generalis*), consideramos que los depositarios judiciales solo son pasibles de cometer el delito de apropiación ilícita.

El artículo 190 del Código Penal se refiere en forma específica a los depositarios judiciales como agentes del delito, en tanto que el artículo

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 facultada para designar depositarios o custodios[1631], por ejemplo, los intendentes de Aduanas, Sunat, la autoridad municipal, etc.

Por otro lado, resulta indiscutible que si el depositario judicial tiene a la vez la calidad de funcionario o servidor público y se apropia de los bienes que se le entregó en depósito o custodia, cometerá el delito de peculado o malversación según sea el caso.

Por su parte, llegando a parecida solución del aparente conflicto de normas penales aplicables, por ejecutoria suprema del 21 de febrero del 2012[1632]: la Sala Penal de la Corte Suprema ha dispuesto como precedente vinculante normativo que en estos casos, la norma aplicable es la prevista en el artículo 190 del Código Penal por ser más favorable para el procesado que la norma penal 392. Aplicando el principio de favorabilidad la Suprema Corte ha llegado a tal solución, cuando lo real y concreto es que se llega a la misma conclusión aplicando el principio que reza: *lex especialis derogat lex generalis*. En efecto, actualmente en el Perú, constituye precedente vinculante lo siguiente: "es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que, la mención 'depositario' *–condición imputada al encausado–* se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente *–en cuanto a la condena y pena a imponerse–*, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento

[1631] No obstante, actualmente se observa que la jurisprudencia viene aceptando la tesis contraria.

[1632] R.N. N.° 3396-2010-Arequipa.

treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: *'la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso–'*; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados, sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada *–regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal–*; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas".

En otro extremo, se agrava cuando el autor de la apropiación ilícita obra en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial. La agravante funciona siempre que el autor haya recibido el bien en virtud del desempeño de una profesión que tenga un título expedido a nombre de la nación, por ejemplo, el abogado será pasible de la agravante al apropiarse del dinero entregado por su patrocinado con el fin de hacer un depósito judicial en el Banco de la Nación. En igual sentido funciona la agravante cuando el agente obra en el ejercicio de una industria para el cual tiene autorización oficial. Por ejemplo, cometerá apropiación ilícita con agravante el técnico de artefactos que se apropia de la refrigeradora que se le dio para refaccionarla. *"Si el procesado recibió un bien mueble para su reparación el cual no entregó, habiéndoselo apropiado junto al dinero recibido para su reparación, ha incurrido en los presupuestos del delito de apropiación ilícita, ya que tenía la obligación de devolver, no siendo justificante para tal comportamiento que el sujeto activo haya tenido dificultades económicas"*[1633]; también estaremos ante la agravante cuando el transportista se apropia de las encomiendas y no las entrega a sus destinatarios, etc.

[1633] Resolución superior de 7-07-1997, Expediente N.º 3324-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 185.

El tercer párrafo del artículo 190 del C.P. recoge la agravante por la calidad del bien mueble objeto del delito. Esto es, la apropiación ilícita se agrava cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares. Esta agravante también pareciera que entra en conflicto con lo dispuesto en la última parte del artículo 392 del Código Penal donde se estipula que cometerán peculado o malversación "todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social", no obstante, también el aparente conflicto de normas se resuelve aplicando el principio de especialidad por el cual si el que se apropia de los bienes destinados a fines asistenciales o de auxilio social por desastres naturales es el administrador o custodio designado propiamente para dicho fin (por ejemplo, jefe de defensa civil), cometerá peculado o malversación según sea el caso. En cambio, si el que se apropia ilícitamente de aquellos bienes no es administrador ni custodio designado para tal fin, sino por ejemplo, un simple ayudante o colaborador de defensa civil, cometerá el delito de apropiación ilícita agravada previsto en el artículo 190 del Código Penal.

5. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad de la conducta desarrollada por el agente o autor se presenta cuando aquel sin tener derecho que lo ampare o justifique se apropia a apodera del bien mueble recibido en depósito o custodia. La ilicitud se traduce en el hecho de que en la conducta del agente no concurre alguna causa de justificación prevista en el numeral 20 del Código Penal. Los incisos 8, 9 y 10 del citado numeral del Código Penal muy bien pueden ser invocados como causa de justificación por aquella persona a la que se le atribuye el delito de apropiación ilícita. Así, por ejemplo, de acuerdo con el inciso 8 del artículo 20 del C.P., un depositario podrá invocar el ejercicio legítimo del derecho de retención que le reconoce nuestro sistema jurídico civil.

El derecho vivo y actuante ya se ha pronunciado al respecto. Así la resolución superior del 20 de mayo de 1998 expresa que el delito de apropiación ilícita *"se configura realmente cuando se recibe la cosa*

y con abuso de confianza no se restituye, es decir que lo que convierte en punible la obligación de restituir es precisamente el abuso de confianza; que en el caso materia de pronunciamiento si bien es cierto que los hechos revisten los caracteres de la tipicidad objetiva y subjetiva del ilícito investigado, también es que el delito de apropiación ilícita está inmerso en determinadas relaciones de carácter civil entre las personas (de derechos y obligaciones), por lo que será una causa de justificación frecuente el derecho de retención que le otorga el ordenamiento civil, es decir que el depositario puede retener la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se debe"[1634].

Igual ocurrirá con el depositario judicial que al obrar o poseer el bien mueble por disposición de autoridad jurisdiccional, invocando el inciso 9 del artículo 20 no lo devolverá o entregará a su propietario, así este le requiera o le solicite en forma expresa, en tanto que un juez competente no disponga lo contrario.

6. CULPABILIDAD

Una vez que se ha verificado que en la conducta concurren todos los elementos que dan tipicidad a la conducta y luego se ha verificado que en ella no concurre alguna causa de justificación que haga permisiva la conducta, corresponde en seguida al operador jurídico determinar si esta conducta es atribuible o imputable al autor. Es decir, corresponde aquí saber si aquella persona a la que se le atribuye la conducta es responsable penalmente o, mejor dicho, tiene la capacidad suficiente para responder penalmente por su conducta de apropiación indebida.

Aquí se verificará si el agente es mayor de 18 años de edad y si no sufre alguna alteración mental que le haga inimputable. Luego de verificado que el sujeto es una persona imputable, se determinará si el sujeto pudo actuar de acuerdo a derecho y no apropiarse del bien ajeno, y finalmente, se verificará si el agente conocía realmente la antijuridicidad de su conducta. Esto es, si el agente tenía plena conciencia de que estaba actuando

[1634] Expediente N.° 819-98 **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 277. Así también se ha pronunciado la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 11 de febrero del 2014, véase: R. N. N.° 2280-2012- Ayacucho.

ilícitamente al negarse a devolver o entregar un bien que no le pertenecía. En este estadio muy bien puede presentarse un error de prohibición, por ejemplo, cuando el agente en la creencia errónea de que está actuando en el ejercicio del derecho de retención, se resiste o niega a devolver el bien entregado en depósito o comisión.

7. CONSUMACIÓN

Compartimos en toda su extensión lo sostenido por el profesor Roy Freyre[1635]: es fácil afirmar en la teoría que el delito se consuma cuando el agente ha logrado realizar la conducta indicada por el verbo principal "apropiar" utilizado en la descripción típica, vale decir, que hay consumación en el momento que el sujeto se apropia indebidamente de la cosa que poseía lícitamente y de manera inmediata. La dificultad radica en precisar en la práctica cuándo existe realmente apropiación ilícita, es decir, cuándo el agente estableció de mutuo propio sobre la cosa aquellas relaciones equivalentes a las del propietario que son incompatibles con el cumplimiento de las obligaciones de entregar o devolver el bien.

La mayoría de penalistas peruanos que han tratado el tema ponen en evidencia aquella dificultad, alegando incluso algunos que no puede considerarse como hito de la consumación la no entrega o devolución del bien ante el requerimiento del que tiene derecho a hacerlo[1636].

Por nuestra parte y tomando en cuenta la práctica judicial, consideramos que el delito se consuma en el momento en que el agente se resiste, se niega o es renuente a cumplir la obligación de entregar o devolver el bien ante el requerimiento expreso e indubitable de la persona que tiene derecho a efectuarlo. Solo con la negativa o resistencia al requerimiento expreso podemos tener convicción de que realmente el agente se ha apropiado del bien. Si no hay petición o requerimiento expreso es imposible saber si el agente tiene el *animus rem sibi habendi*. En este sentido, la

[1635] ROY FREYRE, 1983, p. 114.

[1636] PEÑA CABRERA, 1993, p. 102; ROY FREYRE, 1983, p. 114, ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1252 y REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 625.

ejecutoria superior del 2 de noviembre de 1998 pedagógicamente indica que: *"si bien es cierto que el agraviado entregó su vehículo al procesado a efectos de reparación, no obra en autos la respectiva prueba de cargo que acredite que el agraviado se haya constituido al taller de la empresa a reclamar la entrega del vehículo, tampoco la negativa de los procesados a hacerle entrega del citado bien mueble; fundamentos por los cuales confirmaron la resolución que declara el sobreseimiento de la causa"*(1637).

Rojas Vargas(1638), con diferente razonamiento, llega a la misma conclusión. El citado profesor afirma que la apropiación ilícita en su modalidad básica es un delito contra el patrimonio que consta de dos actos ejecutivos lícitos, que a la vez son presupuestos ónticos del mismo: la entrega por parte del sujeto pasivo de un bien mueble, suma de dinero o un valor y el recibimiento de los mismos por parte del sujeto activo del delito, en virtud a un nexo jurídico. El tercer acto, es decir, la negativa a devolver o entregar lo recibido –previo requerimiento–, existiendo obligación jurídica de hacerlo, es lo que genera la apropiación ilícita. Se trata de un delito que se consuma con la omisión de hacer lo que se está obligado a hacer.

La jurisprudencia tiene como un aspecto fundamental el requerimiento en el delito de apropiación ilícita. Así ha quedado en evidencia en las siguientes resoluciones superiores:

- *"Si la sentenciada pese a haber vendido las mercaderías que se le entregara en consignación no cumple con pagar su importe al agraviado, a pesar de haber sido requerida notarialmente incurre en el delito de apropiación ilícita"*(1639).
- *"Comete el delito de apropiación ilícita aquel que alquila un bien mueble y que vencido el plazo del alquiler y pese a ser requerido notarialmente se niega a devolverlo"*(1640).

(1637) Expediente N.º 3280-98 **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 723.

(1638) ROJAS VARGAS, 1997, p. 495.

(1639) Resolución superior del 16-06-1997, ROJAS VARGAS, 1999a, p. 207.

(1640) Resolución superior del 29-09-1997, Expediente N.º 4126-97, **en** *Ibidem*, p. 178.

- *"Si el procesado asumió el cargo de depositario judicial entrando en posesión de determinados bienes muebles y este se resiste a devolverlos pese a haber sido requerido, incurre en el delito de apropiación ilícita"*(1641).
- *"Incurre en la comisión del delito de apropiación ilícita el procesado que recibió diversos bienes en virtud a un contrato de fabricación para la elaboración de otros y que no cumple con devolver los primeros, pese al requerimiento notarial"*(1642).
- *"Se atribuye al procesado haberse apropiado ilícitamente de bienes que le fueron entregados en calidad de Depositario Judicial, los mismos que no entregó al Juzgado en mención, especies que son de propiedad de Teodora Chipana Capaquira, pese haber sido requerido conforme a ley en reiteradas oportunidades"*(1643).

Resulta imposible que la conducta efectuada por el agente se quede en el grado de tentativa.

8. PENALIDAD

De verificarse algunos de los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 190 del Código Penal, el agente o autor será merecedor a una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. En caso de tratarse de los supuestos previstos en el segundo párrafo, al agente se le impondrá una pena privativa de libertad que oscila entre no menor de tres ni mayor de seis años. Finalmente, si se verifica el supuesto previsto en el último párrafo del tipo penal en comentario, el autor será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

(1641) Resolución superior del 28-11-1997, Expediente N.º 6564-97, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 194.

(1642) Resolución superior del 09-12- 1997, Expediente N.º 1480-97 **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 212.

(1643) Resolución superior del 02-11-1998, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 139.

Subcapítulo 2
Sustracción de bien propio

1. TIPO PENAL

El ilícito penal denominado también por la doctrina como hurto impropio, apropiación de bien propio, substracción de bien propio o desbaratamiento de derechos, por el cual el propietario sustrae un bien de poder de quien lo tiene de modo legítimo, se encuentra previsto en el artículo 191 del Código Penal en los términos que siguen:

> El propietario de un bien mueble que lo sustrae de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de apropiación de bien propio se configura o aparece cuando el sujeto activo que viene a ser el propietario del bien mueble, le sustrae del sujeto pasivo que lo tenía en su poder en forma legítima y a consecuencia de tal hecho le causa a este o a un tercero perjuicio económico.

Del concepto puede advertirse ligeramente que se trata de la figura del hurto previsto en el numeral 185 del Código Penal. Sin embargo, siendo más minuciosos, se evidencia que estamos ante una figura penal totalmente diferente a la del hurto. Aquí el sujeto activo es el propietario, en tanto que en el hurto es imposible que el propietario pueda ser agente del delito. Tampoco puede ser sujeto activo el copropietario en tanto que aquel sí puede ser agente del delito del hurto, debido a que el bien mueble, objeto material de la conducta puede ser total o parcialmente ajeno. Para la consumación del hurto se requiere que el agente después de la sustracción se apodere del bien, es decir, tenga la posibilidad real o potencial de disponer del bien como si fuera su dueño; en cambio, aquí se consuma el delito con la sola sustracción, no se exige apoderamiento. Finalmente, la conducta del hurto se agrava cuando el agente lo realiza

con determinadas circunstancias previstas por ley; en tanto que aquí, si mediaren tales circunstancias la conducta no se agrava, debiendo en todo caso, aparecer un concurso real de delitos.

Pero veamos en qué consisten cada uno de los elementos que le dan tipicidad objetiva al delito de sustracción de bien propio:

2.1. Sustracción del bien mueble

La conducta ilícita se materializa cuando el sujeto activo sustrae el bien mueble de quien lo posee legítimamente. Se entiende por sustracción todo acto que realiza el agente destinado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima. Se configura con los actos que realiza el agente para romper la esfera de vigilancia del sujeto pasivo que tiene sobre el bien y desplazarlo a su esfera de dominio.

Es común en la doctrina nacional afirmar que para la configuración del delito son suficientes los actos de sustracción, siendo irrelevante penalmente determinar si después de la sustracción el agente tuvo capacidad de disposición del bien mueble substraído[1644].

2.2. El sujeto activo debe ser el propietario

Es requisito indispensable para la configuración del delito en interpretación el hecho que el agente o sujeto activo de la sustracción sea el propietario o dueño del bien mueble. Nadie más que el propietario exclusivo del bien mueble que se sustrae puede ser sujeto activo. Por la estructura misma del tipo penal en comentario, el copropietario del bien mueble cometerá hurto y no apropiación ilícita impropia, si sustrae el bien de quien lo tiene legítimamente, pues el hurto se produce cuando se sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno.

2.3. El sujeto pasivo debe poseer el bien de modo legítimo

Otro elemento típico objetivo de la apropiación de bien propio lo constituye la circunstancia en que el sujeto pasivo o víctima debe haber

[1644] ROY FREYRE, 1983, p. 119; PEÑA CABRERA, 1993, p. 107; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1260; y BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 334.

tenido de modo legítimo o lícito el bien objeto de la sustracción. Esto significa que el propietario debe haberlo otorgado de modo voluntario la posesión del bien mueble al sujeto pasivo, como, por ejemplo, a consecuencia de un contrato de depósito o comodato, por medio del derecho real de garantía denominado prenda, etc. O en todo caso, el sujeto pasivo lo tenga en su poder a consecuencia de orden impartida por autoridad judicial competente como son los depositarios judiciales.

El título legítimo por el cual posee el bien el sujeto pasivo debe estar subsistente o vigente al momento de la sustracción. No basta, por consiguiente, una posesión cuyo origen haya sido válido, pero caduco al producirse la sustracción. En este último caso, no habría delito alguno contra el patrimonio[1645], toda vez que la tenencia en todo caso ya no será lícita.

2.4. El acto debe causar perjuicio

Otro elemento típico no menos importante lo constituye el perjuicio económico que debe causarse al sujeto pasivo o a un tercero con la sustracción del bien mueble. Es decir, con la sustracción debe ocasionarse perjuicio a quien lo tiene legítimamente en su poder o a un tercero. Aquí hay una relación de causa y efecto. La sustracción es la causa y el perjuicio económico es el efecto de aquella acción. Si el perjuicio no se verifica, el delito no se configura. En el mismo sentido, Villa Stein[1646], quien citando a Bustos Ramírez considera que el hecho debe perjudicar al sujeto pasivo, el poseedor legítimo del bien o a un tercero, mermando su patrimonio.

Por ejemplo, habrá perjuicio económico cuando el agente después de sustraer el bien objeto de la prenda lo vende desapareciendo la garantía, o cuando el agente propietario del bien lo sustrae del dominio del depositario judicial y lo destruye causando de ese modo perjuicio al que solicitó el embargo, que vendría a constituirse en el tercero que prevé el tipo penal. O cuando, el propietario sustrae del terreno que se viene

[1645] Roy Freyre, 1983, p. 119.

[1646] Villa Stein, 2001, p. 112.

labrando, los bueyes que había alquilado, provocando que se suspenda la faena y causando de ese modo perjuicio económico al agraviado, quien pese a no haberse concluido la faena prevista o programada, tiene que pagar el jornal a sus peones.

Para efectos de la configuración del delito de sustracción de bien propio, es irrelevante determinar si el agente obtuvo algún beneficio patrimonial con su conducta ilícita. La circunstancia de haber obtenido, el agente, algún provecho patrimonial con su actuar ilícito, solo servirá al juzgador para graduar la pena al momento de individualizarla e imponerla.

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege con este delito es la posesión inmediata de un bien mueble, debido a dos razones: en primer lugar, por la descripción del tipo, donde se pone de manifiesto el hecho que el autor del delito "(...) lo substrae de quien lo tenga legítimamente (...)", es decir, se afecta la posesión de un tercero que tiene el bien de acuerdo a derecho; en segundo lugar, porque no puede protegerse la propiedad, pues el autor del delito es el mismo propietario, es decir, es el propietario quien realiza una acción antijurídica sobre su propio bien[1647].

2.6. Sujeto activo

Estamos en presencia de un delito especial, pues el agente, sujeto activo o autor del delito solo puede ser el propietario del bien mueble objeto de la sustracción. Nadie más que él puede cometer el delito en hermenéutica. Como ya hemos tenido oportunidad de argumentar, ni los condóminos o copropietarios pueden ser autores del delito de apropiación de bien propio. Si estos o cualquier otra persona sustraen bienes muebles, total o parcialmente ajenos, cometerán la figura penal de hurto previsto en el artículo 185 del C.P.

[1647] BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 333. En parecido sentido, ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1259.

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo será toda persona que tenga en su poder, de modo legítimo o lícito, el bien mueble que después es sustraído por su propio propietario. Puede ser una persona natural o jurídica.

Roy Freyre[1648], comentando el artículo 241 del Código Penal derogado, que tenía estructura parecida al actual numeral 191, enseñaba que sujeto pasivo es el poseedor temporal en virtud de un título que le confiere la posesión inmediata del bien. El título que naturalmente debe ser legítimo y encontrarse en vigencia, puede provenir de un convenio, de un acto de autoridad o del ejercicio regular de un derecho.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se concluye inmediatamente que se trata de un delito factible solo a título de dolo. No es posible la comisión por culpa.

El agente actúa sabiendo y conociendo que el bien se encuentra de modo legítimo en posesión del sujeto pasivo y que de sustraerlo le causará un perjuicio económico a aquel o a un tercero, no obstante y pese a ello, voluntariamente decide sustraerlo.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de verificarse que en la conducta concurren todos los elementos objetivos y subjetivos que le dan tipicidad, corresponderá al operador jurídico determinar si aquel ha actuado contra el ordenamiento jurídico o, en su caso, concurre alguna causa de justificación que haga permisiva su conducta.

Habrá antijuridicidad cuando el agente sabiendo que el sujeto pasivo tiene en su poder el bien mueble debido a título lícito o por orden de autoridad competente, le sustrae el bien y le causa con tal acto un perjuicio económico. En cambio, no habrá antijuridicidad cuando concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. Por ejemplo, concurre la causa de justificación prevista en

[1648] ROY FREYRE, 1983, p. 118.

el inciso 7 del artículo 20 del C.P. cuando el propietario de un vehículo, lo sustrae del depositario con la finalidad de entregarlo a unos asaltantes quienes le amenazan de muerte si no les entrega el vehículo.

5. CULPABILIDAD

De verificarse que la conducta es típica y antijurídica, debido a que no concurre alguna causa de justificación, corresponderá al operador jurídico verificar si esta conducta es atribuible penalmente al agente. En este estadio del análisis, se verificará si el propietario agente del delito es mayor de edad y no sufre alguna alteración mental que le haga inimputable. Una vez determinado que el agente es imputable, se verificará si el agente pudo actuar de modo diferente al de sustraer su bien mueble, causando con ello perjuicio económico a la víctima.

También se analizará si el agente actuó conociendo la ilicitud de su acto, o, mejor dicho, si conocía que actuaba contra el derecho vigente al sustraer su bien propio de quien lo poseía lícitamente. Aquí muy bien puede presentarse el error de prohibición cuando, por ejemplo, el agente, sin haber ordenado el juez la desafectación, sustrae el bien mueble de su propiedad del dominio del depositario judicial en la creencia de que se ha levantado el embargo que pesaba sobre aquel al haberse dictado sentencia a su favor.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Bien sabemos que el delito de apropiación ilícita impropia se presenta en la realidad mediante dos actos claramente caracterizados y se traducen en causa y efecto. Es decir, se exige la sustracción del bien mueble como causa y el perjuicio a la víctima o a un tercero como efecto. La sustracción (que no significa apoderamiento) del bien mueble por parte del agente debe causar perjuicio económico a la víctima. Si esta relación correlativa no se evidencia en determinada conducta, el delito no se configura.

En esa línea del razonamiento, se concluye que el delito se perfecciona o consuma cuando después de la sustracción del bien, se produce el perjuicio económico de aquel que tenía el bien a consecuencia de título legítimo o a un tercero. Si la conducta llega solo a la sustracción del bien, mas no al perjuicio que exige el tipo penal, estaremos ante la tentativa.

Presentado así los argumentos, yerran Peña Cabrera[1649] y Ángeles Gonzáles y otros[1650], al sostener que el delito se consuma con la sola sustracción (con apoderamiento o no) del bien mueble de quien lo tiene legítimamente en su poder.

7. PENALIDAD

El propietario que comete el delito de sustraer su propio bien de quien lo posee de modo legítimo, será merecedor a la pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de cuatro años. La graduación de la pena depende de varios factores, pero aquí, creemos, prevalecerá el monto del perjuicio económico ocasionado a la víctima con el actuar del agente.

Subcapítulo 3
Apropiación de bien perdido o de tesoro

1. TIPO PENAL

La figura delictiva por la cual el agente se apropia de un bien perdido o de un tesoro aparece regulado en el inciso 1 del artículo 192 del C.P. en los términos siguientes:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible se configura cuando el agente o sujeto activo se apodera o hace dueño de un bien mueble que encuentra perdido o de

---

[1649] Peña Cabrera, 1993, p. 109.

[1650] Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1260.

un tesoro o de la parte del tesoro que le corresponde al propietario del suelo, sin observar lo prescrito en nuestro Código Civil.

Como se observa aquí se prevén hasta tres conductas que puede desarrollar el agente y perjudicar al sujeto pasivo:

a. La primera conducta se configura cuando el agente se apodera o apropia de un bien mueble que ha encontrado perdido sin observar lo prescrito en nuestro Código Civil. Es decir, se configura el ilícito penal cuando el agente se apropia del bien encontrado sin tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 932 del Código Civil que ordena: "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". Es más el artículo 333 prescribe que "el dueño que recobre lo perdido está obligado al pago de los gastos y a abonar a quien lo halló la recompensa ofrecida o, en su defecto, una adecuada a las circunstancias. Si se trata de dinero, esa recompensa no será menor a una tercera parte de lo recuperado".

   De la interpretación de la normativa civil citada se concluye que nadie puede apropiarse lícitamente de un bien que encuentre perdido. Al encontrar un bien perdido estamos en la obligación de entregarlo a la autoridad municipal, quien hará público el hallazgo. Si después de transcurridos tres meses no se presenta el dueño, el bien será rematado, correspondiendo el cincuenta por ciento al que lo encontró y el otro tanto a la Municipalidad. En caso que se presente el dueño del bien, el que lo encontró tiene derecho a recibir una recompensa además de los gastos ocasionados por el hallazgo. Si el bien encontrado es dinero, la recompensa no podrá ser menor a la tercera parte de lo recuperado.

   Se considera como bien perdido a todo bien mueble ajeno que se llegó a encontrar fuera de la esfera de disponibilidad de quien lo poseía, independientemente de su voluntad, y que en el momento del hallazgo no tiene ningún poseedor, aunque sí un propietario

ignorante de su paradero, no pudiendo ser ubicada concretamente por quien lo poseía sin previas averiguaciones de resultado incierto[1651]. De modo más concreto Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1652] enseñan que por "bien perdido" ha de entenderse el bien mueble del que, accidentalmente, está privado su propietario por algún acto que lo ponga fuera de su alcance.

El delito de apropiación de bien que encuentra perdido se configura cuando el agente dolosamente, en lugar de poner a disposición de la autoridad municipal, se apropia o apodera del bien mueble que ha encontrado perdido.

b. La segunda conducta se presenta cuando el autor sin tomar en cuenta lo previsto en nuestro Código Civil se apodera o se apropia de un tesoro. Esto es, se configura el injusto penal cuando el agente se apropia de un tesoro sin tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 934 del Código Civil que señala: "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 expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes".

De este modo, el tesoro encontrado en un terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, sin contar con la autorización expresa del propietario del terreno para su búsqueda, pertenece en su integridad a este último, quien además podrá reclamar el pago de una indemnización por daños y perjuicios. En cambio, si cuenta con autorización expresa del propietario del terreno, se entiende que el tesoro encontrado será repartido en partes que voluntariamente aquellos acuerden.

Tesoro es todo bien mueble con valor económico de creación antigua o reciente, carente de dueño conocido, que se encuentra oculto o enterrado en un inmueble, el mismo que puede ser encontrado

---

[1651] Roy Freyre, 1983, p. 123.

[1652] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 336.

a consecuencia de una paciente búsqueda, o también puede ser descubierto de manera casual, como ocurre, por ejemplo, cuando un obrero de construcción encuentra un tesoro al estar haciendo excavaciones en el terreno donde se construirá un edificio.

La acción delictiva se configura cuando el agente se apropia de un tesoro que ha encontrado en terreno ajeno sembrado, cercado o edificado sin tener autorización expresa del propietario del terreno para la búsqueda a quien le correspondía de acuerdo a ley todo el tesoro y, por tanto, al perfeccionarse la apropiación, deviene en víctima.

c. El tercer supuesto delictivo se configura cuando el agente se apropia de parte del tesoro que le corresponde al dueño del suelo donde aquel fue encontrado sin tomar en cuenta lo previsto en el Código Civil. Es decir, la conducta se evidencia cuando el autor se apropia o adueña de parte de un tesoro que ha encontrado de manera casual, sin tomar en cuenta el contenido del artículo 935 del Código Civil que prescribe "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".

En este sentido, el tesoro descubierto de manera casual o repentina en terreno ajeno sin cerco, no sembrado ni edificado, corresponde en partes iguales al que lo descubrió y al propietario del terreno. Incluso las partes pueden ser desiguales siempre que así lo acuerden voluntariamente aquellos.

El injusto penal se configura cuando el agente que descubrió el tesoro se apropia de la parte que le corresponde al propietario del terreno donde fue encontrado aquel. La parte puede ser producto de la división efectuada por presentarse el supuesto previsto en el artículo 935 del C.C., así como de la parte que le corresponde al propietario del terreno al haber autorizado la búsqueda del tesoro en su predio cercado, sembrado o edificado, según lo establecido en el numeral 934 del C.C.

Finalmente, se entiende que el tesoro encontrado no debe constituir patrimonio cultural, pues en este caso, son aplicables las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación según lo previsto expresa y claramente en el dispositivo 936 del Código Civil.

2.1. Bien jurídico protegido

Con la tipificación de las conductas ilícitas interpretadas, se pretende proteger el patrimonio de las personas y específicamente el derecho real de propiedad.

2.2. Sujeto activo

El agente o autor de los supuestos delictivos solo pueden ser aquellas personas que hayan encontrado el bien perdido o el tesoro. Estamos en presencia de un delito especial. Nadie más que ellos pueden ser autores del delito. Ello está predispuesto en el tipo penal con la frase "se apropia de un bien que encuentra perdido (...)".

Se constituye en exigencia *sine qua non* que el agente sea solo aquel que encontró el bien perdido o el tesoro. Si el que se apropia del bien mueble o tesoro es una persona diferente a la que realmente lo encontró, cometerá otro delito, pero no el delito que ahora nos ocupa.

2.3. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo de los ilícitos comentados puede ser cualquier persona natural o jurídica, siempre y cuando sea el propietario del bien encontrado perdido o propietario del terreno donde se encontró o descubrió el tesoro. Incluso, la Municipalidad también puede resultar como sujeto pasivo de la conducta del agente cuando ocurre el supuesto en que el propietario del bien encontrado perdido no aparece, debiendo corresponder a aquella la mitad del producto de la venta del bien subastado (artículo 932, Código Civil).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Los injustos penales analizados en su aspecto subjetivo, son netamente dolosos. El agente actúa con conocimiento y voluntad de apropiarse del bien mueble encontrado perdido, de un tesoro o de la parte del tesoro que le corresponde al dueño del terreno donde fue descubierto, sabiendo que debe actuar conforme a la disposición del Código Civil. En consecuencia, aparte de actuar el agente con lo que en doctrina se conoce como el *animus rem sibi habendi*, debe conocer además que existen normas civiles que se deben cumplir.

4. ANTIJURIDICIDAD

Las conductas típicas, tanto objetiva como subjetivamente, de apropiación de bien encontrado perdido o de tesoro serán antijurídicas cuando en ellas no concurra alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal. En cambio, si el agente hace uso del ejercicio del derecho de retención del bien encontrado perdido hasta que el propietario cumpla con pagarle la recompensa por ejemplo, la conducta será típica, pero no antijurídica, por lo tanto, será irrelevante penalmente.

5. CULPABILIDAD

En este delito muy bien puede presentarse el error de prohibición. Esto ocurrirá cuando el agente proviene de un país donde este aspecto no está regulado en el Código Civil. Actúa en la creencia que también en el nuestro ocurre lo mismo ignorando de esta forma que existen normas imperativas en nuestro Código Civil.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las acciones delictivas interpretadas se consuman o perfeccionan en el instante en que el agente decide apropiarse del bien que ha encontrado perdido o del total o parte del tesoro descubierto. En otros términos, se consuma una vez que comienza a realizar actos (de disposición) como si fuera realmente dueño del bien o tesoro.

Si bien es cierto resulta difícil determinar efectivamente ese momento[1653], nosotros consideramos que al igual como ocurre con la apropiación ilícita prevista en el artículo 190, la negativa o renuencia al requerimiento efectuado por aquel que le asiste el derecho, constituye un indicio razonable que el agente se ha apropiado del bien o tesoro. En la práctica, antes de esta circunstancia resulta imposible saber si el agente se ha apoderado ilícitamente del bien. Esto es, antes del requerimiento resulta imposible saber si el agente tiene el *animus rem sibi habendi*. La tentativa no es posible.

[1653] PEÑA CABRERA, 1993, p. 114 y BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 338.

7. PENALIDAD

De encontrarse responsable penalmente al autor del delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años, o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas, ello según sea el caso concreto.

Subcapítulo 4
Apropiación de un bien por error o caso fortuito

1. TIPO PENAL

La conducta delictiva por la cual el agente se apropia de bienes que han entrado en su dominio a consecuencia de un error, caso fortuito o por cualquier otro motivo independiente a su voluntad, aparece tipificado en el inciso 2 del artículo 192 del Código Penal del modo siguiente:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El inciso segundo del artículo 192 del Código Penal regula el delito que se configura cuando el agente dolosamente se apropia o se hace dueño de un bien mueble ajeno que ha entrado o ingresado en la esfera de su dominio a causa de un error, caso fortuito o por cualquier motivo independiente de su voluntad.

De la estructura del tipo penal se advierte que el hecho punible puede evidenciarse hasta en tres supuestos:

Primero, cuando el agente se apropia de un bien que ha llegado o entrado en su dominio a consecuencia de un error. El delito aparece cuando el agente se da cuenta de que ha entrado en posesión de bien

ajeno por error y pese a ello y en lugar de entregarlo o devolverlo a su propietario, se lo apropia. Caso contrario, si en determinado caso se llega a establecer que el sujeto no salió del error producido, resultará imposible que se le pueda atribuir penalmente algún delito.

Se entiende por error el conocimiento falso o contrario a la verdad recaído en un hecho jurídicamente relevante y cuyo efecto se relaciona con la validez del acto jurídico o con la culpabilidad penal[1654]. Aquí el agente falsamente cree que ha entrado en posesión de bien ajeno en forma lícita. El error debe ser espontáneo de ninguna manera debe ser provocado por aquel. Si llega a determinarse que el error lo provocó el agente no se configurará el delito en comentario, sino el de estafa de ser el caso[1655]. Asimismo, es común sostener que el error puede provenir del sujeto que recibe el bien como de aquel que lo entrega por error.

Con Peña Cabrera[1656] concluimos que el error que aquí nos interesa es el que causa la transmisión de la tenencia, por ende, son indiferentes las equivocaciones sobre el precio o la calidad del bien. Si hay error en el precio o calidad del bien cedido se resolverá aplicando las normas de carácter civil.

Segundo, cuando el autor se apodera de un bien que ha entrado en su dominio a consecuencia de un caso fortuito. Es decir, se produce este supuesto ilícito cuando el agente sabiendo perfectamente que a consecuencia de un caso fortuito ha entrado en posesión de un bien que le pertenece al sujeto pasivo, no lo entrega o devuelve y, por el contrario, se lo apropia o apodera.

Es común en la doctrina peruana, el considerar que con la frase caso fortuito, nuestra ley penal se refiere a una fuerza de la naturaleza (viento, remolino, huaycos, etc.) que logra u ocasiona desplazar el bien mueble del dominio de su propietario hacia los dominios del

(1654) ROY FREYRE, 1983, p. 129.

(1655) VILLA STEIN, 2001, p. 119.

(1656) PEÑA CABRERA, 1993, p. 117.

agente, sin que haya intervenido la voluntad del sujeto pasivo para desprenderse del bien[1657].

Y tercero, cuando el agente se apropia o adueña de un bien que ha entrado en su esfera de vigilancia y dominio a consecuencia de un motivo independiente a su voluntad. Aquí el legislador ha establecido una fórmula que llena o colma los vacíos que pueden dejar las hipótesis ya analizadas. Por ejemplo, se presentará cuando dos caballos que se salen de la caballeriza por la noche y van a parar al predio del agente distante a cinco kilómetros.

Roy Freyre[1658] sostiene que podemos subsumir aquí, el caso del desplazamiento no provocado maliciosamente de un vacuno que invade el predio perteneciente al actor.

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende cautelar o proteger lo constituye el patrimonio; específicamente el derecho real de propiedad que tenemos todas las personas sobre los bienes muebles que conforman parte de nuestro patrimonio.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo o agente puede ser cualquier persona a cuya posesión o tenencia haya entrado el bien que pertenece a otra persona.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o víctima será la persona desprendida de la propiedad o posesión legítima de un bien mueble a consecuencia de un error, caso fortuito u otra causa o motivo independiente de su voluntad.

[1657] Roy Freyre, 1983, p. 129; Peña Cabrera, 1992, p. 117; Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1266; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 337; y Villa Stein, 2001, p. 119.

[1658] Roy Freyre, 1983, p. 129. Igual y con el mismo ejemplo, Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 338.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Según la redacción del tipo penal se evidencia que se trata de un delito netamente doloso; penalmente no es posible la comisión culposa.

El agente actúa con conocimiento de que ha entrado en posesión o tenencia de un bien que pertenece a otra persona a causa o consecuencia de un error o caso fortuito, no obstante, voluntariamente decide apropiárselo.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Los supuestos delictivos en análisis se consuman o perfeccionan en el momento que el agente comienza a comportarse como dueño del bien que ha entrado en su esfera de dominio a consecuencia de un error, caso fortuito u otra causa independiente a su voluntad.

Como ocurre con todos los supuestos previstos bajo el rótulo de apropiación ilícita, es difícil determinar una regla general para saber cuándo comienza la apropiación, sin embargo, nosotros insistimos al considerar como un indicio razonable que el agente quiere la cosa para sí (*animus rem sibi habendi*), su negativa o renuencia a entregar o devolver el bien a cuya posesión entró por causa independiente a su voluntad, al ser requerido expresamente por su verdadero propietario. En la práctica judicial, sin requerimiento será imposible saber si el agente se ha apropiado del bien. En tal sentido, por ejemplo, no habrá delito cuando una persona sigue en posesión del bien esperando que su propietario lo reclame.

No es posible que la conducta del agente de apoderamiento o apropiación del bien, se quede en grado de tentativa.

5. PENALIDAD

El autor del delito interpretado será merecedor a una sanción penal, cuya pena oscila entre no menor de dos días ni mayor de dos años si es privativa de libertad, o con limitación de días libres de diez a veinte jornadas.

Subcapítulo 5
Disponer o apropiación de bien recibido en prenda

1. TIPO PENAL

Las conductas delictivas de disponer o apropiarse de bien recibido por el agente en calidad de prenda, se recoge en el numeral 193 del C.P. en los términos siguientes:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito se configura cuando el agente o autor, sin observar las disposiciones previstas en nuestro Código Civil, vende, se apropia o dispone de los bienes muebles que conforman el derecho real de garantía denominado prenda, constituida a su favor.

Para saber qué significa prenda en nuestro sistema jurídico no queda otra alternativa que recurrir a nuestro Código Civil. Allí se prescribe que es un derecho real de garantía que se constituye sobre un bien mueble, mediante entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de una obligación (artículo 1055 del C.C.). El numeral 1064 del C.C. establece que: "el acreedor o el tercero que recibe la prenda tiene la calidad de depositario". Asimismo, el artículo 1066 del texto civil claramente prescribe: "aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario". Y finalmente, entre las normas pertinentes para efectos del análisis cabe citar los artículos 1069, 1076 y 1080 del Código Civil. En el primero, se prescribe que: "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 tramite como proceso de ejecución de garantías". En tanto que el segundo señala: "El acreedor

no puede usar el bien sin el consentimiento del constituyente". Y en el tercero, se prevé: "el que guarda el bien prendado está obligado a devolverlo cuando se cumpla la obligación y queden satisfechos los gastos de conservación, bajo responsabilidad".

Antes de continuar es preciso hacer la diferencia entre los supuestos previstos en el artículos 190 y el 193 del Código Penal, pues pareciera que estamos ante un conflicto de normas penales al suponerse que el supuesto regulado en el 193 ya está regulado en el artículo 190 del C.P. Situación que incluso ha originado que el profesor Peña Cabrera en su oportunidad, haya indicado con verdad que esta forma de legislar alienta a confusiones inevitables[1659]. Sin embargo, de la lectura analítica del tipo penal del artículo 193 y de las disposiciones civiles que regulan la prenda, se llega a la conclusión de que no existe conflicto de normas penales y menos, puede presentarse confusiones al momento de hacer hermenéutica jurídica.

En efecto, de la lectura de las normas civiles que regulan la prenda en su calidad de derecho real de garantía, se advierte que el beneficiario de la prenda tiene obligaciones que cumplir durante la vigencia del contrato prendario y otras diferentes una vez vencido el plazo del contrato, obligaciones estas últimas que serán diferentes si el deudor cumple su compromiso en el plazo convenido a aquellas cuando no cumple.

Así tenemos, durante la vigencia del contrato prendario, el acreedor tiene la condición de depositario (artículo 1064 C.C.) y por tanto no puede usar el bien en provecho propio o de tercero (artículos 1076 y 1820 C.C.). Una vez vencido el plazo del contrato prendario, el depositario o beneficiario de la prenda devolverá el mismo bien recibido una vez que el deudor haya cumplido la obligación que dio origen a la prenda (artículos 1837 y 1880 C.C.). En cambio, si el deudor no cumple con su compromiso en el plazo previsto, el beneficiario de la prenda procederá a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. Si no hay pacto al respecto, recurrirá a la autoridad jurisdiccional e iniciará un proceso de ejecución de garantía (artículo 1069 C.C.). Lo que no

[1659] PEÑA CABRERA, 1993, p. 121.

puede hacer el beneficiario de la prenda es apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada, es nulo el pacto en contrario (artículo 1066 C.C.). No obstante, esta prohibición funciona solo cuando la prenda está constituida sobre bienes muebles, pues "la prenda de dinero da derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito con cargo del dinero prestado" (artículo 1089 C.C.).

Expuestas así las normas pertinentes del Código Civil respecto de la prenda en correlato a los contenidos de los tipos penales 190 y 193 del C.P., se concluye que cuando el agente se apropia del bien entregado en prenda antes de vencerse el plazo del contrato prendario o, cuando se apropia del bien mueble, pese a que el plazo se ha vencido y el deudor ha cumplido con su obligación, se verificará la apropiación ilícita común prevista en el artículo 190 del C.P. En cambio, si el agente a favor del cual se constituyó la prenda, ante el incumplimiento del deudor de *motu proprio* se apropia del bien, cometerá el delito sancionado en el dispositivo 193 del C.P., pues al actuar de este modo habrá inobservado seguir las formalidades legales a las que hace referencia el tipo penal y que están dispuestas en los artículos 1066 y 1069 del Código Civil.

El sustento o fundamento político criminal de la norma penal en hermenéutica radica en asegurar el cumplimiento de las normas civiles que regulan intereses de orden público; pues la necesidad económica del prójimo no puede ser aprovechada para un enriquecimiento contrario al interés general. La norma civil protege el patrimonio de la parte más débil en una relación contractual. El derecho civil y el penal coinciden de esa forma en sus objetivos. Es indudable el especial reforzamiento que el segundo presta en beneficio de los logros del primero[1660].

La doctrina nacional, al hacer la diferencia de los ilícitos penales previstos en el artículos 190 y 193 del Código Penal, en forma mayoritaria, considera que la conducta del actor debe operar después de vencido el plazo fijado sin que el deudor prendario haya cumplido con su obligación. Si la venta del bien, por ejemplo, acontece antes del vencimiento del plazo señalado para el cumplimiento de la obligación prendaria,

[1660] Roy Freyre, 1983, p. 132.

estaremos entonces ante un delito de apropiación ilícita genérica o común[1661]. Por nuestra parte, agregamos que también estaremos ante la apropiación ilícita genérica cuando el acreedor se apropia del bien prendado negándose a devolverlo pese a que el deudor ha cumplido con su compromiso en el plazo fijado.

2.1. Modalidades de la apropiación ilícita de prenda

Si bien es cierto que la conducta ilícita se perfecciona en general cuando el agente, ante el incumplimiento de su deudor, realiza acciones de propietario sobre el bien objeto de la prenda, pedagógicamente cabe analizar cada una de las modalidades indicadas por el Legislador Nacional. Así tenemos:

Primero, se produce el delito cuando el agente, ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, vende la prenda constituida a su favor. Es decir, la conducta ilícita se produce cuando el agente dolosamente y sabiendo que no puede hacerlo (artículo 1069 C.C.), transfiere el bien que constituye la prenda a otra persona a cambio de un precio en dinero, sin recurrir al juez e iniciar un proceso de ejecución de garantía que dispone la normativa civil.

Segundo, se configura el delito cuando el autor sin observar lo previsto en el numeral 1066 del Código Civil, se apropia o apodera de la prenda constituida en su favor. Es decir, esta modalidad se produce cuando el agente, dolosamente y sabiendo perfectamente que no puede apropiarse del bien prendado para hacerse pago de la cantidad prestada, se lo apropia.

Tercero, se produce el delito cuando el agente, ante el incumplimiento de su deudor, sin observar las formalidades legales dispone de los bienes que conforman la prenda constituida a su favor. Es decir, esta modalidad delictiva se configura cuando el agente, ante el incumplimiento del dueño del bien prendado, dolosamente hace actos de disposición (usar en su beneficio, alquilar, darle en usufructo, etc.)

[1661] ROY FREYRE, 1983, p. 133; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 339; PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 199; y VILLA STEIN, 2001, p. 123.

sobre el bien mueble cuando sabe perfectamente que en su calidad de depositario (artículo 1064 del C.C.) no puede usar el bien prendado en su provecho propio, ni de tercero según lo dispuesto en el artículo 1820 del Código Civil.

2.2. Bien jurídico protegido

El interés fundamental que se pretende proteger con la tipificación del hecho punible en análisis, lo constituye el patrimonio y específicamente el derecho real de propiedad sobre el bien entregado en prenda. Ello es así, debido que la prenda no origina pérdida del derecho real de propiedad. Con la prenda solo se otorga el derecho real de posesión al acreedor.

2.3. Sujeto activo

El actor, agente o autor de este delito solo puede ser aquella persona a cuyo favor se ha constituido el derecho real de garantía denominado prenda. A nadie más que a él se le atribuirá el delito de apropiación de prenda. Si otra persona diferente al acreedor beneficiario de la prenda, perfecciona los supuestos de hecho contenidos en el artículo 193, cometerá otro delito, pero no el que nos ocupa.

Se trata de un delito especial, pues se exige que el agente tenga la calidad de acreedor a cuyo favor se ha constituido la prenda.

2.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o la víctima será cualquier persona siempre y cuando se haya constituido en deudor y como consecuencia de ello, haya entregado en prenda un bien mueble de su propiedad o de un tercero (garante) como garantía de una obligación contraída. Siendo más precisos y en el orden de ideas que se viene exponiendo, sujeto pasivo del delito será el deudor que no ha cumplido con su compromiso en el plazo fijado.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Las acciones descritas por las cuales se materializa el delito en estudio dogmático son de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa.

El actor o agente actúa sabiendo y conociendo que, ante el incumplimiento de su deudor, no puede vender, apropiarse ni disponer en su beneficio del bien prendado, no obstante, voluntariamente decide hacerlo contraviniendo de ese modo lo dispuesto en las normas civiles pertinentes que son de cumplimiento imperativo u obligatorio.

4. ANTIJURIDICIDAD

Las conductas típicas analizadas en su aspecto objetivo y subjetivo, serán antijurídicas cuando el agente, ante el incumplimiento de su deudor, actúa desconociendo, o, mejor dicho, no haciendo caso a las formalidades previstas en las normas civiles (1066 y 1069 del Código Civil), normas de naturaleza imperativa y, por tanto, de cumplimiento obligatorio por parte del acreedor beneficiario de la prenda.

Se entiende que tales normas son de conocimiento general y mucho más de aquellas personas que firman documentos en los cuales se constituye la prenda.

Es lógico que pueda presentarse alguna causa de justificación en la conducta del agente. Ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente entregue el bien prendado a una tercera persona por haberlo así dispuesto la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones (inciso 9 artículo 20 del C.P.). O, cuando el acreedor beneficiario hace uso del bien, pero contando con el consentimiento del propietario del bien prendado.

5. CULPABILIDAD

Una vez que se ha verificado que estamos ante una conducta típica y antijurídica al no concurrir alguna causa de justificación, corresponderá al operador jurídico analizar si el acreedor es personalmente imputable.

En esta etapa se determinará si el agente es imputable y si al momento de actuar pudo comportarse de modo diferente al de cometer el delito. Aquí también se analizará si el agente conocía la antijuridicidad de su conducta, pues si se determina que al momento de actuar el agente conocía perfectamente que su accionar era ilícito, debido a que

tenía pleno conocimiento que ante el incumplimiento del deudor, no podía apropiarse del bien a cuenta de lo prestado, no podía vender de *motu proprio* ni usar el bien en su beneficio ni de tercero sin contar con la autorización del deudor dueño del bien, estaremos ante una conducta atribuible o imputable personalmente a su autor.

Consideramos que el tipo se concilia fácilmente con un error de prohibición para el hipotético caso que vencido con creces el plazo sin que el deudor acuda al pago, el acreedor se crea con derecho a disponer de la cosa[1662].

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las conductas delictivas tipificadas en el tipo penal del artículo 193 del Código Penal se consuman o perfeccionan en el momento mismo en que el agente vende, apropia o hace actos de disposición sobre el bien prendado a su favor.

Si la modalidad escogida por el agente es la venta del bien, se consumará en el momento en que, en lugar de recurrir a la autoridad judicial para seguir un trámite de ejecución de garantía, entrega el bien a otra persona y como contraprestación recibe un precio.

En el caso que el agente decida apropiarse del bien se consuma en el momento que aquel demuestra querer quedarse con el bien a cambio de la cantidad prestada. Esta circunstancia solo se podrá saber cuando el agente haga caso omiso al requerimiento que se efectúe. Sin requerimiento no se podrá saber tal intención.

Si se trata del caso por el cual el actor hace actos de disposición del bien prendado, se consumará en el instante en que el agente comience a usar en su beneficio personal el bien sin tener la autorización del deudor, o, en el mismo momento que entrega a un tercero en alquiler o usufructo el bien prendado.

[1662] VILLA STEIN, 2001, p. 124.

Es posible que la conducta del actor se quede en el grado de tentativa como ocurrirá, por ejemplo, cuando en el mismo momento en que se disponía el acreedor a recibir el precio pactado por el bien prendado es descubierto, por lo que alertado el comprador de que el vendedor no puede vender el bien por estar en prenda, decide no comprar.

7. PENALIDAD

Al encontrarse responsable penalmente, el agente de este delito será merecedor de una pena privativa de libertad que oscila entre no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Capítulo IV
RECEPTACIÓN

SUMARIO: Subcapítulo 1: Tipo general: 1. Cuestiones generales. 2. Clases de receptación. 3. Tipo penal. 4. Tipicidad objetiva. 4.1. El bien objeto del delito debe ser objeto material de un delito anterior. 4.2. El bien objeto del delito debe ser el mismo del delito precedente. 4.3. El agente debe saber que el bien mueble proviene de un delito o en su caso, debe presumirlo. 4.4. Modalidades por las cuales se materializa en la realidad concreta. 4.5. Bien jurídico protegido. 4.6. Agravantes del delito de receptación. 4.7. Sujeto activo. 4.8. Sujeto pasivo. 5. Tipicidad subjetiva. 6. Antijuridicidad. 7. Culpabilidad. 8. Consumación y tentativa. 9. Penalidad. Subcapítulo 2: Distribución de señales de satélite portadoras de programas: 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. El bien objeto del delito debe ser una señal de satélite portadora de programas de un delito anterior. 2.2. La señal de satélite del delito debe ser el mismo del delito precedente. 2.3. El agente debe saber que la señal de satélite portadora de programas proviene de un delito. 2.4. Bien jurídico protegido. 2.5. Sujeto activo. 2.6. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Consumación y tentativa. 5. Penalidad.

Subcapítulo 1
Tipo general

1. CUESTIONES GENERALES

El artículo 243 del Código Penal de 1924 regulaba el delito de receptación como encubrimiento. Sin embargo, con la evolución del derecho punitivo y su mejor sistematización se ha llegado a la conclusión de que el término *encubrimiento* abarca ocultamiento de bienes o personas. Es decir, abarca a la receptación como figura que lesiona el bien jurídico "patrimonio" y a las modalidades de favorecimiento real o personal que atentan contra el bien jurídico "administración de justicia". En esa línea, el término *encubrimiento* es el género y el término *receptación* es la especie. En

consecuencia, resulta más apropiado utilizar la expresión "receptación" cuando nos referimos al tipo penal 194, previsto bajo el rubro de los delitos contra el patrimonio. Su fundamento radica en la circunstancia en que el agente contribuye a lesionar el patrimonio de la víctima.

Anteriormente se alegaba que el encubrimiento de bienes era un grado de participación del delito. No obstante, en los tiempos actuales, nadie con crédito científico discute que la receptación es un delito autónomo que atenta contra el patrimonio. Entre los argumentos que hicieron posible el triunfo de la tesis de autonomía a la que se afilia nuestro Código Penal vigente tenemos: no se puede hablar de participación en un delito consumado; el interés lesionado en el encubrimiento es distinto al que se vulnera con el delito principal; los móviles del favorecedor son con frecuencia diferentes a los que determinaron la voluntad del autor a quien encubre, muchas veces falta el conocimiento del delito cometido precedentemente, aun cuando constare que el objeto adquirido es de procedencia ilícita, lo que obliga a elegir entre la impunidad o la responsabilidad objetiva, etc.(1663)

El fundamento político criminal de tipificar este delito radica en fines de prevención general positiva, toda vez que con ello se pretende frenar la comisión de delitos futuros, pues resulta evidente que el receptador al facilitar el aprovechamiento económico de los bienes obtenidos por la comisión de un delito precedente, se constituye en el promotor, animador e incentivador de delitos consistentes en la sustracción indebida de bienes ajenos.

2. CLASES DE RECEPTACIÓN

En doctrina y jurisprudencia, teniendo en cuenta si el objeto material del delito es el mismo del delito antecedente u otro cambiado por el del delito antecedente, diferencia a la receptación en dos clases: la receptación en cadena y la receptación sustitutiva.

Se configura la **receptación en cadena** cuando el bien receptado es el mismo que fue objeto del delito primigenio o antecedente; en tanto

(1663) Cfr. ROY FREYRE, 1983, p. 137; PEÑA CABRERA, 1993, p. 129.

que la **receptación sustitutiva** se configura cuando el bien receptado es aquel adquirido o sustituido por el bien objeto del delito primigenio o antecedente[1664].

3. TIPO PENAL

Las diversas conductas delictivas que en conjunto reciben el rótulo de receptación aparecen recogidas en el numeral 194 del C.P., fórmula legislativa que ha sido objeto de modificación por el artículo 1 de la Ley N.° 30076 publicada en *El Peruano* el 19 de agosto del 2013. De modo que desde esa fecha, tiene el contenido siguiente:

> 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.

4. TIPICIDAD OBJETIVA

"El comportamiento delictivo en el delito de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento o se debía presumir que provenía de un delito; que, asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un delito anterior, dado que se exige que el bien sobre el que recae la receptación proceda de un delito"[1665].

De la estructura del tipo penal 194 y del concepto formulado por nuestro máximo tribunal de justicia se evidencia que la configuración del delito exige la concurrencia de elementos objetivos trascendentes. A falta de alguno de ellos, el delito no aparece.

[1664] *Vide* la ejecutoria suprema del 23 de noviembre del 2004, R.N. N.° 2607-2004-Trujillo; Muñoz Conde, 2001, p. 518; Meini Méndez, 2005, p. 9.

[1665] Ejecutoria suprema del 22 de abril de 1999; Exp. N.° 693-99-Puerto Maldonado, **en** *Normas Legales*, T. 276, 1999, p. A-13.

Los elementos objetivos son los siguientes:

4.1. El bien objeto del delito debe ser objeto material de un delito anterior

Si no hay delito anterior es imposible jurídicamente hablar de receptación. Sin la comisión previa de un delito no existe receptación, pero no solo porque así lo haya dispuesto el legislador, sino porque no sería posible construir un tipo penal que castigase a quien oculta algo lícito. En el mismo sentido, Bramont-Arias y García Cantizano[1666] enseñan que sin la existencia de este previo delito no es posible la receptación, no por dependencia de algún tipo penal, sino en virtud de la misma definición de aquella conducta, entendida como la lesión de un bien jurídico ya lesionado.

Por su parte el derecho vivo y actuante, por resolución superior del 27 de noviembre de 1998, pone en evidencia que también es necesario que haya sido acreditada la preexistencia del bien en el delito anterior, caso contrario no es posible el delito. Aquella resolución sostiene que "*presupuesto del delito de receptación es que se haya cometido un delito anterior, bajo tal contexto si no se ha acreditado la preexistencia de la cosa en el delito anterior, no puede existir pronunciamiento por delito de receptación, siendo del caso absolver al procesado*"[1667].

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.[1668]

La doctrina peruana[1669] es unánime y pacífica al sostener que basta que el delito precedente sea un hecho típico y antijurídico consumado, no es

---

[1666] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 340.

[1667] Exp. N.º 492-98, **en** ARMAZA GALDÓS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 202.

[1668] PEÑA CABRERA, 1993, p. 131.

[1669] ROY FREYRE, 1983, p. 145; PEÑA CABRERA, 1993, p. 132; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 343.

necesario que el autor sea culpable o que no exista alguna causa de exclusión de la pena como podría ser la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 208 del Código Penal. Es irrelevante si alguna persona fue denunciada o sentenciada por el hecho precedente, pues muy bien el autor de aquel delito no pudo haberse individualizado o también la acción penal se haya extinguido (ejemplo, muerte del autor) o por el transcurso del tiempo haya prescrito. Lo único que se exige es que el hecho precedente constituya delito. Si el bien proviene de una falta contra el patrimonio o infracción administrativa, el delito no aparece.

4.2. El bien objeto del delito debe ser el mismo del delito precedente

Como se ha indicado, teniendo en cuenta si el objeto material del delito es el mismo del delito antecedente u otro cambiado por el del delito antecedente, la doctrina diferencia a la receptación en dos clases: la receptación en cadena y la receptación sustitutiva.

Se configura la primera cuando el bien receptado es el mismo que fue objeto del delito primigenio o antecedente; en tanto que la segunda clase se configura cuando el bien receptado es aquel adquirido o sustituido por el bien objeto del delito primigenio o antecedente.

De este modo, haciendo hermenéutica del tipo penal 194, debemos concluir que se configura el delito de receptación cuando el agente realiza la conducta receptiva sobre el "bien de cuya procedencia delictuosa" tenía conocimiento o debía presumirlo. Es decir, el agente realiza la conducta receptiva sobre el mismo bien objeto material del delito precedente. Según la redacción del tipo penal 194 solo cabe la receptación en cadena y así lo entiende el Supremo Tribunal en la ejecutoria del 23 de noviembre del 2004[1670].

No cabe la receptación sustitutiva[1671], es decir, la receptación de bienes adquiridos con el producto del objeto material del delito antece-

[1670] R.N. N.º 2607-2004-Trujillo. En contra y más por temores a la impunidad de los delitos de corrupción, Meini Méndez, 2005, pp. 15 y ss.

[1671] Igual para la legislación española según interpretación de Muñoz Conde, 2001, p. 518.

dente. En efecto, si el agente recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien diferente o distinto al objeto material del delito precedente, será autor del delito de lavado de activos previsto en el Decreto Legislativo N.° 1106, y, en consecuencia, merecerá una pena más drástica que la simple receptación, toda vez que su actuar estará guiado no solo por el dolo, sino por la finalidad última de evitar la identificación del origen ilícito del bien.

4.3. El agente debe saber que el bien mueble proviene de un delito o en su caso, debe presumirlo

Aquí resulta importante dejar establecido que en el artículo 243 del Código Penal derogado, que regulaba el encubrimiento, solo recogía o tipificaba la última circunstancia. Habiendo el legislador recogido el primer supuesto recientemente con el Código de 1991. Ello ocurrió sin duda debido a las críticas insistentes de los especialistas, pues según el artículo 243 se sancionaba a las personas que "debían presumir" que el bien provenía de un delito precedente, dejando sin castigo a hechos en los cuales el agente sabía o presumía realmente que el bien provenía de un delito. Esta forma nada feliz de legislar, concluía en el absurdo "de suponer punible lo más leve y dejar exento de responsabilidad lo más grave"[1672].

Veamos en seguida cómo se perfeccionan estas modalidades:

a. El agente tiene conocimiento del modo como se perfeccionó el delito anterior ya sea porque fue testigo presencial de los hechos o porque el mismo agente del delito anterior o un tercero se lo contó. Este conocimiento se traduce en el hecho que el agente incluso no puede conocer los detalles del delito anterior, pero por especiales circunstancias que rodean al suceso, cae en la cuenta o llega a concluir que el bien mueble proviene de un delito. Generalmente el autor conoce o llega a la conclusión de que el bien proviene de un hecho punible cuando es ofrecido a un precio inferior al normal, la transferencia se hace de un modo clandestino o cuando el vendedor

[1672] Cfr. ROY FREYRE, 1983, p. 144.

no puede sustentar la propiedad del bien que vende con documento alguno. Incluso se afirma que el receptador siempre pretende sacar provecho de aquellas circunstancias.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia. Así tenemos la resolución superior del 21 de diciembre de 1998, en el cual la Sala Penal de la Corte Superior de Apurímac, ante la negativa del procesado sostiene que: "*aun cuando dice que no sabía de la procedencia ilícita de dichos semovientes, pero al no haber comprado con las formalidades de costumbre en esta zona, cual es la adquisición mediante un contrato de venta, denominado carta de venta con intervención de la autoridad comunal, es de presumirse que sabía de la procedencia delictiva de los animales, tanto más que al día siguiente de modo inmediato a su vez lo vendió los animales a José Orosco Cruz (...) en consecuencia ha cometido el delito de receptación previsto en el artículo ciento noventa y cuatro del Código Penal pues la intención del acusado era la de adquirir el producto del robo de ganados y negociarlo posteriormente a fin de evitar la captura de los autores del latrocinio originario*"[1673]. En igual línea de razonamiento tenemos la resolución superior del 29 de mayo de 1998, en la cual el derecho actuante sostiene que: "*si bien el procesado manifiesta no haber tenido conocimiento que el bien que adquirió fuera objeto de hurto, sin embargo, el exiguo pago hecho por el mismo, más aún el no haber exigido la factura correspondiente, permiten concluir que se ha llegado a establecer la comisión del ilícito de receptación*"[1674].

b. La segunda circunstancia se configura cuando el agente no cae en la cuenta de que el bien proviene de un delito precedente, pero por las especiales circunstancias que rodean al hecho puede presumir, sospechar, suponer, deducir o conjeturar que el bien es objeto de un delito anterior. Ocurre, por ejemplo, cuando el vendedor pretextando dificultades económicas o remate, ofrece el bien mueble a un precio menor del que cuesta en el mercado, adquiriendo el bien el comprador sin presumir que el bien provenía de un delito, pero pudo o estaba en la posibilidad de presumir debido al menor precio

[1673] Exp. N.º 619-1995, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 4, 2000, p. 260.

[1674] Exp. N.º 5367-98, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 358.

que se ofertó el bien. Aquí el agente no cayó en la cuenta de que el bien tenía origen delictuoso, pero pudo presumir tal acontecimiento por las mismas circunstancias que rodearon al suceso.

4.4. Modalidades por las cuales se materializa en la realidad concreta

Ello depende del verbo rector que dirige la acción del agente o actor. En este sentido, para el mejor entendimiento de su contenido, analizaremos cada una de aquellas conductas como sigue:

a. Adquirir un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento

En primer término, es lugar común sostener que la expresión *adquirir* es sinónimo del contrato de compraventa previsto en el artículo 1529 del Código Civil, por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero. Es un contrato de tipo oneroso. En tanto que el dispositivo 1553 del CC prevé que el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza de pacto distinto. Para efectos del delito de receptación, nos interesa la compraventa que se perfecciona con la *traditio*, esto es, con la real entrega que del bien hace el vendedor al comprador.

Teniendo claro lo que se entiende por adquirir o comprar, se tiene que el supuesto delictivo se configura cuando el agente entra en posesión de un bien mueble que ha comprado o recibido en venta, sabiendo perfectamente que este proviene de un hecho delictuoso. El vendedor muy bien puede ser la propia persona que cometió el delito anterior o un tercero que tiene como misión vender los bienes provenientes de delito.

b. Recibir en donación un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento

Igual debe recurrirse al derecho extrapenal para entender cuándo estamos en el supuesto de donación. Así, en el artículo 1621 de nuestro Código Civil se prescribe que: "por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien". Los ar-

tículos sucesivos refieren que el objeto de la donación pueden ser tanto bienes muebles como inmuebles. Aquí solo nos interesan los bienes muebles. Si el valor del bien no excede el 25% de una UIT, la donación será verbal si excede este valor la donación debe ser por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. Para efectos del presente trabajo, se entiende por donación al acto jurídico por el cual una persona transfiere la propiedad de un bien mueble a otra persona a título gratuito. Es decir, el transferente del bien no recibe nada a cambio.

La modalidad delictiva se configura cuando el agente recibe a título gratuito un bien mueble que sabe o tiene conocimiento que ha sido objeto de un delito anterior. El agente recibe en donación un bien que sabe proviene de un delito precedente. Eso sí, el delito se perfecciona cuando el que recibe el bien entra en posesión fáctica sobre él.

c. *Recibir en prenda un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento*

Para saber cuándo una persona recibe en prenda un bien mueble, recurrimos al artículo 1055 del vigente Código Civil, en el cual se prevé que: "la prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación". En otros términos, se define la prenda como un derecho real de garantía por el cual un deudor entrega física o jurídicamente un bien mueble a su acreedor para garantizar una obligación. Para el presente análisis, nos interesa la prenda que se materializa con la entrega física del bien mueble al acreedor quien entra en posesión inmediata del mismo.

La modalidad delictiva se configura cuando el agente en su calidad de acreedor de una obligación recibe en garantía prendaria un bien mueble que sabe proviene de un acto delictuoso.

d. *Guardar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento*

Se entiende por guardar el hecho fáctico de custodiar, conservar o cuidar un bien que pertenece a un tercero. Es decir, el agente sabiendo que el bien proviene de un delito lo recibe en custodia con la finalidad de hacer que su verdadero propietario no pueda encontrarlo.

Con fundamento y razón, Roy Freyre[1675], así como Bramont-Arias y García Cantizano[1676], afirman que el acto de guardar equivale a recibir en depósito un bien con el fin de custodiarlo, asumiendo la obligación de devolverlo cuando el depositante lo solicite. El delito se configura cuando el agente, sabiendo que el bien mueble proviene de un delito precedente, lo recibe con el fin de guardarlo ya sea de modo directo del autor del delito anterior o de un tercero.

La resolución superior del 21 de setiembre de 1998 da cuenta de un caso real que sirve para graficar el delito de receptación por recibir en prenda o recibir para guardar un bien de procedencia ilícita. Aquella resolución indica: "*que se ha establecido que las procesadas Retis Acosta y Velarde Montañez, recibieron por parte del procesado Alva Rocha, los útiles de escritorio, para que los guardaran por un tiempo y que luego este los recogería; y que con respecto a los procesados Bravo Ayala y Tiburcio López, se ha establecido también que el procesado Alva Rocha les empeñó los útiles de escritorio por la suma de ochenta y noventa nuevos soles respectivamente, conductas que configuran el delito de receptación, en tanto que las primeras recibieron en depósito los bienes con el fin de custodiarlos y los segundos recibieron en prenda dichos bienes por parte de su co-procesado Alva Rocha, los mismos que era posible presumir que provenían de la comisión de un delito anterior*"[1677].

e. Esconder un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento

Esconder un bien implica ocultarlo de la vista de otras personas al ponerle en un lugar donde no puede ser fácilmente encontrado por los demás. Aparte de la entrada en posesión del agente sobre el bien proveniente de un delito precedente, se exige actos de ejecución material para ocultar el bien[1678].

[1675] ROY FREYRE, 1983, p. 142.

[1676] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 342.

[1677] Exp. N.° 3223-98-Lima, ***en*** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 299.

[1678] ROY FREYRE, 1983, p. 142.

La modalidad delictiva se configura cuando el agente que sabe perfectamente que el bien proviene de un delito anterior, lo recibe y lo esconde u oculta para evitar que su propietario lo encuentre ante su búsqueda.

f. Vender un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento

Para entender este supuesto delictivo debemos partir advirtiendo que el vendedor del bien mueble no es el autor del delito precedente, sino un tercero que no ha participado en aquel delito de donde se obtuvo el bien objeto de la receptación. En esa línea se tiene que el agente será un tercero que no ha participado en el delito precedente y que ha recibido el bien para entregarlo en venta a otra persona.

El delito se configura cuando el agente, sabiendo que el bien proviene de un delito precedente, lo recibe y lo entrega en venta a un tercero. Se entiende que en esta modalidad, el agente recibe a cambio una comisión por haber vendido el bien, obteniendo de esa forma un beneficio patrimonial por su acto.

g. Ayudar a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa se tenía conocimiento

La frase "ayuda a negociar" engloba todo acto por el cual una persona colabora o auxilia para que el agente del delito precedente se desprenda del bien objeto de aquel, obteniendo un beneficio patrimonial indebido. Aquí el agente solo se limita a realizar acciones de intermediario entre el autor del delito precedente y un tercero que adquiere el bien a título oneroso.

El supuesto punible se configura cuando el agente colabora, auxilia o ayuda para que el autor del delito precedente dé en venta o prenda un bien que sabe proviene de la comisión de un delito previo. Por ejemplo, aparecerá el delito cuando Luis Antonio (autor del delito en comentario) hace las gestiones necesarias para que Juan Carlos (tercero) preste determinada suma de dinero a José Fernando (autor del delito precedente), entregando este en prenda un bien que aquel sabe proviene de un hecho delictuoso. Se entiende que el tercero no debe saber que el bien recibido

en prenda proviene de delito, caso contrario aquel será autor del delito en interpretación y aquel que colabora será cómplice.

h. Adquirir un bien que se debió presumir provenía de un delito

Este supuesto punible se configura cuando el agente compra o adquiere en propiedad un bien mueble, debiendo haber presumido que provenía de un delito anterior. Aquí se castiga al agente por no haber presumido o sospechado que el bien que compraba provenía de un delito cuando por las circunstancias que rodearon al acto jurídico pudo fácilmente sospecharlo.

i. Recibir en donación un bien que se debió presumir provenía de un delito

El supuesto se verifica cuando el agente recibe en donación, es decir, a título gratuito, un bien mueble pudiendo haber sospechado o conjeturado que aquel provenía de un delito precedente. Se sanciona su falta de diligencia para presumir que el bien tenía procedencia delictuosa cuando por la forma y circunstancias que rodearon el acto de la donación pudo haberlo hecho.

j. Recibir en prenda un bien que se debió presumir provenía de un delito

La conducta delictiva se perfecciona cuando el agente recibe del sujeto activo del delito anterior o de un tercero en garantía un bien mueble en calidad de prenda, teniendo la posibilidad de haber presumido o sospechado que el bien mueble que recibía tenía procedencia ilícita.

k. Guardar un bien que se debió presumir provenía de un delito

Igual que en los anteriores casos, el delito se configura cuando el autor o actor de la conducta recibe para guardar o recibe en depósito un bien mueble de parte de un tercero sin presumir o sospechar que provenía de un delito, pudiendo haberlo hecho por la forma y circunstancias que rodearon la ocurrencia del acto de recibir el bien para guardarlo.

l. Esconder un bien que se debió presumir provenía de un delito

Este supuesto ilícito es difícil que se presente en la realidad, pues desde el momento que una persona presta su consentimiento y de modo voluntario decide esconder un bien mueble se concluye que sabe o presume que el bien proviene de una conducta delictiva. Presentándose de ese modo el supuesto "e" ya analizado.

m. Vender un bien que se debió presumir provenía de un delito

Este supuesto aparece cuando el agente vende un bien mueble que ha recibido de otra persona (autor del delito precedente o un tercero) para tal fin, sin sospechar o presumir que aquel provenía de una conducta ilícita anterior, pudiendo haberlo efectuado por las circunstancias que rodearon al acto de recibir el bien.

n. Ayudar a negociar un bien que se debió presumir provenía de un delito

Aquí se verifica el delito cuando el agente que colabora o ayuda a negociar un bien mueble, debió presumir que aquel provenía de un delito anterior.

Las siete últimas modalidades se configuran cuando el agente no presumió o no sospechó que el bien mueble provenía de otro delito precedente cuando por la forma, modos y circunstancias especiales en que se desarrollaron los hechos pudo hacerlo y, de esa forma, evitar caer en delito. Caso contrario, como hemos dejado establecido, si el agente presumió o sospechó que el bien mueble provenía de un delito precedente y, no obstante, realizó cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal 194 del C.P. estaremos ante los supuestos de receptación en los cuales el agente conocía la procedencia delictiva del bien mueble.

Aquí también es preciso determinar que el delito de receptación se diferencia del delito de lavado de activos en lo siguiente: en el delito de receptación el agente siempre actúa con ánimo de lucro. Con intención de acrecentar su patrimonio. Por eso se trata de un delito patrimonial.

El delito de receptación sólo protege el bien jurídico patrimonio. En cambio, en el delito de lavado de activos el agente no actúa con ánimo de lucro. El agente en este delito actúa con la finalidad de ayudar a legitimar activos procedentes de ilícitos previos. El agente actúa para lavar activos sucios. El móvil del agente no es el lucro y por ello el delito de lavado de activos no es un delito patrimonial. Finalmente, el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo, debido que afecta varios bienes jurídicos diferentes al patrimonio que el Estado pretende proteger[1679].

4.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con el delito de receptación es el patrimonio y más directamente el derecho de propiedad que tenemos todas las personas sobre nuestros bienes muebles.

4.6. Agravantes del delito de receptación

En principio debemos expresar que por el Decreto Legislativo N.° 982 del 22 de julio del 2007[1680] se dio contenido al artículo 195 del Código Penal. En el citado numeral, se tipifican todas las circunstancias que agravan el delito de receptación, previsto y sancionado en el tipo penal 194. No obstante, por la Ley N.° 29407, del 18 de setiembre del 2009, se volvió a modificar el contenido del artículo 195 del C.P. Luego, por la Ley N.° 29583 de setiembre del 2010, se volvió a modificar el contenido del artículo 195. Luego, por la Ley N.° 30076 de agosto del 2013, se ha vuelto a modificar la fórmula legislativa, pero solo para incrementar las penas. Luego, por la única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1215, publicado

[1679] *Cfr. el contenido del Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, aprobado el 16 de noviembre de 2010.* Allí se establece doctrina legal vinculante los fundamentos expuestos en los considerandos 7 al 38.

[1680] *Vide* la fe de erratas, publicada **en** *El Peruano*, del 2 de agosto de 2007, que eliminó como delitos previos de la receptación agravada a los delitos de tráfico ilícitos de drogas, lavado de activos y terrorismo que aparecía en el texto original. Tal detalle nos convence aún más que el legislador actúa y aprueba normas penales casi siempre sin someter al correspondiente debate los temas.

el 24 septiembre del 2015, se volvió a modificar la fórmula legislativa. Finalmente, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 noviembre del 2016, se ha vuelto a modificar el contenido de algunos incisos del tipo penal 195 del C.P. De modo que ahora el citado tipo penal tiene el siguiente contenido:

> 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 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.
> 6. Si se trata de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados.
> 7. Si la conducta recae 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 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 y trata de personas.

4.6.1. Hermenéutica de las agravantes

Luego de la última modificación efectuada al contenido del artículo 195 del Código Penal, se tiene que la receptación se agrava por las siguientes circunstancias:

1. Cuando el objeto del delito es un vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. Antes se refería a *partes importantes de un vehículo.* Que según entendemos es lo mismo, pues puede tratarse del motor, chasis, carrocería, caja de cambios, el timón, la dirección, las llantas, etc. Es decir, todos aquellos autopartes o accesorios que forman parte de un vehículo.

   La explicación de esta modificatoria la encontramos en la exposición de motivos del proyecto de ley[1681] que dio origen a la Ley N.° 29407. En efecto, allí se expresa que se pretenden frenar los hurtos y robos de vehículos, pues luego de que se producen estos actos, los vehículos son desmantelados o desarmados en talleres de mecánica clandestinos para luego ser comercializados como autopartes o repuestos de vehículo dentro del mercado negro o informal.

   Este negocio ilegal es alentado, sin duda, por las penas benignas que se imponen a los receptadores o reducidores que eventualmente caen en las redes de la justicia penal. Se espera que con la modificatoria del artículo 195 del Código Penal los jueces impongan penas efectivas a fin de que el derecho penal cumpla con una de sus finalidades: la prevención general.

   No le falta razón al legislador cuando en la exposición de motivos de otro proyecto de ley[1682] que originó la Ley N.° 29407, sostenía para justificar su propuesta de incrementar las penas a los reducidores de vehículos o autopartes, que: "las personas que a sabiendas de la procedencia ilícita de los vehículos automotores y/o sus autopartes adquieren estos bienes, tienen una sanción leve que no excede de tres años de pena privativa de libertad, (...) con lo cual no hay prisión efectiva durante el proceso".

2. Cuando la receptación se materializa sobre equipos de informática, equipos de telecomunicación, sus componentes y periféricos. La circunstancias agravante se materializa cuando el objeto del delito lo constituyen equipos informáticos, una laptop por ejemplo, o de

[1681] Proyecto de Ley N.° 1937/2007-CR, presentado ante el Congreso el 5 de diciembre del 2007.

[1682] Proyecto de Ley N.° 3081/2008-CR, presentado al Congreso de la República el 11 de marzo del 2009.

telecomunicaciones como pueden ser un celular por ejemplo, o sus componentes como puede ser la carcasa de un celular, etc.

3. Cuando el objeto de la receptación recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad.

   Se configura cuando el agente adquiere, recibe en donación, vende o ayuda a negociar bienes que hayan integrado o complementado la infraestructura o instalaciones de trasporte de uso público, tales como eclisas o tirafondos o elementos de seguridad de las carreteras, por ejemplo, barandas metálicas o paneles de señalización. Este accionar no solo implica la destrucción parcial de la infraestructura del transporte, sino que afecta considerablemente el desarrollo del país, pues tanto el Estado como el sector privado que tienen a su cargo concesiones ferroviarias, portuarias, aeroportuarias o de redes viales, se ven en la obligación de reponer lo dañado, generándose retrasos y/o postergaciones en el ya complicado proceso de ejecución de inversiones en infraestructura en nuestra patria[1683].

   La agravante se fundamenta en la gravedad de los hechos que no solo afectan el patrimonio de la nación y las posibilidades de desarrollo de nuestro país, sino que termina afectando directamente las políticas de reducción de la pobreza, afectando la seguridad y la vida de las personas al dañar las carreteras, vías ferroviarias, aeropuertos o puestos[1684].

4. Cuando el objeto de la receptación recae sobre bienes que forman parte de la infraestructura o instalaciones de empresas dedicadas a la prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad, o telecomunicaciones.

   Se configura cuando el agente adquiere, recibe en donación, vende o ayuda a negociar bienes que hayan integrado o complementado la infraestructura o instalaciones de empresas dedicadas a la prestación

[1683] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2715/2008-CR, ingresado al Congreso de la República el 25 de setiembre del 2008.

[1684] Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2715/2008-CR, antes citado.

de servicios públicos de saneamiento, electricidad, o telecomunicaciones, tales como medidores, tapas de buzones, pozos, casetas, alambres, postes de alumbrado público, tuberías metálicas, etc.

La agravante se justifica pues el hurto y luego la receptación de, por ejemplo, medidores puede causar accidentes debido a que los autores de los hurtos dejan las cajas de las conexiones domiciliarias abiertas. Lo mismo ocurre con la sustracción y receptación de las tapas de buzón, que al dejarse abierto el buzón se pone en serio riesgo la seguridad de los transeúntes, habiéndose producido incluso accidentes y hasta muertes por tales razones. En los supuestos de hurtos y luego de receptación de las instalaciones de bombeo y rebombeo (pozos, casetas, etc.) puede originar que se suspenda el abastecimiento del servicio[1685].

5. Cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinado al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social. La agravante se configura cuando el bien o bienes objeto de la receptación es un bien de propiedad del Estado destinado al uso público, por ejemplo, los libros de la biblioteca nacional que son de uso de todos los peruanos. O un bien destinado para fines asistenciales, por ejemplo, un tractor destinado a limpiar la ciudad luego del paso de un huayco. O bienes destinados a programas de apoyo social, por ejemplo, las cocinas o las ollas donde las beneficiarias del vaso de leche preparan las raciones para luego repartirlas todos los días.

6. Cuando la receptación se realiza en el comercio de bienes muebles al público. La agravante se materializa cuando el delito de receptación se realiza o consuma en los lugares donde normalmente se comercializan bienes muebles al público. Por ejemplo, en el lugar las Malvinas ubicado en el centro de Lima, se sabe que se ofertan y comercializan bienes muebles de todo tipo en gran cantidad. De modo que aprovechando tales circunstancias el agente realiza receptación, su conducta es más reprochable penalmente y, por tanto, merece mayor sanción penal.

[1685] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 952/2006-CR, ingresado al Congreso de la República el 2 de febrero del 2007.

7. Si el objeto de la receptación es el gas, o hidrocarburos o sus productos derivados. Del mismo modo se configura la agravante cuando el objeto material del delito de receptación lo constituye el gas o hidrocarburos y sus derivados. Por ejemplo, aparece la agravante cuando el agente ayuda a comercializar el gas contenido en balones previamente robados.
8. Si la conducta recae 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. Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el objeto del delito de receptación es el cobre que ha sido previamente sustraído de la infraestructura que sirve para transportar el gas desde Camisea hasta las viviendas de la ciudad.
9. Asimismo, se configura una circunstancia agravante del delito de receptación cuando el agente adquiere o recibe en donación o en prenda, guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia tenía conocimiento o se debía presumir que provenía del delito de robo agravado, secuestro o extorsión o del delito de trata de personas.

Sin embargo, desde la vigencia de la Ley N.° 27765, Ley penal contra el lavado de activos, modificado por el Decreto Legislativo N.° 986, publicado el 22 de julio del 2007, el ámbito de la receptación quedó restringido, pues por esta ley se estableció en forma expresa que los delitos previstos, para efectos del delito de lavado de activos, pueden ser el secuestro, el delito de extorsión y el delito de trata de personas[1686], ilícitos que ahora por disposición del Decreto Legislativo N.° 982 que da vida al artículo 195, configuran el delito de receptación agravada. Situación que, como muy bien asevera el profesor Caro Coria[1687],

[1686] Parecida situación se mantiene con el Decreto Legislativo N.° 1106 (modificado por el Decreto Legislativo N.° 1249 de noviembre del 2016) que regula actualmente el delito de lavado de activos.

[1687] Caro Coria, 2007, p. 278.

genera un producto final de confusión en perjuicio del principio de certeza o taxatividad de la ley penal, entre los delitos de receptación y lavado de activos. Situación de confusión que bien pudo salvarse o superarse con la Ley N.° 29407, del 18 de septiembre del 2009 o en todo caso, con la Ley N.° 30076, sin embargo, por ceguera legislativa, ello no ha sucedido.

No obstante, ante la evidente confusión, el operador jurídico en los casos donde el objeto del delito son bienes provenientes del delito de secuestro, extorsión y trata de personas, con el objetivo de determinar si nos encontramos ante una receptación agravada o ante el grave delito de lavado de activos, tendrá que verificar bien la finalidad que tuvo el agente al momento de cometer el ilícito, esto es, al momento de adquirir, recibir en donación o en prenda o guardar, esconder, vender o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito. Si el objetivo del sujeto activo fue solo afectar el patrimonio del agraviado, el hecho será tipificado como receptación, en cambio si la finalidad del agente era evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, el hecho será tipificado como lavado de activos[1688]. Este aspecto solo se podrá saber luego de evaluar los resultados de la investigación del delito efectuada. Antes no es posible.

4.7. Sujeto activo

Al tratarse de un delito común o también conocido como delito de dominio, el agente, actor o sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica puede ser cualquier persona con la única condición de que realice o efectúe alguna de las conductas simbolizadas con los verbos rectores del tipo penal 194 del Código Penal, siempre y cuando no sea el mismo propietario del bien.

De la redacción del tipo penal, para ser sujeto activo del delito de receptación, la persona natural no debe haber participado material o intelectualmente en la comisión del delito precedente como autor ni

[1688] Para mejor ilustración, véase los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N.° 1106 del 19 de abril del 2012.

como cómplice, pues de lo contrario se trataría de un copartícipe en el hecho anterior (coautor o cómplice), sin posibilidad de subsumir su conducta en el precepto ahora estudiado[1689]. El sujeto debe ser ajeno al delito previo[1690].

4.8. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo del delito será cualquier persona natural o jurídica que tenga el título de propietario o poseedor legítimo del bien objeto del delito precedente.

5. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un delito que puede ser cometido tanto a título de dolo como de culpa. En efecto, los siete primeros supuestos analizados se configuran dolosamente, esto es, el agente conoce que el bien proviene de un hecho delictuoso anterior, no obstante, voluntariamente decide comprar, recibir en prenda, recibir en donación, etc.

En tanto que los últimos supuestos típicos interpretados que se configuran cuando el agente no presumió o sospechó que el bien provenía de un hecho delictuoso anterior que los modos, formas, tiempo y circunstancias en que ocurrieron los hechos, pudo hacerlo, son de comisión culposa. Peña Cabrera[1691], citando al argentino Ricardo Núñez, afirmaba atinadamente que "el deber de presumir algo sólo puede conducir a un obrar culposo ya que el no haberlo hecho únicamente indica ligereza o descuido de proceder".

Teniendo claro que el tipo penal 194 del C.P. regula la receptación en su modalidad dolosa y culposa, sin distinguir el monto de la pena para cada una de aquellas formas, se pone en evidencia el absurdo jurídico advertido por Roy Freyre en el sentido de que con el artículo 243 del Código derogado se sancionaba conductas leves, dejando sin

---

(1689) Roy Freyre, 1983, p. 139.

(1690) Villa Stein, 2001, p. 127. Línea interpretativa que ha sido recogido en la ejecutoria suprema del 13 de enero del 2012, véase: R. N. N.° 1923-2011- Lima Norte- Sala Penal Transitoria.

(1691) Peña Cabrera, 1993, p. 137.

sanción a conductas graves, se ha pasado al absurdo de sancionar con la misma pena conductas dolosas como culposas. Situación que de *lege ferenda* debe corregirse. Esta forma de legislar aparte de caer en el absurdo, desdice y pone en tela de juicio la concepción de un derecho penal mínimo y garantista en un Estado democrático de derecho.

En tal sentido y no obstante que sostienen que el delito de receptación regulado en el numeral 194 del C.P. es solo de comisión dolosa, Bramont-Arias y García Cantizano[1692] enseñan que resulta criticable el que, para la configuración del delito, sea suficiente la simple presunción que el bien proviene de un delito, puesto que en la gran mayoría de los casos podría realizarse tal presunción, lo que elimina cualquier garantía para los ciudadanos. Javier Villa Stein[1693], también considera que el delito de receptación recogido en nuestro Código Penal es solo de comisión dolosa.

Ante el evidente absurdo legislativo, en la jurisprudencia nacional se ha impuesto la tendencia de solo tener como delito de receptación la modalidad dolosa. Para el derecho vivo y actuante no es posible la comisión culposa. Como prueba de tal tendencia cabe citar una ejecutoria suprema y tres resoluciones superiores. Así:

a. "*Si bien es verdad, que en la actuación de la instruida se evidencia la existencia de negligencia en la adquisición del vehículo automotor; empero es también cierto que el delito de receptación sólo se configura cuando el sujeto activo actúa con dolo, siendo así que la receptación bajo la forma de culpa, no se encuentra prevista ni sancionada en la ley penal*"[1694].

b. "*El elemento subjetivo en el delito de receptación lo constituye el dolo, esto es, el haber conocido previamente la procedencia ilícita del bien adquirido*

[1692] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 34. en parecido sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 647.

[1693] VILLA STEIN, 2001, p. 130.

[1694] Ejecutoria suprema del 2 de julio de 1994, Exp. N.º 1085-93-Lima, **en** *Normas Legales*, Vol. CCXXVIII, Trujillo, 1995, p. 26.

o presumir que el bien proviene de un delito, elemento sin el cual no se puede hacer convicción de la comisión del delito sub-materia"(1695).

c. "*En cuanto al delito de receptación, la ausencia de dolo directo o eventual hace atípica la conducta del agente, siempre y cuando éste haya adquirido los bienes sustentados con documentación en regla, lo cual impediría saber sobre su procedencia ilícita*"(1696).

d. "*Para que se configure el delito de receptación además de que el bien sea de procedencia ilícita, el agente debe tener conocimiento o presumir tal procedencia ilícita, además del dolo, es decir el conocimiento y voluntad de la realización del delito*"(1697).

6. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica objetiva y subjetiva de receptación será antijurídica cuando el agente o receptador actúe sin que medie alguna causa que haga permisible aquella conducta. Si por el contrario en el actuar del agente concurre una causa de justificación prevista en el artículo 20 de nuestro Código Penal, estaremos ante una conducta típica, pero no antijurídica.

7. CULPABILIDAD

La acción de receptación típica y antijurídica podrá ser imputable o atribuida personalmente a su autor, siempre y cuando se verifique que aquel es imputable pudo actuar evitando la comisión del delito y al momento de actuar conocía perfectamente la antijuridicidad de su conducta. Es posible que el agente pueda alegar positivamente la concurrencia de un error de prohibición.

(1695) Resolución superior del 7 de enero de 1997, Exp. N.° 1131-96-Chiclayo, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.° 1, 1999, p. 476.

(1696) Resolución superior del 19 de enero de 1998, Exp. N.° 7066-97-Lima, **en** *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 6, N.° 19, Lima, 2000, p. 196.

(1697) Resolución superior del 2 de octubre de 1998, Exp. N.° 2856-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 45.

8. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma o perfecciona en el mismo momento en que el receptador tiene o entra en posesión inmediata sobre el bien mueble que sabe o debe presumir proviene de un delito precedente, teniendo la posibilidad real o potencial, en tal situación, de hacer actos de disposición.

En los supuestos que el agente conoce que el bien proviene de un hecho delictuoso precedente, es posible que algunas conductas del actor se queden en grado de tentativa. Ello ocurrirá cuando, por ejemplo, el agente estando a punto de recibir el bien por el cual ha pagado el precio es descubierto, o cuando estando a punto de recibir en donación o en prenda el bien proveniente de un delito anterior es puesto en evidencia. Igual supuesto es posible que se presente cuando el agente, en el momento en que se dispone a guardar o esconder el bien, es aprehendido. Sin embargo, cuando el agente se compromete a vender el bien o cuando ayuda a negociarlo no es posible que la conducta se quede en grado de tentativa, pues desde el momento en que el agente se compromete a vender o a colaborar en disponer del bien se habrá consumado el delito.

Por su parte, en todos los supuestos en que el agente "debió presumir" que el bien fue objeto material de un delito precedente y no lo hizo, al ser una modalidad culposa, es imposible que se verifique la tentativa.

9. PENALIDAD

Con la modificación efectuada por la Ley N.° 30076, el agente, luego que la autoridad judicial realice su silogismo jurídico en la resolución final correspondiente de un debido proceso penal, será merecedor de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa.

En cambio, de acuerdo a la misma Ley citada, la pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de sesenta a ciento cincuenta días-multa, cuando se trata de la receptación agravada prevista en el primer párrafo del artículo 195 del C.P.

Finalmente, la pena será privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años si se trata de bienes provenientes de la comisión de los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas.

Subcapítulo 2
Distribución de señales de satélite portadoras de programas

1. TIPO PENAL

Este es otro delito nuevo incorporado en nuestro texto punitivo como consecuencia de la firma del TLC con Estados Unidos. Es con el objetivo de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial de Perú con este país firmado el 12 de abril del 2006 y modificado por el protocolo de enmienda que se presentó ante el Congreso de la República mediante un proyecto de ley para tipificar algunas conductas penales.

En este contexto se propone una fórmula legislativa para sancionar actos de distribución de una señal de satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal como una modalidad de receptación, con la finalidad de implementar la obligación establecida en el artículo 16.8.1, literal b) del Acuerdo de Promoción Comercial de Perú con Estados Unidos de América (APC), referido al capítulo de propiedad intelectual[1698]. Aquel proyecto de ley, ingresado al Congreso de la República el 9 de enero del 2009, dio nacimiento en forma inmediata a la Ley N.° 29316, que luego de aprobada y promulgada, fue publicada el 14 de enero del 2009 en el diario oficial *El Peruano*.

Es en el artículo 1 de la citada ley que se dispone incorporar el artículo 194-A del Código Penal referido a los delitos contra el patrimonio, teniendo como contenido lo siguiente:

> 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 pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días multa.

[1698] Así se expone en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2959/2008-PE, ingresado al Congreso el 9 de enero del 2009.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La conducta típica se configura cuando el agente o autor distribuye una señal de satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal.

El comportamiento delictivo del delito de receptación consiste en distribuir un bien, en este caso, una señal de satélite portadora de programas, de cuya decodificación sin autorización legal se tenía conocimiento; que, asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido un delito anterior cual es el de decodificación de una señal de satélite portadora de programas sin contar con la autorización del distribuidor legal.

Los elementos objetivos son los siguientes:

2.1. El bien objeto del delito debe ser una señal de satélite portadora de programas de un delito anterior

Si no hay delito anterior es imposible jurídicamente hablar de receptación. Sin la comisión previa de un delito no existe receptación, pero no solo porque así lo haya dispuesto el legislador, sino porque no sería posible construir un tipo penal que castigase a quien oculta algo lícito.

La doctrina peruana[1699] es unánime y pacífica al sostener que basta con que el delito precedente sea un hecho típico y antijurídico consumado. No es necesario que el autor sea culpable o que no exista alguna causa de exclusión de la pena como podría ser la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 208 del Código Penal. Es irrelevante si alguna persona fue denunciada o sentenciada por el hecho precedente, pues muy bien el autor de aquel delito no pudo haberse individualizado o también la acción penal se haya extinguido (ejemplo, muerte del autor) o, por el transcurso del tiempo, haya prescrito. Lo único que se exige es que el hecho precedente constituya delito. Si el bien proviene de una falta contra el patrimonio o infracción administrativa, el delito no aparece.

[1699] ROY FREYRE, 1983, p. 145; PEÑA CABRERA, 1993, p. 132; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 343.

2.2. La señal de satélite del delito debe ser el mismo del delito precedente

Teniendo en cuenta si el objeto material del delito es el mismo del delito antecedente u otro cambiado por el del delito antecedente, se diferencia en este tipo de receptación dos clases: la receptación en cadena y la receptación sustitutiva.

Se configura la primera cuando el bien receptado es el mismo que fue objeto del delito primigenio o antecedente; en tanto que la segunda clase se configura cuando el bien receptado es aquel adquirido o sustituido por el bien objeto del delito primigenio o antecedente.

De este modo, haciendo hermenéutica del tipo penal 194-A, debemos concluir que se configura el delito de receptación cuando es en cadena. Se excluye la segunda modalidad.

2.3. El agente debe saber que la señal de satélite portadora de programas proviene de un delito

El agente tiene conocimiento del modo como se perfeccionó el delito anterior ya sea porque fue testigo presencial de los hechos o porque el mismo agente del delito anterior o un tercero se lo contó. Este conocimiento se traduce en el hecho que el agente incluso no puede conocer los detalles del delito anterior, pero por especiales circunstancias que rodean al suceso, cae en la cuenta o llega a concluir que el bien mueble proviene de un delito. Generalmente, el autor conoce o llega a la conclusión de que el bien proviene de un hecho punible cuando es ofrecido a un precio inferior al normal, la transferencia se hace de un modo clandestino o cuando el vendedor no puede sustentar la propiedad del bien que vende con documento alguno. Incluso se afirma que el receptador siempre pretende sacar provecho de aquellas circunstancias.

El delito se configura cuando el agente sabiendo que la señal de satélite portadora de programas proviene de un delito precedente lo recibe y lo distribuye hacia terceros. Se entiende que, en esta modalidad, el agente recibe a cambio una comisión por haber distribuido la señal, obteniendo de esa forma un beneficio patrimonial por su acto.

Asimismo, puede verificarse la conducta cuando el agente ayude a distribuir. El verbo *ayudar* engloba todo acto por el cual una persona colabora o auxilia para que el agente del delito precedente se desprenda del bien objeto de aquel, obteniendo un beneficio patrimonial indebido. Aquí el agente solo se limita a realizar acciones de intermediario entre el autor del delito precedente y un tercero que adquiere la señal de satélite decodificada ilegalmente.

El supuesto punible se configura cuando el agente colabora, auxilia o ayuda para que el autor del delito precedente distribuya la señal de satélite que sabe proviene de la comisión de un delito previo.

2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación del supuesto delictivo recogido en el tipo penal en hermenéutica jurídica no es otro que el patrimonio del sujeto pasivo. Ello es así debido a que una señal de satélite codificada portadora de programas tiene evidentemente un valor económico en el mercado y, por tanto, tiene un poseedor.

2.5. Sujeto activo

Por la redacción del tipo penal se concluye que cualquier persona puede ser sujeto activo o agente de cualquiera del supuesto delictivo previsto. No se requiere ni exige que el agente reúna en su persona alguna cualidad o condición especial. No hay duda de que pueden concurrir una coautoría o las diversas formas de participación como son la instigación, la complicidad primaria y la complicidad secundaria.

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo, sin duda, será aquel "distribuidor legal de la señal de satélite portadora de programas codificado". En efecto, el agente realiza la conducta analizada con la finalidad de perjudicar económicamente al distribuidor legal de la señal, quien se constituye en forma automática en el sujeto pasivo de la conducta punible. Hemos establecido ya que el distribuidor de la señal es aquella persona natural o jurídica que tiene

la autorización legal de decidir que se efectúe la transmisión de señales derivadas portadoras de programas al público en general o a cualquier parte de él.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El término *a sabiendas* ha de entender que estamos ante una conducta netamente dolosa; no cabe la comisión por culpa. El agente, conociendo que se ha decodificado ilegalmente la señal de satélite portadora de programas, con conocimiento y voluntad ayuda a distribuir la señal de satélite decodificada. Aquí no sirve el "debía presumir" que recoge el artículo 194 del Código Penal.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consume o verifica cuando el agente o sujeto activo distribuye realmente la señal de satélite portadora de programas, originariamente codificada, a sabiendas de que fue decodificada sin la autorización del distribuidor legal de dicha señal.

Es posible la tentativa. Ocurrirá esta cuando el receptador, pese a que ha hecho todo lo necesario, es intervenido policialmente en momentos que se disponía a realizar la distribución de la señal de satélite portadora de programas decodificados ilegalmente.

5. PENALIDAD

Luego de ser sometido al debido proceso penal y ser encontrado responsable de la comisión del delito en análisis, el agente o sujeto activo será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis años y con treinta a noventa días multa.

Capítulo V
ESTAFA Y OTRAS DEFRAUDACIONES

SUMARIO: Subcapítulo 1: Estafa: 1. Cuestiones generales. 2. Tipo penal. 3. Tipicidad objetiva. 3.1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. 3.2. Inducción a error o mantener en él. 3.3. Perjuicio por desprendimiento patrimonial. 3.4. Provecho indebido para sí o para un tercero. 3.5. Agravantes. 3.6. Bien jurídico protegido. 3.7. Sujeto activo. 3.8. Sujeto pasivo. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 7. Tentativa. 8. Consumación. 9. Estafa y apropiación ilícita. 10. Penalidad. **Subcapítulo 2: Defraudación:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 2.1. Simulación o fraude procesal. 2.2. Abuso de firma en blanco. 2.3. Alteración de los precios y condiciones de contratos. 2.4. Estelionato. 3. Penalidad.

Subcapítulo 1
Estafa

1. CUESTIONES GENERALES

Es común sostener en la doctrina que el origen de la tipificación de la estafa se encuentra en el derecho romano. En aquel sistema se habría previsto el *crimen stellionatus* como el hecho punible que se verifica cuando el agente obtiene provecho indebido a causa del engaño. El italiano Carrara enseñó que el estelión o salamandra, animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol, habría sugerido a los romanos el nombre de *stellionatus* como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena. Hechos que no constituyen ni verdaderos hurtos, ni verdaderos abusos de confianza, ni verdadera falsedad pero que tiene elementos del hurto pues atacan injustamente la propiedad ajena, del abuso de confianza debido a que

se abusa de la buena fe de otros y de la falsedad porque a ella se llega mediante engaños y mentiras[1700].

Igualmente se tiene aceptado que fue el Código Penal español de 1822 el que utilizó por primera vez el rótulo de estafa para denominar a las conductas por las cuales el autor por medio del engaño o cualquier otro acto fraudulento, hace que la víctima le entregue en forma voluntaria parte o el total de su patrimonio.

2. TIPO PENAL

El delito de estafa, cuyo antecedente legislativo nacional más próximo es el descriptivo, enumerativo y ejemplificador artículo 244 del Código Penal de 1924, aparece sancionado, sin duda con mejor técnica legislativa, en el numeral 196 del actual Código Penal en los términos siguientes:

> 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 y otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de estafa se configura, aparece o se verifica en la realidad concreta cuando el agente haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que este, en su perjuicio, se desprenda de su patrimonio o parte de él y le entregue en forma voluntaria en su directo beneficio indebido o de un tercero.

En estos tiempos de posmodernidad que nos ha tocado vivir, el sujeto activo incluso puede hacer uso de la informática para verificar la conducta punible de estafa. En efecto, esta se configura, por ejemplo,

---

[1700] ROY FREYRE, 1983, p. 147; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1280; PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 209.

cuando el agente envía a la víctima un correo electrónico a nombre de su banco, pidiéndole bajo cualquier excusa y con carácter de urgente, su número de tarjeta y clave secreta. Para ello envía un link para acceder a la web del banco. La víctima, en la creencia que es su banco el que lo solicita, escribe su número de tarjeta y su clave secreta y con esta información el estafador retira el dinero de su cuenta. Esta modalidad es conocida como *phishing*.

La configuración de la estafa requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes, esto es, requiere primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero. En concreto, la figura de estafa no es la suma de aquellos componentes, sino exige un nexo causal sucesivo entre ellos, comúnmente denominado relación de causalidad[1701] ideal o motivación. Y como veremos más adelante, lo trascendente en este delito, es que el engaño se convierte en el nexo causal ineludible que debe provocar el error en la víctima. De ahí que no se hable de cualquier engaño sino de un engaño idóneo o bastante. No es suficiente el simple engaño, es necesario que este sea idóneo para provocar el error. Es decir,

[1701] En la ejecutoria suprema dictada en el R.N. N.° 2504-2015-Lima, del 7 de abril del 2017, citando este concepto me catalogaron en forma errónea como causalista. Aquí solo debo indicar que para citar alguna teoría en una resolución judicial, debe ser conocida a cabalidad y lo más importante, debe ser citada solo si es indispensable para la solución plausible del caso. Cuando se hace con otro ánimo (de presumir, por ejemplo) se llegan a conclusiones criticables. Conocemos la teoría de la imputación objetiva y de cuando en cuando, la invocamos para dar solución a determinados casos. De ahí conocemos que con ella no desaparece el "nexo causal" o también denominada "relación de causalidad" como un elemento objetivo de la tipicidad. Lo que viene a decir la imputación objetiva es que el nexo causal o relación de causalidad no es suficiente, sino es necesario algo más. Y ¿cuál es ese plus? La imputación objetiva, que se constituye en un elemento objetivo más de la tipicidad. Aquella no es otra cosa que verificar si el resultado dañoso se realizó a consecuencia de una creación de un peligro o, aumento de un peligro normalmente permitido. Lo trascendente de esta teoría son los criterios que excluyen la imputación objetiva (principio de confianza, prohibición de regreso y autopuesta en peligro de la propia víctima), y claro, si alguno de ellos se verifica, la conducta simplemente es atípica.

se exige algo más que el engaño (nexo causal). Ese algo más no es otro que la imputación objetiva.[1702]

En suma, si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de aquellos elementos, el injusto penal de estafa no aparece. Aquí no funciona el dicho matemático: el orden de los sumandos no altera la suma. Si se altera el orden sucesivo de sus elementos, la estafa no se configura.

Igual no hay delito si alguno de aquellos elementos falta en determinada conducta.

En esa línea del razonamiento, nuestra Suprema Corte por ejecutoria del 6 de mayo de 1998 ha precisado que: *"el delito de estafa consiste en el empleo de artificio o engaño a fin de procurar para sí o tercero un provecho patrimonial en perjuicio ajeno, requiriendo para su configuración de ciertos elementos constitutivos tales como: el engaño, error, disposición patrimonial y provecho ilícito, los mismos que deben existir en toda conducta prevista en el artículo 196 del Código Penal"*[1703].

En tal sentido, no son acertadas las definiciones ensayadas por Roy Freyre, Bramont-Arias Torres y García Cantizano, quienes definen a la estafa como el resultado producido en perjuicio de la víctima a consecuencia del uso del engaño utilizado por el agente. Aquí al parecer se da mayor importancia al resultado producido en agravio del sujeto pasivo que al contenido mismo de la conducta que debe desarrollar el sujeto activo. Así tenemos que Roy Freyre[1704], comentando el Código Penal derogado, enseñaba que estafa es **el perjuicio patrimonial ajeno** e ilícito que se causa mediante artificio, astucia o engaño, obteniendo un provecho económico para sí o para un tercero. Por su parte, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1705] prefieren definir a la estafa **como**

[1702] Salinas Siccha, El delito de estafa en el sistema jurídico peruano, en Actualidad penal, N.° 38, agosto 2017, Ed. pacífico, pp. 111-134. ISSN N.° 2415-2285.

[1703] Expediente N.° 524-98-Lima, en Rojas Vargas I., p. 431.

[1704] Roy Freyre, 1983, p. 154.

[1705] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 346.

el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose el estafador un provecho económico para sí o para un tercero.

En tanto que el recordado profesor Peña Cabrera[1706], siguiendo la interpretación efectuada por Antón Oneca quien hacía dogmática del Código Penal español, definía a la estafa como la conducta engañosa, con ánimo de lucro, propio o ajeno que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o de tercero.

Incluso, la Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 20 de julio del 2005, que analiza un caso concreto en el cual se defraudó al Estado, hace aún diferencia entre disposición patrimonial y perjuicio a la víctima como si fueran dos elementos distintos del delito de estafa, cuando en puridad ambos aspectos configuran un solo elemento. En efecto, allí se argumenta que: *"como se anotó, el concierto con los agentes públicos para ganar la buena pro, a la que no podía acceder, el cobro de recursos públicos por ese hecho, y el perjuicio que ello representó a la hacienda municipal en tanto incluso le pagó mayor precio que otros postores, permiten estimar que concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de estafa: engaño, error, **disposición patrimonial, perjuicio al Estado** y beneficio propio"*[1707].

De la definición formulada se advierte que el injusto penal de estafa tiene componentes o elementos particulares que deben aparecer secuencialmente en la conducta desarrollada por el agente. El orden es el siguiente: 1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta. 2. Inducción a error o mantener en él. 3. Perjuicio por disposición patrimonial. 4. Obtención de provecho indebido para sí o para un tercero.

Estos elementos deben concurrir secuencialmente, de modo que el ***engaño idóneo y eficaz*** precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado por el agente del delito y proyectado sobre la víctima, que puede consistir en usar nombre fingido, atribuirse poder,

---

[1706] PEÑA CABRERA, 1993, p. 151. En igual sentido VILLA STEIN, 2001, p. 134.

[1707] R.N. N.º 350-2005-Tumbes, **en** SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 4911.

influencia o cualidades supuestas, aparentar bienes, créditos, comisión, saldo en cuenta corriente, empresa, negociaciones imaginarias o cualquier otro engaño semejante, ***debe provocar un error en el sujeto pasivo***, viciando su voluntad, cimentada sobre la base de dar por ciertos los hechos mendaces, simulados por el agente del delito. Todo ello provoca ***el asentimiento a un desprendimiento patrimonial*** que se materializa con el desplazamiento de los bienes o intereses económicos de parte de la víctima, sufriendo así una disminución de sus bienes, perjuicio o lesión de sus intereses económicos. Pasando aquellos bienes o intereses al patrimonio del agente o a poder de un tercero, quienes se ***aprovechan o enriquecen indebidamente***.

No obstante evidenciarse claramente tales elementos del contenido del tipo penal del artículo 196 del Código Penal, los comentaristas nacionales[1708] sostienen que los cuatro elementos típicos del delito de estafa son: engaño, error, disposición patrimonial de la víctima y perjuicio a la víctima[1709]. Es decir, para aquellos tratadistas constituyen elementos diferentes la disposición patrimonial y el perjuicio, cuando de la lectura del texto punitivo se colige que tales circunstancias constituyen un mismo elemento, pues la disposición patrimonial como consecuencia del error producido por el engaño, origina necesariamente o automáticamente perjuicio para la víctima. En otros términos, la sola disposición patrimonial de la víctima importa perjuicio para ella. Esta forma de exponer las cosas les ha conducido a soslayar el cuarto elemento consistente en el provecho indebido que obtiene el agente con su conducta. No advierten la siguiente circunstancia: si no se verifica que el agente o un tercero consiguió u obtuvo algún provecho económico indebido con su conducta, la estafa no se configura.

La explicación razonable de la indicada posición dogmática lo encontramos en el hecho concreto y comprobado que nuestros penalistas siguen, la mayor de las veces, al pie de la letra lo sostenido por los brillantes

---

[1708] Peña Cabrera, 1993, p. 160; Bramont-Arias Torres, 1997, p. 29; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 347; Paredes Infanzón, 1999, p. 213, Villa Stein, 2001, p. 136 y Reátegui Sánchez, 2016, I, p. 667.

[1709] Igual lo reproduce la Casación N.° 421-2015- Arequipa, de fecha 21 de marzo del 2017.

penalistas españoles. Al parecer, obvian que aquellos hacen hermenéutica jurídica de su texto penal que, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, difiere muchas veces en forma diametral del nuestro. En lo que se refiere al delito en hermenéutica, se verifica que el inciso 1 del artículo 248 del Código Penal español de 1995 que recoge el tipo básico de la estafa, difiere ampliamente del contenido del tipo básico recogido en el artículo 196 del Código Penal peruano. En efecto, el Código español prevé que "cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno". En tanto que como podemos darnos cuenta de su lectura, el contenido del tipo penal del artículo 196 de nuestro texto punitivo tiene redacción diferente.

De la lectura del tipo penal 248 del Código Penal español, se advierte que para aquel sistema penal, el delito de estafa se configura cuando el agente con ánimo de lucro, haciendo uso del engaño induce a la víctima a desprenderse de su patrimonio y como consecuencia de ello se originó un perjuicio de esta o de un tercero. En suma, no hay mayor inconveniente en sostener que los elementos típicos objetivos de la estafa lo constituyen el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio. Sin embargo, ello vale para los españoles, mas no para los peruanos. Para interpretar nuestro sistema jurídico penal, ello solo sirve de referencia doctrinaria.

Aclarado el asunto respecto de los elementos típicos objetivos de la estafa, veamos ahora brevemente cuál es su contenido particular:

3.1. Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta

"Para la consumación del delito de estafa debe mediar necesariamente, siempre, la artimaña, el arbitrio falso y el encubrimiento de la verdad"[1710].

El primer elemento que se verifica en una conducta catalogada de estafa lo constituye el uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta por parte de su autor o sujeto activo. Los términos utilizados por el legislador en el tipo penal al tener la única finalidad de falsear la realidad,

[1710] Ejecutoria suprema del 12 de junio del 2003 en el Expediente N.º 2166-2001, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 260.

dan a entender que han sido utilizados para ejemplificar el tipo de fraude que se requiere para hacer caer en error a la víctima. Los fraudes o mecanismos fraudulentos utilizados por el agente para lograr sus objetivos muy bien pueden ser el engaño, la astucia, el ardid, así como el artificio, el truco, el embuste, la argucia, el infundio, etc. Por tanto, aquí interesa el mecanismo por el cual el agente con el fin de sacar un provecho, haciendo que el mismo agraviado le entregue sus bienes, falsea la realidad o, mejor dicho, le presenta una realidad distinta a la real.

El legislador de la madre patria a este mecanismo fraudulento lo identifica como "engaño bastante", tal como se advierte de la lectura del tipo penal de estafa previsto en el Código Penal español. Ella es la razón por la cual los comentaristas españoles solo se limitan a explicar en lo que consiste el engaño. No les interesa determinar en qué consiste el ardid o la astucia o el artificio.

Al engaño se le define como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. En otras palabras, la expresión *engaño* designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad. Sobre esta forma fraudulenta, el derecho vivo y actuante por resolución superior del 10 de julio de 1997 ha precisado que: *"en cuanto al engaño, este supone una determinada simulación o maquinación por parte del sujeto el que tiene que tener la aptitud suficiente para inducir a error al otro, siendo que lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y determinado la apariencia de verdadero a un hecho falso; por otra parte, el engaño de la estafa ha de ser anterior al error y la disposición patrimonial, de modo que si esta se produce antes del engaño, tampoco habrá estafa"*[1711].

La astucia es la simulación de una conducta, situación o cosa, fingiendo o imitando lo que no se es, lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de hacer caer en error a otra persona. El uso de nombre supuesto o el abuso de confianza son formas en las cuales el agente actúa con astucia.

El ardid es el medio o mecanismo empleado hábil y mañosamente para lograr que una persona caiga en error.

[1711] Expediente N.° 726-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 285.

Otras formas fraudulentas pueden ser, por ejemplo, el artificio, el truco, el embuste, la argucia, etc. El artificio es la deformación mañosa de la verdad con el fin de hacer caer en error de apreciación a otra persona que observa la materialidad externa y aparente de una realidad. En el artificio va incluida la idea de engaño, pero también la del arte puesto en juego para que el engaño triunfe, de donde se desprende el aserto de que la simple mentira no constituye engaño o artificio, sino cuando esté acompañada de ciertos otros elementos que le den credibilidad. Se requiere lo que los franceses denominan *mise in scene*. El truco es la apariencia engañosa, hecha con arte para inducir a error a otra persona. El embuste es una mentira disfrazada con artificio. La argucia es un argumento falso presentado con agudeza o sutileza cuyo fin es hacer caer en error a otra persona; etc.

Todos los mecanismos utilizados por el estafador tienen como objetivo final hacer caer en error a su víctima, por lo que parafraseando a Roy Freyre[1712] no es de rigor precisar las diferencias de matices y alcances entre los conceptos de astucia, artificio, ardid, truco, embuste, engaño, etc., pues la técnica legislativa seguida por el codificador peruano permite equipararlos en su idoneidad fraudulenta, careciendo de real trascendencia práctica el problema teórico referente a la dilucidación de sus límites.

Teniendo claro los mecanismos que puede utilizar el agente para hacer caer en error a su víctima, corresponde ahora dejar establecido que no cualquier tipo de engaño, artificio, ardid o argucia configura elemento del delito de estafa[1713]. Se requiere lo que los españoles sencillamente denominan **engaño bastante**. Es decir, suficiente e idóneo para producir el error e inducir al sujeto pasivo a desprenderse de parte o el total de su patrimonio. El operador jurídico al momento de calificar la conducta deberá verificar si el mecanismo fraudulento utilizado por el estafador fue idóneo, relevante y suficiente para propiciar que su víctima caiga o se mantenga en error. El acto fraudulento deberá ser lo suficientemente idóneo y capaz de vencer las normales previsiones de la víctima. Co-

[1712] ROY FREYRE, 1983, p. 157.

[1713] Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, I, p. 667.

rresponde al operador jurídico hacer tal calificación, pues en la realidad concreta, por las especiales circunstancias de tiempo, modo, ambiente social y lugar en que ocurren y por las especiales aptitudes intelectuales de la víctima, los casos varían de uno a otro. No hay casos idénticos, pero sí pueden haber parecidos.

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, por Recurso de Nulidad[1714] del 07 de abril del 2017, da cuenta de un caso en el cual evidentemente no estamos ante un engaño bastante o idóneo. En efecto, allí se da cuenta que la Segunda Sala Penal para reos en cárcel de la Corte Superior de Lima, condenó a la acusada debido que declaró como probados los siguientes hechos: *"la procesada Chacaltana Pacheco habría engañado a los agraviados Salas Gutiérrez, Pérez Olivos y Sarria Iraola, pues les ofreció en venta vehículos a un precio por debajo del mercado, aduciendo que los vehículos provenía de remates judiciales; aparentando cualidades supuestas (bienes, créditos, comisión), provocando un error en los agraviados quienes, viciados en su voluntad, contrataron con la procesada la compra de vehículos de los cuales no era propietaria"*. Sentencia condenatoria que fue revocada, debido que no se verificó el engaño idóneo, esto es, un engaño suficiente como para provocar un error en los agraviados. En el caso no había engaño de la magnitud que exige el tipo penal, pues todos saben y más los que tienen capacidad económica y se disponen a comprar un vehículo, que antes de comprar deben concurrir a los registro de la propiedad vehicular y solicitar información para verificar a quién corresponde el vehículo que se dispone comprar. Con este acto diligente, los supuestos agraviados pudieron darse cuenta que la vendedora no era la propietaria de los vehículos. Pudieron darse cuenta quiénes eran los reales propietarios de los vehículos. Bien informados, los compradores tenían dos alternativas: no comprar a la ofertante, o comprar, pero conociendo que la ofertante no era la propietaria y, por tanto, conociendo que ella no podía firmar la transferencia de propiedad de los vehículos. De modo que si los compradores no fueron diligentes en la realización

[1714] Exp. N.° 2504-2015- Lima. Aquí aplicando innecesariamente la teoría de la imputación objetiva, absolvieron a la procesada. Como información precisa que en esta ejecutoria suprema se estableció como precedente vinculante varios de sus considerandos.

de actos normales y naturales que se realizan antes de toda transacción vehicular, no podemos aseverar que la procesada utilizó un engaño idóneo para perjudicarlos patrimonialmente.

Diferente sería la solución del caso, si luego de concurrir los compradores a los Registros de Propiedad Vehicular, hubiesen recibido la información de que la ofertante era la propietaria, y luego, poco tiempo después, toman conocimiento que no era la verdadera propietaria debido que falsificando documentos y sorprendiendo a los Registradores logró que la registraran como propietaria. Allí si habría estafa. No debemos obviar que no es suficiente las palabras del estafador, es necesario la realización de actos materiales que acompañen a la palabra para convencer a la víctima. La estafa no se verifica solo con palabras se exige algo más del agente, esto es, actos materiales para provocar o mantener en el error a su víctima.

No les falta razón a Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1715], y a Javier Villa Stein[1716], cuando siguiendo a los penalistas que comentan el Código español, sostienen que para calificar la conducta debe adoptarse un criterio objetivo-subjetivo para determinar el engaño, según el cual habrá que considerar si el engaño reviste apariencia de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia –parte objetiva–; y además, en cada caso particular, será preciso tener en cuenta la idoneidad del engaño en función de las condiciones personales del sujeto pasivo –parte subjetiva–.

El engaño como nexo causal del error en la víctima no es suficiente. Es necesario que este sea idóneo o bastante. Solo así se le puede atribuir objetivamente al agente. Si no hay engaño idóneo debido que aparece algún criterio que excluye a la imputación objetiva, la conducta será atípica. De modo, que no es errado afirmar que dentro de los elementos objetivos de la estafa, el engaño es el elemento más importante[1717].

[1715] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 349.

[1716] VILLA STEIN, 2001, p. 137.

[1717] Así lo ha considerado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N.° 421-2015- Arequipa, de fecha 21 de marzo del 2017.

La jurisprudencia presenta un sinnúmero de mecanismos fraudulentos por los cuales se verifica el delito; así tenemos:

1. *"La actitud del procesado de inducir a error al agraviado aparentando una condición que no ostentaba con la finalidad de ocasionarle un perjuicio económico constituye una de las modalidades del tipo penal de estafa"*(1718).
2. *"Al haber utilizado la procesada un poder caduco por fallecimiento de la poderdante, con el cual celebró transferencia de inmueble en perjuicio del agraviado, no informándole a este de dicha circunstancia, induciéndole así en error al adquirir el bien, se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad del procesado"*(1719).
3. *"Se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad del acusado, identificando en la conducta de este último el ánimo doloso de querer engañar al agraviado (...) al entregar en parte de pago un vehículo a sabiendas que no se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento, sin tarjeta de propiedad y con un motor distinto al declarado en la resolución de adjudicación del vehículo que pertenecía a la Policía Nacional (...)"*(1720).
4. *"Se ha acreditado tanto la comisión del delito instruido como la responsabilidad penal del encausado, quien ha obrado con dolo y con el ánimo de lucrar al haber inducido a error al agraviado, engañándolo de que era gerente de una empresa dedicada a la venta de terrenos, para lo cual se le hizo firmar al agraviado un contrato de separación del bien inmueble materia de litis (...), lo cual ha afectado la economía del perjudicado y ha incrementado el erario del encausado"*(1721).

3.2. Inducción a error o mantener en él

Después de verificarse que el agente ha hecho uso del engaño u otra forma fraudulenta corresponderá al operador jurídico verificar si aquel

(1718) Resolución superior del 23-10-1997; Expediente N.° 5346-97, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 278.

(1719) Resolución superior del 26-05-1998, Expediente N.° 286-98, **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 763.

(1720) Resolución superior del 15-06-1998, Expediente N.° 1036-98, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN III, 1999, p. 323.

(1721) Resolución superior del 14-07-1998, Expediente N.° 1354-98, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN III, 1999, p. 318.

engaño ha provocado en la víctima un error o en su caso, le ha mantenido en un error en el que ya se encontraba la víctima.

Error es la falsa representación de la realidad concreta. Una falsa apreciación de los hechos. Una representación que no corresponde a la realidad de las cosas. Una desviación de la verdad. Un juicio falso de las cosas. O un falso conocimiento de la realidad.

El error para que tenga relevancia en el delito de estafa debe haber sido provocado o propiciado por la acción fraudulenta desarrollada por el agente. El error debe surgir inmediatamente a consecuencia del acto fraudulento. Si no hay acción fraudulenta de parte del agente, es imposible hablar de error y menos de estafa. En suma, la falsa representación de una realidad concreta por parte del agraviado debe haber sido consecuencia inmediata del acto fraudulento exteriorizado por el agente. Debe verificarse una relación de causalidad entre el mecanismo fraudulento y el error. En esa línea, si el error no es generado por algún fraude, sino por ignorancia o negligencia de las personas, no es posible la estafa. De ese modo, en la resolución superior del 14 de setiembre de 1998, atinadamente se afirma que: *"el error como elemento del tipo penal de estafa, juega un doble papel: primero, que debe ser consecuencia del engaño, dependiendo su relevancia típica si es que este es suficiente para alterar los elementos del juicio que dispone la víctima para comprender la intención dolosa del agente; y, segundo, debe motivar la disposición patrimonial, lo que permitirá verificar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, generando la posibilidad de negar la imputación objetiva del resultado directamente provocado por la disposición patrimonial, si es que el error, lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto"*[1722].

El acto fraudulento exteriorizado por el agente puede servir para mantener en error a la víctima. Se configura cuando sabiendo el agente de 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. Se

[1722] Expediente N.° 2618-98-Lima, en ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN III, 1999, p. 304.

exige que el agente con su actuar engañoso determine la continuación de la falsa representación de la realidad. El actor necesariamente debe hacer actos positivos para evitar que la víctima supere o salga de su error. Incluso guardando silencio ante hechos que está en la obligación normal de poner en evidencia, comete delito el mismo que será por omisión. El simple aprovechamiento de la falsa representación que a veces tenemos de las cosas, no es relevante para la configuración de la estafa.

Con Roy Freyre[1723], podemos afirmar que tenemos un error inducido cuando el actor promueve intencionalmente, haciendo surgir la falsa representación en la mente del agraviado y error mantenido cuando la falsa representación ya preexiste en la mente de la víctima, situación que es aprovechada por el agente para fortalecer o impedir que sea superado. En igual sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1724].

Por otro lado, es común en la doctrina sostener que no habrá problema de error en aquellos casos en que faltan las condiciones personales suficientes en la víctima, por cualquier razón, para tomar conocimiento de esa realidad, por ejemplo, aprovecharse de alguien que ignoraba absolutamente un tema por pertenecer a otra cultura, de un niño o de un enfermo mental. En estos casos, simplemente habrá hurto y no será necesaria la prueba del engaño ni del error[1725].

3.3. Perjuicio por desprendimiento patrimonial

Acto seguido, una vez verificado el error provocado por el engaño utilizado por el agente, se verificará si tal error originó que la víctima se desprenda en su perjuicio de parte o el total de su patrimonio.

Disposición patrimonial es el acto por el cual el agraviado se desprende o saca de la esfera de su dominio parte o el total de su patrimonio y lo desplaza y entrega voluntariamente al agente. En doctrina, se grafica este aspecto afirmando que el estafador alarga la mano, no para coger las

[1723] Roy Freyre, 1983, p. 158.

[1724] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 350.

[1725] Cfr. Peña Cabrera, 1993, p. 168; Bramont-Arias Torres, 1997, p. 35; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 351; Paredes Infanzón, 1999, p. 216.

cosas como ocurre con el ladrón, sino para que la víctima se las ponga a su alcance. La víctima a consecuencia del error provocado por el acto fraudulento, en su directo perjuicio, hace entrega o pone a disposición del agente su patrimonio. El elemento perjuicio por disposición patrimonial resulta fundamental en el delito de estafa. Pues si no hay desprendimiento o, mejor dicho, entrega de bienes (muebles o inmuebles), derechos reales o de crédito de parte de la víctima al agente, así este haya actuado engañosamente y provocado un error evidente, el delito de estafa no se configura. Nuestra Corte Suprema por ejecutoria del 12 de enero de 1998 en forma contundente ha indicado que: *"si el agraviado no efectuó una disposición patrimonial previa, no se configura el delito de estafa"*[1726]. Ahora bien, el desprendimiento puede tener lugar en forma de entrega, cesión o prestación del bien, derecho o servicios (pues el delito de estafa puede recaer sobre cualquier elemento del patrimonio incluido las expectativas legítimas –ganancias– y económicamente valuables)[1727].

El desprendimiento patrimonial origina automáticamente perjuicio económico de la víctima, esto es, disminución económica de su patrimonio. No hay desprendimiento patrimonial sin perjuicio para el que lo hace. Y menos habrá perjuicio sin desprendimiento patrimonial por parte de la víctima. El agente al provocar un error con su actuar fraudulento, busca perjudicar a la víctima haciéndole que se desprenda de su patrimonio y se lo entregue a su favor o de un tercero.

Si como consecuencia del error provocado por actos fraudulentos, el sujeto pasivo hace entrega de bienes que pertenecen a otra persona, se configura lo que se denomina "estafa en triángulo", la misma que se configura cuando el autor engaña a una persona con la finalidad de que esta le entregue un bien perteneciente a un tercero[1728]. Aquí el propietario del bien será el perjudicado y sujeto pasivo, siendo que el engañado se constituirá dentro de un debido proceso en testigo de excepción de la forma como actuó el agente y logró el desprendimiento patrimonial.

[1726] Expediente N.º 3278-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 437.

[1727] PEÑA CABRERA, 1993, p. 168.

[1728] *Vid.* BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO 1997, p. 353; VILLA STEIN, 2001, p. 141.

3.4. Provecho indebido para sí o para un tercero

De verificarse que efectivamente a consecuencia del error provocado por algún acto fraudulento, hubo desprendimiento patrimonial de parte de la víctima, corresponderá al operador jurídico verificar si con tal hecho, el agente o un tercero ha obtenido provecho ilícito. Este provecho es el fin último que busca el agente al desarrollar su conducta engañosa, al punto que si no logra tal provecho para sí o para un tercero, la estafa no se consuma, quedándose en su caso, en grado de tentativa.

La Corte Suprema por ejecutoria del 27 de octubre de 1995 ha precisado que: *"el elemento material del delito de estafa está dado por la procuración para sí o para otro de un provecho ilícito mediante el uso de astucia, ardid o engaño causando perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo, quien además no puede ser considerado en forma difusa sino debidamente individualizado"*(1729). Asimismo, por resolución superior del 19 de enero de 1998, se esgrime que: *"respecto al delito de estafa se debe tener en consideración que lo que se reprocha al agente es conseguir que el propio agraviado le traslade a su esfera de dominio su propio patrimonio; es decir, el aspecto objetivo de este delito requiere que el agente obtenga un provecho ilícito, para lo cual debe mantener en error al agraviado por medio del engaño, astucia o ardid"*(1730).

Igual sentido tiene la resolución del 28 de noviembre de 1997: *"Para la configuración de la estafa es necesario que medie engaño, ardid o astucia a efecto que la víctima se desprenda de un determinado bien, en este caso dinero en efectivo, procurándose así el sentenciado un provecho indebido; si no se comprueba tal ánimo doloso del procesado con el fin de perjudicar al agraviado no llega a configurarse el tipo penal de estafa"*(1731).

El perjuicio que se origina a la víctima con el desprendimiento o desplazamiento de sus bienes a la esfera de dominio del sujeto activo o de un tercero, origina que este al entrar en posesión de aquellos bienes y disponerlos como a bien tenga, obtiene un provecho ilícito o no debido. El hecho concreto de quedarse con los bienes entregados por su víctima

(1729) Expediente N.º 2286-95-Cajamarca, **en** ROJJASI PELLA, 1997, p. 184.

(1730) Expediente N.º 1347-97-Lima, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 145.

(1731) Expediente N.º 5274-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 248.

y disponerlos como si fuera su dueño constituye el provecho ilícito. Es ilícito o indebido, puesto que no le corresponde. Es un provecho que normalmente no hubiese logrado. Aquel provecho no debe tener causa justificatoria, afirma Roy Freyre[1732]. De ahí que si una persona induciendo a error por medio del engaño recupera un bien de su propiedad que el depositario era renuente a devolver, a pesar de estar vencido el término estipulado, no comete estafa.

3.5. Agravantes

Por la Ley N.° 30076 publicada en *El Peruano* el 19 de agosto del 2013, se ha incorporado al Código Penal el artículo 196-A, el cual recoge varias circunstancias que de presentarse en la estafa, esta se transforma en agravada. Luego, la misma fórmula legislativa se ha vuelto a modificar por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1351, publicado el 07 enero del 2017. En efecto, el citado numeral tiene el siguiente contenido:

> 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.

3.5.1. Estafa en agravio de menores de edad

La agravante se configura cuando el agente comete la estafa en agravio de menores de edad.

[1732] ROY FREYRE, 1983, p. 168.

No hay mayor discusión en considerar menores a las personas que tienen una edad por debajo de los dieciocho años. Así está previsto en el inciso 2 del numeral 20 del Código Penal, en el artículo 42 del Código Civil y en el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescentes.

La circunstancia agravante se materializa cuando el agente dirige los actos engañosos en contra de un menor. El término "agravio" implica, no solo el desmedro o merma patrimonial, sino también un direccionamiento de la violencia o la amenaza que afecta directamente al menor[1733]. El agravio tiene así dos dimensiones concurrentes: a) La acción y efecto de la violencia y la amenaza; y b) el desmedro económico.

El agente debe conocer o darse cuenta que está ejecutando la estafa en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer esta circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores solo serán pasibles de sanción penal a título de robo simple.

3.5.2. Estafa en agravio de personas con discapacidad

Se agrava la estafa cuando la víctima es discapacitada. Se configura cuando el agente comete la estafa sobre una persona que sufre de incapacidad física, mental o sensorial.

Persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para realizar alguna actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad[1734].

[1733] *Ibidem*, p. 451.

[1734] Véase el contenido del artículo 2 de la Ley N.º 27050, Ley general de la persona con discapacidad.

Se justifica la agravante, toda vez que el agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no ponen en peligro el logro de su finalidad, que es obtener un provecho patrimonial por medio de la conducta engañosa.

3.5.3. Estafa en agravio de mujeres en estado de gravidez

También se agrava la conducta delictiva de estafa y, por tanto, el autor o autores y partícipes merecen mayor pena cuando la *víctima se encuentra en estado de gestación*. La agravante aparece cuando la víctima-mujer de la estafa se encuentra en estado de gestación, es decir, esperando que se produzca el nacimiento de un nuevo ser que lleva en su vientre. Una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el momento mismo en que se produce la anidación del nuevo ser en el útero de la madre hasta que se inician los intensos dolores que evidencian el inminente nacimiento.

La agravante se justifica por la propia naturaleza del período que atraviesa la agraviada. Período en la cual se pone más sensible.

3.5.4. Estafa en agravio de adulto mayor

También se agrava cuando la víctima pertenece al grupo de adultos mayores. La agravante aparece cuando la víctima de la estafa es un adulto mayor que de acuerdo al artículo 2 de la citada Ley, se entiende como tal a todo aquel que tiene 60 o más años de edad. Sin duda puede ser hombre o mujer.

Igual que en la agravante anterior, la acción engañosa debe ser directa y en contra del sujeto pasivo adulto mayor y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si la conducta engañosa fue dirigida contra otra persona y solo resultó mermado el patrimonio del adulto mayor, la agravante no se verifica. También es posible que el agente, por error, actúe con la firme creencia que su víctima no es un adulto mayor, en este caso es factible invocarse el error de tipo previsto en el numeral 14 del Código Penal.

3.5.5. Con el concurso de dos o más personas

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana. Los sujetos que se dedican a estafar, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales supuestos el fundamento político criminal de la agravante.

El concurso debe ser en el hecho mismo de la conducta engañosa. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría. En esa línea, no opera la agravante cuando un tercero actúa como cómplice tampoco cuando un tercero induce o instiga al autor para que estafe a determinada persona.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la estafa con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometido por autores o coautores. Considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su parte general y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho (violación del principio del *ne bis in idem*)[1735].

3.5.6. Estafa en agravio de pluralidad de víctimas

Se verifica la agravante cuando el agente por un solo acto engañoso o por varios actos fraudulentos (delito continuado por ejemplo) perjudica a muchas personas. Basta verificar una pluralidad de sujetos pasivos de la estafa para calificarla como agravada. Antes de la modificación efectuada por la Ley N.° 30076, cuando como consecuencia de la estafa se perjudicaba a una pluralidad de personas, se consideraba como delito masa y el autor era sancionado según lo dispuesto en el artículo

[1735] Rojas Vargas, 2000b, p. 430. En igual sentido, Roy Freyre, 1983, p. 83.

49 del Código Penal, sin embargo, con la modificatoria producida, el hecho solo será estafa agravada y el autor será sancionado con la pena establecida en el tipo penal 196-A.

3.5.7. Con ocasión de compraventa de vehículos motorizados

Se materializará la circunstancia agravante cuando el agente utilice el engaño en la compra o venta de cualquier vehículo motorizado. Se excluyen de la agravante los vehículos que no funcionan a motor.

3.5.8. Con ocasión de compraventa de bienes inmuebles

De igual modo se verificara la agravante cuando el agente hace uso del engaño en la compra o venta de cualquier bien inmueble[1736]. Se busca proteger a miles de peruanos que son perjudicados en sus expectativas patrimoniales por los estafadores. La agravante se justifica pues aparte de hacer que la víctima se desprenda de su patrimonio, esta se queda hasta sin vivienda.

3.5.9. Estafa para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o crédito

La agravante se verifica cuando el agente utiliza los actos engañosos para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro y crédito que tiene la víctima, con el objetivo final de sustraer los dineros existentes en las agencias bancarias y financieras. La agravante se justifica debido que el agente aparte de utilizar el engaño hace uso de otros mecanismos o actos fraudulentos para defraudar a sus víctimas. Además, por poner en riesgo el sistema financiero, pues ante tanta defraudación por medio de las tarjetas de ahorro o crédito que se otorgan en el sistema financiero para facilitar sus actividades, puede llegar un momento que las personas tengan miedo de obtener ese tipo de tarjetas por miedo a ser estafados.

[1736] Sobre el concepto de bienes inmuebles se recomienda al lector recurrir al capítulo de este libro que se refiere al delito de hurto o usurpación.

3.5.10. Estafa aprovechando la situación de vulnerabilidad de la víctima

La situación de "vulnerabilidad" se entiende como la situación de desventaja en que se encuentra la víctima de la estafa, ello como consecuencia de la carencia de recursos económicos, la falta de oportunidades, la pobreza extrema, la violencia política o la violencia familiar, etc., que son aprovechadas por los estafadores para materializar sus ambiciones de riqueza. La agravante se justifica debido a la facilidad que tiene el estafador de actuar en tales circunstancias y, lo más importante, la fragilidad en que se encuentran muchos ciudadanos peruanos que es necesario proteger por medio de la amenaza del ius puniendi: el mensaje es que si se materializa la estafa aprovechando la situación de vulnerabilidad de la víctima, la conducta es más reprochable penalmente y, por tanto, el autor es merecedor de mayor sanción penal.

3.6. Bien jurídico protegido

El patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal del artículo 196. De manera específica, se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica[1737].

3.7. Sujeto activo

Al constituirse en delito común o de dominio, sujeto activo, agente o actor del delito de estafa puede ser cualquier persona natural. No se exige alguna cualidad, condición o calidad especial en aquel. Es factible la coautoría así como la complicidad primaria o secundaria.

La ejecutoria suprema del 21 de noviembre del 2013[1738], da cuenta de un caso en el cual al operador jurídico, no diferenció adecuadamente la conducta de un autor, un coautor y la de un cómplice en el delito de

---

[1737] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 345. Es de igual conclusión, Reátegui Sánchez, 2016, I, p. 659.

[1738] Véase: R. N. N.° 641-2013- Lima- Sala Penal Transitoria.

estafa. En efecto, allí se estableció que "*estamos ante una pluralidad de personas que actuaron concertadamente y según un plan común, con roles definidos. Su ámbito de actuación plural era la obtención de tarjetas de crédito incorporando en el engaño a mujeres, a quienes se captaba, para que se hagan pasar como cónyuges de un titular, con la presentación de documentación falsa, tarjetas con las que se adquirían productos que comercializaban u obtenían dinero para repartírselo. En estas condiciones dado el modus operandi implementado, es obvio que todos los intervinientes, incluso las mujeres captadas al afecto, tenían el co dominio funcional del hecho y un rol específico. No se puede hacer distingos para calificar a unos como autores y a otros como cómplices primarios –la complicidad simple o secundaria está de plano descartada por la esenciabilidad e insustituibilidad de los aportes ejecutados–. Como quiera que el recurso ha sido promovido por los imputados –tiene un carácter exclusivamente defensivo– no es posible variar la tipicidad ampliada –tipo de participación y tipo de autoría–, aunque en términos jurídico-penales es claro que todos son coautores*".

3.8. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo o víctima puede ser cualquier persona. Basta que haya sido la perjudicada en su patrimonio con el actuar del agente. En tal sentido, podemos afirmar de modo categórico que si bien es cierto que entre el engaño del actor y el desprendimiento perjudicial de la víctima debe existir un nexo de causalidad, también es verdad que nada exige que la misma víctima del embaucamiento lo sea también del daño económico, pudiendo ser un tercero[1739].

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Es una conducta típicamente dolosa. No es posible la comisión culposa.

El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que aparte del dolo, en

[1739] Cfr. ROY FREYRE, 1983, p. 154.

el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro. Este elemento subjetivo aparece de modo implícito en el tipo penal.

Si por el contrario, el agente con su actuar no busca lucrar o, mejor dicho, no busca obtener un beneficio patrimonial indebido, el delito no aparece, así en la conducta se verifique la concurrencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el desprendimiento patrimonial. El ánimo de lucro al final guía u orienta el actuar del actor o agente y, por ello, se convierte en un elemento subjetivo adicional al dolo. Si este elemento subjetivo adicional no se verifica en determinada conducta, el delito en hermenéutica no se configura.

5. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica objetiva y subjetivamente será antijurídica cuando no concurra alguna causa de justificación. Habrá antijuridicidad cuando el agente con su conducta obtenga un beneficio patrimonial que no le corresponde. Si por el contrario, se llega a la conclusión de que el autor obtuvo un beneficio patrimonial debido o que le correspondía, la conducta no será antijurídica, sino permitida por el derecho. Esto ocurrirá, por ejemplo, con aquella persona que haciendo uso del engaño hace caer en error a una persona que se resiste a cancelarle por los servicios prestados, logrando de ese modo que esta se desprende de determinada suma de dinero y le haga entrega. Sin duda, aquí se ha obtenido un provecho económico, pero debido o lícito.

6. CULPABILIDAD

Una vez que se ha determinado que la conducta es típica y antijurídica, corresponderá verificar si el actor es imputable, es decir, le puede ser atribuida penalmente la conducta desarrollada. También se verificará si el agente tuvo oportunidad de conducirse de acuerdo a ley y no cometer el delito y finalmente, se verificará si aquel, al momento de actuar tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Es decir, si sabía que su conducta estaba prohibida. Si, por el contrario, se verifica que el agente actuó en la creencia errónea que tenía derecho al bien o

a la prestación atribuida mediante el acto de disposición, se excluirá la culpabilidad, toda vez que es perfectamente posible que se presente la figura del error de prohibición, situación que será resuelta de acuerdo al segundo párrafo del artículo 14 del Código Penal.

7. TENTATIVA

Al ser un delito de resultado y de actos sucesivos es factible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Si el agente con su conducta aún no ha llegado a obtener el provecho económico indebido que persigue y es descubierto, estaremos ante supuestos de tentativa. Hay tentativa cuando, por ejemplo, el agente después de haber provocado el error en su víctima por algún acto fraudulento, se dispone a recibir los bienes de parte de aquel y es puesto al descubierto su actuar ilegal. O también, cuando después de haber recibido los bienes de parte de su víctima es descubierto cuando aún no había tenido oportunidad de hacer disposición del bien y de ese modo obtener provecho económico, etc.

8. CONSUMACIÓN

El delito de estafa se perfecciona o consuma en el mismo momento en que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consuma una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios, recibido de parte de su víctima. El incremento patrimonial puede traducirse por la posesión de los bienes o por el producto de los mismos al ser estos dispuestos.

Al utilizar el legislador nacional en la estructura del tipo penal del artículo 196 del C.P. la frase *"el que procura para sí o para otro un provecho ilícito"*, se entiende que el delito se perfecciona cuando realmente el agente ha logrado su objetivo último, el cual es obtener el provecho indebido. Si no logra este objetivo, habrá estafa, pero en grado de tentativa.

En el mismo sentido, Roy Freyre[1740], quien al igual que el comentarista del código derogado Ángel Gustavo Cornejo, sostiene "que

[1740] ROY FREYRE, 1983, p. 171.

el perfeccionamiento del delito de estafa, en nuestra legislación, acontece en el momento que se obtiene el provecho indebido".

Posición contraria y no válida para nuestro sistema jurídico penal por lo expuesto, sostienen Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1741], Ángeles y otros[1742], y Javier Villa Stein[1743], al enseñar que el delito de estafa se consuma cuando existe un perjuicio patrimonial para la víctima, y, no así, cuando el agente obtiene el provecho ilícito. Por su parte, Peña Cabrera[1744], haciendo un híbrido, sostiene que "el delito de estafa se consuma en el momento en que el sujeto pasivo por error realiza el acto de disposición patrimonial perjudicial y el autor obtiene, de ese modo, la disposición del bien ajeno".

Esta última interpretación doctrinaria que no compartimos es recogida en la ejecutoria suprema del 14 de setiembre del 2004 cuando la Sala Penal Permanente, argumentó que *"el delito de estafa se entiende consumado cuando el sujeto pasivo, al ser inducido o mantenido en error por el sujeto activo, realiza el acto de disposición patrimonial que provoca el daño en el patrimonio, esto es, se consuma con el perjuicio a partir del cual el desvalor del resultado adquiere su plenitud"*[1745].

Situación diferente prevé el primer inciso del artículo 248 del Código español, en el cual la conducta del agente está dirigida a que la víctima realice *"un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno"*. Aquí el fin último del agente que actúa con ánimo de lucro, es lograr que la víctima se desprenda de su patrimonio en su perjuicio. Si logra el desprendimiento perjudicial, el delito aparece perfeccionado.

De este modo, los autores citados y la ejecutoria suprema del 14 de setiembre del 2004 se adhieren a la interpretación del Código Penal español. Esta situación nos lleva a concluir que aún en nuestra patria, existen comentaristas del Código Penal y jueces con "una actitud inte-

---

[1741] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 355.

[1742] Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1288.

[1743] Villa Stein, 2001, p. 142.

[1744] Peña Cabrera, 1993, p. 172. En parecido sentido, Paredes Infanzón, 1999, p. 220.

[1745] R.N. N.º 3344-2003-Ayacucho, **en** San Martín Castro, 2006, p. 498.

lectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que las sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada"[1746].

9. ESTAFA Y APROPIACIÓN ILÍCITA

Antes de pasar a otro punto, creemos pertinente aquí dejar establecido en forma contundente: un solo hecho jamás puede ser a la vez estafa y apropiación ilícita. Son delitos totalmente excluyentes. Donde concurren los elementos de estafa no concurren los elementos de la apropiación ilícita ni viceversa. No puede haber ni siquiera concurso aparente de leyes en un hecho concreto. Se entiende *"doctrinaria y jurisprudencialmente que la diferencia sustancial entre estas dos clases de delitos se encuentra en el mecanismo apropiatorio y en el momento del dolo con respecto al acto de disposición realizado de buena fe por el sujeto activo; pues, mientras en la estafa el culpable recibe la cosa mediante el engaño que le originó o aprovechó; en la apropiación ilícita o indebida el culpable se apropia de lo que le fue entregado sin engaño; en la estafa el dolo antecede a la entrega del objeto sobre el que recae la acción, en la apropiación ilícita el dolo surge a posteriori"*[1747].

En suma, la estafa se separa de la apropiación ilícita principalmente por la concurrencia del elemento "engaño" causante del desprendimiento patrimonial por parte de la víctima: si el acto de desprendimiento se realiza por el titular del bien o derecho inducido por el engaño del agente, habrá estafa; en tanto que por el contrario, si quien ha recibido en depósito, comisión, etc., cualquier bien mueble se atribuye por sí la propiedad del mismo, habrá apropiación ilícita.

10. PENALIDAD

De encontrarse responsable penalmente, el agente del delito de estafa será merecedor a pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años. Corresponde al criterio del Juzgador graduar la pena según los presupuestos establecidos en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

[1746] HURTADO POZO, 2005, p. 379.

[1747] Ejecutoria superior del 01-10-1998, Expediente N.º 3203-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 325.

Subcapítulo 2
Defraudación

1. TIPO PENAL

Los diversos supuestos delictivos que en conjunto reciben el nombre de defraudación, aparecen tipificados en el artículo 197 del Código Penal del modo siguiente:

> 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.
> 2. Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.
> 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.
> 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.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

El artículo 197 del Código Penal regula conductas especiales de estafa que merecen sanción menor a la prevista para aquellos que realizan alguna conducta del tipo básico, por lo que no pueden considerarse como circunstancias agravantes de la estafa, sino minorantes. Hecho que no tiene explicación razonable en nuestro sistema jurídico penal, debido a que como veremos, el actuar del agente produce resultados mucho más graves a los supuestos subsumidos en el tipo básico, pues aparte de lesionar el patrimonio de la víctima se lesionan otros bienes jurídicos. Hay mayor desvalor del resultado. Pensamos que abonaría a dar mayor coherencia interna a nuestra normativa penal, si el legislador hubiese previsto sancionar los casos especiales de defraudación con pena mayor a la prevista en el artículo 196 o, en todo caso, debió mantener lo previsto en el código derogado, el mismo que conforme aparecía en el artículo 245, los sancionaba con la misma pena prevista en el tipo básico de estafa.

Pasemos a exponer en qué consiste cada uno de los casos especiales de defraudación:

2.1. Simulación o fraude procesal

El inciso primero del artículo 197 prevé que hay defraudación cuando *se realiza con simulación de juicio, o empleo de otro fraude procesal*. Es decir, este tipo de defraudación se configura cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, simulando juicio u otro fraude procesal hace caer en error a la víctima y logra que esta se desprenda de su patrimonio y le pase a su dominio. De esa forma, la modalidad delictiva se puede concretizar o traducir en la realidad concreta de dos formas: por simulación o por fraude procesal.

Por simulación se entiende la representación de una cosa fingiendo lo que no es en la realidad. En este sentido, habrá simulación de juicio cuando el agente hace aparecer o finge un juicio o proceso judicial. En la realidad no hay proceso válido, pero se finge uno para hacer caer en error a la víctima y hacer que este se desprenda de su patrimonio. No les falta razón a Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1748], cuando afirman 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.

La realidad judicial presenta interesantes casos sobre simulación de juicio. Así tenemos la resolución superior del 25 de setiembre de 1997 que afirma: *"se configura el delito 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"*[1749]. En parecido sentido, la resolución superior del 14 de abril de 1998 esgrime: *"que, asimismo prueba la responsabilidad penal de los procesados, el hecho de haber simulado un juicio que generó el embargo del inmueble sobre el cual recaía la hipoteca, para lo cual los procesados desconociendo el acuerdo con el banco, y después de haber logrado su propósito, dejan sin efecto lo acordado sin levantar la hipoteca,*

[1748] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 357.

[1749] Expediente N.º 1583-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 225.

más bien en forma dolosa el encausado cede sus acciones y derechos a terceras personas como son los señores Bauer, para de esta manera evitar que el banco agraviado pueda interponer las acciones legales correspondientes (...)»[1750].

Fraude procesal es todo engaño o ardid que alguna o ambas partes en un proceso contencioso desarrollan para obtener una ventaja indebida, esto es, una ventaja que en situaciones normales no lograrían. Aquí se sorprende a la autoridad jurisdiccional con el fin que dé la razón a quien no le corresponde o en su caso, le dé más de lo que realmente le corresponde. El supuesto delictivo se configura cuando el agente que participa dentro de un proceso (civil, penal, laboral o administrativo) hace uso del engaño para sorprender a la autoridad jurisdiccional y de esa forma obtener una ventaja patrimonial ilícita en perjuicio de tercero. Se presentará este supuesto ilícito, por ejemplo, cuando el agente con intención firme de adjudicarse el 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 mercado el inmueble a rematarse.

Cuando la ventaja que consiga el agente con su acto fraudulento dentro de un proceso, sea patrimonial, sin duda, se presentará en concurso con el delito previsto en el artículo 416 del Código Penal. Es decir, solo en los casos en que el objetivo del agente del acto fraudulento sea la obtención de un beneficio económico indebido en perjuicio de un tercero, se le atribuirá la comisión del delito de defraudación por fraude procesal previsto en el inciso 1 del artículo 197 del C.P. y el delito de estafa procesal, previsto en el artículo 416 del Código Penal. En este, será en agravio de la administración de justicia y en aquel será en perjuicio de la persona perjudicada patrimonialmente. En cambio, si la ventaja que persigue el agente es de otra naturaleza, solo se configurará el delito previsto en el artículo 416 del C.P.

En ambos supuestos, el delito se consuma o perfecciona cuando el agente obtiene o logra obtener la ventaja patrimonial indebida que desde el inicio persiguió. Sin conocimiento y voluntad de actuar en forma fraudulenta ninguna de las conductas delictivas se configuran.

[1750] Expediente N.º 8842-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 327.

2.2. Abuso de firma en blanco

El inciso segundo del artículo 197 señala que hay defraudación cuando se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero. Es decir, el supuesto delictivo se configura cuando el agente o actor haciendo uso de la firma estampada en un papel en blanco por determinada persona, abusivamente extiende o redacta un documento en perjuicio patrimonial de aquella o de un tercero. Por su parte, Ángeles, Frisancho y Rosas[1751] afirman que se da la defraudación de firma en blanco, cuando el autor recibe de la víctima un documento firmado en blanco que le es entregado voluntariamente y con una finalidad determinada, pero que el tenedor abusando de ello, llena el documento insertando declaraciones u obligaciones de carácter patrimonial perjudiciales para el firmante o un tercero.

La jurisprudencia nacional ha establecido en la resolución superior del 28 de mayo de 1998 que los elementos constitutivos de este tipo de defraudación son los siguientes: "*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 contenido determinado fijado de antemano por ambos, c) que, el agente elabore sobre el documento un contenido fraudulento y diferente al acordado, que se irrogue 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 o intencionalidad de actuar con fraude*"[1752].

Por nuestra parte, consideramos que en la conducta delictiva en hermenéutica concurren tres elementos objetivos y uno subjetivo, pues las circunstancias a y b de la Resolución glosada corresponden a un solo elemento, debido a que el recibir el pliego con la firma en blanco implica necesariamente una entrega voluntaria por parte del firmante. En este sentido, estos elementos se explican así:

Primero, debe verificarse que el papel o pliego donde aparece la firma de la víctima haya sido entregada voluntariamente por este al

[1751] ÁNGELES GONZÁLES/FRISANCHO APARICIO/ROSAS YATACO, 1997, III, p. 1294.

[1752] Expediente N.° 702-98, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 328.

agente, ya sea en depósito o custodia. Si por el contrario, el pliego donde aparece la firma de la víctima ha sido hurtado o llegó por otros medios a poder del actor, la defraudación no aparece, configurándose en todo caso un delito contra la fe pública[1753].

Segundo, después de verificarse que el documento fue entregado en forma voluntaria por el firmante, deberá determinarse que el agente abusando de la confianza depositada por la víctima extendió o redactó un documento con diferente contenido al establecido o estipulado al momento de la entrega del pliego con la firma. Se entiende que el contenido deberá ser más gravoso o excesivo patrimonialmente al acordado entre las partes. Roy Freyre[1754] afirma que quien abusa de un documento firmado en blanco es porque con anterioridad recibió el papel firmado para ser usado llenándolo de acuerdo a las indicaciones del signatario-mandante.

Tercero, luego de verificarse que el documento ha sido llenado abusando de la confianza de la víctima, deberá verificarse si el contenido del documento está dirigido a perjudicar en su patrimonio al firmante o a un tercero. Si el documento tiene otro contenido, la defraudación no aparece. Esto es importante, pues teniendo en cuenta que este supuesto delictivo es una forma de defraudación cuyo bien jurídico que se protege es el patrimonio de las personas, se debe concluir que el documento extendido o redactado sobre el pliego firmado en blanco, debe tener como finalidad el lograr que la víctima (ya sea el firmante o un tercero) se desprenda del total o parte de su patrimonio y pase a aumentar el patrimonio del agente.

En cambio, si la redacción del documento tiene otro objetivo o finalidad, no habrá defraudación, sino tan solo delito contra la fe pública. Igual no se configura el delito cuando el llenado del pliego firmado en blanco no perjudica patrimonialmente a nadie. El derecho actuante por resolución superior del 28 de mayo de 1998 a referido que *"si bien es cierto se ha llenado un documento en blanco, el cual fue entregado con la sola*

[1753] Cfr. Roy Freyre, 1983; p. 184; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 358.

[1754] Roy Freyre, 1983, p. 184.

firma de la denunciante, el contenido colocado en él no resulta ser fraudulento, desde que el monto que se puso en la referida letra de cambio (...), es precisamente por la suma que la agraviada le debía o adeudaba a la procesada, no habiéndose abusado por consiguiente de firma alguna, y si la agraviada sufrió la medida de embargo fue precisamente por su incumplimiento, dentro de una obligación que de suyo es de naturaleza civil, no procediendo en consecuencia imputar responsabilidad penal alguna a la encausada"(1755).

En cuanto al elemento subjetivo, se tiene que se trata de una conducta netamente dolosa, no cabe la comisión culposa o imprudente. *"El tipo descrito requiere, de parte del sujeto activo, conciencia y voluntad de defraudar, abusando de la firma en blanco, y que este comportamiento se traduzca en un perjuicio efectivo de carácter patrimonial en la esfera del otorgante"*(1756).

La defraudación de abuso de firma en blanco se consuma o perfecciona en el momento en que el actor o agente logra obtener el provecho ilícito perseguido con su conducta. Si no logra esta finalidad con su conducta estaremos ante una tentativa.

2.3. Alteración de los precios y condiciones de contratos

El inciso tercero del artículo 197 prevé que hay defraudación 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. Esto es, se configura la defraudación cuando el agente o autor que actúa como mandatario, dolosamente altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos firmados por el mandatario y terceros en favor del mandante, suponiendo o exagerando los gastos. Este tipo de defraudación hace necesario que entre el agente y la víctima exista de por medio un contrato de mandato, en el cual el agente será necesariamente el mandatario y la víctima el mandante. Si no existe esta relación contractual es imposible que se configure el delito.

(1755) Expediente N.° 702-98, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 329.

(1756) Resolución superior del 23-97-1998, Expediente N.° 707-98-P/CAM, **en** ARMAZA GALDÓS/ ZAVALA TOYA, 1999, p. 104.

Siendo así resulta inevitable recurrir a nuestro Código Civil para saber exactamente en qué consiste el mandato y cuáles son las obligaciones del mandatario frente al mandante. En el Código Civil encontramos el artículo 1790, en el cual se estipula que "por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante". Esto es, el mandato es un contrato nominado por el cual el mandatario se obliga frente al mandante a realizarle diversos actos jurídicos en su favor. Asimismo, el inciso 3 del artículo 1793 del C.C. prevé la obligación del mandatario que en esta oportunidad nos interesa. Allí se estipula que es obligación del mandatario "a rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante". En consecuencia, estas cuentas y no otras serán el objeto material de la defraudación que nos ocupa. Por rendir cuentas se entiende a la presentación por parte del mandatario de un informe pormenorizado de su gestión efectuada en cumplimiento del contrato de mandato. En aquel informe se indicará todos los actos jurídicos realizados, los egresos que se han efectuado, los ingresos logrados, etc.

De la redacción del contenido del hecho punible se verifica que en la realidad concreta, pueden presentarse hasta en cuatro formas:

a. Cuando el agente altera en sus cuentas los precios suponiendo gastos no realizados

Este supuesto punible se configura cuando el mandatario (agente) en su informe altera o falsea los precios, suponiendo gastos que en la realidad no se han efectuado. El mandatario no ha realizado gasto alguno, sin embargo, dolosamente en su informe o en sus cuentas lo hace aparecer con la finalidad firme de defraudar al mandante, obteniendo un beneficio patrimonial indebido. De acuerdo a ley el mandante deberá pagar o cubrir tales gastos.

b. Cuando el agente altera en sus cuentas los precios exagerando los gastos efectuados

Este supuesto delictivo se presenta cuando el mandatario altera o falsea el informe, exagerando o aumentado los gastos normalmente

efectuados. Esto es, el agente con la finalidad de obtener un provecho económico que no le corresponde, aumenta los gastos efectuados. Aquí se entiende que el mandatario canceló o realizó pagos por gastos menores, pero en el informe en forma fraudulenta consigna montos mayores por concepto de los gastos realizados.

c. *Cuando el agente altera las condiciones de los contratos suponiendo gastos no efectuados*

Aquí de ninguna manera se refiere a las alteraciones de las condiciones del contrato firmado por el mandatario y el mandante. Se refiere a los contratos firmados en su gestión por el mandatario y terceros a favor del mandante. De este modo, se configura la defraudación cuando el mandatario con la finalidad de solicitar que el mandante los reembolse logrando de esa forma obtener un provecho económico ilícito, altera o falsea las condiciones de los contratos firmados con terceros para hacer aparecer gastos no efectuados en la realidad.

d. *Cuando el agente altera las condiciones de los contratos exagerando los gastos efectuados*

Este supuesto se configura cuando el mandatario con la finalidad de defraudar al mandante y de esa forma obtener un provecho ilícito, falsea o altera las condiciones de los contratos firmado con terceros aumentando los gastos normalmente realizados.

En todos los supuestos la suposición de gastos tiene lugar cuando se simula la existencia de pagos realizados, los mismos que en la realidad no han ocurrido, por ejemplo, gastos de mantenimiento, de personal, etc. La exageración de gastos existe cuando realmente ha habido gastos, pero estos se aumentan de manera deliberada[1757].

La defraudación dolosa se perfecciona en el momento en que el mandatario obtiene provecho económico indebido en perjuicio del mandante. Antes de aquel momento estaremos frente a la tentativa. Habrá tentativa cuando, por ejemplo, el agente-mandatario en instantes

[1757] *Vid.* BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 359; PEÑA CABRERA, 1993, p. 192.

en que se dispone a recibir por parte del mandante-víctima el reembolso de gastos irreales consignados en su informe, es descubierto.

2.4. Estelionato

El legislador nacional en el inciso cuarto del artículo 197 ha regulado la defraudación que con mayor frecuencia se ventila en los estrados judiciales como es el estelionato. Allí se afirma que hay defraudación cuando 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. En esa línea, el delito se configura cuando el agente o autor con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en perjuicio de su víctima, dolosamente vende o grava, como bienes libres, aquellos bienes que son litigiosos o se encuentran embargados o gravados, o también aparece el delito cuando dolosamente vende, grava o da en arrendamiento como bien propio aquel que pertenece a otra persona. *"Subjetivamente, se realiza el tipo, cuando el agente, a sabiendas de la situación jurídica de los bienes, dispone voluntariamente de ellos, induciendo a error al agraviado"* (1485)(1758).

El objeto material del delito puede ser bienes muebles o inmuebles.

En la realidad, el estelionato puede traducirse a través de los siguientes comportamientos dolosos:

a. Vender como bienes libres los que son litigiosos

Un bien mueble o inmueble es litigioso cuando sobre él ha surgido una controversia judicial a fin de determinar quién tiene el derecho de propiedad o su posesión legítima. Peña Cabrera(1759) prefiere entender que el bien es litigioso por encontrarse en juicio en el que se discute a quién le pertenece su dominio o cuál es su condición. Por su parte, Roy Freyre(1760) enseña que bienes litigiosos son aquellos sobre los

(1758) Resolución superior del 19-08-1998, Expediente N.° 977-98-P/CAM, **en** Armaza Galdós/ Zavala Toya, 1999, p. 110.

(1759) Peña Cabrera, 1993, p. 196.

(1760) Roy Freyre, 1983, p. 202.

cuales se ha suscitado una cuestión, ya sea respecto a su propiedad o posesión, discutida en un proceso judicial pendiente de sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente o actor da en venta a un tercero el bien como si estuviera libre de disposición, ocultado fraudulentamente que se encuentra en litigio. El delito se configura cuando el agente vendedor oculta al comprador que el bien objeto de venta tiene la condición de litigioso. Si por el contrario, esta condición es avisada al comprador y pese a ello, este paga el precio, el delito no se configura, pues el comprador asume el riesgo.

Sujeto pasivo del comportamiento será tanto el comprador como la persona con quien estaba en litigio el vendedor para determinar la propiedad o posesión del bien.

"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"(1761).

Se consuma o perfecciona en el instante en que el agente-vendedor recibe de parte del comprador el precio pactado por el bien, pues con ello habrá conseguido un provecho económico indebido en perjuicio de los agraviados.

b. Vender como bienes libres los que están embargados

Se entiende como bien embargado aquel sobre el cual pesa una medida de embargo dictada por autoridad competente. Bienes embargados –enseña Roy Freyre– son los afectados por una medida judicial dictada en proceso civil, penal, agrario, laboral, coactivo, etc., con la finalidad de garantizar o efectivizar los resultados de un juicio o procedimiento administrativo(1762).

La defraudación se configura cuando el agente dolosamente y con la única finalidad de obtener un provecho económico ilícito, da en venta un

(1761) Resolución superior del 13-07-1998, Expediente N.º 2821-97 **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 331.

(1762) ROY FREYRE, 1983, p. 202.

bien mueble o inmueble sin poner en conocimiento del comprador que aquel se encuentra embargado por orden judicial u orden de autoridad competente. El acto fraudulento por el cual se hace caer en error a la víctima para desprenderse de su patrimonio, se traduce en el ocultamiento que el bien se encuentra embargado; pues si lo hubiese sabido quizá no hubiese comprado el bien. Por el contrario, si el comprador sabe que el bien se encuentra embargado y pese a ello lo compra, el delito no se perfecciona. Es lícito comprar bienes embargados, asumiendo el comprador la obligación.

Sujetos pasivos será tanto el comprador como la persona en cuyo favor se trabó el embargo.

El delito doloso se perfecciona en el instante en que el agente obtiene el provecho indebido, recibiendo el precio pactado por el bien. Si antes de recibir el precio pactado, aquel es descubierto, la conducta será punible en grado de tentativa.

c. *Vender como bienes libres los que están gravados*

Son bienes gravados todos aquellos sobre los que, a consecuencia de un acto jurídico celebrado entre su propietario y un tercero, pesa un derecho real de garantía previsto en nuestra normativa civil como prenda, hipoteca, usufructo, anticresis, etc.

El comportamiento delictivo se configura cuando el agente-propietario del bien da en venta ocultando al comprador-víctima que sobre aquel pesa un derecho real de garantía establecido de acuerdo a las formalidades previstas en nuestro Código Civil. Esto es, por ejemplo, el vendedor entrega en venta un inmueble sin enterar o poner en conocimiento al comprador-víctima que el mismo se encuentra hipotecado de acuerdo a las formalidades de ley.

Si por el contrario, se llega a establecer que el supuesto gravamen no tiene las formalidades de ley o en su caso, no se estableció una formalidad concreta, el delito no se configura. En el primer sentido, se ha pronunciado la resolución superior del 14 de diciembre de 1998 cuando fundamenta que: *"la requisitoria policial que pesaba sobre el vehículo automotor antes de ser vendido, no se encuentra tipificada en ninguna de las modalidades del delito de defraudación contenidas en el artículo 197 del Código*

Penal, esto en razón a que la simple requisitoria policial de multa por daños materiales no puede ser asimilada al concepto de gravamen que es la afectación del bien como un derecho real de garantía, bajo la forma de inscripción que la ley establece»(1763). En tanto, que como ejemplo del segundo sentido tenemos la resolución superior del ocho de junio de 1999, donde se afirma: "*que si bien de las copias que corren a fojas veinte, correspondientes al expediente civil (...) tramitado en el Sexto Juzgado de Paz Letrado se advierte que las partes acordaron, que en garantía de la transacción se aceptase el ofrecimiento del inmueble (...); también es cierto que no se concretó en alguna de las formas que establece el Código Civil para inmuebles se debía de constituir la garantía, por lo que al no haberse formalizado esta, no se dan los elementos que configuran el delito a que se refiere el artículo ciento noventa y siete, inciso cuarto del Código Penal*»(1764).

Las víctimas serán el comprador engañado, así como la persona natural o jurídica a favor de la cual aparece gravado el bien. El delito doloso se perfecciona en el momento en que el vendedor-agente recibe el precio pactado, pues en ese momento habrá obtenido el provecho indebido en perjuicio de los agraviados.

d. Gravar como bienes libres los que son litigiosos

Este tipo de conducta delictiva se configura cuando el agente sabiendo que el bien se encuentra en litigio para determinar su propietario o su poseedor legítimo, le entrega en garantía real para garantizar una obligación a otra persona sin enterarlo de tal situación. Es decir, aparece cuando el agente sin poner en conocimiento que el bien tiene la condición de litigioso le entrega a su víctima en hipoteca si es inmueble o prenda si es mueble, etc.

e. Gravar como bienes libres los que están embargados

El supuesto punible se configura cuando el agente o actor entrega en garantía real un bien que se encuentra embargado por autoridad

(1763) Expediente N.º 3052-98, **en** ROJAS VARGAS, 1999a, p. 770.

(1764) Expediente N.º 1278-98-Arequipa **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 4, 2000, p. 286.

competente. Aquí el agente en forma dolosa y con el único propósito de obtener un beneficio patrimonial indebido, oculta al tercero que recibe el bien, que sobre este pesa o recae una medida de embargo.

f. Gravar como bienes libres los que están ya gravados

El delito aparece cuando el agente sin poner en conocimiento que el bien ya se encuentra gravado a favor de otra persona, le entrega a su víctima en garantía de una nueva obligación contraída. Por ejemplo, estaremos ante este supuesto cuando el agente, sin poner en conocimiento que el bien ya se encuentra hipotecado a un tercero, le da de nuevo en hipoteca a la víctima.

g. Vender como propios los bienes ajenos

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente sin tener derecho de disposición sobre el bien por pertenecerle a otra persona, le da en venta a su víctima como si fuera su verdadero propietario. Aquí el agente se hace pasar como si fuera el propietario del bien que entrega en venta a su víctima, logrando de ese modo que este en la creencia que está comprando al verdadero propietario, se desprenda de su patrimonio y le haga entrega en su perjuicio. La hipótesis delictiva se perfecciona o consuma en el instante en que el agente recibe el precio pactado por la venta.

La Corte Superior de Arequipa por resolución superior del 18 de junio de 1999 da cuenta de un caso de defraudación por venta de bien ajeno cuando señala: *"que en la sentencia apelada se advierte que se ha compulsado válida y legalmente la prueba actuada de la que fluye haberse acreditado la comisión del delito materia del juzgamiento y la responsabilidad penal del procesado a que se refiere el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal quien procedió a dar en venta ganado que no le pertenecía utilizando el engaño, procurándose un beneficio indebido, no devolviendo el dinero, ni menos entregando los animales, lo que genera reproche penal conforme a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y siete, inciso cuarto del Código Penal"*[1765].

[1765] Expediente N.º 1376-96, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.º 4, 2000, p. 295.

h. Gravar como propios los bienes ajenos

El delito se configura cuando el agente entrega en garantía de una obligación un bien cuyo propietario es otra persona. Esto es, el autor engañando a sus víctimas que es el propietario del bien y el beneficiario del gravamen, le entrega en garantía de una obligación un bien que no le pertenece. Como ejemplo de esta forma de defraudación cabe citar la resolución del 7 de enero de 1998 donde se afirma que: "*una persona incurre en delito de defraudación cuando hipoteca un inmueble que ha adquirido de un tercero, siendo que antes de hipotecarlo había tomado conocimiento de que dicho bien no le pertenecía a quien se lo vendió y que el verdadero propietario había obtenido sentencia judicial favorable en ese sentido*"(1766).

i. Arrendar como propios los bienes ajenos

Arrendamiento es el contrato nominado por el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida. En este sentido, esta conducta delictiva se configura cuando el agente engañosa y dolosamente, haciéndose pasar como propietario del bien, cede temporalmente a su víctima su uso, a cambio que esta le pague una renta, la misma que se convierte en provecho económico ilícito para el agente, toda vez que no le corresponde por no ser propietario o poseedor legítimo del bien entregado en arriendo.

Los agraviados serán el arrendatario sorprendido así como el verdadero propietario o poseedor legítimo del bien. El delito se consuma o perfecciona cuando el sujeto activo logra su objetivo, el cual es obtener un provecho patrimonial indebido.

3. PENALIDAD

El sujeto activo de cualquiera de los supuestos delictivos analizados será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y unida a ella, la pena limitativa de derechos consistente en sesenta a ciento veinte días multa.

(1766) Expediente N.º 5702-97, en ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 339.

Capítulo VI
FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Generalidades:** 1. Cuestión previa. 2. Tipo penal. 3. Tipicidad objetiva. 3.1. Ocultar la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances. 3.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica. 3.3. Promover fraudulentamente falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones. 3.4. Aceptar acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito. 3.5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes. 3.6. Omitir comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con los de la persona jurídica. 3.7. Asumir préstamos para la persona jurídica en forma indebida. 3.8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica. 3.9. Bien jurídico protegido. 3.10. Sujeto activo. 3.11. Sujeto pasivo. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 7. Tentativa y consumación. 8. Penalidad. **Subcapítulo 2: Informes distorsionados de auditoría:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Consumación y tentativa. 5. Penalidad. **Subcapítulo 3: Fraude por contabilidad paralela:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad.

Subcapítulo 1
Generalidades

1. CUESTIÓN PREVIA

Antes de hacer hermenéutica jurídica de los supuestos delictivos por los cuales se lesiona o pone en peligro concreto el patrimonio social de una persona jurídica, considero pertinente dejar establecidas

brevemente las siguientes cuestiones que en doctrina son temas de vivo y nada pacífico debate:

a. La separación entre propiedad y gestión que caracteriza a las modernas personas jurídicas, especialmente a las sociedades mercantiles, así como el poder casi absoluto del que gozan los órganos de administración y gestión dentro de ellas, fundamentan la intromisión del derecho penal, pues se busca prevenir que en el seno de las personas jurídicas se realicen o tengan comportamientos o conductas que, facilitadas por el propio sistema de funcionamiento que caracteriza hoy a las personas jurídicas, afecten o lesionen sus intereses patrimoniales vitales, la de sus miembros o socios, acreedores o terceros y cuando no, afecte la economía del país.

   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 vastos sectores de la sociedad moderna con relación a su economía y en la que confluyen conspicuos intereses, pueden, abusando de su posición o violando sus propios deberes, ocasionar daños irreparables a la persona jurídica y, por ende, a terceros interesados o al Estado.

b. Para el legislador nacional, al parecer consciente de tal finalidad, la persona jurídica ha merecido protección penal desde la vigencia del Código Penal de 1924. Sin embargo, el actual Código Penal, haciendo uso de mejor técnica legislativa que el Código derogado, regula de modo más adecuado los supuestos delictivos que lesionan el patrimonio de la persona jurídica. Los supuestos delictivos en el actual Código Penal son totalmente diferentes a los regulados en el artículo 248 del Código derogado[1767], de tal modo que no hay punto de comparación, pues incluso en aquel se regulaba la comisión culposa en tanto que actualmente, tal conducta no es

[1767] Por su parte GARCÍA CAVERO sostiene que "el legislador penal de 1991 ha procedido a ampliar el ámbito de lo punible a otros supuestos de administración fraudulenta" (2005a, p. 29).

materia de sanción. Asimismo, amplía el ámbito de protección penal a toda persona jurídica y no únicamente a las cooperativas y sociedades anónimas como lo hacía el citado artículo del Código de 1924. En efecto, de la lectura del artículo 198 del Código Penal de 1991 se advierte que el legislador nacional, al estructurar el tipo penal se ha referido solo a la "persona jurídica", sin hacer discriminaciones, abarcando de ese modo a las lucrativas, no lucrativas, regulares o irregulares. En consecuencia, al no hacer distinción del tipo penal entre personas jurídicas lucrativas o mercantiles con las personas jurídicas civiles y sin fines de lucro y tampoco entre personas jurídicas regulares o las irregulares[1768], debe interpretarse positivamente que para nuestro sistema jurídico penal todo ente colectivo que reúna los requisitos o condiciones que exige nuestra normatividad extrapenal para configurar una persona jurídica, será pasible de constituirse en sujeto pasivo de los supuestos delictivos que da cuenta el artículo 198 del Código Penal.

c. Desde nuestra concepción tridimensional del derecho, con el profesor Carlos Fernández Sessarego[1769] entendemos por persona jurídica a toda organización de personas que persiguen fines valiosos lucrativos o no lucrativos y que normalmente se constituyen como centros de ideales unitarios de imputación de situaciones jurídicas. Esto es, la persona jurídica se constituye mediante la abstracción o reducción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa. De ahí que en el artículo 78 del C.C. se haya establecido que las personas jurídicas tienen existencia distinta a la de sus miembros[1770].

[1768] Parece adecuado ampliar el ámbito de aplicación del artículo 198 del Código Penal también a las sociedades irregulares, afirma García Cavero, 2005a, p. 37.

[1769] Fernández Sessarego, 1988, p. 148.

[1770] En tanto que el profesor de Piura, García Cavero, siguiendo a De Castro y Bravo, define a la persona jurídica como "un grupo de personas (tipo asociación) o una organización (tipo fundación), que constituyen unidades cerradas herméticamente, con propia e inviolable zona íntima; y siempre como la persona física, con la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, participando como tal en el tráfico jurídico por medio de sus órganos" (2005a, p. 29).

Son personas jurídicas lucrativas todas aquellas previstas en la Ley General de Sociedad por las cuales sus miembros persiguen un fin lucrativo traducido en el reparto de utilidades. En cambio, son personas jurídicas no lucrativas aquellas en las cuales sus miembros no persiguen fines económicos para sí mismos, sino orientan sus esfuerzos a fines asistenciales o altruistas como son la Asociación, la Fundación, el Comité y las Comunidades Campesinas y Nativas reguladas en sus aspectos generales por nuestro Código Civil. En tanto que son regulares aquellas inscritas en los registros respectivos y son irregulares aquellas personas jurídicas que aún no se han inscrito formalmente. Estos últimos supuestos aparecen regulados en el artículo 77 del Código Civil.

d. En doctrina se discute si la interpretación de los términos legales utilizados en el tipo penal, gozan de plena autonomía o se encuentran vinculados por el significado que dichos términos ostentan en la legislación civil o mercantil. Esto es, se plantea el problema de si el derecho penal ostenta en este contexto un mero carácter sancionador o por el contrario, halla justificación una interpretación desvinculada de la regulación extrapenal.

Nosotros como en reiteradas oportunidades hemos insistido, creemos que el intérprete del derecho penal de modo alguno puede desvincularse del significado de los términos jurídicos utilizados por la normatividad extrapenal. Ello por dos razones: primero, porque el derecho penal solo busca dar mayor protección a las instituciones previstas en la ley civil o mercantil; de ninguna manera busca crear nuevas instituciones ni menos distorsionarlas; y, segundo, si el intérprete del derecho penal busca o intenta construir un sistema jurídico nacional con coherencia interna, no le queda otra alternativa que sujetarse a los mismos significados de los términos que hace uso el derecho extrapenal. Lo más que puede hacer el intérprete en su tarea es utilizar los términos en su significado amplio o restringido según corresponda a los principios rectores del Derecho Penal.

En esa línea, para saber cuándo por ejemplo una persona natural tiene la condición de administrador, representante, auditor interno o auditor externo, así como saber en qué consiste un balance,

cotizaciones, acciones o títulos, utilidades, etc., no queda otra alternativa que recurrir a la ley extrapenal como es el Código Civil, la Ley General de Sociedad. Actualmente, con la incorporación del artículo 198-A en el Código Penal por la Ley N.° 29307, también debemos recurrir a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República[1771] y los Reglamentos de Auditoría Externa e Interna de la Superintendencia de Banca y Seguros.

e. Al analizar los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, no se pone en discusión directa la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, sino más bien se discute la forma, circunstancias y consecuencias de la puesta en peligro o vulneración del patrimonio social de aquella. En todos los supuestos delictivos previstos en el numeral 198 del Código Penal, la persona jurídica aparece en la situación de sujeto pasivo o agraviado.

f. Sin embargo, teniendo en cuenta que una persona jurídica muy bien puede ser socia de otra persona jurídica, resulta pertinente poner en el tapete de manera tangencial si le asiste responsabilidad penal a la persona jurídica socia cuando en su beneficio patrimonial sus representantes hayan perfeccionado algunos de los supuestos delictivos sancionados en el artículo 198 del C.P.

Al respecto, tal como aparece en la doctrina y en nuestra normatividad penal vigente debemos concluir que no es posible imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Expresamente el artículo 27 del C.P. prevé que son los representantes de las personas jurídicas los que responden penalmente cuando en estas recaigan las calidades exigidas para ser autora del delito. Esta disposición, que regula

(1771) Ley N.° 27785, publicada del 23 de julio del 2002. En el artículo 3 de la citada ley se dispone que las "normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades, sujetas a control por el sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes: [...] g) *Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren*".

el instituto del actuar en lugar de otro, tiene como fundamento el hecho concreto que la persona jurídica no puede responder penalmente por la comisión de un delito debido a que no tiene voluntad, no tiene capacidad de acción y tampoco le asiste culpabilidad. Esta aparece cuando una persona ha podido decidirse voluntariamente siguiendo su responsabilidad y autodeterminación en contra de lo que la ley establece. Es decir, respecto de una persona jurídica resulta imposible realizar el juicio de atribución subjetiva.

Incluso de modo expreso, así lo ha declarado reiterada jurisprudencia nacional. En efecto, la ejecutoria suprema del 24 de octubre de 1997 sostiene que: "*el encausado resulta ser una persona jurídica como Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (SCRLtd.), por lo que no se le debió instaurar proceso penal, debiendo identificarse en todo caso a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de ella, en vista que la persona jurídica como tal, de acuerdo al principio* societas delinquere non potest, *no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27 del CP*"[1772]. Igual argumento se utiliza en el precedente jurisprudencial del 20 de diciembre de 1999, cuando la Suprema Corte sentencia: "*que, si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de acuerdo al principio* societas delinquere non potest, *ya que esta calidad sólo lo puede tener la persona física; también lo es, que en el caso de autos se ha identificado a la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de la empresa, recayendo dicha función en la persona del encausado Santiago Felipe Neyra Luján*"[1773].

En igual sentido, también la resolución superior del 19 de diciembre de 1997, fundamenta que: "*en nuestro ordenamiento penal no se admite la responsabilidad de las personas jurídicas; la responsabilidad penal se extiende a las personas que actúan en nombre de las personas jurídicas. Resulta inaceptable tener como denunciado a una persona jurídica*" [1774].

[1772] Consulta N.º 3963-96, **en** *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, 2001, p. 45.

[1773] Exp. N.º 3469-99-Chimbote, **en** CHOCANO/VALLADOLID, 2002, p. 105.

[1774] Exp. N.º 3047-97, **en** LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, 1999, p. 79.

No obstante, en países como Francia y aquellos en los que impera el sistema *Common Law* como Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Australia, Canadá y en aquellos países donde tiene franca influencia aquel sistema como Japón y Corea, legislativamente se prevé que la persona jurídica puede ser declarada responsable de toda clase de delitos que su naturaleza admita.

Igual, ante la creciente actividad delictiva de las personas jurídicas en los ámbitos del Derecho Penal Económico y Medioambiental, en Alemania y España, y pese a que reina aún la posición *societas delinquere non potest,* es decir, las personas jurídicas no responden penalmente por algún delito, se viene consolidando la posición doctrinaria de la *societas delinquere potest*, esto es, las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por los delitos que efectúan sus representantes[1775]. Incluso, el profesor Caro Coria[1776] describe que esta posición se viene incardinando en los países iberoamericanos a través de normas complementarias a los Códigos Penales, concluyéndose en consecuencia que la *societas delinquere non potest* actualmente está en crisis. En este estado de la cuestión resulta previsible que en un futuro cercano y cuando nuestro legislador así lo decida, las personas jurídicas responderán penalmente en forma directa por los delitos que realicen.

Actualmente resulta poco difícil sostener que el dogma de la responsabilidad penal individual constituya un obstáculo insuperable. Sin duda, ello no va a implicar atribuir al Estado un poder absoluto para reprimir, puesto que las soluciones que se adopten deben estar de acuerdo a los criterios de proporcionalidad y subsidiaridad del Derecho Penal[1777]. Esta posición o corriente es impulsada, aparte de razones de política criminal, por el sistema penal funcionalista radical, para el cual la función primordial del derecho penal y de la pena es satisfacer la vigencia de la norma penal y garantizar la identidad normativa de la sociedad.

[1775] *Vide* Serrano-Piedecasas Fernández, 1997; Hurtado Pozo, 2005, pp. 697-703.

[1776] *Vide*, con amplitud, Caro Coria, 2002.

[1777] Hurtado Pozo, 2005, p. 703.

g. Finalmente, es preciso señalar que en torno a este debate, el legislador nacional es renuente a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y ha previsto la instrumentación de consecuencias accesorias para sancionar a las personas jurídicas. En este sentido, el Código Penal de 1991 prevé como una de sus innovaciones más importantes la posibilidad que el Juez imponga una o varias medidas accesorias a la persona jurídica si el hecho punible se cometió en ejercicio de su actividad o cuando su organización permitió favorecerlo o encubrirlo. Es decir, las consecuencias accesorias serán impuestas por el Juez a raíz o con ocasión de la verificación de haberse realizado o cometido una conducta típica, antijurídica y culpable, independientemente si el agente o autores directos son realmente merecedores de pena o en su caso, están incursos en alguna excusa absolutoria.

En efecto, el artículo 105 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N.° 982 del 22 de julio del 2007, dispone que si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes.

a. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
b. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
c. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
d. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité a realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será más de cinco años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores de la persona jurídica hasta por un período de dos años.

El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

Esta tendencia se ha recogido en la legislación complementaria, como por ejemplo en la Ley de delitos aduaneros y la Ley de delitos tributarios que prevén este tipo de consecuencias accesorias a las personas jurídicas que infringiendo las leyes tributarias y aduaneras defraudan patrimonialmente al Estado.

No le falta razón al profesor Caro Coria[1778] cuando sostiene que con ello el legislador peruano ha zanjado definitivamente la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando menos en lo formal, a favor del *societas delinquere non potest*, dado que las consecuencias accesorias previstas no forman parte del catálogo de penas (artículo 28 del C.P.) ni de medidas de seguridad (artículo 71 del C.P.).

2. TIPO PENAL

Las hipótesis delictivas que se pueden efectuar al interior o en contra de la persona jurídica, aparecen debidamente descritas en el tipo penal del artículo 198 del Código Penal de 1991. Este artículo por vez primera ha sido objeto de modificación por la Ley N.° 28755, del 6 de junio del 2006, cuya finalidad fue el incluir a los auditores internos y externos como posibles sujetos activos de fraude en la administración de personas jurídicas[1779], así como personas que pueden ser inducidos a error por la comisión de una conducta fraudulenta de parte del sujeto activo del delito[1780]. Luego, el 31 de diciembre del 2008, por el artículo 1 de la

[1778] Caro Coria, 2002, p. 532.

[1779] Según la exposición de motivos del proyecto de la Ley N.° 28755, esta inclusión "tiene particular importancia en el caso de los sistemas financiero, de seguros y privado de pensiones, por cuanto la opinión de los auditores internos y externos de las empresas de dichos sistemas constituye una importante referencia para la labor de supervisión de la Superintendencia. En ese sentido, si los auditores ocultan o distorsionan información crítica, que han encontrado al revisar los estados financieros o las operaciones de una empresa supervisada, pueden afectarla seriamente, pues se generaría en el supervisor y en el público en general una idea distorsionada de la situación real de dicha empresa, impidiendo, de ser el caso, tomar las medidas correctivas necesarias" (Proyecto de Ley N.° 9465/2003).

[1780] Así también en la exposición de motivos del Proyecto de la Ley N.° 28755 se afirma que la modificación pretende, persuadir a los miembros del directorio o gerentes, entre otros, para que no oculten a los auditores la información relevante de las que tienen conocimiento.

Ley N.° 29307, se ha vuelto a modificar la estructura del tipo penal 198. En consecuencia, ahora tiene el siguiente contenido:

> 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 préstamos para la persona jurídica.
> 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

Estamos ante una diversidad de conductas o comportamientos delictivos claramente definidos. El legislador peruano ha seguido al modelo italiano. Aquí se tipifican un conjunto de conductas específicas que, desde la óptica del legislador, afectan la correcta administración de las personas jurídicas. No obstante, el principal problema de esta forma de legislar es el peligro de dejar muchas otras conductas con igual des-

valor jurídico-penal, sin sanción punitiva[1781]. Sin embargo, como el objetivo del presente libro es hacer dogmática penal del derecho penal objetivo, no queda otra alternativa que explicar cuándo se configura objetivamente cada uno de los supuestos delictivos sancionados en el artículo 198 del C.P.[1782]

3.1. Ocultar la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances

El primer supuesto del artículo 198 del Código Penal, modificado en diciembre del 2008, prevé que se configura la conducta delictiva cuando el sujeto activo oculta a los accionistas, socios, asociados, auditor interno o externo[1783] o terceros interesados, la verdadera situación patrimonial de la persona jurídica, falseando los balances, ya sea haciendo que reflejen u omitiendo beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.

Falsear balances es incluir en ellos datos inexistentes o fraguar los existentes. Se incluye dentro de la prohibición cualquier alteración del balance que produzca una falsa representación de la situación financiera de la persona jurídica[1784].

El objeto material del delito lo constituye el balance, el mismo que en derecho comercial se le entiende como aquel documento contable que conforma los denominados estados financieros, de elaboración periódica, que

---

[1781] García Cavero, 2005b, p. 43.

[1782] *Vid.* Salinas Siccha, 2006, pp. 305 a 331.

[1783] El Auditor interno es nombrado por la administración de la persona jurídica y trabaja en ella, es el encargado de verificar las fortalezas y suficiencia de los controles que se aplican dentro de la empresa. Su estudio es de alcance total de la empresa, es decir, abarca las operaciones financieras, administrativas y de cualquier otra índole. El informe que realiza proporciona todos los datos relevantes respecto a la efectividad y eficiencia de las operaciones, de la suficiencia y confiabilidad de la información financiera y del aspecto administrativo. En tanto que el auditor externo, es nombrado por la junta de accionistas, la designación siempre recae en un contador ajeno y externo a la persona jurídica. Aquel realiza un examen de las operaciones financieras de la empresa, con el fin de emitir una opinión sobre la razonabilidad de las cifras contenidas en los estados financieros basado en los principios de contabilidad de general aceptación, dando a conocer los resultados de su examen, a fin de aumentar la utilidad que la información posee.

[1784] Cfr. García Cavero, 1999, p. 39.

permite determinar de modo resumido y de manera ordenada los saldos de todas las cuentas para establecer el activo, el pasivo y el patrimonio de una persona jurídica, así como las ganancias y pérdidas producidas en un período[1785]. Se efectúa en el tiempo que los estatutos de la persona jurídica lo establezca o, en su defecto, cuando así lo determina la junta general de socios o accionistas.

El documento contable más importante de una persona jurídica es el balance (el ordinario o los balances parciales, sea individual o el balance consolidado), pues a partir de él se puede conocer su situación patrimonial en un momento determinado. El balance cumple una triple función: informar a los socios sobre la situación patrimonial de la empresa y darles a conocer también si existen utilidades; informar al Estado si la persona jurídica viene cumpliendo con sus obligaciones tributarias e informa a los acreedores que todos sus créditos se encuentran garantizados.

La importancia del balance es indiscutible, pues indica el estado del activo y del pasivo de la persona jurídica permitiendo, por comparación con balances de períodos anteriores, seguir la marcha de los negocios o apreciar si existen ganancias o pérdidas[1786]. De esta forma, cualquier alteración intencional en los datos que debe contener el balance que persiga causar perjuicio a la persona jurídica o a terceros, configura el delito.

El delito se perfecciona solo con la presentación del balance fraudulento. Si llega a causarse real perjuicio a los socios o terceros estaremos ante un delito agotado[1787]. Si el agente no presenta el balance será autor de otro delito menos del que ahora nos ocupa. En este sentido, se ha pronunciado el derecho vivo y actuante por resolución superior del 23 de junio de 1998, cuando argumenta que: *"de las consideraciones precedentes, ha quedado establecido que en la conducta del encausado no se evidencian los elementos constitutivos del ilícito instruido, primordialmente en razón de no*

[1785] GUTIÉRREZ CAMACHO, 1999, p. 101.

[1786] MONTOYA MANFREDI, 1988, I, p. 291.

[1787] En cambio, GARCÍA CAVERO sostiene que no basta con la presentación del balance falso, "sino que la información contable debe haber constituido un elemento de juicio relevante para la decisión patrimonial de los socios o terceros" (2005, p. 57).

haberse formulado balance o partida contable en la que pueda haber recaído las acciones materiales a que se contrae el tipo penal en referencia"[1788].

El tipo penal expresamente se refiere a balance, por lo que para nuestro sistema penal solo aquel documento será objeto material del delito. Se excluye cualquier otro documento donde aparezcan datos falsos. Sostener lo contrario es soslayar el principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal. En ese sentido, no resulta acertado Peña Cabrera[1789], cuando tomando como referencia a los penalistas argentinos Fontán Balestra y Carlos Creus –quienes interpretan el Código Penal argentino–, sostenía que el objeto material por medio del cual se puede cometer el delito es un balance, un inventario, una cuenta de ganancias o pérdidas (la cuenta de ganancias o pérdidas complementa el balance y tiene como finalidad informar a los accionistas los resultados del negocio al final de un período determinado), informes o memorias, y los informes de lo que se decidió en asambleas o juntas generales pasadas para apreciar la verdadera situación actual de la persona jurídica.

Asimismo, de la lectura del inciso primero del artículo 198 del C.P. se advierte que la conducta delictiva por la cual se oculta la verdadera situación económica de una persona jurídica, puede traducirse en la realidad hasta de tres formas o modos:

> **Primero**, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo aparecer en los balances beneficios o pérdidas en la realidad no producidas. El sujeto activo con la finalidad explicable de confundir a los socios, accionistas o terceros interesados sobre la real situación patrimonial de su representada, hace aparecer en el balance beneficios realmente no logrados en el período, o hace aparecer pérdidas realmente no producidas en el período que comprende el balance. El agente evidentemente actúa inventando datos falsos, logrando que al final estemos frente a un balance fraudulento.

[1788] Expediente N.° 1788-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 341.

[1789] PEÑA CABRERA, 1993, p. 218. En parecido sentido, pero en condicional, GARCÍA CAVERO sostiene que al referirse también el tipo a las partidas contables, en general, su ámbito de aplicación podría extenderse perfectamente a otros estados financieros, como el estado de ganancias o pérdidas (2005a, p. 54).

Segundo, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica omitiendo en sus balances beneficios o pérdidas realmente producidas. Aquí, el sujeto activo con la intención evidente de obtener algún beneficio patrimonial indebido omite indicar en el balance presentado beneficios realmente logrados en la gestión de la persona jurídica o en su caso, omite indicar o expresar pérdidas realmente producidas en el período que comprende el balance. No se indica las pérdidas producidas con la finalidad, por ejemplo, de hacer aparecer que se trata de una persona jurídica solvente y exitosa cuando es todo lo contrario, confundiendo de ese modo a los interesados. Igual como ocurre en el supuesto anterior, el agente al final logra efectuar un balance fraudulento.

Tercero, cuando el agente oculta la verdadera situación económica de la persona jurídica haciendo uso de cualquier otro artificio que suponga un aumento o disminución de las partidas contables. Estaremos ante este supuesto, por ejemplo, cuando el agente altere los datos para hacer aparecer aumento o disminución de las partidas contables. Aquí no se omite indicar los beneficios o pérdidas, sino que se las distorsiona o altera, es decir, el agente indica o expresa en el balance los beneficios o pérdidas ocasionadas durante determinado período, pero lo hace alterando o distorsionando los datos o cifras de modo que al final en el balance no aparece la real situación patrimonial de la persona jurídica.

De esa forma, el criterio rector para la determinación de la conducta típica será la "imagen fiel" que deben mostrar los balances, de manera que si los criterios de medición de los datos económicos distorsionan la imagen fiel de la situación de la persona jurídica, el delito de fraude contable se habrá realizado[1790].

3.2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica

El inciso dos del numeral 198 del C.P. regula este comportamiento delictivo, el mismo que se configura cuando el agente o actor por medio

[1790] GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 57.

de informes periódicos o eventuales da, proporciona, entrega o consigna datos falsos referentes a la situación económica de la persona jurídica a la cual representa. Aquí al igual que en la conducta ya analizada, el autor busca no informar la verdadera situación económica de su representada.

Ocurre que cuando se reúne la asamblea de accionistas, socios o asociados, sus representantes elevan para su conocimiento de la verdadera situación económica, la memoria anual sobre la marcha de los negocios de la persona jurídica, consignando datos concretos y precisos de su estado económico. Nuestra Ley de Sociedades prevé que los interesados pueden recabar la información respectiva para saber la real situación económica antes de concurrir a la junta general. Cualquier falsedad en este tipo de informes o en cualquier otro solicitado por los interesados en contactar con la persona jurídica, configura la presente conducta ilícita penal.

El objeto material por medio del cual se puede cometer el delito será un inventario, informe o memorias. Asimismo, se constituirá en un medio material aquellos informes por los cuales se da cuenta de lo que se decidió en asambleas o juntas generales pasadas para apreciar la verdadera situación actual de la persona jurídica. En esa línea del discurso, se debe concluir que el ámbito de aplicación de la modalidad de falsas comunicaciones sociales se reduce al conjunto de datos proporcionados a los socios o terceros interesados en contactar patrimonialmente con la persona jurídica, siempre, claro está, que no se trata de documentos contables. Estas comunicaciones pueden ser incluso orales[1791].

Por la naturaleza de la disposición penal en análisis, debe quedar claro que las falsas comunicaciones no se refieren a las proporcionadas a los órganos de control de la persona jurídica como puede ser la SMV (ex Conasev), la Cámara de Comercio, etc., o a las autoridades competentes que lo requieran, sino simplemente a las proporcionadas a los socios o terceros interesados en contactar con aquella. Las informaciones falsas a los órganos de control o autoridades competentes, aparecen tipificadas en el artículo 242 del Código Penal que regula, entre otros, el delito de prestar deliberadamente información inexacta ante requerimiento de autoridad competente.

[1791] Cfr. García Cavero, 1999, p. 38.

El suministro de datos falsos, tanto en su forma de dominio como en la forma de infracción de un deber[1792], no basta para configurar plenamente el tipo penal, es necesario que se haya generado, cuando menos, un peligro de daño patrimonial a la persona jurídica (por ejemplo, realizar un gran endeudamiento) o a los terceros vinculados (por ejemplo, invertir capital en la sociedad). Este requerimiento se explica por el carácter de delito de peligro concreto que posee la administración fraudulenta en el derecho penal peruano.

3.3. Promover fraudulentamente falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones

El inciso tercero del artículo 198 del C.P. prevé el comportamiento delictivo que se configura cuando el actor o agente por medio de cualquier artificio o fraude promueve, impulsa o fomenta falsas cotizaciones de acciones, título o participaciones de la persona jurídica a la cual representa.

Aquí el agente por cualquier fraude que incluye desde simples mentiras o falsificaciones, promueve o fomenta cotizaciones erróneas con la finalidad de lesionar o poner en peligro el patrimonio de terceros o de la persona jurídica. El actor simula u oculta hechos o circunstancias que pueden incidir en la disminución del valor de las acciones o participaciones o en su caso, hacen entender hechos o circunstancias falsas que incidirán en el aumento ficticio del valor de las acciones títulos o participaciones. La conducta delictuosa estará orientada a presentar acciones, títulos o participaciones con un valor patrimonial que realmente no tiene o no podrá alcanzar en el mercado[1793].

Como ejemplos representativos de la configuración de la presente conducta delictiva aparecen los siguientes: La Ley General de Sociedad prohíbe la emisión de acciones a cambio de aportaciones de industria y servicios, sin valor nominal y las que no han sido suscritas, resguardando de ese modo el capital social de la persona jurídica. Contravenir estas

[1792] GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 53. Este autor afirma que si el peligro concreto deber ser consecuencia del riesgo creado por el autor de las falsedades o si puede provenir de otras fuentes, dependerá de sí se trata de un delito de dominio o de infracción de un deber.

[1793] Cfr. PEÑA CABRERA, 1993, p. 226; GARCÍA CAVERO, 1999, p. 41.

prohibiciones se estaría configurando el presente injusto penal. También estaremos ante el ilícito penal cuando se emitan acciones con valor inferior al nominal o cuando se emitan en número superior al acordado en asamblea general, asimismo, cuando se lancen al mercado sin que las emisiones anteriores hayan sido totalmente pagadas.

También se configura la conducta de promoción de una falsa cotización cuando el agente sobrevalore un bien que integra el patrimonio de la sociedad en el marco del artículo 76 de la LGS que regula los aportes no dinerarios. El que esta conducta debe ser abarcada por el tipo penal de administración fraudulenta parece no ofrecer la menor duda, pues constituye un abuso de las facultades de administración sobre la sociedad para perjudicar a personas interesadas en adquirir acciones, participaciones o títulos[1794].

Se trata de un delito de dominio. Se castiga a los directivos o administradores de la persona jurídica por promover mediante actos de simulación falsos valores a las acciones, participaciones o títulos de la persona jurídica, lo que significa un abuso de las facultades de administración para perjudicar a terceras personas[1795].

3.4. Aceptar acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito

El inciso cuarto del artículo 198 del C.P. tipifica la conducta delictiva que se perfecciona o configura cuando el agente sabiendo que está prohibido (artículo 106 de la Ley General de Sociedades), acepta como garantía de créditos acciones o títulos de la misma persona jurídica a la cual representa. Sin embargo, esta prohibición legal no es absoluta, sino relativa. La prohibición tiene sentido cuando el crédito es superior al valor real de las acciones o títulos. Si el crédito es igual o por debajo del valor real de las acciones o títulos, no es posible la comisión del delito en análisis, pues muy bien la persona jurídica, al no pagar el beneficiario el crédito en el plazo previsto, podrá negociar las acciones o títulos dejados

[1794] *Vid.* García Cavero, 2005a, p. 63.

[1795] García Cavero, 2005a, p. 64.

en garantía y hacerse el pago correspondiente. En este supuesto, no se configura la lesión o puesta en peligro del patrimonio social de la persona jurídica.

Esto significa que un accionista, socio o asociado no tiene la posibilidad de beneficiarse con préstamos superiores al valor de las acciones o títulos a cambio de dejar como garantía a aquellos títulos de la persona jurídica a la cual pertenece. Caso contrario, se estaría admitiendo que aquella sea al mismo tiempo acreedora y fiadora en su perjuicio.

El agente o actor tiene pleno conocimiento de que está prohibido otorgar préstamos aceptando como garantía las propias acciones o títulos de la persona jurídica a la cual representa, los mismos que tienen un valor real por debajo del crédito que se solicita, no obstante, hace caso omiso a tal prohibición y realiza la operación poniendo de ese modo en peligro el patrimonio social de su representada.

En tal línea del razonamiento, se concluye que la sola aceptación de acciones o títulos de la propia persona jurídica como garantía de crédito no configura el supuesto delictivo en hermenéutica. Es necesario que esta operación ocasione o cree un peligro de perjuicio patrimonial a terceras personas, lo cual se encuentra respaldado, por la exigencia típica que el agente actúe en perjuicio de terceros vinculados a la persona jurídica. De este modo, consideramos que la prohibición penal abarca solo a los casos en los que determinados socios, en connivencia o acuerdo fraudulento con los administradores de la sociedad, se alzan con los bienes sociales de manera encubierta, lo cual tiene sentido en vista de la falta de sanción de este supuesto en los delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios[1796]. Así, por ejemplo, se configura el delito cuando el agente asigna un valor no real a las acciones o títulos que deja en respaldo de un crédito otorgado por la sociedad, dejando a esta en la imposibilidad de poder recuperar ese capital posteriormente con la venta de esas acciones o títulos.

[1796] Cfr. GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 69.

3.5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes

El inciso quinto del artículo 198 del C.P. tipifica esta conducta delictiva, que se configura cuando el agente, actor o sujeto activo con la finalidad de repartir utilidades fragua, falsea, maquina, forja o hace balances, haciendo que estos reflejen utilidades y, por tanto, se distribuyan entre los socios que en la realidad no existen.

En el mismo sentido, Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1797], y García Cavero[1798] enseñan que el comportamiento consiste en fraguar –maquinar o tramar– balances, esto es, el sujeto activo realiza determinados actos para alterar los balances, que acabarán siendo falsos, con la finalidad de distribuir utilidades reflejadas en los balances adulterados.

Este comportamiento delictivo puede perfeccionarse hasta en dos supuestos: primero, cuando el agente sabiendo que su representada no tiene utilidades debido a los resultados negativos en sus negocios, confecciona un balance falso donde consigna o hace reflejar que existen utilidades y, por tanto, ordena su distribución entre los socios o asociados. Y segundo, cuando el actor sabiendo que su representada tiene utilidades mínimas, adultera su balance y consigna cifras superiores a las reales y dispone su distribución. En el primer supuesto, estamos ante un balance falso; y en el segundo supuesto, ante un balance adulterado. Ambos comportamientos configuran el delito en sede, pues al final se hace constar o reflejar y se reparten utilidades que en la realidad no ha logrado la persona jurídica, perjudicando de ese modo el patrimonio social de esta.

Debe quedar establecido, con García Cavero[1799], que el reparto de utilidades inexistentes no es precisamente la conducta penalmente sancionada, sino haber fraguado los balances con la intención de reflejar y distribuir utilidades inexistentes. Por tanto, se trata de un delito con elemento subjetivo de tendencia trascendente que se configura con la sola

---

[1797] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 363.

[1798] García Cavero, 2005a, p. 59.

[1799] García Cavero, 1999, p. 40. Igual, García Cavero, 2005a, p. 59.

falsificación de los balances con el único objetivo de distribuir utilidades que en la realidad no existen. En consecuencia, reflejar y distribuir utilidades inexistentes entre los socios y otras personas legitimadas solo se exige como finalidad última, pues el delito se consuma con la maquinación o adulteración de los balances. Solo con esta conducta se pone en peligro o riesgo el patrimonio social de la persona jurídica.

El presente delito pretende impedir el reparto indebido del capital social entre los socios, perjudicando a la persona jurídica con la reducción ilegal de su patrimonio. Se trata, por tanto, de un delito de infracción de un deber que castiga a los directivos o administradores de la persona jurídica que abusando de sus facultades de administración proceden a efectuar un balance haciendo aparecer utilidades inexistentes para su posterior reparto indebido en detrimento de la integridad del capital social[1800].

3.6. Omitir comunicar la existencia de intereses propios incompatibles con los de la persona jurídica

La conducta punible se verifica cuando el agente o sujeto activo omite 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.

Si bien es cierto no le falta razón al profesor García Cavero[1801], cuando sostiene que no hay razón político-criminal suficiente para la incriminación de esta conducta, pues el daño patrimonial es todavía incierto, toda vez que el directivo puede favorecer tanto el propio interés como el interés de la sociedad, aquí para los fines del presente trabajo no queda otra alternativa que hacer hermenéutica del contenido del inciso sexto del artículo 198 del C.P., modificado en diciembre del 2008.

En efecto, aquí se regula que la conducta delictiva se configura o aparece cuando el agente o sujeto activo omite u oculta información respecto de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la

[1800] Cfr. GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 59.

[1801] GARCÍA CAVERO, 1999, p. 45.

persona jurídica a la cual representa o administra. El sujeto activo, con la finalidad de por ejemplo, obtener alguna ventaja patrimonial, oculta información a los otros representantes sobre la existencia de intereses particulares incompatibles con los de la representada.

Peña Cabrera[1802] sostenía que la acción típica consiste en omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los negocios de la persona jurídica.

El interés incompatible puede presentarse de modo inmediato cuando el propio agente o algún familiar cercano son los interesados en realizar algún negocio con la persona jurídica que representa. O en forma mediata, ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente o algún familiar cercano son socios o asociados de otra persona jurídica que realiza negocios con su representada. En ambos supuestos, la incompatibilidad de intereses es evidente, situación que omite informar el agente a los demás representantes y, por el contrario, participa en la deliberación de los negocios a realizar.

Como cualquier delito cometido por la infracción de un mandato, la omisión de comunicar intereses incompatibles solo podrá tener lugar desde que el directivo de la persona jurídica toma conocimiento de la existencia de tales intereses incompatibles y puede comunicarlo a los órganos competentes de la persona jurídica para que decidan sobre su permanencia o no en el cargo. En la medida en que estamos ante un delito sobre aspectos patrimoniales, si la sociedad confirma al directivo como tal, a pesar de la existencia de intereses incompatibles, habrá una asunción del riesgo por la propia víctima que excluirá la relevancia típica de la conducta (artículo 20, inciso 10, del C.P.)[1803]. Cualquier decisión de los órganos de representación competentes resulta válida y tendrá eficacia jurídica.

Se configura la conducta delictiva cuando al efectuar la correspondiente auditoría, el agente omite comunicar al auditor interno o externo

[1802] Peña Cabrera, 1993, p. 234. Igual postura reproduce Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1316.

[1803] *Vid.* García Cavero, 2005a, p. 46.

sobre la existencia de intereses propios que son incompatibles con los intereses de la persona jurídica.

3.7. Asumir préstamos para la persona jurídica en forma indebida

El inciso sétimo del artículo 198 del C.P. regula este comportamiento delictivo, que aparece o se configura cuando el agente o actor por sí solo y sin contar con la deliberación y acuerdo de los demás representantes, asume u obtiene préstamos para la persona jurídica. Asume indebidamente préstamos para la persona jurídica que representa o administra. El agente asume el crédito sin ceñirse al procedimiento establecido o, por motivos oscuros, actúa desconociendo los principios de veracidad y publicidad a los cuales se debe como representante de una persona jurídica.

En principio, obtener créditos no está prohibido, siempre y cuando se realicen respetando el procedimiento establecido, con acuerdo de todos los representantes competentes y sobre todo no se perjudique a la representada. Lo que se sanciona es el hecho de obtener un crédito o préstamo perjudicial para la persona jurídica sin seguirse el procedimiento normal que la ley o los estatutos establecen para tal efecto. El agente actúa por su cuenta, desconociendo incluso la competencia de los demás representantes. En suma, asume en forma indebida préstamos para la persona jurídica.

Solo podrá sancionarse penalmente esta conducta si la obtención del préstamo para la persona jurídica, además de ir contra las reglas internas de la sociedad, origina un perjuicio patrimonial para esta[1804]. Ello ocurrirá, por ejemplo, en tres supuestos: cuando el agente asume préstamos para la persona jurídica sin la debida autorización del órgano correspondiente, o por sumas dinerarias superiores a las autorizadas o contraviniendo el procedimiento establecido en los estatutos internos para la obtención de crédito.

Finalmente, en cuanto a este supuesto delictivo, no está de más dejar establecido que se trata de un delito de infracción de un deber por parte de los representantes o administradores de la persona jurídica. La realización del tipo penal no requiere del dominio del hecho por

[1804] GARCÍA CAVERO, 1999, p. 42. Igual, GARCÍA CAVERO, 2005a, p. 71.

parte de aquellos, sino solo exige la posibilidad de evitar la realización de préstamos que generen un perjuicio para la persona jurídica. Si el resultado típico de perjuicio no tiene lugar, la conducta del representante o administrador constituirá una infracción societaria que podrá superarse por la vía de la remoción del cargo[1805].

3.8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica

El inciso octavo del artículo 198 del C.P. regula la conducta delictiva que se configura o aparece cuando el agente aprovechando su condición de representante y, por tanto, tener acceso directo a los bienes de su representada, los usa o utiliza en su provecho o de un tercero. El agente disfruta en su provecho personal o de terceros de los bienes de su representada causando con ello un evidente perjuicio patrimonial a la persona jurídica. De ese modo, no todos los supuestos de uso indebido del patrimonio social adquieren relevancia penal. Para que se verifique la conducta de administración fraudulenta es necesario que produzca un daño o un peligro concreto de daño de cierta entidad sobre la persona jurídica. Los casos en que no se produce ese perjuicio pueden dar lugar a una remoción del cargo y a una indemnización del agente infractor, pero no es suficiente para la intervención punitiva[1806].

Prestar dinero de la persona jurídica a terceros, cobrando por ello un interés que no ingresa al patrimonio de aquella sino al del agente, constituye un ejemplo del supuesto delictivo en comentario, como ocurre en el hecho resuelto por resolución superior del 16 de junio de 1998: *"de autos se advierte que tanto la comisión del delito instruido, así como la responsabilidad del inculpado se encuentra debidamente acreditada, por cuanto el inculpado a reconocido haber prestado dinero de la Cooperativa a Orlando Gálvez Montalvo, cobrando además doscientos nuevos soles de interés (...) obteniendo un beneficio económico indebido en perjuicio de la Cooperativa agraviada (...)"*[1807].

[1805] Cfr. García Cavero, 2005a, p. 72.

[1806] En igual sentido, García Cavero, 2005a, p. 75.

[1807] Expediente N.° 1004-98-Lima, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán, 1999, p. 344.

Al usar los bienes de su representada, el sujeto se desempeña como si fuera dueño o propietario de los bienes, cuando en la realidad aquellos son de propiedad exclusiva de la persona jurídica a la cual solo representa, tal como lo declara expresamente el artículo 78 del Código Civil al prever que: "la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella (...)".

Por la redacción de esta conducta delictiva, al menos en la práctica, se presenta la discusión siguiente: ¿en este supuesto también se subsume el comportamiento por el cual los representantes de una persona jurídica se apropian de los bienes muebles de su representada o, en su caso, estaremos ante el delito de apropiación ilícita previsto en el artículo 190 del C.P.?

Consideramos que en aplicación del principio de especialidad de la aplicación de la ley penal y teniendo en cuenta el apotegma jurídico *a fortiori* en el sentido de que si se sanciona lo menos, con mayor razón se debe sancionar lo más reprochable por el derecho; nada se opone para sostener que la apropiación de bienes de la persona jurídica también se subsume en la conducta en comentario, pues si se sanciona el ejercicio de un atributo del derecho de propiedad como es el usar, con mayor razón se debe sancionar la apropiación de los bienes de la persona jurídica, por constituir una conducta que merece mayor reprochabilidad que aquella.

3.9. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal lo constituye el patrimonio social de la persona jurídica, entendido como una universalidad jurídica de derechos y obligaciones. Así lo ha entendido el legislador, por ello, al momento de legislar ha ubicado la figura de fraude en la administración de personas jurídicas entre los delitos rotulados con el *nomen iuris* de "delitos contra el patrimonio" en el Código Penal. No obstante que el bien jurídico predominante es el patrimonio, no puede soslayarse la protección de la buena fe en los negocios, comprendida como confianza y honestidad en los negocios y relaciones comerciales entre los representantes y la representada.

La lesión al bien jurídico se hace efectiva con una disminución del patrimonio social, dejándose de obtener utilidades, por ejemplo, o

poniéndose en peligro el patrimonio social o las potenciales utilidades. De ahí que la interpretación más conveniente resulta ser aquella que engloba no solo la lesión efectiva, sino también el peligro de lesión, pues permite cubrir mayores supuestos de administración fraudulenta. En consecuencia, el delito en hermenéutica es un delito de peligro concreto, pues para su real verificación o consumación requiere solo la puesta en peligro del patrimonio de la persona jurídica o terceros(1808).

Por su parte, García Cavero, siguiendo al parecer los lineamientos del funcionalismo radical representado por el profesor alemán Günther Jakobs, de modo discutible enseña que "mediante el artículo 198 del C.P. el derecho penal no protege el patrimonio de la persona jurídica o terceros, sino la expectativa normativa de conducta de que los directivos o administradores de una persona jurídica no abusaran o incumplieran sus facultades de administración, perjudicando patrimonialmente a esta o a terceros. El delito de administración fraudulenta de persona jurídica defrauda esta expectativa normativa de conducta, siendo la función de la pena devolver la vigencia a esta norma infringida"(1809).

3.10. Sujeto activo

El injusto penal pertenece a los delitos que en doctrina se les conoce con el nombre de propios o especiales en los cuales la relación fundamental entre la conducta delictiva y el autor es imprescindible, es decir, según la modificación producida al artículo 298 del Código Penal por la Ley N.° 29307 del 31 de diciembre del 2008, solo pueden ser sujetos activos o autores de cualquiera de los supuestos delictivos, en forma excluyente, las personas naturales que ostentan las condiciones o cualidades siguientes: administrador o representante de la persona jurídica perjudicada.

Es el propio tipo penal el que dirige el mandato de la norma penal a los que administran o representan la persona jurídica, por lo que no será necesario recurrir a la norma del artículo 27 del Código Penal que regula

(1808) *Vid.* García Cavero, 2005, p. 40.

(1809) García Cavero, 2005, p. 33.

el actuar en lugar de otro. No se trata de la responsabilidad penal del representante, sino del órgano administrador por funciones propias(1810).

Las personas que no tienen alguna de aquellas cualidades no serán sujetos activos del delito, pudiendo ser a lo más cómplices o en su caso, responsables de otro delito.

La jurisprudencia entiende este aspecto claramente: *"en el ilícito de fraude en la administración de personas jurídicas, previsto y sancionado por el artículo ciento noventa y ocho del Código Penal, supone que el agente, es decir el sujeto activo, tenga cualquiera de las condiciones previstas en dicho artículo, (...) y que realice en perjuicio de la persona jurídica o de un tercero, cualquiera de los hechos contemplados en el indicado dispositivo legal; no teniendo el imputado dicha condición: por tanto no se dan los presupuestos del delito antes descrito"*(1811).

Para finalizar este apartado, cabe poner en evidencia con García Cavero(1812) que la redacción cerrada del tipo penal del artículo 198 del Código Penal, respecto del círculo de destinatarios de la norma trae como consecuencia que en determinadas situaciones se generen intolerables vacíos de punibilidad, pues no se abarca a los órganos de administración fácticos de una persona jurídica, mientras no estén reconocidos de acuerdo a las normas de la materia, tampoco se comprende a los socios y aquellas personas que cumplen labores de asesoramiento como abogados o contadores de la persona jurídica. La participación de estas personas en la realización de conductas de administración fraudulenta solo podrá ser castigada como participación en el delito, pero no a título de autor. Situación que ha podido corregirse con la Ley N.° 29307, sin embargo, ello ha ocurrido parcialmente.

Es posible la coautoría cuando, por ejemplo, las conductas fraudulentas son cometidas por acuerdo de administradores colegiados o también cuando son dos los representantes de la persona jurídica.

(1810) GARCÍA CAVERO, 1999, p. 34. También, GARCÍA CAVERO, 2005, p. 34, trabajo en el cual precisa que el delito de administración fraudulenta de persona jurídica es un delito especial propio.

(1811) Resolución superior del 22-04-1998, Expediente N.° 5299-97-A-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, III, p. 337.

(1812) GARCÍA CAVERO, 1999, p. 35.

3.11. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo o víctima será la persona jurídica del ámbito privado como ente autónomo de las personas naturales que lo conforman. De verificarse los supuestos ilícitos indicados en una persona jurídica del ámbito público o de carácter público, se consumará cualquier delito contra la administración pública, pero no el delito en hermenéutica jurídica.

También podrán ser sujetos pasivos los terceros vinculados a la persona jurídica. El primer vinculado viene a ser el socio que puede verse perjudicado en sus expectativas patrimoniales con la administración fraudulenta. Después de los socios, también pueden ser terceros perjudicados los acreedores o, simplemente, aquellas personas que tienen solo un interés comercial en contactar con la sociedad.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todos los comportamientos delictivos analizados son de comisión dolosa; no cabe la comisión imprudente. Esto significa que el agente debe actuar con conocimiento y voluntad al realizar los supuestos analizados. El dolo puede configurarse en sus tres modalidades, esto es, dolo directo o indirecto e incluso, el dolo eventual.

Bien afirman Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1813] que en el aspecto subjetivo se requiere indudablemente el dolo; el texto legal no exige algún otro elemento subjetivo del tipo como puede ser el ánimo de lucro en el sujeto activo, aun cuando en la mayoría de casos ello se verifica.

Situaciones de error penalmente relevantes pueden presentarse en las diversas modalidades de la administración fraudulenta de la persona jurídica, circunstancia que anula el dolo y, por tanto, la conducta aparentemente delictiva, y se constituye en atípica. Por ejemplo, la situación de error sobre la incompatibilidad de los intereses personales y los sociales, la asunción de préstamos para la persona jurídica desconociendo los límites internamente establecidos o el error sobre el criterio de valuación adecuado para reflejar fielmente la situación patrimonial de la persona

[1813] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 362. En igual sentido, García Cavero, p. 76.

jurídica[1814]. Aquí cabe precisar que el error no es la verificación de un estado psicológico de desconocimiento, sino una categoría normativa que se determina a partir de la individualización del conocimiento imputado al autor[1815].

5. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que el operador jurídico ha determinado que la conducta efectuada por el agente es típica, corresponderá enseguida determinar si en el actuar de aquel no ha concurrido alguna causa de justificación. Si, por el contrario, se llega a determinar que el autor actuó por alguna causa de justificación prevista en el artículo 20 del Código Penal, la conducta será típica, pero no antijurídica y, por tanto, irrelevante penalmente. Muy bien, por ejemplo, al asumir un crédito para la persona jurídica, el agente puede actuar por un estado de necesidad justificante, pues era el único modo para evitar que su representada caiga en estado de insolvencia. En este caso, habrá tipicidad en la conducta, pero no antijuridicidad.

6. CULPABILIDAD

Después de verificar que la conducta es típica y antijurídica, corresponderá al operador jurídico determinar si la conducta es imputable o atribuible a su autor. En este aspecto, se verificará que el agente aparte de ser imputable, pudo actuar de modo diferente a la de cometer alguno de los comportamientos delictivos y, además, se verificará si el agente al momento de actuar conocía la antijuridicidad de su conducta. Esto es, el agente deberá tener conciencia de que su actuar es ilícito.

No le falta razón al profesor y juez supremo Javier Villa Stein[1816] cuando enseña que el tipo penal es terreno fértil para el error de pro-

---

[1814] *Vid.* GARCÍA CAVERO, 2005, p. 76.

[1815] GARCÍA CAVERO, sigue afirmando que "incluso la admisión jurídico-penal de una situación de error tampoco lleva necesariamente a la impunidad, ya que este supuesto debe pasar aún por otro filtro normativo –la vencibilidad– para decidir el tratamiento punitivo correspondiente"; derecho penal económico, 2003, p. 567. Igual, 2005, p. 76.

[1816] VILLA STEIN, 2001, p. 169.

hibición. En efecto, puede alegarse error de prohibición en el caso en que el agente, en la creencia errónea de que no está prohibido aceptar o recibir acciones de la propia persona jurídica en garantía de un crédito, realiza el supuesto previsto en el inciso cuarto del artículo 198 del C.P. También se presentaría un error de prohibición cuando el agente, en la creencia errónea de que no está obligado a comunicar o informar algún interés propio incompatible con el de la persona jurídica, realiza el supuesto delictivo previsto en el inciso sexto del artículo en hermenéutica.

7. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Como el artículo 198 del C.P. prevé ocho supuestos delictivos diferentes, veamos en qué momento se perfeccionan o consuman cada uno de los supuestos:

El comportamiento ilícito previsto en el inciso primero se perfecciona o consuma con la sola presentación del balance falso o adulterado ante los accionistas, socios o administradores, independientemente del resultado lesivo. Estamos ante un delito de peligro. Es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Ocurrirá, por ejemplo, cuando el autor o autores son descubiertos en los instantes en que se encuentran haciendo el balance fraudulento que después presentarán a la junta general de accionistas.

El supuesto previsto en el segundo inciso se perfecciona en el momento en que el dato falso llega a conocimiento de su destinatario, no siendo necesario que se cause algún perjuicio. Es también posible la tentativa.

La conducta prevista en el inciso tercero se consuma en el momento en que el o los autores emiten acciones, títulos o participaciones con cotizaciones falsas. Se admite la tentativa.

El comportamiento previsto en el inciso cuarto se perfecciona o consuma en el momento en que el agente recibe en garantía un título de la propia representada y el beneficiario recibe el crédito. Cabe la tentativa, cuando por ejemplo, el agente acepta la operación, pero por causas extrañas a su voluntad no se llega a efectuar.

El supuesto recogido en el inciso quinto se consuma en el momento en que el autor o actor confecciona el balance fraguado o fraudulento, donde se reflejan utilidades inexistentes con la finalidad de distribuirlos. No es necesario que el reparto de la utilidad inexistente se llegue a concretar como afirma Peña Cabrera[1817]. Basta con verificarse la presentación del balance fraudulento para perfeccionarse el delito. Cabe que la conducta delictiva se quede en grado de tentativa como sería el caso en que el autor es descubierto en instantes que confeccionaba el balance fraudulento.

El injusto penal previsto en el inciso sexto se perfecciona o consuma en el momento que el agente se sienta junto con los demás representantes y comienza a deliberar el asunto en concreto, sin haber hecho de conocimiento de los demás la incompatibilidad de sus intereses particulares con los de la representada. Es posible la tentativa.

La conducta delictiva prevista en el inciso sétimo se consuma o perfecciona en el momento que el sujeto activo recibe por su cuenta el préstamo para la persona jurídica. Es factible la tentativa, como sería el caso en que el agente es descubierto cuando gestionaba la obtención del crédito sin seguir el procedimiento establecido por ley o los estatutos de la persona jurídica.

El supuesto regulado en el inciso octavo se consuma en el momento en que el agente comienza a usar en su provecho personal o de un tercero algún bien de la persona jurídica sin contar en su caso, con la respectiva autorización del órgano correspondiente. La autorización o ratificación posterior es irrelevante penalmente, pues el delito ya se habrá perfeccionado. La conducta puede quedarse en grado de tentativa, como será el caso en el cual el agente es puesto al descubierto cuando se dispone a usar el bien sin tener autorización.

Todos los supuestos delictivos son de mera actividad. No se necesita verificar si la conducta del agente realmente ha causado real perjuicio al agraviado. Para estar ante un delito consumado solo se necesita verificar la exteriorización de la conducta dolosa poniendo en peligro el patrimo-

[1817] PEÑA CABRERA, 1993, p. 232.

nio del agraviado. La persona jurídica o física agraviada o perjudicada con el actuar del agente, no necesita acreditar en forma real y efectiva algún perjuicio sufrido, pues como hemos dejado expresado, es suficiente para la configuración de los supuestos delictivos que estos creen o pongan en peligro el patrimonio de la persona jurídica o de terceros.

8. PENALIDAD

Después del debido proceso, de encontrarse responsable de cualquiera de los supuestos delictivos interpretados, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Correspondiendo al juzgador graduar el quantum de la pena al momento de individualizarla en el caso concreto.

Subcapítulo 2
Informes distorsionados de auditoría

1. TIPO PENAL

El artículo 2 de la Ley N.° 29307, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de diciembre del 2008, incorporó el artículo 198-A en el Código Penal, con la sola finalidad de tipificar como conducta independiente el hecho de emitir informes distorsionados o tergiversados por parte de los auditores externos o internos de una persona jurídica determinada.

Sin embargo, para efectos de pedagogía, debemos señalar que la tipificación como delito de esta conducta ilícita no es nueva. Ya con la modificación producida al artículo 198 del Código Penal, por la Ley N.° 28755, del 6 de junio del 2006, se tipificó tal comportamiento delictivo. En efecto, el artículo 3 de la citada ley incorporó el inciso 9 al artículo 198 del C.P. con el contenido siguiente: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el (...) auditor interno, auditor externo de una persona jurídica que realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes: (...) 9. Emitir informes o dictámenes que omitan revelar, o revelen en

forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en el presente artículo".

La independencia se explica en el sentido que los auditores internos o externos, al ejercer acción de control *ex post* con base únicamente en la información y documentación que le proporcionan los órganos de dirección o administración de la persona jurídica emiten un informe con una opinión imparcial sobre la razonabilidad de los informes o estados contables que se le presentan. Esto es, trata de detectar distorsiones significativas en los informes contables que revisa, por lo tanto, no pueden ser responsables de errores que cometa no por iniciativa propia, sino por la información equivocada o fraudulenta que se le entrega. El posible error en el que incurra el auditor en su informe nace de las falsedades o distorsiones que en forma dolosa fueron plasmadas en los documentos que audita. Es más el tipo penal 198 se refiere primordialmente a las personas que ejercen, durante el desarrollo del objeto social, la administración o representación de la persona jurídica en sus diversas formas. Por ello, resulta impertinente la incorporación legislativa, del auditor interno y externo, pues estos no tienen alguna relación con la dirección y/o administración de la persona jurídica[1818].

No obstante, pese a que el proyecto de ley citado proponía que la conducta fraudulenta de los auditores sea simplemente enmarcada en la situación de complicidad regulada en el artículo 25 del Código Penal, el pleno del Congreso decidió legislativamente independizarlo. De modo que ahora con la promulgación de la Ley N.° 29307, del 31 de diciembre

[1818] Véase la exposición de motivos del Proyecto de Ley que modifica los artículos 198 y 245 del Código Penal N.° 1332/2006-CR de fecha 27 de mayo del 2008. Incluso allí el legislador argumentaba que "cabe precisar que tampoco se trata de desconocer la posible responsabilidad penal en la que pudieran incurrir los auditores (la importancia de una información veraz sobre la situación económica de la empresa está fuera de discusión), ya que en efecto podría participar en la comisión de delitos al detectar vicios o fraudes en los documentos que audita y no plasmarlos intencionalmente en su informe, lo que conlleva un grado de participación penal. Pero esta responsabilidad y participación tiene que ser enmarcado en lo señalado en el artículo 25° del Código Penal".

del 2008, el delito de emitir informes de autoría distorsionados o tergiversados, tiene el siguiente contenido:

> Será reprimido con la pena señalada en el artículo anterior 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito se configura cuando el agente auditor, ya sea externo o interno de la persona jurídica, 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. Es decir, el agente dolosamente omite detallar o consignar en su informe o dictamen la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable de la persona jurídica auditada.

La auditoría interna es una actividad independiente y objetiva de aseguramiento y consulta, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de las empresas, al ayudarlas a cumplir sus objetivos aportando un enfoque sistemático y disciplinado en la evaluación y mejora de la eficacia de la gestión de riesgos y del gobierno corporativo[1819]. En tanto que la auditoría externa es una actividad que realizan auditores que no trabajan dentro de la persona jurídica, sino fuera y que son contratadas para auditar a determinada persona.

La tipificación de la conducta punible en hermenéutica jurídica se basa en el artículo 17 del Reglamento de Auditoría Externa de la Superintendencia de Banca y Seguros, que establece la responsabilidad de las sociedades de auditoría que evalúan a las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros[1820].

[1819] Véase el artículo 4 del Reglamento de Auditoría Interna aprobado por Resolución SBS N.° 11699-2008, del 28 de noviembre del 2008.

[1820] Véase: la exposición de motivos del Proyecto de la Ley N.° 28755.

Luego que los auditores internos o externos revisan y evalúan todos los documentos referidos a los estados financieros y contables de la persona jurídica tienen la obligación de emitir su correspondiente informe o dictamen. Cuando en este documento final los auditores obvian, omiten o no consignan intencionalmente información significativa distorsionada o tergiversada que han encontrado en la documentación contable o financiera revisada, se verificará el delito en hermenéutica jurídica.

Se entiende que la información distorsionada o tergiversada debe ser significativa, esto es, información que sirve para tomar decisiones importantes en el desarrollo de la persona jurídica. Por ejemplo, información referida a utilidades: el auditor ha determinado que la persona jurídica no tiene utilidades y, sin embargo, a sabiendas, omite tal información en su informe o dictamen, originando con tal proceder ilícito que al interior de la persona jurídica se distribuyan utilidades los socios, poniendo con ello en peligro no solo el patrimonio social sino la existencia misma de la persona jurídica.

2.1. Bien jurídico protegido

El interés protegido es el patrimonio de la persona jurídica.

2.2. Sujeto activo

Estamos ante la presencia de un delito especial, pues solo pueden ser agentes o autores del delito en análisis las personas que cumplen la función de auditores de una persona jurídica. Pueden ser auditores internos o externos. Si una persona no tiene la condición de auditor no podrá ser autor de este delito.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o agraviado solo será la persona jurídica auditada. Nadie más que ella. Sujeto pasivo de modo alguno pueden ser los socios, pues el artículo 78 del Código Civil prevé taxativamente que "la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tiene derecho al patrimonio de ella (...)".

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Por la misma estructura de la fórmula legislativa, se cae en la cuenta que se trata de un comportamiento delictivo netamente doloso. No cabe la comisión por culpa.

El agente, conociendo que existen distorsiones o tergiversaciones en la información contable y/o financiera de la persona jurídica auditada, voluntariamente no lo detalla o consigna en su informe o dictamen que realiza luego de la auditoría realizada. La exigencia subjetiva que hace el legislador con la frase "a sabiendas", es que el agente debe actuar con pleno conocimiento de la existencia de información contable o financiera distorsionada o tergiversada. Si, en un caso concreto, este conocimiento no se da, el delito no aparece. Es decir, si el agente desconoce de la existencia de distorsiones en la información contable y así emite su informe o dictamen, no podrá ser atribuida la comisión del delito, así tiempo después o inmediatamente se ponga en evidencia distorsiones o tergiversaciones en la información contable.

Si el agente no conocía de las distorsiones o tergiversaciones en la información contable o financiera, no hay forma de imputarle subjetivamente el hecho delictivo. Si se evidencia negligencia o culpa en su actuar solo podrá ser sancionado extrapenalmente.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma o perfecciona en el momento en que el auditor interno o externo hace entrega material del informe o dictamen efectuado a los accionistas o administradores de la empresa. Si aun el informe fraudulento no ha sido entregado a los administradores o accionistas y, por tanto, no se ha hecho público al interior ni exterior de la persona jurídica, la acción delictiva se quedará en grado de tentativa en caso de ser descubierto. Ello debido a que al no haber recibido aún los administradores o accionistas el informe o dictamen fraudulento, no es posible que se haya tomado alguna acción importante que lesione o ponga en peligro concreto el patrimonio de la persona jurídica.

5. PENALIDAD

Después del debido proceso, de encontrarse responsable de cualquiera de los supuestos delictivos interpretados, el agente auditor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Correspondiendo al Juzgador graduar el quantum de la pena al momento de individualizarla en el caso concreto.

Subcapítulo 3
Fraude por contabilidad paralela

1. TIPO PENAL

La historia económico-financiera de una persona jurídica, desde su nacimiento hasta su liquidación, se registra a través de un sistema conocido como contabilidad. Este sistema permite conocer o tener la información suficiente acerca de los negocios y la situación económica de aquella. La información económica es requisito indispensable para la toma de decisiones en la correcta conducción de la empresa. Asimismo, la contabilidad permite también el control y fiscalización de la marcha de la persona jurídica. 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.

En nuestro sistema jurídico-penal, encontramos la figura delictiva denominada fraude por contabilidad paralela, debidamente tipificada en el artículo 199° del C.P. Incorporación completamente novedosa en la legislación penal peruana(1821) aun cuando en la legislación societaria ya existían antecedentes sobre la obligación de observar ciertos criterios o reglas en la elaboración de los estados financieros desde la LGS de 1985.

El supuesto delictivo se prevé de la siguiente forma:

> El que, con la finalidad de obtener ventaja indebida, mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por la ley será reprimido

(1821) GARCÍA CAVERO, 2005, p. 99

con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a noventa días multa.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La figura delictiva aparece o se perfecciona cuando el agente efectúa o mantiene contabilidad paralela distinta a la exigida por ley con el objetivo de obtener una ventaja económica que normalmente no le corresponde. Puede tratarse de un negocio que desarrolla una persona jurídica o natural. Lo importante es determinar que el agente tenga la obligación legal de llevar una contabilidad de su actividad económica que realiza. La obligación puede ser directa por ser el agente titular de la actividad económica o indirecta cuando aquel está obligado a efectuar la contabilidad por la propia naturaleza de su labor que desempeña dentro de la persona jurídica. Si, por el contrario, se verifica que el actor no tenía obligación de llevar alguna contabilidad, no será posible afirmar que sea pasible de cometer el delito.

Contabilidad paralela significa llevar la contabilidad (libros) que se presenta ante cualquier autoridad especialmente de tributación, falseando la verdadera situación de la persona jurídica o natural, y paralelo a ello, se lleva la verdadera contabilidad (otros libros) que no son presentados ante las autoridades, pero que reflejan la exacta situación económica del negocio[1822].

Se trata de una conducta en la que no se sanciona al agente por el hecho de no llevar la contabilidad o no observar las disposiciones legales sobre la forma de llevar la contabilidad, sino el hecho de tener otra contabilidad referida a la misma actividad y ejercicio. Con ello, la persona obligada a llevar contabilidad de una determinada forma, busca, entre otros objetivos, manejar de manera encubierta fondos ocultos, defraudar a terceras personas o evitar una intervención por parte de los organismos de supervisión y control[1823]. En otros términos, significa llevar una contabilidad diferente a la real en la cual se hacen aparecer

[1822] Cfr. Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1317.

[1823] *Vid.* García Cavero, 2005, p. 101.

datos falsos de la gestión, aminorando siempre las ganancias del negocio para de ese modo evitar pagar los impuestos que realmente corresponden. El agente siempre busca pagar menos impuestos, sacando de ese modo un beneficio patrimonial indebido. Aumenta su patrimonio con lo que deja de pagar al Estado.

No obstante lo expresado, la contabilidad paralela con la finalidad de defraudar tributariamente al Estado aquí solo sirve como ejemplo gráfico para hacernos una idea de la configuración del delito en interpretación. Pues, la defraudación tributaria por contabilidad paralela aparece regulado en los delitos tributarios y merece mayor sanción punitiva. Aquí la prohibición está referida no a cualquier incumplimiento de las normas que regulan la contabilidad de las personas jurídicas, sino solo a aquellas que traen como consecuencia un posible perjuicio para la persona jurídica o para terceros vinculados a ella(1824).

La mayor de las veces el delito de fraude por contabilidad paralela, como ilícito penal independiente, concurrirá en concurso real con el delito de defraudación tributaria.

Por otro lado, la obligación original de tipo administrativo corresponde a la persona jurídica, pero esta se la transfiere a sus representantes por la asunción de un rol de dirección en la persona jurídica. Por esta razón, la norma del artículo 199 del Código Penal debe interpretarse a la luz del numeral 27, por el cual se hace responsable a los representantes de la persona jurídica, aunque ellos mismos no estén obligados por las normas jurídicas correspondientes(1825).

2.1. Bien jurídico protegido

Por el lugar donde aparece ubicado dentro de nuestro Código Penal como es el Título V denominado "Delitos contra el patrimonio", se concluye que el bien jurídico que el Estado pretende proteger con el delito en análisis lo constituye el patrimonio social de la persona jurídica, de sus socios o de terceros vinculados a ella.

(1824) Cfr. GARCÍA CAVERO, 1999, p. 33.

(1825) GARCÍA CAVERO, 1999, p. 33.

Por su parte, el profesor de Piura García Cavero[1826], en forma discutible, pues, al parecer pretende sugerir que este delito se trata de un delito contra el bien jurídico "buena fe y confianza en los negocios" que el legislador peruano ha previsto en otros tipos penales, argumenta que el bien jurídico del delito de contabilidad paralela está constituido por la confianza de los diversos agentes económicos en que la contabilidad de la persona jurídica reflejará efectivamente sus actividades económicas. La defraudación de esta expectativa de conducta que produce la realización del delito de contabilidad paralela requerirá la imposición de una pena para devolverle su vigencia.

El patrimonio del Estado se protege con otras figuras delictivas. No obstante ello, en forma errada, mayoritariamente la doctrina peruana considera que el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio, considerado como tal, tanto al patrimonio de un tercero, titular de un derecho de crédito frente a la persona sobre la que pesa la obligación de llevar la contabilidad, así como al patrimonio del Estado, en cuanto que dejará de percibir los tributos que normalmente le corresponden[1827].

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo, agente o actor del delito puede ser cualquier persona con la única condición de que tenga la obligación de llevar la contabilidad del negocio, es decir, se trata de un delito de carácter especial[1828]. Muy bien puede ser el propio titular del negocio al tratarse de una persona natural, así como aquellos responsables y obligados de llevar y presentar ante las autoridades correspondientes la contabilidad de la persona jurídica.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo podrá ser cualquier persona natural o jurídica.

[1826] García Cavero, 2005, p. 102.

[1827] *Vid.* Peña Cabrera, 1993, p. 244; Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 364; Paredes Infanzón, 1999, p. 261; y Villa Stein, 2001, 171.

[1828] García Cavero, 1999, p. 32. Igual, García Cavero, 2005, p. 103.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un injusto penal de comisión netamente dolosa, no cabe la comisión culposa o imprudente. Es decir, el agente o actor actúa con conocimiento que lleva contabilidad paralela diferente a la exigida por ley, no obstante, voluntariamente así lo hace.

Además del dolo, el tipo penal exige la concurrencia de otro elemento subjetivo adicional como es el ánimo de lucro, es decir, el agente debe actuar guiado de una intención o finalidad de obtener un provecho económico indebido o ilegal[1829]. Si por el contrario, se verifica que la contabilidad paralela llevada por el agente, fue efectuada con otra finalidad diferente a la de obtener un beneficio patrimonial, el delito no se configura. Al faltar el ánimo de lucro que exige el tipo, no habrá tipicidad subjetiva y, por tanto, no habrá tipicidad del delito de contabilidad paralela.

4. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se verifica que en la conducta analizada concurren los elementos objetivos y subjetivos del delito de contabilidad paralela, corresponderá al operador jurídico verificar si en aquella concurre alguna causa de justificación que haga permisiva la conducta del agente, caso contrario, llegaremos a la conclusión de que estamos ante una conducta antijurídica.

Para estar ante la conducta antijurídica de contabilidad paralela, será necesario verificar que la contabilidad diferente a la real que lleva el agente, es contraria o diferente a la exigida por la ley. En cambio, si se verifica que la contabilidad paralela es de acuerdo a las exigencias de la ley, no habrá antijuridicidad.

5. CULPABILIDAD

Luego que el operador jurídico ha verificado que en la conducta típica de contabilidad paralela no concurre alguna causa de justificación

(1829) En igual sentido, GARCÍA CAVERO, 2005, p. 110.

y, por tanto, es antijurídica, corresponderá determinar si concurren los subelementos de la culpabilidad, esto es, si el agente es imputable, si al momento de actuar podía proceder de manera distinta a la de cometer la conducta típica, y finalmente, si al momento de actuar conocía perfectamente que su conducta era antijurídica.

En esta conducta ilícita resulta imposible que se configure un error de prohibición. Todo aquel que maneja un negocio sabe medianamente que tiene la obligación de llevar una sola contabilidad. Sabe que no es posible tener dos contabilidades de un mismo negocio, mucho menos si consignan datos diferentes entre ambas.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La conducta típica de contabilidad paralela se consuma o perfecciona en el momento en que el agente confecciona y mantiene una contabilidad paralela diferente o distinta a la exigida por la ley. Es un delito de mera actividad. Para estar ante el estado de consumación no se necesita que se verifique algún perjuicio real al patrimonio del sujeto pasivo ni mucho menos será necesario verificar si el agente ha obtenido algún provecho indebido. Basta verificar que el autor actuó con ánimo de lucro.

Peña Cabrera[1830], Bramont-Arias y García Cantizano[1831], Paredes Infanzón[1832] y Villa Stein[1833], en idénticos términos, enseñan que el delito es de mera actividad, es decir, se consuma con el solo hecho de mantener una contabilidad paralela diferente a la exigida por ley, no requiriéndose que el agente reciba efectivamente un provecho indebido. En consecuencia, el delito se consuma aun cuando no se ha causado un perjuicio efectivo al sujeto pasivo[1834].

[1830] Peña Cabrera, 1993, p. 246.

[1831] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 365.

[1832] Paredes Infanzón, 1999, p. 264.

[1833] Villa Stein, 2001, p. 172.

[1834] García Cavero (2005, p. 106), por su parte, sostiene que se trata de un delito de peligro abstracto y por ello, niega la posibilidad de sancionar la conducta cuando se quede en grado de tentativa.

Es posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa, ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente es descubierto en momentos en que confecciona la contabilidad fraudulenta.

7. PENALIDAD

El agente del injusto penal será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y, unida a ella, la pena limitativa de derechos consistente en sesenta a noventa días multa.

Capítulo VII
EXTORSIÓN Y CHANTAJE

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Extorsión:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Obligar a otro o a un tercero. 2.2. Violencia. 2.3. Amenaza. 2.4. Finalidad de la violencia o la amenaza. 2.5. Objetivo del sujeto activo: lograr una ventaja. 2.6. Ventaja indebida. 2.7. Bien jurídico protegido. 2.8. Sujeto activo. 2.9. Sujeto pasivo. 3. Comportamientos que configuran extorsión. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Circunstancias agravantes. 5.1. Agravante por el tiempo de duración del secuestro. 5.2. Agravantes por la calidad del rehén. 5.3. Agravante por el actuar del agente. 5.4. Agravante por la forma de participación de agentes. 5.5. Agravante por el uso de armas o artefactos explosivos. 5.6. Agravantes por el resultado. 6. Antijuridicidad. 7. Culpabilidad. 8. Tentativa y consumación. 9. Coautoría. 10. Participación. 11. Diferencia sustancial entre secuestro y secuestro extorsivo. 12. El delito de extorsión especial. 13. El delito de extorsión de los funcionarios públicos. 14. Penalidad. 15. La pena de cadena perpetua. 16. Imponer cadena perpetua origina un absurdo jurídico. **Subcapítulo 2: Chantaje:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad.

Subcapítulo 1
Extorsión

1. TIPO PENAL

El delito de extorsión, que aparece en el sistema jurídico penal nacional combinado con la figura del secuestro extorsivo, se tipifica en el artículo 200 del Código Penal. Tal como aparece regulado, tiene características ambivalentes: está constituido por un ataque a la libertad personal con la finalidad de obtener una ventaja indebida. Estas características aparecen vinculadas al punto que el delito de extorsión puede

ser definido como el resultado complejo de dos tipos simples: es un atentado a la propiedad cometido mediante el ataque o lesión a la libertad personal[1835].

El texto original del delito de extorsión ha sido objeto de varias modificaciones por parte del legislador motivadas por la aparente finalidad de tranquilizar a la opinión pública ante el incremento de actos delictivos de este tipo en las grandes ciudades. En efecto, con el Decreto Legislativo N.° 896, del 24 de mayo de 1998, sufrió la primera modificación. Luego el artículo 1 de la Ley N.° 27472, publicada el 5 de junio del 2001, volvió a modificar la estructura del delito de extorsión. Posteriormente, el artículo único de la Ley N.° 28353, del 6 de octubre del 2004, modificó también la estructura de este delito. Dos años después sufrió otra modificatoria por la Ley N.° 28760, del 14 de junio del 2006. En la creencia errónea que la modificación de la ley penal sirve para poner freno a la comisión del delito de extorsión, un año después, el legislador volvió a reformar este artículo mediante el Decreto Legislativo N.° 982, del 22 de julio del 2007. Luego, seguramente con la misma creencia de las modificaciones anteriores, el legislador por la Ley N.° 30076, de agosto del 2013, ha vuelto a modificar el contenido de la fórmula legislativa del artículo 200 del Código Penal. Finalmente, por el Decreto Legislativo N.° 1237 de setiembre de 2015, se ha vuelto a modificar el tipo penal 200 el mismo que tiene el siguiente contenido:

> 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

[1835] Cfr. ROY FREYRE, 1983, p. 250.

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.

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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La primera parte del artículo 200 del Código Penal recoge el delito de extorsión genérico o básico, el mismo que se configura cuando el agente, actor o sujeto activo, haciendo uso de la violencia o amenaza, obliga a esta o a otra a entregarle o entregar a un tercero, una indebida ventaja patrimonial o de cualquier otro tipo. El último supuesto, por ejemplo, se configura cuando el agente busca conseguir un puesto de trabajo o efectuar un acto de placer a favor del agente, etc.

Aquí es necesario poner en evidencia que el medio típico de mantener a una persona en calidad de rehén para obligar a otra a entregar una ventaja indebida que antes del Decreto Legislativo N.° 982, 22 de julio del 2007, formaba parte del tipo básico del delito de extorsión, luego de la vigencia del citado instrumento legal, este medio típico no forma parte más del tipo básico y más bien con buen criterio el legislador lo ha regulado en forma independiente en el párrafo sexto del artículo 200 como agravante que luego analizaremos del delito en hermenéutica jurídica.

Analizando el tipo penal antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N.° 896, del 24 de mayo de 1998, la extorsión consistía en el comportamiento de obligar a una persona a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida, mediante violencia o amenaza o manteniendo como rehén al sujeto pasivo o a otra persona[1836]. Se trataba, en forma exclusiva, de un delito de enriquecimiento patrimonial para el autor o autores de la conducta extorsiva.

[1836] BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 367. Esta es la tendencia del Código Penal alemán que en su artículo 253 prevé que se configura el delito de extorsión cuando el agente "constriñe antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal sensible a hacer, tolerar u omitir, y con ello inflija desventajas al patrimonio del constreñido o de otra persona, para enriquecerse o enriquecer a otro antijurídicamente.

La diferencia entre el tipo penal original y el actual en cuanto a la finalidad perseguida o buscada por el agente se evidencia con claridad. En el primero, la ventaja perseguida por el agente era solo de tipo económico o patrimonial, en tanto que en el actual la ventaja que busca el agente puede ser de cualquier tipo o modalidad.

El Decreto Legislativo N.° 982 ha introducido el segundo párrafo del artículo 200 del Código Penal para establecer la real situación jurídica de aquellos que con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministran 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. Desde la vigencia del citado Decreto Legislativo N.° 982, las personas que contribuyen de esa forma en la comisión de la extorsión son cómplices primarios y punto. Este dato es importante tenerlo en cuenta a fin de tipificar la conducta de los participantes en un delito de extorsión.

Consideramos que no era necesaria su incorporación en el artículo 200 del C.P.[1837]. Incluso, a decir del profesor Caro Coria, tal incorporación es inconveniente[1838], pues si una persona participa en un secuestro brindando información relevante o proporcionando los medios para la perpetración del delito, en su calidad de cómplices primarios necesariamente tendrán la misma pena que los autores directos en estricta aplicación del primer párrafo del artículo 25 del Código Penal.

No obstante, la explicación razonable de su incorporación quizá sea tratar lamentablemente, desde la ley, unificar criterio respecto a la situación de los que brindan información relevante y proporcionan los medios para que otros cometan el delito de extorsión. En la realidad, se observa que en tales supuestos los fiscales y los jueces son de criterios distintos. Unos consideran a aquellos como cómplices primarios, en tanto que los más los consideran simples cómplices secundarios, trayendo como consecuencia una evidente disminución de la pena en aplicación del segundo párrafo del citado numeral 25 del Código Penal.

[1837] En igual sentido, García Navarro, 2007a, p. 305.

[1838] Caro Coria, 2007, p. 279.

Nuevamente desde la ley se pretende corregir la inadecuada actuación del operador jurídico.

Teniendo claro el concepto corresponde analizar cada uno de sus elementos:

2.1. Obligar a otro o a un tercero

El verbo rector de esta conducta delictiva lo constituye el término "obligar", verbo que para efectos del análisis se entiende como forzar, imponer, compeler, constreñir o someter a determinada persona, institución pública o privada (se entiende sus representantes) a otorgar algo en contra de su voluntad. En la extorsión, el sujeto activo, en su directo beneficio o de un tercero, haciendo uso de los medios típicos indicados claramente en el tipo penal como son la violencia o amenaza compele, impone o somete al sujeto pasivo a realizar una conducta de entregar un beneficio cualquiera en contra de su voluntad. Le compele a realizar una conducta que normal y espontáneamente no lo haría.

En cambio, a modo de información y advertir las diferencias legales, es preciso enseñar que el Código Penal español de 1995, en el artículo 243, tipifica al delito de extorsión prescribiendo "el que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados". En tal sentido, de la lectura del tipo penal se evidencia fácilmente que para el sistema penal español, el delito de extorsión tiene construcción y naturaleza distinta al nuestro, por lo que al hacer dogmática penal nacional, debemos actuar con mucho cuidado al citar a los autores españoles.

En efecto, para los españoles el agente siempre debe actuar con ánimo de lucro para que se configure el delito, en tanto que en nuestro sistema jurídico, al haberse ampliado el ámbito de la finalidad que busca el agente con su actuar, el ánimo de lucro no siempre se exigirá en una conducta extorsiva.

En nuestro sistema jurídico, los medios típicos de los que hace uso el agente para obligar a la víctima y, de ese modo, lograr su objetivo, el

cual es obtener una ventaja patrimonial o del cualquier tipo indebida, lo constituye la violencia o la amenaza, circunstancias que a la vez se constituyen en elementos típicos importantes y particulares de la conducta de extorsión.

2.2. Violencia

La violencia, conocida también como *vis absoluta, vis corporalis o vis phisica,* está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima para obligarla a efectuar un desprendimiento económico contrario a su voluntad(1839).

Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima que bien puede ser un particular o el o los representantes de una institución pública o privada. El autor o agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima. En este caso, tiene que tener la eficacia suficiente para lograr que el sujeto pasivo realice el desprendimiento patrimonial y haga entrega al agente o, en su caso, realice algún acto o conducta de cualquier tipo que en la realidad represente una ventaja indebida para aquel.

La violencia se traduce en actos materiales sobre la víctima (golpes, cogerla violentamente y torcerle las extremidades, etc.) tendientes a vencer su voluntad contraria a las intenciones del agente.

Teniendo firme el presupuesto que las leyes penales no imponen actitudes heroicas a los ciudadanos, consideramos que no es necesario un continuo despliegue de la fuerza física ni menos una continuada resistencia de la víctima. Es descabellado sostener que se excluye el delito de extorsión debido a que la víctima no opuso resistencia constante. Naturalmente, no es necesario que la violencia se mantenga todo el tiempo que dure la extorsión ni tampoco que la resistencia sea continuada; ello sería absurdo desde el punto de vista de la práctica y de las circunstancias del hecho. Es suficiente que quede de manifiesto la violencia y la voluntad contraria de la víctima a entregarle alguna ventaja patrimonial o de cualquier otra clase al sujeto activo.

(1839) Roy Freyre, 1983, p. 254.

Lo explicado es consecuencia de considerar que muy bien puede darse el caso que la víctima, para evitar males mayores, desista de efectuar actos de resistencia apenas comience los actos de fuerza. El momento de la fuerza no tiene por qué coincidir con la consumación del hecho, bastando que se haya aplicado de tal modo que doblegue la voluntad del sujeto pasivo, quien puede acceder a entregar la ventaja indebida a favor del agente al considerar inútil cualquier clase de resistencia. Este razonamiento se fundamenta en que la violencia inherente al delito de extorsión es concomitante al suceso mismo. Coexiste la amenaza que a mayor resistencia de parte de la víctima, mayor será la descarga de violencia que sufrirá. No obstante, debe haber una relación de causalidad adecuada entre la fuerza aplicada y el acto extorsivo, la cual será apreciada por el juzgador en cada caso concreto. No se requiere una violencia de tipo grave, ni es suficiente una violencia leve, solo se requiere idoneidad de esa violencia para vencer en un caso concreto la resistencia de la víctima.

2.3. Amenaza

Consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz. La intimidación es una violencia psicológica. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o por cualquier acto que lo signifique.

El mal a sufrirse de inmediato o mediatamente puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc.

Para evaluar y analizar el delito de extorsión, debe tenerse en cuenta el problema de la causalidad entre la acción intimidante y el acto extorsivo, la constitución y las circunstancias que rodean al sujeto pasivo. En ese sentido, consideramos que no es necesario que la amenaza sea seria y presente. Solo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente

enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto. La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social o familiar que le rodea puede ser decisiva para valorar la intimidación. El juzgador no deberá hacer otra cosa, sino determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo su aceptación de entregar la ventaja indebida que se le solicite, evitaría el daño anunciado y temido. La gravedad de la amenaza deberá medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta.

La amenaza como medio para lograr una indebida ventaja patrimonial o de cualquier otra naturaleza requiere las condiciones generales de toda amenaza, es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza; el sujeto pasivo debe creer que con la entrega de lo exigido por el agente, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. La entrega del patrimonio debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal futuro, es decir, el anuncio de una situación perjudicial o desfavorable al sujeto pasivo particular o representante de una institución pública o privada de la cual se pretende obtener una ventaja indebida.

Como ejemplo para graficar la forma como puede producirse en la realidad la extorsión por medio de amenaza, tenemos la resolución superior del 2 de marzo de 1998, por la cual la Sala Penal de la Corte Superior de Ica condenó al acusado por el delito de extorsión alegando "*que se ha llegado a acreditar fehacientemente que Choy Anicama obtuvo ventaja económica del agraviado amenazándolo con denunciarlo ante la Policía Nacional, SUNAT, Ministerio Público, y a los medios periodísticos, que su representada Chiaway's Motors Sociedad Anónima venía supuestamente estafando y cobrando precios prohibitivos a sus clientes que adquirían los carros DAEWOO-Tico, obligando a Pedro Gustavo Chiaway Chong que le entregue la cantidad de sesenta mil dólares americanos, mediante letras de cambio, por diferentes sumas, descontadas en los Bancos de la localidad (...) que no obstante*

haber obtenido ventaja económica, Choy Anicama pretendió seguir extorsionando al agraviado, y es así, el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y siete, en horas de la noche, en compañía de su esposa (...) acude a la oficina del agraviado y bajo amenaza y violencia le exige que le entregue cincuenta mil dólares americanos (...) que de las pruebas actuadas, se establece que Denis Choy Anicama, se encuentra incurso en el delito de extorsión, sancionado por el artículo 200 del Código Penal"[1840].

En igual sentido, tenemos la resolución superior del 29 de octubre de 1998, donde aparece: "*que de la etapa preliminar instructoria y debates orales, se ha llegado a establecer que desde el veintiuno de julio del año en curso la procesada empieza a realizar llamadas telefónicas anónimas al agraviado José Teodorico Berrospi Martín (...) refiriendo pertenecer al movimiento subversivo 'Túpac Amaru' y 'Sendero Luminoso' y bajo amenaza le solicitó la entrega de cinco mil nuevos soles y en reiteradas conversaciones, al manifestarle el agraviado que no contaba con ese dinero, le rebaja hasta mil quinientos nuevos soles, ordenando al agraviado que deposite en la cuenta de Teleahorro del Banco de la Nación número (...); denunciando a la Policía se montó el operativo y es así que el veinticinco de agosto del presente año, siendo las tres pasado meridiano, más o menos, el agraviado depositó la indicada suma de dinero, al enterarse que se había cumplido el depósito el veintiséis del mismo mes y año en horas de la mañana (...), la encausada fue detenida cuando verificaba en el cajero automático, sometida al interrogatorio reconoció ser la autora de las llamadas telefónicas*"[1841].

2.4. Finalidad de la violencia o la amenaza

Violencia o amenaza a una persona particular o representante de una institución pública o privada se asemejan en tanto que resultan ser medios de coacción dirigidos a restringir o negar la voluntad de la víctima. Pero mientras la violencia origina siempre un perjuicio presente e implica el empleo de una energía física sobre el cuerpo de la víctima, la amenaza se constituye en un anuncio de ocasionar un mal futuro cierto.

[1840] Exp. N.° 97-0141-Ica. Igual criterio se expone en la ejecutoria suprema del 25 de noviembre del 2014, véase: R. N. N.° 724-2014-Lima- Sala Penal Permanente.

[1841] Exp. N.° 98-225-Huaraz, **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.° 4, 2000, p. 302.

Todos estos medios se desarrollan o desenvuelven con la finalidad de vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo y, de ese modo, lograr que este se desprenda de una ventaja económica o cualquier otro tipo de ventaja no debida. Sin la concurrencia de alguno o todos ellos, no se configura el delito.

Al contrario de lo sostenido por ciertos tratadistas, la ley no exige que la violencia o amenaza sea en términos absolutos, es decir, de características irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, basta que el uso de tales circunstancias tenga efectos suficientes y eficaces en la ocasión concreta para lograr que la víctima entregue una ventaja indebida cualquiera.

La finalidad que se busca con el uso de la violencia o amenaza es compeler, forzar u obligar a que esta o un tercero realicen una entrega al agente de una ventaja indebida. Su finalidad es lograr conseguir el propósito final del agente, el cual es obtener una ventaja patrimonial o de cualquier otra índole no debida. El agente con el uso de los medios típicos busca que el agraviado se desprenda de su patrimonio o efectúe algún acto en beneficio de aquel; asignarle otra finalidad es distorsionar el delito en análisis.

Resumiendo, consideramos necesario citar la ejecutoria suprema del 25 de agosto de 1999, por la cual el supremo tribunal de justicia penal, aun cuando solo se refiere a la obtención de una ventaja de tipo económico, precisó que el comportamiento delictual "*consiste en obligar a una persona a otorgar al agente o un tercero una ventaja económica indebida, mediante violencia o amenaza o manteniendo como rehén al sujeto pasivo u otra persona; de lo anterior se advierte claramente que los medios para realizar la acción están debidamente establecidos en el artículo 200 del Código Penal; así, por violencia se debe entender la ejercida sobre una persona, suficiente para vencer su resistencia y consecuencia de lo cual realice el desprendimiento económico; mientras que la amenaza, no es sino el anuncio del propósito de causar un mal a una persona, cuya idoneidad se decidirá de acuerdo a si el sujeto pasivo realiza el desprendimiento (...)*"[1842].

[1842] Exp. N.º 2528-99-Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 4, Trujillo, 2000, p. 373.

2.5. Objetivo del sujeto activo: lograr una ventaja

El elemento característico del delito de extorsión lo constituye el fin, objetivo o finalidad que persigue el agente al desarrollar su conducta ya sea haciendo uso de la violencia o amenaza. De la lectura del tipo penal, se desprende que la conducta del agente o actor debe estar dirigida firmemente a obligar que la víctima le entregue una ventaja indebida. Esta puede ser solo patrimonial, como indicaba el numeral 200 antes de su modificatoria, o también "de cualquier otra índole", como indica el actual tipo penal a consecuencia del agregado que hizo la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.° 896, emitido por el gobierno de la década del noventa. Si bien el legislador nacional por Ley N.° 27472, del 5 de junio del 2001, modificó el artículo 200 del Código Penal rebajando los márgenes de la pena privativa de la libertad y eliminando la pena de cadena perpetua para este delito, en forma lamentable dejó intacto el contenido del tipo básico. Igual ha sucedido con la Ley N.° 28353, del 6 de octubre del 2004, y con el Decreto Legislativo N.° 982, del 22 de julio del 2007.

Así, para configurarse el delito de extorsión no solo se exige que el agente actúe motivado o guiado por la intención de obtener una ventaja económica indebida que puede traducirse en dinero, así como bienes muebles o inmuebles a condición de que tengan valor económico, sino también la ventaja, que puede ser de cualquier otra índole, es decir, bastará acreditar que el agente obtuvo una ventaja cualquiera para estar ante el delito de extorsión. En efecto, así como aparece redactado el tipo penal, por ejemplo, estaremos ante una extorsión cuando el agente mediante amenaza cierta en contra de una persona, obliga al cónyuge de este a mantener relaciones sexuales por un tiempo determinado con aquel o un tercero.

El delito de extorsión deja de ser exclusivamente un delito patrimonial, pues las ventajas pueden ser de diversa índole. Esta situación no solo produce una falta de sistemática en el Código Penal, sino también una ampliación innecesaria del delito de extorsión. De hecho, el delito de extorsión ya no puede considerarse como un injusto penal patrimonial sino un delito contra la libertad; la finalidad económica

del delito en sede ha perdido entidad como tal, pues cualquier ventaja que obtenga el agente puede calificar un acto de violencia o amenaza como delito de extorsión[1843].

De *lege ferenda* consideramos que el legislador debe realizar la corrección necesaria y volver al contenido del texto original del tipo básico de extorsión o, en su caso, si persiste en tal redacción, debe ubicar al delito de extorsión en el grupo de conductas delictivas que se encuentran bajo el epígrafe de los delitos contra la libertad, ello con la finalidad de dar mayor coherencia interna y sistemática al Código Penal.

2.6. Ventaja indebida

Otro elemento objetivo del delito de extorsión lo constituye la circunstancia que la ventaja obtenida por el agente debe ser indebida, es decir, el agente no debe tener derecho a obtenerla. Caso contrario, si en un caso concreto se verifica que el agente tenía derecho a esa ventaja, la extorsión no aparece.

No existe extorsión genérica cuando el agente sí tiene derecho a la ventaja patrimonial (ausencia de lo que constituye el delito-fin en la extorsión), siendo su conducta tan solo punible a título de coacción, o de lesiones como resultado a que diere lugar la manera arbitraria de exigirle al obligado su cumplimiento (presencia tan solo de lo que conformaría el delito-medio en la extorsión)[1844]. Por ejemplo, no se configura el delito de extorsión cuando Pedro García amenaza con ocasionarle un mal futuro cierto a Lucho Manco con la finalidad de hacer que el padre de este, le pague los 50,000 soles que le debe desde hace dos años.

2.7. Bien jurídico protegido

Con la modificación efectuada vía el Decreto Legislativo N.° 896 al contenido del original artículo 200 del C.P., y que se mantiene con el Decreto Legislativo N.° 982, del 22 de julio del 2007, es indudable

[1843] García Cavero, 2000, p. 137.

[1844] Roy Freyre, 1983, p. 257, en igual sentido, Bramont-Arias/García Cantizano, 1997, p. 368.

que pese a estar ubicado el delito de extorsión en el grupo de los delitos contra el patrimonio, este de modo alguno se constituye en el único bien jurídico principal que se pretende tutelar o proteger con el tipo penal.

En efecto, al indicar el tipo básico que la ventaja que exige el agente al extorsionado puede ser de tipo económico o de "cualquier otra índole", se entiende que se configura la extorsión también cuando el actor busca una ventaja que no tiene valor económico.

En ese orden de ideas, aparte del patrimonio, otro bien jurídico preponderante que se trata de proteger con la extorsión lo constituye la libertad personal, entendida en su acepción de no estar obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Tal como aparece redactado el tipo penal en hermenéutica jurídica, se desprende en forma coherente que tal dispositivo pretende proteger dos bienes jurídicos importantes: el patrimonio y la libertad personal. Estos bienes jurídicos se constituyen en preponderantes. Es decir, con los supuestos delictivos en los cuales el agente persigue una ventaja económica, se pretende tutelar el bien jurídico patrimonio; en tanto que en los supuestos por los cuales el agente busca una ventaja de cualquier tipo se pretende proteger al final de cuentas la libertad personal. Eventualmente, también se protege la integridad o la vida de las personas. Por tal motivo, en doctrina se conoce a la extorsión como un delito pluriofensivo.

En este estado de la cuestión, para nuestro actual sistema jurídico penal carece de certeza y más bien aparece errado sostener que el bien jurídico preponderante en la extorsión es el patrimonio, como lo hace todavía Villa Stein[1845] y nuestra Corte Suprema en las ejecutorias supremas del 22 de abril y del 26 de mayo de 1999.

En efecto, en la primera ejecutoria suprema se establece que: "*el delito de extorsión es un delito complejo con carácter pluriofensivo ya que atenta contra el patrimonio, y eventualmente a otros bienes jurídicos como la integridad física o la vida; pero hay también un ataque a la libertad de la persona, la salud; no siendo estos últimos un fin en sí mismos, sino un medio elegido para exigir a la víctima la realización de un acto de disposición*

[1845] VILLA STEIN, 2001, p. 153.

patrimonial"[1846]; en tanto que en la misma línea de interpretación, la segunda Ejecutoria expone que: "*el delito de extorsión es de naturaleza pluriofensiva, por atentar contra bienes jurídicos diversos como la libertad, integridad física y psíquica de las personas, así como el patrimonio, siendo este último el bien jurídico relevante*"[1847].

En este aspecto, al parecer la jurisprudencia nacional se ha quedado petrificada en la interpretación del texto original del artículo 200 del C.P. No se ha innovado. Actualmente, como ha quedado expuesto, con la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N.° 896 al citado tipo penal y que el Decreto Legislativo N.° 982 no cambia, la cuestión es diferente.

2.8. Sujeto activo

El sujeto activo, agente o actor puede ser cualquier persona. El tipo penal no exige alguna condición o cualidad especial que deba concurrir en aquel. Es un delito común o de dominio.

2.9. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo de la violencia o amenaza con la finalidad de conseguir una ventaja patrimonial o de otra naturaleza puede ser cualquier persona natural, ya sea como particular o como representante de una institución pública o privada según la modificación introducida por el legislador por el Decreto Legislativo N.° 982, del 22 de julio del 2007.

En ciertos comportamientos concurrirá un solo sujeto pasivo, en tanto que en otros necesariamente concurrirán dos víctimas: el que es objeto de la violencia o la amenaza y el obligado a entregar u otorgar la ventaja exigida por el agente que muy bien puede ser otra persona particular o la institución pública o privada. En este último caso, la persona jurídica se convierte en sujeto pasivo debido a que será ella la que entregará la ventaja indebida que solicita el extorsionador.

[1846] Exp. N.° 4229-98-Lima.

[1847] Exp. N.° 1552-99-Apurímac; ambas jurisprudencias citadas en ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 342.

Así también, cuando concurre el secuestro extorsivo previstos como extorsión agravada en nuestro Código Penal, donde concurren dos personas: una limitada de su libertad ambulatoria como es el rehén y la otra el obligado a entregar el beneficio indebido, víctima muy bien puede ser también una persona jurídica (institución pública o privada que hace referencia al tipo penal modificado), es decir, muy bien puede ser una persona jurídica la obligada a entregar la ventaja indebida exigida por los agentes; la misma que de ser el caso se vería afectada en su patrimonio. Así, por ejemplo, ocurre cuando se secuestra a un gerente de una empresa privada importante (inciso 4 del artículo 200 C.P.) y se exige que esta entregue una fabulosa suma de dinero como rescate del rehén.

3. COMPORTAMIENTOS QUE CONFIGURAN EXTORSIÓN

De la estructura del actual artículo 200 del C.P. se desprende que el delito de extorsión, en su nivel básico, puede ser cometido o perfeccionado hasta por cuatro conductas o comportamientos diferentes que por sí solos perfectamente configuran el delito en hermenéutica jurídica. Así tenemos:

a. Cuando el agente, haciendo uso de la violencia, le obliga al sujeto pasivo a otorgarle una ventaja (económica o de cualquier otra índole) indebida.

b. Cuando el agente, por medio de la violencia, obliga al sujeto pasivo a entregar a un tercero una ventaja (económica o de cualquier otra índole) indebida.

c. Cuando el agente, haciendo uso de la amenaza, le obliga al sujeto pasivo a entregarle una ventaja (económica o de cualquier otra índole) indebida.

d. Cuando el agente, mediante amenaza, obliga al sujeto pasivo a entregar a un tercero una ventaja (económica o de cualquier otra índole) no debida.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tanto el tipo básico como las agravantes se configuran a título de dolo; no cabe la comisión culposa o imprudente. Es decir, el agente actúa conociendo que se hace uso de la violencia o la amenaza o manteniendo de rehén a una persona para obtener una ventaja cualquiera sin tener derecho a ella, sin embargo, pese a tal conocimiento, voluntariamente desarrolla la conducta extorsiva.

Aparte del dolo, se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional del tipo, esto es, el ánimo por parte del o de los agentes de obtener una ventaja de cualquier índole. Caso contrario, si en determinada conducta se verifica que el actor no actuó motivado o con el ánimo de conseguir u obtener una ventaja a su favor o de un tercero, no aparece completa la tipicidad subjetiva del delito.

Comentando el Código derogado, Roy Freyre[1848] enseñaba que la comisión de este delito demanda consciencia de que no se tiene derecho a la ventaja pecuniaria requerida, así como la existencia de una voluntad para realizar la acción empleando alguno de los medios de constreñimiento indicados en la ley.

5. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Las circunstancias que agravan o aumentan el desvalor de la conducta delictiva de extorsión, por disposición del Decreto Legislativo N.° 982, aparecen previstas en el quinto, sexto, sétimo y octavo párrafo del artículo 200 del Código Penal, las mismas que por su naturaleza y forma de configurarse pueden clasificarse en los siguientes grupos:

5.1. Agravante por el tiempo de duración del secuestro

a. *Mantener de rehén a una persona por menos de 24 horas*

Esta agravante se configura cuando el agente, con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, toma, mantiene o tiene de rehén a una persona.

[1848] ROY FREYRE, 1983, p. 259.

En doctrina, a esta figura delictiva se le conoce con el *nomen iuris* de secuestro extorsivo, pues el agente primero secuestra o priva de su libertad a una persona para después exigir a esta o a un tercero una ventaja indebida que normalmente es patrimonial.

Según el sentido jurídico-penal, una persona tiene la condición de rehén cuando, por cualquier medio y en cualquier forma, se encuentra bajo el poder de un tercero, ilegítimamente privada de su libertad personal de locomoción, como medio coactivo para obtener un rescate[1849]. Por su parte, Javier Villa Stein[1850] enseña que la conducta de mantener de rehén a una persona, implica violentar la libertad ambulatoria y locomotora del sujeto pasivo o un tercero e invadir su libre desplazamiento.

En otros términos, se considera rehén a una persona que ha sido privada de su libertad de locomoción y está sujeta a la voluntad del sujeto activo del delito de extorsión hasta que el obligado entregue el rescate que viene a constituir el precio para la liberación del rehén.

Se sabe que la libertad de locomoción es la facultad o capacidad de las personas de trasladarse libremente de un lugar a otro como a bien tengan de acuerdo a sus circunstancias existenciales, fijando libremente de ese modo su situación espacial. El delito en análisis lesiona esta facultad.

Generalmente, cuando concurre esta conducta ahora agravada de extorsión aparecen en escena dos personas como víctimas: la persona secuestrada o retenida como rehén y aquella a quien se exige la prestación extorsiva, precisamente sujeto pasivo de este delito, aunque según la redacción del tipo penal pueden coincidir ambas calidades en una misma persona.

De la lectura del tipo penal podemos advertir que el legislador ha creado dos circunstancias agravantes en cuanto al tiempo de retención del rehén cuyo efecto inmediato es en el quantum de la pena a imponerse al agente. De ese modo, la pena que se impondrá al actor que con fines

---

[1849] ROY FREYRE, 1983, p. 256; y PEÑA CABRERA, 1993, p. 298.

[1850] VILLA STEIN, 2001, p. 154.

extorsivos mantiene de rehén a una persona por menos de 24 horas será no menor de veinte ni mayor de treinta años. En cambio, si el tiempo de la calidad de rehén es más de veinticuatro horas se configurará la agravante prevista en el inciso a) del penúltimo párrafo del artículo 200 y, en consecuencia, la pena para el responsable será no menor de treinta años.

b. *El secuestro dura más de 24 horas*

Esta circunstancia agravante se configura cuando el agente o autor del secuestro priva de su libertad ambulatoria a la víctima por más de veinticuatro horas y lo tiene en calidad de rehén. El tiempo se cuenta desde el momento en que se produce el secuestro, esto es, desde el instante que se priva de su libertad a la víctima.

En esa línea, se entiende que de no concurrir otra circunstancia agravante, el secuestro extorsivo que dure menos de veinticuatro horas se subsume en el sexto párrafo del numeral 200 del C.P. y, por tanto, el agente será objeto de una sanción punitiva menor a la que le corresponderá si el tiempo en calidad de rehén de la víctima dura más de 24 horas, pues al darse la agravante, la pena será mucho mayor.

La mayor pena de la agravante se justifica debido a que a mayor tiempo de privación de libertad ambulatoria de la víctima, se acrecienta o aumenta el riesgo de peligro de su integridad física o mental, incluso ocasiona mayor alarma y desesperación en sus familiares.

5.2. Agravantes por la calidad del rehén

a. *El rehén es menor de edad*

Esta agravante aparece cuando el o los agentes han secuestrado o privado de su libertad ambulatoria a un menor de edad con la finalidad de conseguir una ventaja indebida cualquiera de sus padres o de terceros que tengan estrecha vinculación con el secuestrado. Bien sabemos que nuestro sistema jurídico considera menor de edad al individuo que aún no ha cumplido los 18 años de edad, esto es, estaremos ante la agravante cuando el secuestrado tenga una edad entre recién nacido y 18 años de edad.

En la ejecutoria del 7 de mayo del 2004, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recoge y analiza un caso real de extorsión con la agravante en hermenéutica. En efecto, allí se expresa que: "*de la prueba actuada en el proceso se establece que los acusados Chávez Contreras, Fernández Romero o Fernández Homero, Bardales Caballero, Zubiate Euscátegui y el acusado ausente Chávez Miranda, previo concierto, el día diez de enero del dos mil dos, en horas de la noche, sustrajeron al menor Maycol (...) del poder de su madre Nelly (...), lo mantuvieron como rehén por espacio de tres días, y pidieron un rescate de cuarenta mil dólares americanos a su madre, empero, antes que Nelly se desprenda del dinero exigido, el día trece de enero, en horas de la noche, personal de la división de secuestros que había tomado conocimiento que los secuestradores se movilizaban en un auto Tico color amarillo, intervino el mismo y, luego de una breve persecución, capturó a Zubiate Euscátegui, Fernández Romero o Fernández Homero y Chávez Contreras, ocasión en que los dos últimos resultaron heridos, situación que determinó que el acusado ausente Chávez Miranda se fugue y abandone al menor*"(1851).

La pena que merecerá el autor de esta modalidad agravada de extorsión será de cadena perpetua por disposición expresa de la Ley N.° 28760.

b. *El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático*

Se configura cuando el agente o autores de delito secuestran o privan de su libertad ambulatoria a una persona que ejerce función pública o privada o, en su caso, es representante diplomático con la finalidad de obtener un beneficio indebido cualquiera, ya sea directamente de este o de un tercero que se supone está en estrecha relación con el secuestrado.

Una persona ejerce función pública cuando es funcionario o servidor público, en tal sentido, para saber cuándo estamos ante un funcionario o servidor público con efectos penales tendremos que recurrir a lo previsto en el artículo 425 del Código Penal. A una persona se le considera funcionario o servidor público desde su nombramiento en calidad de

(1851) R.N. N.° 488-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 60.

titular o provisional o desde el momento en que comienza a trabajar para el Estado por medio de un contrato, por ejemplo.

Aquí, cuando bien sabemos que tanto funcionario como servidor público ejercen una función pública determinada, es lugar común en la doctrina peruana[1852] considerar que solo concurre la agravante cuando la víctima del secuestro es un funcionario público, descartándose la circunstancia agravante cuando el sujeto pasivo de la acción es solo un servidor público.

Esta posición doctrinaria no es la más acertada para nuestro sistema penal. En efecto, para interpretar esta agravante consideramos que debe recurrirse al inciso 3 del segundo párrafo del artículo 152 del C.P., que recoge la agravante del delito de secuestro cuando el agraviado, es decir, el rehén o secuestrado "es funcionario, servidor público". Este dispositivo nos sirve para saber cuál es la razón de ser de la norma penal y sobre todo advertir qué es lo que pretendió decir el legislador al prever la agravante en hermenéutica jurídica consistente en que el "rehén ejerza función pública (...)".

En cuanto a la circunstancia que exige que la víctima ejerza función privada, impresiona que se refiere a todas las personas, pues de una u otra manera todos cumplimos una función privada dentro de la comunidad, salvo los enfermos o dementes, sin embargo, con García Cavero[1853] consideramos que esta no es la orientación de la agravante, la cual en realidad se refiere al desempeño de una función privada importante dentro de la comunidad como es la función que realizan o efectúan los empresarios o los profesionales de éxito. La finalidad de esta agravante fue, en su momento, sancionar con pena mayor al conjunto de extorsiones que sufrieron los empresarios y profesionales de éxito en las grandes ciudades del Perú.

Otra agravante de la extorsión se configura cuando la víctima del secuestro es un representante diplomático según prevé el tipo penal modificado por el Decreto Legislativo N.° 982, del 22 de julio del 2007, sin embargo, pese a que aquí no se hace la distinción si el representante

---

[1852] Peña Cabrera, 1993, p. 305; Bramont-Arias/García Cantizano, 1997, p. 369; Ángeles Gonzáles y otros, 1997, T. III, p. 1326, Paredes Infanzón, 1999, p. 272.

[1853] García Cavero, 2000, p. 137.

diplomático es del Perú o de otro país, consideramos que tal como aparece en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 152 del Código Penal, modificado también por el Decreto Legislativo N.° 982, el rehén debe ser representante diplomático de otro país. Lo importante será determinar que al momento del delito, aquel representante estuvo debidamente acreditado como tal. Esta interpretación se impone debido a que si el agraviado es representante diplomático del Perú, igual se perfecciona la agravante, pero por ejercer función pública. Todo diplomático de nuestro país es funcionario público.

Antes de pasar a otro punto, es necesario poner en el tapete que el texto original del artículo 200 del Código Penal, en cuanto a que esta agravante solo hacía mención a "la función pública", no obstante, por el derogado Decreto Legislativo N.° 896, se introdujeron las agravantes que se configuran cuando la víctima del secuestro ejerce función privada o es representante diplomático, situación que permanece igual con la última modificación efectuada.

c. *El rehén adolece de enfermedad grave*

Se configura cuando el agente secuestra o priva de su libertad ambulatoria a una persona que adolece de alguna enfermedad grave con la finalidad de hacer que personas estrechamente vinculadas a ella le entreguen cualquier ventaja indebida a cambio de dejarlo libre.

La enfermedad es una alteración más o menos grave de la salud de una persona. La enfermedad que sufre la víctima puede ser tanto de carácter físico como mental, pero con una intensidad suficiente que la autoridad jurisdiccional podrá apreciar en cada caso particular[1854].

Se justifica la agravante, toda vez que el actor o agente se aprovecha de la especial debilidad de aquella persona, sabiendo perfectamente que no opondrá alguna clase de resistencia y, por tanto, no pone en peligro el logro de la finalidad que busca aquel. Incluso, el agente no tiene alguna consideración a la condición enfermiza de la víctima.

[1854] PEÑA CABRERA, 1993, p. 306.

d. *El rehén es discapacitado y el agente aprovecha esta circunstancia*

Se configura cuando el agente secuestra o priva de su libertad ambulatoria a una persona que sufre de incapacidad con la finalidad de hacer que personas estrechamente vinculadas a ella le entreguen cualquier ventaja indebida a cambio de dejarlo libre. El agente, aparte de conocer la situación de discapacidad del agraviado, debe dolosamente aprovechar esa especial circunstancia para perfeccionar su delito.

Bien se sabe que la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad[1855].

Se justifica la agravante toda vez que el actor o agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no pone en peligro el logro de la finalidad que busca aquel. El agente saca provecho de la discapacidad del agraviado.

De configurarse esta agravante, el agente será sancionado con la inconstitucional pena de cadena perpetua.

e. *El rehén es mayor de 70 años*

El delito de extorsión se agrava cuando el agente, para lograr su objetivo, coge y mantiene de rehén a una persona mayor de setenta años, sea mujer o varón.

Se busca proteger la integridad física y afectiva de los ancianos, quienes son más susceptibles a cualquier daño de su personalidad a consecuencia de sufrir un secuestro y pasar a la condición de rehén.

[1855] Artículo 2 de la Ley N.° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad.

La Ley N.° 28760, del 14 de junio del 2006, disponía que se configuraba la agravante del secuestro cuando la conducta del agente se dirigía a una persona mayor de sesenta y cinco años, sea esta mujer o varón.

No obstante, sin mayor explicación ni fundamento razonable, el Decreto Legislativo N.° 982 ha dispuesto que la extorsión se agrava si el agraviado tiene una edad cronológica mayor de setenta años. Esto es, si el secuestro se produce en una persona de 69 años de edad, la agravante no se configura.

f. El agraviado es propietario, responsable o contratista de una obra de construcción civil

La agravante introducida por la Ley N.° 30076 se verifica cuando el agente hace uso de la violencia o amenaza con fines extorsivos en agravio de un propietario, o un responsable o un contratista de la ejecución de una obra de construcción civil, sea esta obra pública o privada, o de cualquier modo, impida, perturbe, atente o afecta la ejecución de la obra. Esta agravante tiene su explicación en los hechos cometidos por supuestos dirigentes de seudos sindicatos de construcción civil, que utilizando violencia o amenaza obligan a los propietarios o contratistas de las obras de construcción civil le entreguen dinero a cambio o en todo caso, les obligan a que les den trabajo a ellos o a personas que ellos imponen.

5.3. Agravante por el actuar del agente

a. Se emplea crueldad contra el rehén

Se configura esta circunstancia cuando el sujeto activo tiene al rehén haciéndole sufrir en forma inexplicable e innecesaria para el logro de su objetivo. Consiste en acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la persona privada de su libertad ambulatoria, causándole un dolor físico que es innecesario para los efectos de lograr los objetivos que persigue el agente.

En el secuestro con crueldad resulta indispensable la presencia de dos condiciones o presupuestos importantes que al final lo caracterizan. Primero, que el padecimiento, ya sea físico o psíquico, haya sido aumentado deliberadamente por el agente, quien actúa con la intención de

hacer sufrir a la víctima. Caso contrario, si en un caso concreto se llega a verificar que la elevada crueldad sobre el sujeto pasivo fue sin intención del agente, no se concreta la modalidad en sede. Segundo, que el padecimiento sea innecesario y prescindible para lograr la ventaja indebida que busca el agente, es decir, no es preciso ni imprescindible hacer padecer a la víctima para lograr el objetivo propuesto. Aquí, el agente hace sufrir a la víctima ya sea por el solo gusto de hacerlo o con la finalidad de presionar al obligado que entregue pronto la ventaja peticionada, demostrando con ello ensañamiento e insensibilidad ante el dolor humano.

El fundamento de la crueldad como modalidad de la extorsión se debe a la tendencia interna intensificada que posee el sujeto activo al momento de actuar. No solo le guía y motiva el querer privar de su libertad ambulatoria a la víctima para lograr una ventaja indebida, sino que también tiene el firme deseo de hacerle sufrir intensos dolores.

b. El agente se vale de menores de edad

La agravante se configura cuando el agente o agentes utilizan en la comisión de la extorsión a personas menores de 18 años de edad. La participación del menor incluso hasta puede ser con su voluntad, sin embargo, por el solo hecho de hacerlo participar en el hecho punible de extorsión, los agentes serán sancionados por el delito de extorsión agravado. Actualmente, de verificarse esta circunstancia agravante, de conformidad con la modificación efectuada por la Ley N.° 30076, el autor será merecedor de la pena intemporal de cadena perpetua.

5.4. Agravante por la forma de participación de agentes

a. Es cometido por dos o más personas

Se constituye cuando la extorsión es cometida por dos o más agentes o autores.

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana y, por ello, haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales, aun cuando no se ha logrado establecer su coherente interpretación. Los sujetos que se dedican a extorsionar siempre lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la

pluralidad de agentes merman o aminoran rápidamente las defensas que normalmente tienen las víctimas. En tales presupuestos radica el fundamento político criminal de la agravante.

En la doctrina peruana siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no en la agravante a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores. En efecto, aquí, existen dos posiciones marcadas. Unos consideran que los partícipes entran a la agravante. Para que se concrete esta calificante, afirmaba Peña Cabrera[1856] sin mayor fundamento, es suficiente que los sujetos actúen en calidad de partícipes. Igual postura asumen Ángeles-Frisancho-Rosas[1857] y Paredes Infanzón[1858].

En tanto que nosotros sostenemos que solo se verifica la agravante cuando las dos o más personas que participan en la extorsión lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos con su conducta, teniendo el dominio del hecho, aportan en la comisión del delito.

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el desarrollo de la conducta extorsiva. Los agentes se reparten funciones o roles para llevar a buen término su empresa delictiva. Unos privarán de su libertad a la víctima, otros cuidarán al rehén, aquellos peticionarán la ventaja y estos harán efectiva la ventaja que se solicita, etc. Es irrelevante si los agentes actúan como miembros de una organización criminal o simplemente se juntan para cometer determinada extorsión. Sea de una u otra manera, la agravante igual se configura.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la extorsión con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometida por autores o coautores. Considerar que los cómplices o el inductor resultan incluidos

[1856] PEÑA CABRERA, 1993, p. 307.

[1857] ÁNGELES *et al.*, 1997, T. III, p. 1327.

[1858] PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 273.

en la agravante, implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su Parte General y, lo que es más discutible, significaría castigar al cómplice por ser tal y además por ser coautor, haciéndose una doble calificación por un mismo hecho.

Como ejemplo de esta modalidad agravada del delito de extorsión tenemos la ejecutoria suprema del 20 de noviembre de 1997, donde se esgrime: *"que en el caso de autos ha quedado acreditada la participación de más de dos personas, quienes han utilizado armas de fuego con la finalidad de privar de su libertad al agraviado y así obtener una ventaja económica; que, en el caso del acusado Castro Palomares, su participación ha quedado acreditada (...) de las que se desprende que si bien el acusado Castro Palomares no participó en la fase ejecutiva del delito, ha planificado su realización así como también aportó los elementos necesarios para su ejecución, como son la información relacionada a los lugares que concurría el agraviado, así como un uniforme de policía y un beeper; ... que conforme se advierte de autos, la conducta del acusado Gerardo Gutiérrez Manzanares se halla descrita dentro de lo dispuesto por el artículo veintitrés del mismo cuerpo de leyes y no en la disposición en que se apoya la sentencia materia del grado, pues el delito investigado reúne los requisitos que configuran la coautoría: a) decisión común: entre los intervinientes ha existido decisión común de realizar la extorsión, en la que cada uno ha realizado actos parciales que ha posibilitado una división del trabajo o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) aporte esencial: el aporte individual que ha realizado cada uno de los acusados ha sido esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte, pudo haber frustrado el plan de ejecución; c) tomar parte en la fase de ejecución: cada acusado ha desplegado un dominio parcial del acontecer, la circunstancia que da precisamente contenido real a la coautoría"*[1859].

b. Es cometido por trabajador de construcción civil

La agravante se verifica hasta en dos alternativas: primero cuando el agente participa en la comisión del delito, aprovechando su condición de ser integrante de un sindicato de construcción civil. Y

[1859] Exp. N.º 3900-97-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 454.

segundo, cuando el agente e la extorsión se hace pasar como trabajador de construcción civil.

5.5. Agravante por el uso de armas de fuego o artefactos explosivos

La Ley N.° 30076 ha previsto que se agrava el delito de extorsión cuando el sujeto activo, para conseguir su finalidad, hace uso de armas de fuego o artefactos explosivos o incendiarios. Estos pueden ser un revólver, metralletas,, escopetas, o bombas caseras, etc. Se excluye otro tipo de armas como martillos, vidrios, arcos, etc. La agravante se configura aun cuando solo uno de los sujetos participantes hace uso del arma de fuego o artefacto explosivos para vencer la resistencia u oposición contraria de la víctima. El arma puede ser propia o impropia. Lo que interesa es el aumento del poder agresivo en el autor y, a su vez, la mayor intimidación que ejerce sobre la víctima.

La agravante se fundamenta en el hecho concreto de que el uso de un arma de fuego o artefacto explosivo no solo mejora la posición del agente, sino que también disminuye ostensiblemente los mecanismos de defensa del sujeto pasivo. Según la redacción de la agravante, no se exige el real uso del arma de fuego en la ejecución del delito de extorsión. Es suficiente el simple enseñar, mostrar o blandir en gesto intimidante de determinada arma de fuego o artefacto explosivo o incendiarios. No debemos soslayar que el uso del arma puede ser tanto para ejercer violencia sobre la víctima como para amenazarla, pues ambos mecanismos configuran el delito en análisis. El uso de un arma de fuego en cualquiera de estos mecanismos configura la agravante. No cabe duda de que el uso de arma de fuego o artefactos explosivos para violentar o amenazar tiene mayor poder de convicción para vencer y reducir a la víctima que la simple violencia o amenaza.

5.6. Agravantes por el resultado

a. Se causa lesiones leves a la víctima

La agravante aparece cuando el agente, con ocasión del secuestro extorsivo, ya sea con la finalidad de vencer la resistencia natural de la

víctima o para lograr su finalidad, produce lesiones leves en el agraviado. Se entiende que las lesiones para ser catalogadas como leves deben ser de la magnitud que establece en forma clara el artículo 122 del Código Penal.

Esta agravante, sin duda, es criticable debido a que no reviste mayor relevancia[1860] ni magnitud como las demás circunstancias agravantes. Por ello, la pena en esta agravante será no menor de treinta años; en cambio, si las lesiones producidas en el agraviado son graves, el responsable será sancionado con cadena perpetua.

b. *Si el rehén sufre lesiones graves durante o a consecuencia del delito*

Se configura cuando, a consecuencia del delito de extorsión, se ocasiona perjuicio a la integridad física o mental del rehén. Se entiende por lesiones graves a la integridad física o mental a aquellas que tienen la magnitud de los supuestos establecidos en el artículo 121 del Código Penal; si por el contrario, las lesiones producidas al rehén son de la magnitud de los supuestos del artículo 122, la agravante no se configura.

De la forma como aparece redactada la agravante, se entiende que las lesiones producidas en la integridad física o mental del rehén pueden ser a título de dolo o de culpa, esto es, el agente puede causarlas directamente con la finalidad, por ejemplo, de conseguir de forma más inmediata la ventaja indebida que busca con su accionar, o, en su caso, las lesiones pueden ocasionarse debido a una falta de cuidado o negligencia del agente al momento del secuestro, o cuando se está al cuidado del rehén en tanto se consigue la ventaja que motiva el accionar delictivo.

Con García Cavero[1861] sostenemos que la no mención de la previsibilidad del resultado en la agravante en hermenéutica, de modo alguno significa la utilización de un sistema de responsabilidad objetiva sino, por el contrario, las lesiones graves a la integridad física o mental del rehén deben ser, cuando menos, previstas como resultado posible.

[1860] Caro Coria, 2007, p. 278.

[1861] García Cavero, 2000, p. 137.

c. *Si el rehén fallece a consecuencia del delito*

Se verifica cuando la víctima del secuestro fallece o muere a consecuencia de la conducta desarrollada por el agente en busca de una ventaja indebida.

La muerte del rehén puede producirse a título de dolo o de culpa. Es decir, el agente dolosamente puede provocar la muerte de la víctima, por ejemplo, cuando el obligado se resiste a entregar la ventaja que los autores del hecho exigen o, en su caso, pese a que logran su objetivo de obtener la ventaja perseguida con su conducta, ocasionan la muerte del rehén con la finalidad de no ser identificados posteriormente. Asimismo, la muerte del rehén puede producirse por un actuar negligente del autor al momento del secuestro o en su caso, cuando está al cuidado del rehén en tanto el obligado hace entrega de la ventaja indebida que se le exige. Un ejemplo que grafica este último supuesto lo constituye el hecho de que los agentes dejan encerrado por varios días a su víctima en una habitación donde existe una soguilla de yute, la cual es aprovechada por el rehén para ahorcarse en la desesperación que le produce el encierro.

Igual que en la hipótesis anterior, el no hacerse mención de la previsibilidad del resultado letal no significa la utilización de un sistema de responsabilidad objetiva, pues de todas maneras se exige que la muerte del rehén sea, cuando menos, prevista como resultado posible por el agente.

Las dos últimas modalidades agravadas del delito de extorsión, también son sancionadas con la pena de cadena perpetua por disposición de la Ley N.° 28760, del 14 de junio del 2006.

6. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica objetiva y subjetivamente de extorsión será antijurídica siempre y cuando no concurra alguna causa de justificación regulada en el artículo 20 del Código Penal.

Incluso, del mismo contenido del tipo penal se advierte que para estar ante una conducta de extorsión antijurídica la ventaja exigida por el

agente deberá ser indebida, esto es, el agente no tendrá derecho legítimo para exigirlo. Caso contrario, si se verifica que el agente tuvo derecho a esa ventaja (por ejemplo, que el obligado se resistía a entregar), quizá estaremos ante una conducta típica de extorsión, pero no antijurídica.

En el ejemplo propuesto no aparecerá el delito de extorsión, pero ello no significa que el actuar violento o amenazante quede impune, pues el agente será sancionado de acuerdo al artículo 417 del Código Penal que regula la conducta punible conocida como "hacerse justicia por propia mano". En el caso que el agente haya privado de la libertad ambulatoria a una persona para exigir se le otorgue la ventaja que de acuerdo a ley le corresponde, su conducta será atípica para el delito de extorsión, pero será sancionado de ser el caso, por el delito de secuestro previsto en el artículo 152 del Código Penal.

7. CULPABILIDAD

Una vez verificado que en la conducta típica de extorsión no concurre alguna causa de justificación, corresponderá al operador jurídico verificar si el agente es imputable, si al momento de cometer el delito pudo actuar de diferente manera evitando de ese modo la comisión del delito y si, al momento de actuar, conocía la antijuricidad de su conducta. Si la respuesta es positiva a todas estas interrogantes, sin duda, se atribuirá aquella conducta al o a los agentes.

En caso que se verifique que el agente no conocía o no pudo conocer que su conducta era antijurídica, es decir, contraria a derecho, al concurrir, por ejemplo, un error de prohibición, la conducta típica y antijurídica de extorsión no será atribuible al agente.

8. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de extorsión, en su nivel básico, así como en su nivel agravado, se constituye en hecho punible complejo y de resultado. En este sentido, nada se opone a que el desarrollo de la conducta se quede en grado de tentativa.

Es lugar común en la doctrina peruana[1862] sostener que el delito se consuma o perfecciona en el momento en que se materializa la entrega por parte de la víctima de la ventaja exigida por el agente. Hay consumación cuando la víctima se desprende de su patrimonio u otorga cualquier otra ventaja a los actores, independientemente de que estos entren en posesión de la ventaja o la disfruten. En otros términos, el delito se consuma cuando la víctima otorga la 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. Nuestra Corte Suprema, por la ejecutoria del 26 de mayo de 1999, sostiene que: "*para que se consuma el delito de extorsión, es necesario que el o los agraviados hayan cumplido con todo o parte de la ventaja económica indebida, esto es, que el sujeto pasivo haya sufrido detrimento en su patrimonio*"[1863]; en tanto que por ejecutoria suprema del 24 de enero del 2000 indica en forma pedagógica que el delito: "*se consuma cuando el sujeto pasivo cumple con entregar el beneficio económico indebidamente solicitado, bastando su desprendimiento*"[1864]. Por lo demás, si llega a verificarse que el o los agentes han recibido la ventaja solicitada o incluso, dispuesto de lo recibido ilegalmente, estaremos ante un delito de extorsión agotado.

Si el desarrollo de la conducta se quiebra o corta antes de que la víctima directa o un tercero haga entrega de la ventaja indebida exigida por el o los agentes, estaremos ante una tentativa, mas no ante una conducta de extorsión consumada. Como ejemplo tenemos el hecho real de que da cuenta la ejecutoria suprema del 22 de noviembre del 2000, donde se expresa que: "*el encausado, a través de una nota amenazadora con alusión a una agrupación subversiva, requirió a los agraviados una suma de dinero, conforme es de verse en el manuscrito; que el resultado ilícito no tuvo lugar porque los agraviados se resistieron al pago, configurándose entonces el delito de extorsión en grado de tentativa, conforme a los artículos 16 y 200 del Código*

[1862] ROY FREYRE, 1983, p. 260; PEÑA CABRERA, 1993, p. 300; ÁNGELES *et al.*, 1997, T. III, p. 1325; BRAMONT-ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 368.

[1863] Exp. N.º 1552-99, **en** ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 342.

[1864] Exp. N.º 4396-99-Lima, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, 2000, Año II, N.º 4, p. 404.

Penal"[1865]. En igual sentido, se ha pronunciado la Sala Permanente del Supremo Tribunal en la ejecutoria del 7 de mayo de 2004, al considerar que: "*este delito quedó en grado de tentativa, dado que la víctima no se desprendió de su patrimonio al no haber siquiera culminado las exigencias dinerarias*"[1866]. Sin embargo, enseguida y solo con el afán evidente de confundir, el Supremo Tribunal en la misma ejecutoria concluye: "*siendo de aclarar que este delito no requiere, como en alguna ocasión se ha sostenido, que la víctima cumpla con entregar el dinero solicitado*". En verdad, no podemos intuir en forma positiva qué mensaje pretendió dejar establecido el Supremo Tribunal.

9. COAUTORÍA

Se consideran coautores a todos aquellos sujetos que forman parte en la ejecución del hecho punible, en codominio del hecho (dominio funcional del hecho). El artículo 23 del Código Penal se refiere a la coautoría con la frase: "los que lo cometen conjuntamente".

La coautoría exige la presencia de dos condiciones o requisitos: decisión común y realización de la conducta prohibida en común (división de trabajo o roles). Los sujetos deben tener la decisión común de realizar el hecho punible y sobre la base de tal decisión, contribuir con un aporte objetivo y significativo en su comisión o realización. El aporte objetivo se encuentra en una relación de interdependencia funcional asentada sobre el principio de la división del trabajo, es decir, que cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, formándose un todo unitario atribuible a cada uno de ellos[1867].

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado al respecto en el delito de extorsión. En efecto, en la ejecutoria Suprema del 7 de mayo del 2004, la Sala Penal Permanente ha fundamentado que: "*en estas condiciones, todos*

[1865] R.N. N.º 3371-2000-Huánuco, Urquizo Olaechea *et al.*, 2005, p. 484.

[1866] R.N. N.º 488-2004, Castillo Alva, 2006c, p. 62. Parecido criterio se expresa en la ejecutoria suprema del 12 de setiembre del 2013, véase: R. N. N.°1295-2012-Lima- Sala Penal Permanente.

[1867] *Vide* Hurtado Pozo, 2005, p. 875; Muñoz Conde/García Arán, 2000, p. 501; Velásquez Velásquez, 2002, p. 448; Villavicencio Terreros, 1997, pp. 144-151.

los imputados tienen la calidad de coautores, pues el conjunto de su actuación denota que planificaron y acordaron su comisión distribuyéndose los aportes en base al principio de reparto funcional de roles, sea en los preparativos y en la organización del delito, en el acto de secuestración, en la retención del menor como rehén, y en el pedido de rescate, lo que significa que todos tuvieron un dominio sobre la realización del hecho descrito en el tipo penal; que así las cosas, se concretó, de un lado, una coautoría ejecutiva parcial pues se produjo un reparto de tareas ejecutivas, y de otro lado, como en el caso de Bardales Caballero, se produjo una coautoría no ejecutiva, pues merced al reparto de papeles entre todos los intervinientes en la realización del delito, este último no estuvo presente en el momento de su ejecución, pero desde luego le corresponde un papel decisivo en la ideación y organización del delito, en la determinación de su planificación y en la información para concretar y configurar el rescate"(1868).

Con la modificatoria que se ha producido con el Decreto Legislativo N.° 982 de julio del 2007, de verificarse la coautoría en el delito de extorsión, los responsables serán sancionados a título de extorsión agravada toda vez que su conducta se subsume en el supuesto agravante previsto en el inciso a) del quinto párrafo del artículo 200 del C.P.

10. PARTICIPACIÓN

Lo expuesto de ningún modo deja sin aplicación las reglas de la participación previstas en el artículo 25 del Código Penal. Se entiende por participación la cooperación o contribución dolosa a otro en la realización de un hecho punible. El cómplice o partícipe se limita a favorecer en la realización de un hecho ajeno. Los partícipes no tienen el dominio del hecho, ello lo diferencia totalmente de las categorías de autoría y coautoría. Según el grado de contribución del cómplice, la participación se divide en dos clases:

- **Primero**, la complicidad primaria que se configura cuando la contribución del partícipe es necesaria o imprescindible, es decir, cuando sin ella no se hubiera realizado el hecho punible. Como ya hemos señalado, si el cómplice ha entregado información relevante o ha

(1868) R.N. N.° 488-2004, en CASTILLO ALVA, 2006c, p. 62.

proporcionado medios para la comisión de la extorsión según los supuestos regulados en el segundo párrafo del artículo 200, estaremos ante una complicidad primaria. También estaremos ante un supuesto de complicidad primaria cuando, por ejemplo, el partícipe conduce a la víctima con engaños a un paraje solitario en donde esperan otros que la tomarán como rehén para solicitar se les entregue una ventaja indebida. Aquí, sin la intervención de aquel, no hubiese sido posible la retención del rehén y, por tanto, los agentes no hubiesen logrado su objetivo de obtener una ventaja indebida, pues la víctima no hubiese llegado al lugar de los hechos.

- **Segundo**, la complicidad secundaria se configura cuando la contribución del partícipe es de naturaleza no necesaria o prescindible, es decir, se produce cuando sin contar con tal contribución el hecho delictivo se hubiera producido de todas maneras. Este supuesto de complicidad se configura cuando, por ejemplo, el partícipe solo se limita a vigilar para que otro sin contratiempos retenga a la víctima. Aquí la participación es prescindible, pues incluso sin la participación de aquel se hubiese consumado el delito. Igual sucede en el supuesto en el cual una persona simplemente por encargo del agente se limita a recoger el rescate del lugar donde previamente se acordó.

Otra forma de participación es la instigación prevista en el artículo 24 del Código Penal. Se configura la instigación cuando una persona dolosamente determina a otro a cometer un hecho punible. Esto es, se presenta cuando una persona, influye, persuade, paga o utiliza cualquier medio para determinar a una tercera persona extorsione a la víctima. Es decir, el instigador es quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva sin tener el dominio del hecho, circunstancia que lo distingue del coautor.

11. DIFERENCIA SUSTANCIAL ENTRE SECUESTRO Y SECUESTRO EXTORSIVO

Un pronunciamiento de la Corte Suprema sirve para graficar de forma puntual una diferencia sustancial entre el delito de secuestro y secuestro extorsivo que aún no tienen claro ciertos operadores del siste-

ma judicial. En efecto, en la ejecutoria del 7 de mayo del 2004[1869], se sostiene que: "*el delito perpetrado es el de extorsión, en su modalidad de secuestro extorsivo, y no es de secuestro, toda vez que se mantuvo como rehén al menor hijo de la agraviada a fin de obligarla a otorgar un rescate; esto es, una ventaja económica indebida para liberar al retenido, de suerte que el sujeto pasivo del delito es el titular del patrimonio atacado, el secuestrado es el sujeto pasivo de la acción que precisamente es la finalidad perseguida por el sujeto activo, lo que distingue secuestros de la extorsión en la modalidad de secuestro extorsivo, pues en este segundo supuesto la privación de libertad es un medio para la exigencia de una ventaja económica indebida, de un rescate, que es un caso especial de un propósito lucrativo genérico, lo que está ausente en el secuestro*".

12. EL DELITO DE EXTORSIÓN ESPECIAL

El legislador autor del Decreto Legislativo N.° 982, de julio del 2007, ha criminalizado la conducta que denominó "extorsión especial", por la cual la mayoría de ciudadanos estamos propensos a cometerlo, toda vez que si los gobernantes no cumplen con sus promesas o las instituciones públicas no cumplen sus objetivos propuestos en beneficio del bien común es natural que los ciudadanos salgan a las calles a protestar y exigir el cumplimiento de lo prometido por los gobernantes o exigir que se cumplan los objetivos propuestos por las instituciones públicas, quienes dicho sea de paso, se deben a los usuarios.

Exigir que el gobernante cumpla sus promesas es un derecho que franquea el sistema democrático de derecho, sistema político recogido en nuestra vigente Constitución Política del Estado. Lo contrario es de un gobierno autoritario.

En efecto, se configura el delito de extorsión especial previsto en el tercer párrafo del artículo 200 del C.P. cuando el o los agentes mediante violencia o amenaza, toman locales, obstaculizan vías de comunicación o impiden el libre tránsito de la ciudadanía o perturban el normal fun-

[1869] R.N. N.° 488-2004, **en** CASTILLO ALVA, 2006c, p. 62.

cionamiento 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:

- **Primero**, para que se configure el delito será necesario determinar si la exigencia de algún beneficio o ventaja económica es indebida. ¿Y quién se encargará de señalar si las exigencias son debidas o indebidas? Aquí el parámetro no es sólido y lesiona el principio penal de legalidad. No hay *lex certa*. De la estructura del tipo penal se advierte que se trata de un tipo penal abierto. Ello genera que para los protestantes todos sus reclamos serán *debidos* y por tanto legítimos; en tanto que para los representantes del gobierno o de las instituciones públicas, las exigencias de los protestantes serán *indebidas* y por tanto ilegítimas.
- **Segundo**, la parte final del tercer párrafo del artículo 200 del C.P. no responde al menor análisis y rompe todos los parámetros de un derecho penal mínimo y garantista, pues como cajón de sastre se prevé que igual se configura el delito si la acción del agente tiene por objeto obtener de las autoridades alguna "ventaja de cualquier otra índole". Con esta forma de legislar se concluye que así la exigencia de los protestantes es debida y, por tanto, legítima, igual se configura el delito.

De más está afirmar con el profesor Caro Coria[1870], que es criticable la equiparación de la extorsión con el despliegue de manifestaciones sociales como la toma de locales, obstaculización de vías de comunicación, etc., supuestos ya tipificados en el Código Penal como delitos de coacción, daños, contra la seguridad pública, etc.

Supuesto delictivo que consideramos solo responde a una política criminal del derecho penal del enemigo y, por tanto, coyuntural y que por ello no merece mayor comentario y de *lege ferenda* debe suprimirse por ser a todas luces inconstitucional.

[1870] CARO CORIA, 2007, p. 279.

13. EL DELITO DE EXTORSIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Otro desatino del legislador del Decreto Legislativo N.° 982 lo constituye la introducción del cuarto párrafo del artículo 200 del Código Penal[1871]. En efecto, allí se prevé que si el funcionario público con poder de decisión o el que desempeñe cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participa 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.

14. PENALIDAD

Si el caso está tipificado en el tipo básico del artículo 200, el agente 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.

En caso que los hechos se tipifiquen como extorsión especial, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si el agente es funcionario público con impedimento por el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años e inhabilitación conforme a los numerales 4 y 6 del artículo 36 del Código Penal, si la violencia o amenaza es cometida a mano armada, participan dos o más personas; o es en contra de propietarios, responsables o contratistas de ejecución de obras de construcción civil.

[1871] Criticando la incorporación de esta figura delictiva en el artículo 200 del Código Penal, *vide por* todos CARO CORIA, 2007, p. 279; GARCÍA NAVARRO, 2007a, p. 306; y AMORETTI PACHAS, 2007, p. 296.

Si el agente para lograr su objetivo mantiene de rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

Si se configuran las agravantes previstas en el sétimo párrafo, el agente será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de treinta años.

Finalmente, de verificarse las agravantes del último párrafo del artículo 200, la pena será de cadena perpetua.

15. LA PENA DE CADENA PERPETUA

Aparte de elevar desmesuradamente la pena privativa de libertad temporal, se han ampliado los supuestos delictivos que merecen pena de cadena perpetua.

Al disponer más posibilidades para imponer la pena de cadena perpetua, lo único que se evidencia en la conducta del legislador –autor de la ley–, en su desesperación por hacer frente a la demanda social, es su escaso conocimiento de las elementales teorías del Derecho Penal actual respecto a la pena y su función preventiva, protectora y resocializadora, recogida en el artículo IX del Título preliminar del C.P. Y mucho menos al parecer toma en cuenta el numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado que establece en forma contundente: "el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad". Soslayando que, tal como el Tribunal Constitucional[1872] lo ha establecido, en nuestro ordenamiento jurídico penal se ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prescribe: "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". Principio constitucional que comporta, "un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las

[1872] Fundamento 179 del la Resolución del Tribunal Constitucional del 03 de enero del 2003 (Exp. N.° 010-2002-AI/TC-Lima, Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos).

condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *quantum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos"[1873]. El supremo Tribunal Constitucional ha reiterado estos conceptos en el fundamento 26 de la sentencia del 21 de julio del 2005[1874], al establecer que las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad.

Incluso el máximo intérprete de la Constitución en forma atinada señaló en los fundamentos 182 y 183 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 010-2002-AI/TC, que de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación", como fines del régimen penitenciario, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad. La denominada "cadena perpetua" es intemporal, es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

En consecuencia, a juicio del Tribunal Constitucional[1875], el establecimiento de la pena de cadena perpetua no solo resiente al principio constitucional, previsto en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, sino también es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad. Es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su

[1873] Exp. N.° 010-2002-AI/TC, f.j. 180.

[1874] Exp. N.° 019-2005-PI/TC.

[1875] Exp. N.° 010-2002-AI/TC, ff.jj. 184, 185, 186, 187 y 188.

contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado constitucional de derecho. Asimismo, el TC considera que detrás de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación", como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual –porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado–, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad. La cadena perpetua también anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma

considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado constitucional de derecho no encuentra justificación para aplicarla.

Sin embargo, y pese a tener conceptos claros y contundentes en contra de la pena de cadena perpetua, el supremo intérprete de la Constitución no tuvo la valentía suficiente para declararla inconstitucional(1876). Esta actitud ha generado que el legislador en lugar de ir restringiendo los supuestos delictivos que merezcan tal pena, viene ampliando los supuestos en los cuales se impone la pena de cadena perpetua con la única finalidad explicable de satisfacer una demanda social ante la ola creciente de delitos de extorsión. En efecto, en la exposición de motivos de uno de los proyectos que dio origen a la Ley N.° 28760 se sostiene que: "desde hace algún tiempo la comisión de este delito ha registrado un crecimiento vertiginoso. Tanto los datos policiales como la información periodística dan cuenta de numerosos casos de secuestro y extorsión a personas de altos y bajos recursos económicos, tomando como rehenes a personas de toda edad, desde niños hasta ancianos. Situación esta que genera en la comunidad un clima de inseguridad que el Estado en su rol protector no puede permitir, debiendo recurrir a la ultima ratio para corregir este grave fenómeno criminal"(1877).

(1876) En efecto, en el fundamento 190 del Exp. N.° 010-2002-AI/TC-Lima, se estableció que el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Por ello solo se limitó a exhortar al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, establezca límites para la revisión de la cadena perpetua. Es así que el Congreso promulgó el Decreto Legislativo N.° 921 de enero del 2003, donde se estableció que la pena de cadena perpetua será revisada, de oficio o a petición de parte por el órgano jurisdiccional que la impuso, cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad, pudiendo el Juez, luego del procedimiento establecido en el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, mantener la condena o declararla cumplida ordenando la excarcelación del beneficiado. También se estableció que si el Juez decide por mantener la pena impuesta, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión. En concreto, actualmente en el Perú, la denominada pena de cadena perpetua no es propiamente tal, pues tiene un plazo determinado en el cual el Juez la revisará y si llega a la conclusión que en el condenado ha tenido efectos positivos el tratamiento penitenciario impuesto, *podrá declararla cumplida* disponiendo la excarcelación inmediata del condenado.

(1877) Proyecto de Ley N.° 14585/2005, presentado por el congresista Antero Flores-Araoz. Proyecto que propuso que a los sentenciados por el delito de extorsión no les son aplicables los beneficios penitenciarios.

16. IMPONER CADENA PERPETUA ORIGINA UN ABSURDO JURÍDICO

La Ley N.° 28760, y luego ahora el Decreto Legislativo N.° 982, de julio del 2007, dispone arbitrariamente que se imponga cadena perpetua si como consecuencia de la extorsión la víctima fallece o sufre lesiones graves en su integridad física o mental. Es decir, la muerte o las lesiones graves sobre la víctima deben ser originadas como consecuencia del suceso de extorsión. No deben ser preconcebidas ni planificadas por el agente. Esta forma de legislar resulta arbitraria, pues se dispone imponer la pena de cadena perpetua a los agentes de conductas culposas que originan un resultado dañoso.

Si, por el contrario, en un caso concreto se llega a determinar que desde el inicio el agente actuó sabiendo y queriendo la muerte o lesionar en forma grave a la víctima, no estaremos ante la agravante, sino ante un concurso real de delitos, esto es, se configurará el delito de asesinato o lesiones graves y el delito de extorsión simple. Originando que al momento de imponer la pena al autor o autores, se le aplicará la pena que resulte de la sumatoria de las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de los delitos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, pero nunca más de 35 años, según la regla prevista en el numeral 50 del Código Penal, modificado por Ley N.° 28730, del 13 de mayo del 2006. De ese modo, se impondrá cadena perpetua al agente si pudiendo prever el resultado ocasiona la muerte de la víctima o le produce lesiones graves, en cambio, será merecedor de pena privativa de libertad temporal, si el agente planifica y dolosamente causa la muerte de su víctima o le ocasiona lesiones graves después de obtener su objetivo producto de la extorsión.

El mensaje de tal forma de legislar es aterrador para los ciudadanos de a pie, a los cuales están dirigidas las normas penales para motivarlos a no cometer delitos. Absurdo jurídico que esperemos se corrija en el futuro inmediato. En efecto, como el lector se habrá dado cuenta, si el agente no ha planificado ni pensado causar la muerte o lesionar de modo grave a su víctima, queriendo solo obtener un provecho patrimonial indebido por medio de la extorsión, no obstante coyuntural u ocasionalmente los causa (ya sea con dolo o culpa), será merecedor de cadena perpetua; en cambio, si el agente ha ideado, planificado y, por tanto, quiere primero

conseguir un beneficio patrimonial indebido y luego ocasionar la muerte o lesionar de modo grave a su víctima (solo con dolo), el autor será merecedor a una pena no mayor de 35 años.

En suma, el mensaje absurdo es el siguiente: si no quieres que te sancionen con cadena perpetua, luego de conseguir el beneficio patrimonial extorsivo, dolosamente ocasiona la muerte a tu víctima o en su caso, ocasiónale lesiones graves. Este modo de legislar, en lugar de resguardar la vida de las personas, incentiva su cruel aniquilamiento.

Subcapítulo 2
Chantaje

1. TIPO PENAL

Las conductas que en conjunto reciben el *nomen iuris* de chantaje tienen su origen, según la doctrina, en Inglaterra, país que en 1861 dictó un *Bill* donde se tipificó el caso de quien mediante una amenaza escrita, hecha para inspirar al destinatario el temor de verse acusado de un crimen, obtiene del extorsionado un provecho patrimonial[1878]. En nuestra patria, su antecedente más próximo es el artículo 250 del Código Penal derogado. Actualmente, aquellas conductas aparecen tipificadas en el artículo 201 del Código Penal en los términos siguientes:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de chantaje se configura o aparece cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar o determina al sujeto pasivo a com-

[1878] Citando a RODRÍGUEZ DEVESA, 1983, p. 262; PEÑA CABRERA, 1993, p. 308.

prar su silencio, haciéndole saber que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a él o a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

Roy Freyre[1879], comentando el artículo 250 del Código de 1924, define al chantaje como el acto de intimidar a una persona haciéndole saber que está dispuesto a divulgar un hecho susceptible de causar perjuicio a ella o a un tercero con quien se encuentra estrechamente vinculada, con el propósito de decidirle a que compre su silencio al precio de una indebida concesión patrimonial; en tanto que Peña Cabrera[1880] analizando el actual Código Penal sostenía que el chantaje materialmente reside en hacer 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, tratando de determinarlo o lo determina a comprar su silencio al precio de un sacrificio pecuniario.

Con Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1881], se advierte que el delito de chantaje 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. Es decir, se le anuncia al sujeto pasivo el propósito de causarle un mal, que en este caso está referido a la publicación, denuncia o revelación de un hecho o conducta, si no hace un desprendimiento patrimonial a favor del sujeto activo.

La amenaza de divulgar, denunciar o revelar un hecho o conducta que pueda perjudicar a la víctima, trata de determinar o determina a esta a comprar el silencio del agente. Esto es, el sujeto activo solicita la entrega de un precio a cambio de no divulgar, denunciar o revelar un hecho o conducta perjudicial. Se entiende que si el agente no recibe el beneficio patrimonial que ilegalmente solicita, se causará perjuicio a la víctima con el actuar del agente.

[1879] Roy Freyre, 1983, p. 262.

[1880] Peña Cabrera, 1993, p. 311.

[1881] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 371.

Pueden presentarse dos situaciones concretas: la primera ocurre cuando el agente con el anuncio de un mal futuro trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio. Aquí el agente trata o intenta que la víctima compre su silencio. No se exige que la víctima entregue el beneficio patrimonial solicitado. Basta que el agente anuncie que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta en perjuicio de la víctima si esta no le hace entrega de un beneficio patrimonial para estar ante un delito de chantaje consumado. Y la segunda situación ocurre cuando efectivamente el agente determina o logra que la víctima le entregue un beneficio patrimonial indebido a cambio que no publique, denuncie o revele un hecho o conducta perjudicial. La diferencia entre una y otra es evidente. En la primera, el agente solo intenta o pretende que la víctima compre su silencio; en cambio, en la segunda el agente logra en forma efectiva que la víctima compre su silencio desprendiéndose de su patrimonio.

El anuncio de un mal futuro, o simplemente la amenaza que hace el agente a su víctima se traduce en los verbos rectores del tipo como el publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta perjudicial. Antes de entrar a explicar el contenido de aquellos verbos, nos parece trascendente dejar establecido que la amenaza como medio para lograr que la víctima compre el silencio del agente, requiere las condiciones generales de toda amenaza, es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal que encierra la amenaza. El sujeto pasivo debe creer que con la entrega de lo exigido por el agente, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. La entrega del patrimonio debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido de la amenaza lo constituye el anuncio de un mal, es decir, el anuncio de publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta perjudicial o desfavorable al sujeto pasivo.

Publicar es el acto de difundir por cualquier medio escrito u oral, un hecho o conducta que puede perjudicar a la víctima o a un tercero estrechamente vinculado a ella. En cambio, denunciar significa que el sujeto activo se dispone a poner en conocimiento de la autoridad policial, judicial o fiscal un hecho o conducta perjudicial para la víctima o un tercero vinculado a aquella. Finalmente, por *revelar* se entiende que

el actor se dispone a poner al descubierto o de manifiesto un hecho o conducta ignorado por los demás que de saberse puede causar perjuicio a la víctima o a un tercero estrechamente vinculado a esta.

El hecho o conducta de que su publicación, denuncia o revelación pueda causar perjuicio a la víctima, es posible que sea verdadero o falso. La verdad o falsedad del hecho o conducta es indiferente para configurar el chantaje. Basta que origine el temor en la víctima de ser perjudicado y a consecuencia de tal temor, se pretenda comprar se compre el silencio del agente para estar ante el delito de chantaje. En este sentido, François Clerc citado por Peña Cabrera[1882] sostenía: poco importa que el hecho preciso sea verdadero o falso; yo soy igualmente culpable si amenazo a una persona con revelar una sentencia condenatoria que efectivamente ha sucedido o que jamás se ha pronunciado condena alguna.

Hecho es todo acontecimiento ocurrido en la realidad que al sujeto pasivo le interesa tener en secreto. El chantaje, utilizando un hecho, sería el caso que ocurre cuando el agente al haber descubierto que su víctima es hijo adoptivo, le solicita un beneficio patrimonial a cambio de no publicar o revelar tal situación, o también cuando sabiendo el agente que el hijo de su víctima es adoptado, solicita dinero a cambio de no revelar tal circunstancia.

En tanto que conducta es toda cualidad o una forma de comportarse dentro de la comunidad que al sujeto pasivo le interesa mantener en reserva o secreto. Ocurre, por ejemplo, cuando el agente descubre que su víctima tiene preferencias homosexuales y amenaza con publicarlo, o cuando, el agente sabe que la víctima ha sido sentenciada por el delito de estafa y le amenaza con publicarlo o revelarlo si no le hace entrega de determinada cantidad de dinero.

De lo expuesto y de la forma como aparece redactado el tipo penal, el hecho punible de chantaje puede materializarse o concretarse en la realidad judicial mediante diversas conductas que por sí solas configuran el delito. Así tenemos:

[1882] Peña Cabrera, 1993, p. 313.

a. El delito de chantaje se configura o aparece cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a publicar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

b. El chantaje aparece cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a publicar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

c. El chantaje se configura cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a denunciar ante las autoridades un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

d. El chantaje aparece cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a denunciar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

e. El chantaje se configura cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

f. El delito de chantaje aparece cuando el sujeto activo dolosamente trata de determinar al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

g. El chantaje se configura cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a publicar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

h. El chantaje aparece cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a publicar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

i. El delito de chantaje se configura cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a denunciar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

j. El chantaje se configura cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a denunciar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

k. El chantaje aparece cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicarlo personalmente.

l. El delito de chantaje se configura o aparece cuando el sujeto activo dolosamente determina al sujeto pasivo a comprar su silencio, haciéndole saber que se dispone a revelar un hecho o conducta cuya divulgación puede perjudicar a un tercero con quien está estrechamente vinculado.

Finalmente, en cuanto a la tipicidad objetiva del delito de chantaje, el operador jurídico penal deberá verificar si el actuar del agente está motivado o guiado a obligar al sujeto pasivo a comprar su silencio, es decir, es necesario que el agente tenga la intención de sacar un provecho patrimonial con su conducta. Al hablar el tipo penal de "comprar el silencio" de la víctima, se entiende que esta debe pagar un precio ya sea en dinero o en especies al agente a fin de evitar la publicación, denuncia o revelación de un hecho o conducta perjudicial. Si la intención o *leit motiv* del sujeto activo no es la de obligar que la víctima compre su silencio, sino otra diferente, la figura penal de chantaje no se verifica.

2.1. Bien jurídico protegido

De la ubicación dentro del Código Penal y del contenido del tipo penal 201, se advierte que el bien jurídico protegido lo constituye el patrimonio. Sin embargo, en segundo término, también se pretende proteger la libertad individual de las personas, bien jurídico que de verificarse la conducta del chantaje se verá lesionada debido a que la víctima se ve

coaccionada mediante la amenaza o anuncio de un mal futuro a desprenderse de parte de su patrimonio para comprar el silencio del agente.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo, agente o actor puede ser cualquier persona imputable; el tipo penal no exige alguna cualidad, calidad o condición especial.

2.3. Sujeto pasivo

La víctima, el sujeto pasivo o la persona contra la que está dirigida la conducta del agente para obligarle a comprar su silencio, también puede ser cualquier persona física. El tipo penal no exige alguna cualidad especial.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal en hermenéutica jurídica se desprende que el delito de chantaje es netamente doloso, no cabe la comisión culposa o imprudente. Esto es, el agente actúa con conocimiento y voluntad de hacer saber a su víctima que se dispone a publicar, denunciar o revelar un hecho o conducta perjudicial para esta o un tercero estrechamente vinculada con ella, con el propósito específico de determinarlo a comprar su silencio a cambio de una prestación patrimonial indebida.

Roy Freyre[1883], comentando el código derogado enseña que el dolo en el delito de chantaje consiste tanto en la conciencia de que se hace saber a otro que se está dispuesto a hacer la divulgación de un hecho potencialmente perjudicial, como también en la voluntad de decidir al agraviado a que le compre su silencio.

Aparte del dolo, también se exige un elemento subjetivo adicional denominado "ánimo de lucro", es decir, la intención de obtener un beneficio patrimonial que motiva o impulsa el accionar del agente. Si en la conducta desarrollada no hay intención de obtener un beneficio patrimonial, el delito no se configura por falta de tipicidad subjetiva.

(1883) ROY FREYRE, 1983, p. 266.

4. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica etiquetada como chantaje será antijurídica siempre y cuando no concurra alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 del Código Penal. Si se verifica la concurrencia de alguna de ellas como puede ser el consentimiento de la víctima o un estado de necesidad justificante, la conducta será típica, pero no antijurídica.

5. CULPABILIDAD

La conducta típica y antijurídica de chantaje será atribuible personalmente a su autor, siempre que este sea imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufra de alteración mental que le haga inimputable; que al momento de actuar haya tenido la posibilidad de actuar de acuerdo a ley y no cometer el chantaje y finalmente, se verificará si el agente al momento de actuar conocía que su accionar era antijurídico.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La figura delictiva del chantaje se perfecciona o consuma con el solo anuncio del agente que se dispone a publicar, denunciar un hecho o conducta perjudicial si la víctima no le compra su silencio. La frase "trata de determinarlo" sustenta el argumento expuesto. Aquella frase orienta al operador jurídico en tal sentido. Basta que el agente intente o trata de hacer que la víctima le compre su silencio para estar frente al chantaje consumado. Para la consumación no interesa que la víctima se desprenda de su patrimonio ni que el agente reciba el beneficio patrimonial indebido. Es suficiente que se anuncie la divulgación de un hecho o conducta perjudicial.

Siendo así, jurídico-penalmente no es posible que se presente la figura de la tentativa en el delito de chantaje.

En el mismo sentido, Roy Freyre[1884] enseña que no es necesario, para la plena configuración delictiva, que el agraviado por temor a las consecuencias perjudiciales, haya pagado el precio del silencio referido

[1884] Roy Freyre, 1983, p. 266.

en el texto comentado. En verdad, ni siquiera es indispensable que el sujeto pasivo se haya sentido constreñido a tomar la decisión de comprar el silencio. Basta para el perfeccionamiento, según nuestra ley, con que el actor tratare de determinar a que su mutismo le fuera comprado por la víctima, sea que lo consiga o no. En forma parecida, opinan Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1885].

7. PENALIDAD

El agente del delito de chantaje será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y unido a ella, será merecedor a la pena limitativa de derechos consistente en ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

[1885] BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 372. Igual ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1330; y PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 281.

Capítulo VIII
USURPACIÓN

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Tipo básico:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Modalidades de usurpación. 3.1. El inciso primero del artículo 202 del C.P. 3.2. El inciso segundo del artículo 202 del C.P. 3.3. El inciso tercero del artículo 202 del C.P. 3.4. 3.4. Inciso cuarto del artículo 202° del C.P. 4. Tipicidad subjetiva. 5. Antijuridicidad. 6. Culpabilidad. 7. Tentativa. 8. Consumación. 9. La usurpación: delito instantáneo o permanente. 10. Penalidad. **Subcapítulo 2: Usurpación de aguas:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Bien jurídico protegido. 2.2. Sujeto activo. 2.3. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 3: Usurpación agravada:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 2.1. Agravantes por los medios empleados. 2.2. Agravantes por el número de agentes. 2.3. Agravantes por la calidad del inmueble. 2.4. Afectando la libre circulación en vías de comunicación. 2.5. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales. 2.6. Abusando de su condición de funcionario o servidor público o de la función notarial o arbitral. 2.7. 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. 3. Penalidad.

Subcapítulo 1
Tipo básico

1. TIPO PENAL

El delito de usurpación tiene su antecedente legislativo en el artículo 257 del Código Penal de 1924. La autonomía de la figura delictiva encuentra su explicación en la naturaleza misma de los bienes sobre los cuales recae la acción del o los agentes, es decir, sobre los bienes inmuebles. Es técnicamente inapropiado y materialmente imposible hablar de "sustracción de un inmueble" o también jurídicamente no resulta apropiado hablar de "usurpación de bienes muebles". El derecho penal

ha creado la figura de la usurpación que se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia, amenaza, actos ocultos, engaño o abuso de confianza despoja, destruye linderos o turba la posesión pacífica que tiene su víctima sobre un bien inmueble.

En nuestra normativa jurídica, las conductas que en conjunto conforman el hecho punible denominado "usurpación", aparece redactado en el artículo 202 del Código Penal, el mismo que fue modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 30076, publicada el 19 agosto del 2013. Aquí antes de continuar, debemos advertir que en las ediciones anteriores del presente trabajo, considerábamos que para perfeccionarse el delito de usurpación era condición indispensable que la víctima del delito este en posesión o tenencia del inmueble objeto del delito. Si ello no se acreditaba el delito no aparecía. Asimismo, se sostenía que la forma comisiva de violencia solo debía estar dirigida sobre las personas y no sobre las cosas. No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley N.° 30076, cuyo contenido de la fórmula legislativa de usurpación ha sido modificado, tales planteamientos también deben ser cambiados. Incluso, tal como enseña el profesor Reátegui Sánchez, la discusión que se presentaba en la doctrina y jurisprudencia sobre aquellos temas, ha concluido con la entrada en vigencia de la Ley N.° 30076[1886]. Aún cuando podemos tener nuestros reparos con los cambios legislativos producidos, al tratarse de una obra de dogmática penal, no queda otra alternativa que hacer hermenéutica jurídica de la ley vigente.

Precisado tal aspecto, se tiene que con la modificación del Código Penal introducida por la Ley N.° 30076, el contenido del artículo 202° es el siguiente:

> 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.

[1886] REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, II, p. 828.

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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La principal diferencia entre el delito de usurpación con las demás figuras delictivas que atacan también el patrimonio conformado por los bienes con valoración económica de las personas, radica en que la usurpación ataca la posesión o propiedad sobre los bienes de naturaleza inmueble. Es decir, solo aquellos bienes que tienen la calidad de inmuebles son susceptibles de ser usurpados. Jurídicamente es imposible usurpar un bien mueble.

Al explicar el delito del hurto hemos dejado establecido que recurriendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Castellana, encontramos que *bien* es toda cosa útil y beneficiosa que atrae nuestra voluntad. Son términos sinónimos: "beneficio, riqueza, don, valor, hacienda, caudal, recursos". En suma, se puede concluir que "bien" indica cosas con existencia real y con valor patrimonial para las personas.

Teniendo claro qué significa "bien", ahora corresponde determinar qué se entiende por "bien inmueble". Todos hemos aprendido en el curso de "Derechos reales" dictado en forma obligatoria en las Facultades de Derecho de las principales universidades del país, que la primera diferencia entre bienes muebles e inmuebles radica en que los primeros son movibles o transportables de un lugar a otro por excelencia, véase por ejemplo el contenido del artículo 886° del C.C., en tanto que los segundos, no pueden ser objeto de transporte, son inamovibles, al respecto véase el contenido del artículo 885° del Código Civil.

En este sentido, bien inmueble constituirá todo bien con existencia real y con valor patrimonial para las personas que no pueden ser trans-

portados de un lugar a otro; no son movibles. Pueden ser de naturaleza pública o privada.

En consecuencia, para nuestro derecho penal se utiliza el concepto de bien inmueble en su acepción amplia a diferencia del derecho privado que de acuerdo al Código Civil recoge la acepción restringida, pues no utiliza como base para conceptuar bien inmueble al elemento "no transportabilidad o inamovilidad". Así por ejemplo, en el inciso 4 del artículo 885 del C.C[1887]. se indica que las naves y aeronaves son bienes inmuebles cuando bien sabemos que se tratan de bienes fácilmente transportables. Sin embargo, como indica Fernando de Trazegnies Granda[1888], tal clasificación no es arbitraria, responde a una racionalidad muy estricta, tanto como la que informaba la distinción entre bienes *mancipi* y *rec mancipi* del derecho romano. Si pensamos que la preocupación fundamental del legislador –continúa el citado autor– ha sido la seguridad de las transferencias y garantías, nada tiene de extraño que las naves y aeronaves –aunque son transportables par *excéllence*– sean tratadas igual que los predios, porque son bienes que pueden ser dados en garantía sin necesidad de una entrega física, ya que, como pueden ser registrados y considerados que no son fácilmente ocultables, resulta difícil que un deudor de mala fe los haga desaparecer. Por consiguiente, la clasificación efectuada es buena.

Así se ha pronunciado la doctrina nacional: la ley penal solo se refiere a aquellos bienes que por su naturaleza o por accesión física, son considerados inmuebles; de tal modo que será inmueble, a los fines de la usurpación, toda cosa que no sea susceptible de transportarse de un lugar a otro, por estar efectivamente quieta, firme y fija en un determinado sitio[1889]. Posición diferente asume el juez supremo Javier Villa Stein[1890], al sostener que se deben considerar bienes inmuebles, los que así señala el derecho civil peruano.

[1887] Antes de ser derogado por la 6° disposición final de la Ley N.° 28677 del 01 de marzo del 2006. Ley de la garantía mobiliaria.

[1888] Bienes, naturaleza y romanos, trabajo recogido en AVENDAÑO VALDEZ, 1988, p. 346.

[1889] PEÑA CABRERA, 1993, p. 326; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 373.

[1890] VILLA STEIN, 2001, p. 177.

2.1. Bien jurídico protegido

El interés fundamental que el Estado pretende proteger con la tipificación de los comportamientos delictivos de usurpación lo constituye el patrimonio de las personas, más específicamente el pacífico y tranquilo disfrute de un bien inmueble, entendido como ausencia de perturbación en el ejercicio de la posesión o de cualquier otro derecho real sobre el mismo, en este último caso, con la modificación introducida por la Ley N.° 30076, implica que la víctima esté o no en posesión del inmueble.

Antes de la modificatoria producida por la citada ley, la jurisprudencia mayoritaria exigía que la victima ostente la posición o la simple tenencia del bien inmueble para producirse la usurpación. Como ejemplo de esta posición jurisprudencial, tenemos los siguientes precedentes:

- *"En el delito de usurpación, el bien jurídico protegido es la posesión, mas no la propiedad, la cual debe dilucidarse en la vía correspondiente"*[1891].
- *"El delito de usurpación no solo protege el dominio que se ejerce sobre el inmueble sino propiamente el ejercicio de 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 202 del Código Penal"*[1892].
- *"Para la configuración del delito de usurpación se requiere que el sujeto agraviado haya ejercido posesión del bien y que al momento del evento haya sido despojado por el agente infractor mediante el uso de la violencia, el engaño o el abuso de confianza; que en el caso de autos no se han dado tales presupuestos y, por ende tampoco ha ejercitado acto posesorio alguno sobre el inmueble submateria, a tenor de su propia versión de la agraviada ya glosada, además se ha establecido durante la secuela del proceso que los inculpados ingresaron al local comercial al haber sido dejado abandonado*

[1891] Ejecutoria suprema del 24-08-1989, Expediente N.° 534-98-Lima, **en** *Anales Judiciales*, Año judicial 1989, T. LXXVII, 1993, p. 162.

[1892] Ejecutoria suprema del 28-01-1999, Expediente N.° 3536-98-Junín, **en** *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 1, N.° 1, Trujillo, 1999, p. 361.

y con el fin de salvaguardar sus bienes patrimoniales"[1893]. Sentencia que fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Superior de Huaraz, por resolución del 2 de diciembre de 1997 en los siguientes términos: *"que el tipo exige para su concreción como medios para el despojo el empleo de 'violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza', es así que está acreditado que al mes de julio de mil novecientos noventa y seis, en que supuestamente se verificó la acción delictiva, Clotilde Castillo Dueñas no detentaba la posesión física o tenencia del bien inmueble submateria, por lo que no ha sido destinataria de los medios señalados por la ley, para ser excluida o desplazada de posesión que no detentaba"*[1894].

– *"Es esta clase de delitos no importa la calidad de propietario que pueda tener el agraviado toda vez que el bien jurídico protegido es la situación de goce de un bien inmueble y el ejercicio de un derecho real"*[1895].

No obstante, con la modificación introducida desde agosto del 2013, la ley ha cambiado y, por tanto, haciendo dogmática penal, la jurisprudencia también debe cambiar en la interpretación respectiva. Ahora sin duda alguna con la usurpación se protege el derecho de propiedad sin condición alguna. Esto es, se protege así el propietario esté o no en posesión o tenencia del inmueble. De modo que el simple derecho de propiedad aparece protegido con la tipificación del delito de usurpación[1896]. Aquel que ingresa a un predio o inmueble público o privado comete delito de usurpación así aquel tenga la apariencia de abandonado.

Actualmente, sin duda alguna se tipifica como delito de usurpación el siguiente hecho: *se le imputa a Ernesto Gamboa Dios, en su calidad de Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, la comisión de los delitos entre otros Usurpación, en agravio de Aurelia Acuña Suárez, toda vez que el día veintinueve de abril del dos mil diez, siendo las ocho horas con treinta minutos, con apoyo de efectivos de serenazgo y con presencia de la Notaria de la*

[1893] Sentencia de primera instancia del 01-09-1997 **en** el Expediente N.° 449-96.

[1894] Expediente N.° 497-97-Huaraz, ambas resoluciones **en** *Serie de Jurisprudencia*, N.° 1, p. 532 y 533.

[1895] Resolución superior del 21-12-1998-Lima, Expediente N.° 4860-98 **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, III, p. 346.

[1896] Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, II, p. 772.

Provincial de Contralmirante Villar, se constituyó en el inmueble ubicado en la avenida Grau N.° 524- Zorritos, ordenando el descerraje e ingresando para según manifiesta recuperar un "local municipal abandonado", disponiendo que los bienes que se encontraban al interior del inmueble sean guardados en la cochera municipal de la Municipalidad Provincial de Contralmirante Villar, bienes de propiedad de la agraviada Aurelia Acuña Suárez, quien era posesionaria del inmueble en mérito a un contrato de alquiler con la comuna con una antigüedad de doce años aproximadamente[1897].

2.2. Sujeto activo

El agente o sujeto activo de las conductas delictivas etiquetadas con el *nomen iuris* de usurpación, puede ser cualquier persona, incluso el verdadero propietario del bien inmueble en el supuesto que haya entregado la posesión de su inmueble a un tercero y después haciendo uso de los medios típicos de usurpación despoja o perturba el tranquilo disfrute de aquel tercero sobre el inmueble o en todo caso, ingresa clandestinamente al inmueble aprovechando la ausencia del poseedor.

2.3. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo de la acción delictiva en hermenéutica jurídica puede ser cualquier persona con la única condición que al momento de la ejecución del delito, esté gozando de la posesión mediata o inmediata o tenencia del inmueble o en su caso, gozando del ejercicio normal de un derecho real, independientemente que este en efectiva posesión o tenencia del inmueble. Nada se opone que sujeto pasivo pueda ser una persona jurídica.

3. MODALIDADES DE USURPACIÓN

3.1. El inciso primero del artículo 202 del C.P.

Aquí se recogen dos conductas que se diferencian por los medios empleados por el agente con la finalidad de adueñarse, apropiarse, que-

[1897] Hecho real que sirvió de base a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, para dictar la casación vinculante N.° 259-2013-Tumbes, de fecha veintidós de abril del dos mil catorce.

darse o adjudicarse el total o parte de un inmueble vecino. Si bien para alterar o destruir los linderos, el agente puede hacer uso de la fuerza o violencia, esta debe estar dirigida a las cosas. Caso contrario si la violencia se efectúa contra las personas, no aparece estos supuestos delictivos sino se configura el delito de usurpación en sus modalidades previstas en el inciso 2 del artículo 202 del C.P.:

a. Destruir los linderos de un inmueble para apropiarse de todo o parte

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente con la firme intención de apropiarse, adueñarse o adjudicarse del todo o parte de un inmueble, destruye sus linderos. Esto es, el autor o actor con la finalidad de lograr su objetivo, la cual es adjudicarse, apoderarse o quedarse con todo o parte de un inmueble, destruye, aniquila, demuele, rompe o derriba la marcación o señal que sirve de lindero del inmueble.

La figura delictiva es susceptible de ser cometida tan solo por el agente que tiene la posesión de un inmueble vecino o colindante del inmueble invadido de la víctima. El agente colindante con la intención de adueñarse del inmueble vecino destruye las señales que conforman el lindero o límite del terreno.

Peña Cabrera[1898], citando a los argentinos Núñez, Soler y Fontán Balestra, enseñaba que el sujeto activo requiere la calidad especial de vecino. Pareciera que la ley contradice esta afirmación al consignar la frase "el que (...)", denotando generalidad, sin embargo, no es así, porque en el caso específico, al referirse a "linderos", lógicamente, se está dirigiendo a quienes de una u otra manera son poseedores o tenedores de un inmueble, por consiguiente, vecinos o colindantes del bien inmediato al suyo; de no ser así, quien destruye los signos exteriores de limitación, sin contar con las facultades posesorias sobre el bien "favorecido", no podrá apoderarse del todo o parte del bien usurpado, o lo que es lo mismo, no podrá prolongar la posesión de un predio que no posee. Recordemos que la sola remoción de signos exteriores, sin el ánimo de apropiarse, nos ubicaría frente al delito de daños.

[1898] PEÑA CABRERA, 1993, p. 349.

b. Alterar los linderos de un inmueble para apropiarse de todo o parte

Este comportamiento delictivo se configura cuando el agente o autor con la firme intención de apropiarse, adueñarse o atribuirse el total o parte de un inmueble, altera, cambia, modifica, desplaza o mueve de su lugar, las señales o marcas que le sirven de lindero.

Igual que la conducta anterior, esta solo se realiza o perfecciona por un autor que tiene un inmueble colindante con el de la víctima.

El lindero son las señales naturales o artificiales, pero siempre de carácter material, cuya finalidad es servir de demarcación permanente a los límites de un predio. Pueden ser: cercos de piedras o de adobes, de material noble, alambrados, mojones, estacas, árboles, etc. No interesa si estos objetos materiales están ubicados en forma continua o discontinua, siempre que cumplan su objetivo demarcatorio(1899). Como la acción del agente de destruir o alterar está dirigida al lindero o límite del inmueble, hay quienes sostienen que el objeto material de aquellos delitos es el lindero, sin embargo, la destrucción o alteración del lindero solo es un medio para atacar el verdadero objeto material del delito, el cual es el inmueble vecino.

En suma, para estar ante el supuesto delictivo de destrucción o alteración de linderos debe acreditarse en forma específica y concreta tales linderos, caso contrario, si no hay instrumento idóneo que origine su deslinde, o la partición o división o individualice los terrenos que corresponden tanto al sujeto activo como al supuesto agraviado, el delito de usurpación no aparece, debiendo en su caso el que se considere perjudicado, recurrir a la vía extrapenal a ventilar su mejor derecho(1900).

3.2. El inciso segundo del artículo 202 del C.P.

El inciso 2 del artículo 202 del Código Penal regula como delito la acción de despojar, no obstante, por la misma construcción de la fórmula

(1899) ROY FREYRE, 1983, p. 317; PEÑA CABRERA, 1993, p. 348; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1334; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 375.

(1900) En el mismo sentido, véase la Resolución superior del 22-01-1998, Expediente N.° 419-96-Huaraz, **en** *Serie de Jurisprudencia* N.° 1, AMAG., 1999, p. 535.

legislativa se prevé varias conductas que se diferencian por los medios empleados por el agente para lograr su objetivo, el cual es despojar a la víctima total o parcialmente de la posesión o tenencia o del ejercicio de un derecho real de un bien inmueble.

Antes de describir el modo de evidenciar las diferentes formas de despojar a otro del todo o parte de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, consideramos necesario explicar qué se entiende por despojo, posesión, tenencia y ejercicio de un derecho real.

a. Despojar

Este término en la redacción del tipo penal tiene la condición de verbo rector de la conducta punible. Se le entiende como la acción por la cual el agente despoja, quita, arrebata, desposee o usurpa el inmueble o el ejercicio de un derecho real del sujeto pasivo.

Nuestra doctrina entiende al despojo desde dos perspectivas. Una pone el acento en la idea de desposesión y entiende por despojo todo arrebato a una persona de la posesión, tenencia o ejercicio de un derecho real[1901]; otro sector, vincula el concepto al disfrute de un derecho, luego despojo significa la supresión o privación del goce al titular de un bien inmueble[1902]. Desde ambas conceptualizaciones, la posesión ilícita resulta ser la consecuencia del despojo. De ello, podemos inferir que la realización del despojo genera una situación de afectación del derecho de posesión o del ejercicio de un derecho real sobre un inmueble que se mantiene en el tiempo[1903].

El despojo puede concretizarse en la realidad, ya sea que el autor o agente invada el inmueble, se mantenga en el inmueble en contra de la voluntad del legítimo poseedor o tenedor o ya sea, expulsando del inmueble al legítimo poseedor o tenedor. El despojo puede ser sobre la totalidad del inmueble perteneciente al sujeto pasivo o parte de él. Al

---

[1901] ROY FREYRE, 1983, p. 314; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 376; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1335.

[1902] PEÑA CABRERA, 1993, p. 335.

[1903] MAZUELOS COELLO, 1995, p. 121.

referirse el tipo penal a que el despojo puede ser de una parte del inmueble, se entiende que habrá usurpación así se despoje a la víctima unos cuantos centímetros de su inmueble. En el desempeño de nuestra labor como representante del Ministerio Público, hemos tenido oportunidad de ser testigo de excepción de largos y voluminosos procesos, donde el objeto del delito instruido ha sido un borde de un camino o un canal de regadío, es decir, unos pocos centímetros de ancho y otros no muchos de largo. En este tipo de juicios, es más costoso el proceso que el valor mismo del inmueble usurpado.

> *Lo que se persigue y sanciona en la comisión del delito de usurpación, no es la propiedad, sino el despojo de la posesión en forma violenta o con la utilización del engaño o la astucia o el que altera linderos o los destruye o también el que turbe la posesión, presupuestos a que se refiere el artículo doscientos dos del Código Penal vigente*[1904].

b. Posesión

Para entender lo que significa posesión para nuestro sistema jurídico no queda otra alternativa que recurrir al artículo 896 del Código Civil. Aquí se prevé que: "la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad". Es decir, por la posesión las personas gozan de hecho de uno o más atributos inherentes al derecho real de propiedad sobre un bien inmueble. Al poseedor siempre se le presume propietario del bien en tanto no se le demuestre lo contrario (artículo 912 del C.C.).

En otros términos, con el recordado Peña Cabrera[1905] podemos concluir que la posesión viene a ser el despliegue de algunas de las facultades del derecho de propiedad, en mérito al poder de hecho que se tiene sobre el inmueble, estándole restringido solo la facultad de disposición que sí la tiene el propietario aun cuando se le presuma como tal mientras no se le pruebe lo contrario.

[1904] Resoluciones Superiores del 03-06-1999, Expediente N.° 98-264-Ica y del 23-08-1999, Expediente N.° 97-52-Ica.

[1905] Peña Cabrera, 1993, p. 336.

Aquí, cabe reiterar el principio que el derecho penal constituye el último recurso (*ultima ratio*) del que se vale el poder estatal para proteger ciertos bienes jurídicos considerados condiciones fundamentales de la vida en sociedad. Sin embargo, esta protección no es indiscriminada, es decir, un mismo bien jurídico no se protege contra todas las conductas o formas de lesión, sino que, el sistema selecciona ciertas conductas de ataque que estima especialmente peligrosas, tipificándolas como delito. Este es el caso de la posesión, la misma que no se protege penalmente de todas las formas de conductas lesivas, si no tan solo de algunas de ellas. Así, conforme al inciso 2 del artículo 202 del C.P. solo se protege la posesión cuando la conducta que la lesiona o pone en peligro ocurre por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza. De no concurrir alguno de estos elementos típicos, la protección a la posesión debe buscarse en vía distinta a la penal.

La posesión puede ser inmediata o directa y mediata o indirecta. Será inmediata cuando el poseedor se encuentre en posesión directa del inmueble, en tanto que será mediata cuando el poseedor no esté en directa posesión del inmueble, sino que lo tenga al cuidado de un tercero (servidor de la posesión) u ocupando otro lugar, constantemente realice actos de disposición sobre aquel. Ambos tipos de posesión pueden ser afectados por el delito de usurpación.

El precedente jurisprudencial del 15 de diciembre de 1998 da cuenta de un caso real por el cual se lesionó la posesión mediata de un inmueble: *"que en el caso de autos, ha quedado debidamente acreditado que si bien la agraviada no domiciliaba en el bien sub litis, sí venía ejerciendo la posesión de dicho inmueble a través de actos de disposición, constituido por todas las construcciones efectuadas en el mismo, por orden suya, constatadas en la inspección ocular realizada por el Juzgado (...) no pudiendo alegar el encausado que desconocía este hecho, pues conforme es de verse del escrito de petición de garantías que efectúa este ante la Prefectura de Lima, con fecha (...), el día en que decide tomar posesión del bien sub litis, esto es –según sus propios términos– (...), encontró a la agraviada en el mismo, abriendo zanjas para realizar construcciones; siendo así, está debidamente acreditado el proceder doloso del*

encausado, quien pese a las negativas de aquella, –quien llamó a la policía y a Serenazgo de la Molina– días después tomó la posesión de dicho lote"[1906].

c. Tenencia

Para saber qué se entiende por tenencia o simple detentación en nuestro sistema jurídico, igual como ocurre con la posesión, debemos recurrir al artículo 897 del Código Civil donde se regula que: "no es poseedor quien, encontrándose en dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas". Es decir, por la tenencia, una persona tiene el ejercicio efectivo de uno a más atributos del derecho de propiedad sobre un inmueble, sin podérsele presumir como propietaria, pues ella ya reconoce tal condición en otra persona.

Al interpretar el artículo glosado, la doctrina Civil se refiere a la figura del servidor de la posesión, la misma que es una situación posesoria a la que sirve y con la que se relaciona sin llegar a encarnarla. Su posición jurídica no es la de un poseedor inferior –como ocurre con la fórmula de la posesión mediata o inmediata–, sino la de un detentador que, no siendo poseedor, no es exclusiva o absolutamente un extraño a la posesión. Como enseña Hernández Gil, falta en el servidor un poder decisorio que corresponde al poseedor[1907].

En definitiva, el tenedor es un simple servidor de la posesión, pues tal como lo establece taxativamente el artículo 912 del C.C., no se le puede presumir como propietario debido a que aquel reconoce el derecho de posesión o propiedad en otra persona. Allí radica la principal diferencia entre posesión y tenencia para nuestro sistema jurídico aun cuando en doctrina la polémica entre los seguidores de los alemanes Savigni y Ihering es inagotable.

Como ejemplo de tenencia, podemos citar la situación que surge a consecuencia de una relación laboral entre el propietario y la persona que

---

[1906] Expediente N.º 3239-97 (5c)-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, III, p. 358.

[1907] Citado por AVENDAÑO VALDEZ, 1988, p. 127.

cuida el inmueble denominado comúnmente "guardián". Aquí el guardián, quien tiene la posesión directa del inmueble es un simple tenedor, pues de acuerdo a la relación laboral, este reconoce a su contratante como propietario y poseedor mediato del inmueble. La posesión queda por entero en el propietario que ostenta una posición de autoridad respecto del servidor, que es un subordinado o dependiente.

d. Ejercicio de un derecho real

El despojo puede producirse o materializarse cuando la víctima está en pleno ejercicio, práctica o ejecución de un derecho real surgido a consecuencia de la ley o de un contrato. Los derechos reales, aparte de la posesión, que pueden afectarse con el delito de usurpación por despojo, son la propiedad, el usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, etc.

Todos los derechos reales podrán ser lesionados con el delito de usurpación independientemente que aquellos derechos estén o no unidos con el de posesión o tenencia. Antes de la modificación producida con la Ley N.° 30076, se explicaba que era condición *sine qua non* del delito que el sujeto pasivo esté en pleno y efectivo ejercicio o disfrute de algún derecho real. Es decir, por ejemplo, el propietario debe a la vez estar en posesión inmediata o mediata del bien inmueble, caso contrario, si se verifica que el propietario no estaba en posesión de su inmueble, sino que lo tenía por decir, en abandono, era jurídicamente hablando, imposible que se configure el delito de usurpación. En tal caso, se recomendaba, el propietario debía recurrir a las normas civiles para recuperar o reivindicar su propiedad. El derecho penal nada tenía que hacer ni decir en tales supuestos. Sin embargo, con la modificación producida con la Ley N.° 30076, tales argumentos ya no operan. Actualmente, no es una exigencia *sine qua non* que la víctima esté en posesión mediata o inmediata del bien del cual puede ser, incluso, propietario. Ahora así el inmueble esté en abandono, y es prácticamente invadido, el propietario o el que se considera su posesionario legítimo, podrá denunciar a los invasores por usurpación.

En este contexto, se configurará el delito de usurpación cuando un propietario aprovechando que su inquilino se fue de viaje y dejó sola la

vivienda objeto de arrendamiento, pretextando falta de pago de la merced conductiva ingresa de la vivienda y cambia los seguros de las chaspas de la puerta de ingreso. Es más, en este supuesto, se presenta un concurso ideal entre el delito de usurpación y delito hacerse justicia por propia mano, situación que se resolverá recurriendo al artículo 48 del C.P. y al principio de aplicación de la ley penal denominado absorción.

Teniendo claro los conceptos precedentes, podemos ahora explicar cada una de las conductas punibles previstas en el inciso 2 del artículo 202 del C.P.

e. *Despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o el ejercicio de un derecho real haciendo uso de la violencia*

El comportamiento delictivo se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o fuerza física, despoja al sujeto pasivo de la posesión o tenencia del total o una parte de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

La violencia, conocida también como *vis absoluta*, *vis corporalis* o *vis phisica*, está representada por la fuerza material que actúa sobre el cuerpo de la víctima, por ejemplo, para arrebatarle o despojarle su inmueble.

Consiste en una energía física ejercida por el autor sobre la víctima o sobre las cosas según lo previsto en el último párrafo del modificado artículo 202° del Código Penal. El autor o agente recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificultan el despojo. En otros términos, uno de los medios para consumar el despojo es la violencia o fuerza física que el agente despliega sobre las personas para vencer la resistencia que oponen o impedir la que puedan oponer a la ocupación que aquel procura, pero también comprende la fuerza que despliega sobre las bienes que le impiden o dificultan la penetración invasiva o el mantenimiento de su ocupación exclusiva (p. ej., cambiar las cerraduras)[1908].

[1908] CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Editorial ASTREA, 6ª ed., Buenos Aires, 1998, pp. 559 y 560.

Nuestra Corte Suprema ha precisado que, incluso, antes de la modificatoria producida en el 2013, la violencia que se aplicaba en el despojo de inmuebles muy bien podía alcanzar a las cosas. De modo que en nuestro sistema jurídico actual constituye doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente: "*si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo 202 del Código Penal, son conductas violentas realizadas para despojar de la posesión al sujeto pasivo, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no armoniza con la finalidad de la norma, pues permitiría que aquel que destruye las puertas o seguros del acceso al inmueble para despojar de la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cae en el absurdo de no considerar como parte para el despojo de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc., bajo el pretexto de que la violencia para despojar de la posesión solo puede ser ejercida contra las personas. Por lo tanto, este Supremo Tribunal considera que debe entenderse que aún antes de la modificatoria legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso 2, del artículo 202 del Código Penal, puede ser ejercida contra las personas como contra los bienes integrantes del inmueble de modo que con ella se despoje de la posesión del mismo*"[1909].

f. Despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o el ejercicio de un derecho real por medio de amenaza

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente haciendo uso de la amenaza a intimidación, logra despojar a la víctima de la posesión o tenencia total o parcial de su inmueble o del ejercicio de un derecho real.

La amenaza consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarla. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz. La intimidación es una violencia psicológica. Su instrumento no es el despliegue de una energía física sobre el sujeto pasivo, sino el anuncio de un mal. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique.

[1909] Cfr. Casación vinculante N.° 259-2013-Tumbes, de fecha veintidós de abril del dos mil catorce, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

El mal a sufrirse de inmediato o mediatamente puede constituirse en el daño de algún interés de la víctima que le importa resguardar, como su propia persona, su honor, sus bienes, secretos o personas ligadas por afecto, etc.

Para evaluar y analizar el delito de usurpación, se tendrá en cuenta el problema de la causalidad entre la acción intimidante y el acto de despojo, la constitución y las circunstancias que rodean al sujeto pasivo. En ese sentido, consideramos que no es necesario que la amenaza sea seria y presente. Solo será necesario verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto. El juzgador no debe hacer otra cosa sino determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo su aceptación de salir del inmueble, evitaría el daño anunciado y temido. La gravedad de la amenaza debe medirse por la capacidad de influir en la decisión de la víctima de manera importante. El análisis tendrá que hacerse en cada caso que la sabia realidad presenta.

Aquí es necesario precisar que la amenaza en la usurpación solo se producirá sobre las personas. Es imposible jurídicamente que exista amenaza sobre las cosas. Esta imposibilidad jurídica existe, claro está, hasta que nuestro legislador decida lo contrario. Recuérdese que antes, la violencia en la usurpación operaba solo sobre las personas, hasta que el legislador taxativamente ha legislado que la violencia sobre las cosas también constituye elemento objetivo de usurpación.

g. Despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o el ejercicio de un derecho real por engaño

Este comportamiento delictivo se configura cuando el autor o agente por medio del engaño, logra despojar total o parcialmente, a la víctima de la posesión, tenencia de su inmueble o del ejercicio de un derecho real.

Se define al engaño como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. 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 de la posesión o tenencia al sujeto pasivo. El engaño puede no ser un ardid, bastando que sea una simple mentira de la cual se vale el agente para inducir a error a la víctima y despojarlo de todo o parte de su inmueble[1910].

h. Despojar a otro, total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble o el ejercicio de un derecho real abusando de la confianza

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente, abusando de la confianza otorgada por la víctima le despoja del total o parte de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.

Por abuso de confianza se entiende el mal uso que hace el agente de la confianza que ha depositado la víctima en su persona. O mejor, el agente logra en principio ganarse la confianza y buena fe de la víctima, para luego traicionarlo y despojarlo de la posesión o tenencia de un inmueble. Roy Freyre[1911] enseña en forma pedagógica que la víctima resulta, así, despojada de la posesión del inmueble por no haber tomado las precauciones contra un malhechor que aparentaba merecer fe.

Para graficar con un caso real esta modalidad delictiva tenemos la resolución superior del 11 de mayo de 1998. Aquí se argumenta: *"que la forma como adquirió este derecho real fue por la confianza que depositó en su persona la agraviada quien le brindó alojamiento en dicho inmueble mientras laboraba como albañil y hasta que pudiera conseguir un lugar donde vivir, que tal circunstancia es plenamente reconocida por el acusado; que siendo así, el sentenciado ha procedido a trastornar el título por el cual le fue entregada la posesión del bien inmueble toda vez que lo poseyó para efectuar reparaciones en él siendo que actualmente pretende erigirlo ilegítimamente como un bien sujeto a garantía real en su favor, siendo irrelevante para la configuración del tipo y la reprochabilidad de su conducta los móviles que alega con el único afán de enervar su responsabilidad penal"*[1912].

[1910] PEÑA CABRERA, 1993, p. 340.

[1911] ROY FREYRE, 1983, p. 315.

[1912] Expediente N.º 16111-98-Lima, **en** ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, III, 1999, p. 359.

Por otro lado, el acto de abuso de confianza debe ser preciso y concreto, caso contrario, el delito no se evidencia, tal como da cuenta el precedente jurisprudencial emitido por la Sala Mixta de la Provincia de Camaná-Arequipa, el 30 de diciembre de 1998: *"Conforme denuncia fiscal que corre a fojas catorce, se atribuye a Ana Simeona Retamozo Rubio, con abuso de confianza, haber despojado a Telmo Simeón Cáceres Falcón, el predio rústico Ninaspata, ubicado en el distrito de San José de Ushua (...) Que en la denuncia no se especifica en qué consiste dicho abuso de confianza, privándose de contenido el objeto de instrucción misma, al ignorarse qué conducta realizó la procesada (así, por ejemplo, haber sido dejada al cuidado del bien para, aprovechando esa coyuntura, asumir la posesión, no dejando ingresar al poseedor anterior); que conforme a la preventiva del propio agraviado (...) entre ambos no habría mediado ningún tipo de confianza, al punto que, no obstante ser esposos, declara no tener amistad, ni enemistad ni parentesco alguno con la procesada, de lo cual se infiere que no pudo existir abuso de confianza; a mayor abundamiento, siempre considerando la preventiva del agraviado, los hechos habrían ocurrido sin mediar ninguna de las modalidades de conducta que prevé el Código Penal para la comisión de este ilícito, pues la procesada simplemente habría ingresado y cultivado en el predio sin haber utilizado para ello violencia, o amenazado a alguien, engañado o abusado de la confianza de quien en ese momento se encontraba en posesión del referido inmueble*[1913].

3.3. El inciso tercero del artículo 202 del C.P.

Este inciso prescribe una conducta por la acción misma del agente, el cual es realizar actos perturbatorios a la pacífica posesión que tiene el agraviado sobre el inmueble. No obstante, dependiendo de la forma empleada por el agente para lograr su objetivo de perturbar, turbar o alterar la pacífica posesión del inmueble por parte de la víctima, puede materializarse hasta por dos modalidades. Perturbar la posesión con el uso de violencia y perturbar con el uso de amenaza.

[1913] Expediente N.º 13-14-98, **en** ARMAZA GALDÓS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 271.

Antes de explicar el contenido de las dos modalidades, es necesario determinar el contenido real de lo que significa "perturbación de la posesión", así como determinar y contestar una interrogante básica: ¿en este supuesto también la violencia necesariamente tiene que ser sobre las personas o es posible que sea también sobre las cosas?

a. Se entiende por perturbación de la posesión, todo acto ejecutivo material realizado por el agente con la finalidad o intención de alterar o turbar la pacífica posesión que tiene la víctima sobre un bien inmueble. Aparece el delito si se perturba el derecho real de posesión de un inmueble más no la simple tenencia. En consecuencia, de verificarse en un caso concreto que la turbación es a la pacífica tenencia de un inmueble, no hay delito pues la conducta es atípica para nuestro sistema penal.

   Es lugar común en la doctrina nacional considerar a la turbación de posesión como la realización de actos materiales que, sin despojar al poseedor, interrumpen o alteran el pacífico uso y goce de la posesión de un inmueble. La acción del agente reside en restringir el ejercicio pleno de la posesión, pero sin interesarle su despojo u ocupación total o parcial del inmueble[1914]. Este dato es fundamental al momento de calificar una conducta como acto de perturbación de la posesión. El agente solo debe tener como finalidad última el solo molestar o alterar la pacífica posesión que tiene el sujeto pasivo.

   En cambio, si en un caso concreto el operador jurídico verifica que el agente por medio de actos de turbación pretende conseguir al final el despojo total o parcial del inmueble, estaremos ante un caso de tentativa del delito de usurpación en la modalidad prevista en el inciso segundo del artículo 202 del Código Penal.

b. En cuanto a la interrogante básica de si el uso de la violencia necesariamente tienen que ser sobre las personas o es posible que sea también sobre las cosas, la respuesta no es pacífica en la doctrina.

[1914] ROY FREYRE, 1983, p. 319; PEÑA CABRERA, 1993, p. 352; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1337; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 377.

En efecto, se tiende a sostener que en todos los supuestos de usurpación regulados en el artículo 202 el uso de la violencia tiene que ser sobre las personas y no sobre las cosas. Interpretación que no puede aceptarse debido a que en el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 202, muy bien el agente haciendo uso de la violencia sobre las cosas puede perturbar la pacífica posesión del inmueble. Aquí el agente haciendo uso de violencia fractura, por ejemplo, el candado o chapa de seguridad de la puerta de ingreso o haciendo uso de violencia todas las noches produce golpes sobre la pared del inmueble que ocupa la víctima, etc.

Si la violencia es dirigida solo y siempre sobre las personas, no será posible que el supuesto previsto y sancionado en el inciso 3 del artículo 202 se configure. En efecto, en la realidad no encuentro un supuesto (ni siquiera hipotético) en el cual el agente haciendo uso de la violencia sobre la persona de la víctima, le perturbe la posesión de un inmueble. No es posible sostener que en un caso concreto, el agente haciendo uso de la violencia, lesionó la integridad física de la víctima con la finalidad de perturbar la pacífica posesión del inmueble. Nadie puede alegar racionalmente que alguien le ha agredido (además que la agresión debe ser constante por determinado período) para perturbar la pacífica posesión de su casa. Jurídicamente, si una persona por medio de la violencia realiza agresiones físicas en forma constante a otra con la finalidad que sea, será imputado cualquier otro delito menos el de usurpación en su modalidad de turbación de posesión. Si ello se produce, el operador jurídico calificará este hecho como delito de coacción, lesiones o faltas contra la persona. Ello dependerá de la magnitud de la agresión.

En esta línea camina la Corte Suprema. Así, en la ejecutoria suprema del 29 de mayo del 2007[1915], la Sala Penal Permanente, resolviendo un recurso de queja extraordinario, sostuvo que: "*se advierte la existencia de una presunta infracción constitucional del principio de legalidad penal –referida a los supuestos de tipicidad del inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal– por cuanto la violencia a que se refiere el tipo penal según*

[1915] Queja N.º 60-2007-Arequipa.

jurisprudencia uniforme de este Supremo Tribunal no siempre tiene que ser ejercida contra la persona, también puede ser sobre las cosas".

Es más, ante las diversas interpretaciones jurisprudenciales que se venían dando, en los estrados judiciales, al inciso tres del artículo 202 del Código Penal, la Suprema Corte ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente: "*en este orden de ideas, si lo que se busca criminalizar mediante la tipificación del artículo doscientos dos del Código Penal son conductas violentas que turben la posesión, el restringir el medio comisivo a la persona física que posee el bien inmueble no se condeciría con la finalidad de la norma pues permitiría que aquel que destruye los accesos o seguros para el acceso del inmueble para turbar la posesión del mismo quede fuera del alcance punitivo de la norma penal, cayendo en el absurdo de no considerar como turbador de la posesión a quien destruye la puerta de ingreso, el candado, las cerraduras, etc. So pretexto de que la violencia que turba la posesión sólo puede ser ejercida contra las personas. Consecuentemente, debe entenderse que aún antes de la modificatoria por vía legislativa, la violencia a la que hace referencia el inciso tres del artículo doscientos dos del Código Penal puede ser ejercida tanto contra personas como contra objetos o cosas integrantes del inmueble de modo que se turbe la posesión del mismo*". Doctrina jurisprudencial con la cual estoy plenamente de acuerdo.

Turbar la posesión de un inmueble haciendo uso de la violencia

La modalidad delictiva aparece cuando el agente, haciendo uso de la violencia o fuerza física sobre las cosas que forman parte del inmueble de la víctima, le turban o alteran la posesión pacífica. El agente solo busca limitar o restringir la pacífica posesión del inmueble que goza el poseedor. No es posible el uso de la violencia sobre la víctima con la finalidad de perturbar la pacífica posesión de su inmueble. Como ya hemos señalado, aparece este supuesto cuando, por ejemplo, el agente, haciendo uso de la violencia, fractura el candado o chapa de seguridad de la puerta de ingreso, o haciendo uso de violencia todas las noches produce golpes sobre la pared del inmueble que ocupa la víctima, o corta los cables de energía eléctrica o corta los caños de agua potable para evitar que la víctima reciba aquellos recursos, etc.

No obstante, con Peña Cabrera[1916] debemos dejar establecido que las simples molestias al poseedor o la privación de ciertas comodidades serán insuficientes para materializar el delito. Los actos perturbatorios deben ser de cierta magnitud y constantes que pongan en real peligro o lesionen el bien jurídico protegido.

b. Turbar la posesión de un inmueble utilizando la amenaza

El comportamiento delictivo se configura cuando el agente haciendo uso de la amenaza o intimidación en contra de la víctima, perturba o altera la pacífica posesión de su inmueble. Este supuesto solo se verifica cuando la amenaza va dirigida a las personas, quienes por tener sentimientos pueden ser intimidadas fácilmente, en cambio, las cosas de modo alguno pueden ser intimidadas. Se verificará este supuesto cuando la víctima teniendo su jardín frente a su vivienda, el agente que vive en la vivienda vecina le amenaza en forma constante que le soltará sus perros bravos si hace actos de cultivo en el citado jardín. Aquí el agente restringe o limita el uso del jardín por medio de amenaza.

En fin, las resoluciones superiores del 14 de julio y 28 de diciembre de 1998, sirven para evidenciar que el derecho vivo y actuante sabe percibir cuándo estamos ante estos supuestos. En aquellas resoluciones se argumenta: "*que, tal como se señala en el inciso tercero del artículo doscientos dos del Código Penal, para la configuración del delito de usurpación en su modalidad de turbación de la posesión, se exige que el agente, realice actos materiales, que sin despojar al poseedor, suponen una limitación de la pacífica posesión de un inmueble, siendo los medios para realizar la turbación la violencia o amenaza*"[1917].

3.4. Inciso cuarto del artículo 202° del C.P.

La Ley N.° 30076 ha modificado el contenido del artículo 202 del Código Penal y ha introducido el inciso cuarto, donde se regula como

[1916] Peña Cabrera, 1993, p. 352.

[1917] Expedientes N.os 2940-98-Lima y 3733-98-Lima, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán III, 1999, pp. 368 y 370.

delito de usurpación hasta dos supuestos fácticos. Estos tienen en común que la víctima o sujeto pasivo de la conducta no se encuentre en posesión o tenencia del inmueble. Se entiende que cuando la víctima se encuentra en posesión mediata o inmediata del inmueble no podrá perfeccionarse estas modalidades delictivas. Se regula dos modalidades claramente diferenciables:

a. **Ingresa ilegítimamente a un inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor.**- Este supuesto delictivo se perfecciona cuando el sujeto pasivo del acto ilícito no se encuentra en posesión mediata o inmediata del inmueble. Aquel se encuentra ausente del predio. Circunstancias propicia que aprovecha el o los agentes para ingresar al predio sin tener derecho alguno y quedarse en él. Para ello se hace uso de actos ocultos o clandestinos. Se dan casos en la realidad que de un momento a otro el o los agentes se posesionan del inmueble.

   Con esta fórmula legislativa se busca sancionar penalmente a los que actúan en situación de clandestinidad, esto es, sancionar a quienes ingresan en forma ilegítima y clandestina a un predio ajeno con intenciones de quedarse y adueñarse. Clandestino es aquello que se hace a escondida del propietario o poseedor del inmueble, aprovechándose de las circunstancias que este no está presente en el predio. Consideramos que la finalidad de la introducción de esta modalidad al catálogo penal, lo constituye el hecho de enfrentar el problema de las invasiones, pues estas se caracterizan básicamente por el ingreso clandestino a una propiedad ajena.

   El verbo rector del supuesto delictivo es el ingresar, que consiste en introducirse a un lugar o pasar de afuera hacia adentro de un lugar determinado. Es claro que el ingreso clandestino no requiere otra modalidad comisiva como lo es la violencia, amenaza o fraude, simplemente se sanciona el aprovechamiento que hace el agente de la situación de ventaja en que se encuentra al momento de ingresar y tomarse un predio para sí, perjudicando de ese modo el derecho

real del verdadero y legítimo propietario o poseedor que en ese momento no se encuentra presente en el predio[1918].

b. **Ingresar ilegítimamente a un inmueble, con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse.**- Con esta fórmula legislativa se busca sancionar penalmente a quienes ingresan en forma ilegítima y clandestina a un predio ajeno con intenciones de quedarse y adueñarse. Clandestino es aquello que se hace a escondida del propietario o poseedor del inmueble, asegurándose que quien tenga derecho a oponerse, desconozca de dicho ingreso al predio. Muchas veces, las usurpaciones se producen de manera sistemática al punto que el propietario o poseedor o sus representantes toman conocimiento días después cuando el inmueble está totalmente invadido.

No está demás indicar el delito de usurpación se configura así los propietarios o legítimos poseesores recuperen el inmueble de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 920 del Código Civil. En efecto, el citado numeral del Código Civil modificado por el artículo 67 de la Ley N.° 30230[1919], prescribe como defensa posesoria extrajudicial lo siguiente: "El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria

---

[1918] Cfr. El delito de usurpación. Acciones para contrarrestar las invasiones, Anglas Lostaunau, Carlos, en Rev. Jurídica, Suplemento de análisis legal, El Peruano, 03-02-2015.

[1919] Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años.

La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad.

En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código".

De modo que se tiene hasta 15 días luego de conocida la usurpación, para que el propietario o poseedor legítimo desaloje su inmueble con el apoyo de los efectivos de la Policía Nacional y las Municipalidades. La ley es clara, los 15 días corren desde la fecha en que el propietario o poseedor afectado con los actos delictivos, toma real conocimiento del hecho ocurrido en su perjuicio. Los 15 días no corren desde que ocurrió la invasión sino desde que el afectado toma conocimiento de tal hecho.

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

Según la redacción del tipo penal 202, y tal como sucede con todos los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico *patrimonio*, las modalidades de usurpación son de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión culposa o imprudente. Si por ejemplo, se altera o destruyen los linderos del inmueble colindante y por negligencia o desconocimiento se sobre pasa al terreno vecino, el delito de usurpación no aparece. En este supuesto, a lo más se verificará si los daños ocasionados al lindero sobrepasan en su valor económico las cuatro remuneraciones mínimas vitales, en cuyo caso se atribuirá a su autor el delito de daños.

En el supuesto previsto en el inciso 1 del artículo 202 del C.P., el agente actúa con conciencia y voluntad de alterar o destruir los linderos de un inmueble con la intención de apoderarse de todo o parte de aquel. En este supuesto, aparte del dolo, debe verificarse otro elemento subjetivo adicional como es el *animus* de apropiarse, esto es, la intención

de adjudicarse o adueñarse total o parcialmente del inmueble vecino. Si esta intención no se evidencia en el actuar del agente, la conducta típica de usurpación en la modalidad de alteración o destrucción de linderos no aparece.

En el segundo supuesto, el agente actúa con conciencia y voluntad de hacer uso de la violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza para lograr el despojo de su inmueble a la víctima. En cambio, en el supuesto de perturbación, el agente actúa con conciencia y voluntad de realizar actos de violencia o amenaza que perturben la pacífica posesión que el sujeto pasivo tiene sobre el inmueble, siempre y cuando no haya intención de lograr el despojo del inmueble. Si se verifica que la real intención del agente es la de lograr el despojo del inmueble y solo se quedó en actos perturbatorios, estaremos ante una tentativa del delito de usurpación en su modalidad de despojo. *Y en el último supuesto el agente actúa conociendo perfectamente que lo hace con actos ocultos o clandestinos.*

En suma, *"si bien es cierto que el elemento objetivo del delito de usurpación se cumple con la materialización del despojo o perturbación de la posesión, también lo es que, adicionado a ello, debe darse el elemento subjetivo del tipo que se encuentra en la conciencia y voluntad de despojar a otro de la posesión; en tal sentido, para consumar el delito de usurpación, es preciso que la ocupación –en sentido estricto– sea material y efectiva, y que desde el primer momento se realice con el propósito de mantenerse en el inmueble usurpado, con el goce de los beneficios del poseedor, siendo irrelevante el lapso que dure tal situación de ofensa al bien jurídico"*[1920].

5. ANTIJURIDICIDAD

Una vez que se ha verificado que en determinado comportamiento concurren todos los elementos objetivos y subjetivos exigibles, corresponderá al operador jurídico verificar si concurre alguna causa de justificación que haga permisiva aquella conducta o en su caso, descartar dicha posibilidad.

[1920] Ejecutoria suprema del 17-09-1996, Expediente N.º 2584-96-B-Lima, **en** *Normas Legales*, T. 255, agosto, 1997, p. A-25.

En un hecho típico de usurpación en su modalidad de despojo, puede concurrir la causa de justificación denominada "obrar en el ejercicio legítimo de un derecho", prevista en el inciso 8 del artículo 20 del Código Penal. En efecto, si determinada persona haciendo uso de la amenaza, engaño, abuso de confianza o por medio de actos ocultos recobra su inmueble que le ha sido desposeído, habrá actuado en el ejercicio legítimo de un derecho que le otorga el artículo 920 del Código Civil modificado por el artículo 67 de la Ley N.° 30230. En tal supuesto habrá tipicidad pero no será una conducta antijurídica.

También puede presentarse la justificante de obrar con el consentimiento del sujeto pasivo regulado en el inciso 10 del artículo 20 del C.P.: "*Si se ha acreditado que el procesado estuvo ocupando con anterioridad parte del inmueble en forma pacífica y con el consentimiento de la agraviada, no concurren los elementos del delito de usurpación*"[1921]. En igual sentido, puede concurrir la causa de justificación prevista en el inciso 9 del artículo 20 del C.P., esto es, obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. "*Al advertirse que los hechos se produjeron por disposición de lo resuelto por el órgano jurisdiccional competente, que estableció el desalojo del inmueble, llevado a cabo por el asistente judicial con apoyo de la fuerza pública, los mismos no tienen la calidad de antijurídicos al estar amparados en resolución judicial*"[1922].

6. CULPABILIDAD

Aquí es factible que se presenten supuestos de error de prohibición; esto es, que el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica al momento de actuar por error desconozca la antijuridicidad de su conducta, como sería el caso que el agente alterara los linderos del predio vecino en la creencia errónea que su propiedad le alcanza unos metros más o cuando el sujeto activo, propietario, haciendo uso del engaño despojara del inmueble a su arrendatario en la creencia errónea que tiene derecho a actuar de ese modo para recuperar la posesión de su inmueble ante la negativa de retirarse de aquel.

[1921] Resolución superior del 19-06-1998, Expediente N.° 1415-98-Lima, ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, p. 354.

[1922] Resolución superior del 20-10-1998, Expediente N.° 628-98B-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 312.

7. TENTATIVA

Las conductas típicas previstas en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo 202 del C.P., es posible que se queden en el grado de tentativa. Habrá tentativa, por ejemplo, cuando el agente con la firme intención de despojar del inmueble al sujeto pasivo, haciendo uso de la violencia o la amenaza, realiza actos perturbatorios de la posesión, no logrando aún el despojo por intervención de la autoridad competente o, cuando el agente con la intención de apropiarse de parte de un predio vecino comienza o está destruyendo los linderos, sin embargo, por intervención oportuna de la autoridad no logra realmente destruir o desaparecer el lindero.

Como precedente judicial de tentativa de usurpación cabe citarse la resolución superior del 16 de junio del 2000, en la cual se esgrime que: *"se imputa a los encausados haber participado en el evento ocurrido el día 17 de junio del año mil novecientos noventa y siete, oportunidad en la cual habrían pretendido desalojar a los agraviados de la posesión que ejercía sobre el inmueble (...), causando daños materiales en el mismo; que, los vestigios de actos violentos que fueron hallados durante la constatación policial efectuada el día nueve de junio del citado año, conforme se detalla a fojas (...), evidencian que dichos actos de violencia tuvieron como finalidad despojarlos de la posesión del citado predio, sin lograr el resultado objetivo perseguido, lo cual permite colegir que respecto al delito de usurpación, no nos encontramos antes el delito consumado, sino frente a actos que indican el comienzo en la ejecución del mismo"*[1923].

En cambio, el último supuesto típico de perturbación de la posesión no admite la tentativa.

8. CONSUMACIÓN

El supuesto previsto en el inciso primero del artículo 202 del C.P. se consuma con la total destrucción o alteración de los linderos que delimita el predio que se pretende adjudicar el sujeto activo. Para perfeccionarse el delito no se requiere que el agente realmente logre apropiarse o adueñarse de todo o parte de un inmueble. Basta que se acredite que el

[1923] Expediente N.º 4967-99 **en** ROJAS VARGAS, 2002, p. 639.

agente destruyó o alteró los linderos con la firme intención de hacerse dueño del predio vecino.

El delito llega a su consumación con la destrucción o alteración de los linderos del predio, sin necesidad de que el apoderamiento perseguido haya sido logrado por el agente(1924).

Los supuestos delictivos, previstos en el inciso segundo del artículo 202, se consuman o perfeccionan en el momento en que se logra el real despojo total o parcial de la posesión, tenencia o el ejercicio de un derecho real de un inmueble al sujeto pasivo. El despojo tiene que ser en forma directa al real y actual posesionario del inmueble. Si no hay posesión o simple tenencia sobre el inmueble, no habrá despojo con connotación del delito de usurpación.

"El delito de usurpación en la modalidad de despojo se consuma cuando el autor arrebata la posesión de un inmueble a la persona del agraviado utilizando para tal fin medios violentos, amenazas, engaño o abuso de confianza, debiendo ser ellos suficientes y eficaces a fin de distorsionar la propia voluntad del sujeto pasivo"(1925).

En caso que haya despojo, por ejemplo, del derecho de propiedad sin que el propietario haya estado en actual posesión mediata o inmediata del inmueble, el delito en hermenéutica jurídica no aparece. Presentándose en tal supuesto un conflicto que debe ventilarse en la vía extrapenal.

Para mejor entender lo expuesto, el derecho vivo y actuante da cuenta de un hecho concreto y real por resolución superior del 21 de diciembre de 1998, en la cual se afirma: *"que, conforme se aprecia de la copia certificada que obra a fojas seis, de la constatación efectuada por efectivos policiales de la Delegación Policial, dicho inmueble se encontraba completamente vacío, el día doce de febrero de mil novecientos noventa y seis, lo cual es corroborado con la declaración preventiva de la agraviada, obrante a fojas cuarenta, quien indica*

(1924) ROY FREYRE, 1983, III, p. 318. En parecido sentido BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 375; ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1334; y VILLA STEIN, 2001, p. 180.

(1925) Resolución superior del 17 de junio de 1998, Expediente N.º 5001-97-Lima, en ROJAS VARGAS/BACA CABRERA/NEIRA HUAMÁN, 1999, p. 356.

que al adquirir el referido inmueble, este se encontraba habitado por la familia Shimabukuro, y luego lo mantuvo desocupado; (...) Que, por consiguiente, no se ha acreditado fehacientemente que los acusados hayan utilizado violencia o amenaza para obtener la posesión del inmueble materia de litis, asimismo, tampoco se ha corroborado que se haya producido despojo alguno"(1926).

Los supuestos previstos en el inciso 3 del artículo 202 del C.P. se consuman en el mismo momento en que se da inicio a los actos perturbatorios de la pacífica posesión que goza el sujeto pasivo de la conducta prohibida. Igual posición expone Ángeles Gonzáles y otros(1927) cuando concluye que el delito se consuma con la realización del acto perturbatorio, a través de la violencia o amenaza, restringiendo o limitando, de este modo, la pacífica posesión.

En tanto que se perfecciona o consuma el supuesto introducido por la Ley N.° 30076, cuando el agente o sujeto activo del delito logra ingresar realmente al inmueble, mediante actos ocultos, en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse. De modo que si pese a realizar todas las acciones para ingresar al inmueble, este ingreso no se produce, el hecho se quedara en tentativa.

9. LA USURPACIÓN: DELITO INSTANTÁNEO O PERMANENTE

Bien sabemos que en doctrina por la forma de consumación de los delitos de resultado, se distinguen entre permanentes e instantáneos. Es decir, existen delitos de consumación inmediata o instantánea (por ejemplo, homicidio, lesiones, estafa) y otros de consumación permanente (por ejemplo, el secuestro, omisión de asistencia familiar, pertenecer a asociación ilícita para delinquir, etc.).

Los primeros se caracterizan por ser de forma inmediata la realización total del delito; en cambio, los delitos permanentes se caracterizan por prolongarse el momento consumativo. En este último, se mantiene

(1926) Expediente N.° 4929-98, **en** Rojas Vargas/Baca Cabrera/Neira Huamán, 1999 p. 351.

(1927) Ángeles *et al.*, 1997, III, p. 1337.

en el tiempo la situación antijurídica creada por el sujeto, lo cual permite sostener la realización permanente del injusto[1928].

Teniendo en cuenta que por el delito de usurpación el agente se mantiene en posesión ilícita de un inmueble, creando una afectación a la lícita posesión que tenía el sujeto pasivo antes del despojo, afectación que se mantiene en el tiempo, ha dado origen a que en doctrina por largo tiempo se haya discutido vivamente y en forma nada pacífica, si el delito de usurpación es de naturaleza permanente o instantánea. Esta discusión originó jurisprudencia contradictoria en casos parecidos; factor que ha contribuido sin lugar a dudas a deslegitimar la justicia penal ante el común de los ciudadanos. Pues según se considere a la usurpación como delito permanente o instantáneo tendrá efectos trascendentes y totalmente diferentes en la realidad respecto de la participación, concurso de delitos, actualidad de las causas de justificación y sobre todo, en los plazos de prescripción.

En efecto, en cuanto a los términos de la prescripción tenemos que si se considera delito permanente, el tiempo de la prescripción de la acción penal recién comenzará a operar desde el momento que el agente devuelva la posesión del inmueble a la víctima, dado que con este acto cesa la permanencia (inciso 4 del artículo 82 del C.P.). En tanto que si se considera delito instantáneo, el plazo de prescripción comienza a operar desde el momento que se logra el despojo de la posesión, pues con ello se consuma el delito (inciso 2 del numeral 82 del C.P.). En consecuencia, si para un sector de operadores jurídicos constituye delito permanente y para otro, constituye delito instantáneo, sin duda, se emitirán resoluciones judiciales contradictorias en casos parecidos que el sentido común aconseja debieran tener también resoluciones judiciales parecidas.

En la doctrina peruana, Peña Cabrera[1929], basándose en las ideas del español Quintero Olivares, sostenía que la usurpación como todo delito permanente supone la producción de una ofensa al bien jurídico que se mantiene en el tiempo –generando una especie de "estado antijurídico"– hasta tanto el sujeto activo decida su cesación o se vea

[1928] MAZUELOS COELLO, 1995, p. 119.

[1929] PEÑA CABRERA, 1993, pp. 329 y 345.

compelido a ella. El estado consumativo se prolonga en el tiempo mientras dure la situación de ofensa al bien jurídico. Igual posición tenían Bramont-Arias Torres y García Cantizano en su manual de la edición de 1994[1930]. No obstante, en la edición de 1997 su posición es diferente.

En cambio, el sector mayoritario al cual nos adherimos, basados en el pensamiento del argentino Sebastián Soler, considera que se trata de un delito instantáneo, pues el estado de desposesión creado por la realización del delito no puede ser imputado como consumación, sino como un efecto de este. En otros términos, ahora Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1931] enseñan que se trata de un delito instantáneo en la medida en que la acción de despojo representa ya por sí misma la lesión del bien jurídico, mientras que la posible posesión posterior del bien que mantenga el sujeto activo constituirá un simple acto de agotamiento del delito.

Esta última tendencia tiene perfecta aplicación para nuestro sistema jurídico, toda vez que en la redacción del inciso 2 del artículo 202 del C.P. el legislador nacional ha puesto énfasis en el acto mismo del despojo, no importando para efectos de la consumación que la desposesión se mantenga en el tiempo. Desde esta perspectiva, tenemos que el tipo penal del delito de usurpación se realiza con el despojo mediante actos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza. Esta realización trae como consecuencia la situación de desposesión del inmueble para el titular del derecho. La posesión ilícita del nuevo ocupante no es comprendida como despojo, sino como una nueva relación de disfrute del inmueble poseído. Objetivamente el despojo se materializa en un solo momento mediante los actos típicos de violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza; es decir, el despojo se da en un instante no es de realización permanente; lo que sí se produce es una situación de desposesión que se mantiene en el tiempo; se crea un estado distinto al anterior al despojo. En suma, el despojo en sí mismo se produce en un solo momento, no se mantiene en el tiempo[1932].

[1930] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 283.

[1931] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 377.

[1932] *Vid.* Mazuelos Coello, 1995, p. 123.

Esta posición ha calado en la jurisprudencia nacional, al punto que la Suprema Corte en Sala Plena, ha emitido la siguiente jurisprudencia vinculante u obligatoria: *"El delito de usurpación es de realización instantánea, siendo suficiente para su consumación el despojo de la posesión o la afectación de un derecho real"*. La ponencia que sustentó la aprobación de la citada jurisprudencia normativa correspondió al señor juez supremo, Hugo Sivina Hurtado, quien sostuvo que los delitos permanentes, son aquellos que se caracterizan por prolongarse en el tiempo el momento consumativo, como ocurre, por ejemplo, con el delito de secuestro previsto en el artículo ciento cincuenta y dos del Código Penal en el que se mantiene en el tiempo la situación antijurídica ("privación de la libertad"), creada por el agente. Sin embargo, como lo han precisado en Alemania, Jescheck, y en España Mir Puig, la característica fundamental del delito permanente y que permite diferenciarlo de otras creaciones de situaciones ilícitas que se mantienen en el tiempo, pero que no se comprenden en dicha categoría, es que el mantenimiento del estado antijurídico de cierta duración creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, implicando que dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. Situación que no se presenta en la usurpación que se consuma inmediatamente de producido el despojo[1933]. Sin duda, esta jurisprudencia normativa tiene su antecedente más cercano en el acuerdo producido en el Pleno Jurisdiccional realizado en noviembre de 1998 en la ciudad de Ica, en el cual 50 Jueces Superiores integrantes de Salas Especializadas en lo Penal con la presencia de algunos Jueces Supremos, acordaron "por mayoría menos nueve votos, que el delito de usurpación debe ser reputado instantáneo de efectos permanentes"[1934].

[1933] Semanario Judicial Vistos, Lima, 29-12-1999, p. 8. Respecto de este precedente debemos indicar que no tiene el mismo carácter vinculante al que sí lo tienen los precedentes jurisprudenciales que luego se han dictado, toda vez que no tenemos noticias que haya sido publicado en *El Peruano* o en la página web del Poder Judicial. Sin embargo, sirve de parámetro de interpretación

[1934] *Vid.* Conclusiones Plenos Jurisdiccionales 1998, 1999, p. 137.

No obstante, mucho antes la Suprema Corte se pronunció en este sentido, como nos dan cuenta las siguientes ejecutorias supremas:

- *"Tanto el delito de usurpación como el de abuso de autoridad son de comisión instantánea"(1935).*
- *"Que, para establecer si el mismo es instantáneo o permanente, es menester recurrir en principio a la descripción que hace la ley penal tanto en el Código Penal abrogado como en el vigente, observándose que su característica esencial es el despojo de la posesión o tenencia de un bien inmueble; que siendo así es fácil colegir que el momento consumativo se perfecciona en el acto de despojo y la ulterior posesión ilícita constituye efecto del mismo"(1936).*
- *"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"(1937).*
- *"El delito de usurpación es de comisión instantáne*a, el mismo que se materializa en el momento de la posesión"(1938).

En suma, para nuestro sistema jurídico, y sobre todo para efectos jurisprudenciales, el delito de usurpación es de comisión instantánea. El precedente antes indicado así lo tiene establecido.

10. PENALIDAD

El agente de cualquiera de las modalidades delictivas analizadas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

(1935) Ejecutoria suprema del 06-07-1992, Expediente N.º 435-91-B-Lima, **en** ROJAS VARGAS, 1999, p. 457.

(1936) Ejecutoria suprema del 25-09-1992, comentada por MAZUELOS COELLO, 1995, p. 117.

(1937) Ejecutoria suprema del 19-07-1994, Expediente N.º 696-93-B-Arequipa, **en** ROJJASI PELLA, 1997, p. 186.

(1938) Ejecutoria suprema del 21-11-1995, Expediente N.º 3847-95-Lambayeque, **en** ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 348.

Subcapítulo 2
Usurpación de aguas

1. TIPO PENAL

Las figuras delictivas a las que en conjunto se denomina usurpación de aguas tienen su antecedente legislativo en el numeral 258 del código derogado; actualmente aparecen redactadas en el tipo penal 203 del Código Penal en los términos siguientes:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

En la construcción del tipo penal se observa que el legislador ha hecho uso de tres verbos rectores: desviar, impedir y utilizar. Estos tres verbos sirven para concluir que el tipo penal recoge tres conductas punibles.

Aparece la primera conducta ilícita penal, cuando el agente o sujeto activo con la intención de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero desvía, aparta o separa el curso de las aguas públicas o privadas en perjuicio del sujeto pasivo.

El segundo comportamiento punible se perfecciona o aparece cuando el agente o sujeto activo, con la finalidad de obtener un provecho patrimonial indebido para sí o para un tercero, impide, obstruye u obstaculiza que las aguas públicas o privadas corran por su cauce natural o artificial y lleguen a su destino, causando de ese modo un perjuicio al sujeto pasivo. Aquí el agua debe ser corriente o fluida de manera que el agente haciendo uso de los medios necesarios para detenerla, represando por ejemplo, le impide el recorrido del cauce normal que debe seguir.

En tanto que el tercer supuesto aparece o se evidencia cuando el agente o sujeto activo con la finalidad de obtener un provecho económico ilícito para sí o para un tercero, hace uso o utiliza las aguas públicas o

privadas, en una cantidad mayor de la debida, causando de esa forma un perjuicio al sujeto pasivo. No les falta razón a Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1939], al enseñar que el presupuesto de esta hipótesis delictiva es que el sujeto activo tenga derecho a utilizar o disponer de una determinada cantidad de agua. El comportamiento se configura cuando se emplea una cantidad mayor a la establecida o estipulada, sabiendo o conociendo el agente que no le asiste derecho para hacer este uso.

El tipo penal no hace mención de algún medio comisivo que pueda utilizar el sujeto activo para perfeccionar el delito. El medio que se utilice o emplee puede ser cualquiera. El agente puede hacer uso de la violencia, la amenaza, el abuso de confianza o simplemente actuar sin hacer uso de algún tipo de medio de comisión.

Por otro lado, el objeto material del delito son las aguas públicas o de uso público y las aguas privadas o cuyo derecho de uso pertenece a un particular. Es importante dejar establecido que para el sistema jurídico nacional, el agua es un bien inmueble. En forma concreta y taxativa, el inciso 2 del artículo 885 del Código Civil prescribe que el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales son bienes inmuebles. De ahí que se hable de usurpación de aguas.

Otro elemento objetivo que debe evidenciarse en los comportamientos antes descritos, lo constituye el hecho de que el agente debe actuar con la intención u objetivo de obtener un provecho patrimonial indebido o ilícito para sus propios intereses o en interés de un tercero con el cual lógicamente se encuentra estrechamente vinculado o en su caso, debe tener algún tipo de trato. No es necesario que el agente logre su objetivo patrimonial, basta que lo haya intentado para perfeccionarse cualquiera de las conductas analizadas.

También se constituye como elemento objetivo de las conductas punibles de usurpación de agua el perjuicio al sujeto pasivo que debe ocasionar el comportamiento del agente. Se entiende que el perjuicio debe ser estimable económicamente. Por la forma de redacción del tipo

[1939] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 380.

penal, se concluye que se trata de conductas de mera actividad por lo que no es necesario que se llegue a causar realmente o de modo efectivo el perjuicio al agraviado, basta que el actuar de desviar, impedir o utilizar en una cantidad mayor a la debida por parte del agente tenga aquella finalidad.

Asimismo, debe evidenciarse que el actuar del agente es ilegal, ilícita o indebida, es decir, al agente no le debe asistir derecho alguno que le faculte o le facilite desviar, impedir o usar el agua en una cantidad mayor a la prevista o establecida.

2.1. Bien jurídico protegido

El tipo penal 203 del Código Penal pretende proteger o tutelar el bien jurídico denominado patrimonio de las personas, más específicamente el valor patrimonial que tienen para las personas las aguas ya sean públicas o privadas.

2.2. Sujeto activo

El autor, agente o sujeto activo de los comportamientos delictivos analizados puede ser cualquier persona; el tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial en el agente.

2.3. Sujeto pasivo

El perjudicado con la acción del agente también puede ser cualquier persona, pudiendo ser natural o jurídica. Aquí debe precisarse que si el objeto del delito son las aguas privadas, el sujeto pasivo será una persona natural o jurídica particular; en cambio, si el objeto de la conducta punible son las aguas públicas los agraviados serán el Estado y los particulares perjudicados.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se desprende que estamos ante un delito netamente doloso. No es posible que la presente conducta punible se realice por negligencia o culpa. Es decir, el agente o autor actúa con

conocimiento y voluntad de realizar las acciones de desviar, impedir o utilizar el agua en una cantidad mayor a la debida con la finalidad de causar perjuicio al sujeto pasivo.

No obstante, también del contenido del tipo penal se advierte que aparte del dolo, se exige en el actuar del agente otro elemento subjetivo adicional como es el *animus lucrandi,* esto es, el sujeto activo debe actuar con la firme intención de procurarse un provecho económico para sí o para un tercero. Si el *animus* de lucro no aparece en la conducta del agente, el delito no se configura.

4. ANTIJURIDICIDAD

Es posible que en determinada conducta concurra alguna causa de justificación que haga permisiva o lícito el comportamiento del sujeto activo. Es posible, por ejemplo, que concurra el consentimiento del particular que tenga derecho al uso del agua.

5. CULPABILIDAD

En este nivel del delito es posible que el agente al momento de desarrollar su conducta, desconozca o ignore la antijuridicidad de su conducta, o en su caso, tenga una falsa representación de la licitud de su comportamiento. Es posible que el autor actúe en la creencia errónea que es lícito su comportamiento.

Por ejemplo, el agente puede estar utilizando una cantidad de agua mayor a la debida, en la creencia errónea de que le corresponde, o en la creencia errada de que tiene derecho a usar el agua en tal volumen.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

De la construcción del tipo penal se evidencia que los tres comportamientos delictivos analizados se perfeccionan o consuman en el mismo momento en que el agente realiza las acciones de desviar el curso de las aguas, impedir su recorrido normal o utilizar el agua en un volumen mayor al que le corresponde, todos con la intención de perjudicar a terceros. No es necesario que se logre realmente causar

perjuicio a la víctima. Basta que ello sea la finalidad que orienta o guía al sujeto activo al momento de realizar cualquiera de aquellas conductas para estar ante un delito consumado[1940].

Es posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el instante en que realiza trabajos con la finalidad de desviar el curso de las aguas para conducirlo a sus predios y de esa forma obtener provecho económico indebido.

En esa línea de hermenéutica jurídica, no compartimos criterio con Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1941] cuando sostienen que "el delito se consuma con el perjuicio causado, bien por el desvío del curso de las aguas, al impedir que corran por su cauce, o con la utilización de las aguas en una cantidad mayor a la debida". En esta lógica de ver las cosas, necesariamente debe concluirse que la tentativa tendrá lugar en tanto no se produzca el perjuicio; interpretación insostenible en nuestro sistema jurídico.

7. PENALIDAD

El autor del delito de usurpación de aguas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Subcapítulo 3
Usurpación agravada

1. TIPO PENAL

Las circunstancias que agravan el delito de usurpación, aparecen redactadas en el tipo penal 204 del citado *corpus iuris penale*, fórmula legislativa que fue modificada por el artículo 1 de la Ley N.° 30076, publicada el 19

(1940) En igual sentido: PEÑA CABRERA, 1993, p. 359 y ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1345.

(1941) BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 381. Reproduce este planteamiento PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 306.

agosto del 2013. Luego, se volvió a modificar por la Ley N.° 30327[1942], del 2 de mayo del 2015. En forma inmediata, por Decreto Legislativo N.° 1187, publicado el 16 de agosto del 2015, se modificó nuevamente el contenido del tipo penal 204. Finalmente, por la tercera disposición complementaria modificatoria de la Ley N.° 30556, publicada el 29 de abril del 2017, se ha vuelto a modificar el citado numeral. De ahí que a la fecha el texto es el siguiente:

> 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.
> 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.
> 11. Sobre inmuebles en zonas declaradas de riesgo no mitigable.

[1942] Ley de Promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible.

> 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.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

En primer término, el código derogado de 1924 no regulaba estas circunstancias agravantes. Es una novedad del Código de 1991.

Las agravantes tienen su fundamento lógico en la mayor peligrosidad que significa para la víctima los medios utilizados por el agente al momento de perpetrar la usurpación, pues la mayor de las veces aparte del bien jurídico patrimonio, atacan o lesionan otros bienes jurídicos fundamentales para la pacífica convivencia en sociedad.

Las agravantes se agrupan atendiendo a los medios empleados, al número de autores y por la calidad del inmueble objeto del delito.

2.1. Agravantes por los medios empleados

El inciso primero del artículo 204 del C.P. prevé que el agente será merecedor de mayor pena, cuando para perpetrar la usurpación emplee o utilice arma de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa.

Esta agravante se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma de fuego, explosivos o cualquier otro instrumento o sustancia peligrosa al momento de perpetrar la usurpación del inmueble de la víctima. Arma es todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta. En este sentido, constituyen armas para efectos de la agravante el arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabinas, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verduguillo, navajas, sables, serruchos, etc.) y arma contundente (martillos, combas, piedras, madera, fierro, etc.).

La sola circunstancia de portar el arma a la vista de la víctima al momento de cometer la usurpación, configura la agravante. Si en un caso concreto, se verifica que el autor portaba el arma, pero nunca lo vio su víctima, la usurpación ocurrida no se encuadrará en la agravante.

Para efectos de la agravante y aplicarlo a un hecho concreto, no resulta de utilidad diferenciar si realmente se hizo uso del arma o solo se portó a vista del sujeto pasivo, pues al final, en ambos supuestos, el agente demuestra mayor peligrosidad y atemoriza a su víctima de tal forma que no opone resistencia a la acción del agente. Esta disquisición solo será importante para el juzgador al momento de graduar la pena que impondrá al agente al final del proceso.

La ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 1998 da cuenta de un hecho real calificado como usurpación agravada: "*Los hechos consistentes en ingresar al domicilio de los agraviados, sacar violentamente a sus ocupantes, llevarse consigo especies, para luego colocar un candado a la puerta; así como ingresar al domicilio de los agraviados portando piedras, palos, cuchillo y armas de fuego, ocasionando daños materiales, constituyen los delitos de usurpación agravada (...)*"(1943).

La modalidad de usurpar portando armas de fuego o explosivos, ha sido equiparado por el legislador, con la modalidad de usurpar utilizando documentos privados falsos o adulterados que prevé el inciso 9 del tipo penal 204 C.P. En efecto, allí se establece que la conducta de usurpación es agravada si el agente hace uso de documentos privados falsos o adulterados para tomar posesión de un inmueble ajeno. Se verificará el uso de documentos privados falsos, cuando el agente sin tener documento alguno que ampare su ingreso a un inmueble, se hace confeccionar una minuta de compraventa por ejemplo y con tal documento pretende posesionarse de un inmueble. En otros términos, falsifica un documento privado para usurpar.

En cambio, el otro supuesto se verificará cuando el agente, teniendo un documento privado legítimo, lo adultera para entrar en posesión de otro terreno adjunto por ejemplo. En efecto, el agente tiene una minuta de compraventa de un terreno, sin embargo, con la intención de posesionarse de parte o todo el terreno colindante, en la minuta antes citada, adultera los linderos haciendo aparecer que su terreno tiene otros linderos que al final incluyen al terreno usurpado.

(1943) Expediente N.º 2083-97-Huánuco-Pasco, **en** ROJAS VARGAS, 1999, I, p. 462.

Debe precisarse que si en un hecho concreto se verifica que el agente, para usurpar, utilizó documentos públicos falsos o adulterados, la agravante no se configura. Resulta irrazonable este omisión del legislador, pues es lugar común sostener que es más reprochable penalmente la conducta de utilizar documentos públicos falsos o adulterados que documentos privados falsos o adulterados. La única explicación razonable de la omisión detectada es el apresuramiento del legislador de tipificar agravantes.

2.2. Agravantes por el número de agentes

El inciso 2 del artículo 204 del C.P. en análisis, dispone que la conducta es objeto de mayor reprochabilidad y, por tanto, el agente es merecedor de mayor sanción penal cuando en la conducta de usurpación actúan dos o más personas. Se entiende que deben actuar en calidad de coautores, es decir, personas que al momento de la usurpación tengan el dominio del hecho.

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana. Los sujetos que se dedican a usurpar inmuebles siempre lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran rápidamente las defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus inmuebles; en tales presupuestos, radica el fundamento político criminal de la agravante.

En la doctrina peruana, siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores en esta agravante. En efecto, aquí existen dos vertientes o posiciones. Unos consideran que los partícipes entran a la agravante. Para que se concrete esta calificante afirmaba Peña Cabrera[1944], es suficiente que, igual como ocurren con el hurto y el robo, se realice por dos o más personas en calidad de partícipes[1945].

En tanto que la otra posición que asumimos afirma que solo aparece la agravante cuando las dos o más personas que participan en la

[1944] PEÑA CABRERA, 1993, p. 363.

[1945] Igual argumento ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1347 y PAREDES INFANZÓN, 1999, p. 308.

usurpación lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos teniendo el dominio del hecho o las riendas del acontecer, aportan en su comisión según el rol que le corresponde para llevar a buen término su empresa criminal.

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el hecho mismo de la usurpación. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la usurpación con el concurso de dos o más personas solo puede ser efectuada por autores o coautores. Considerar que los cómplices o el inductor resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su Parte General y, lo que es más peligroso, implica castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, lo que significa hacer una doble incriminación por un mismo hecho.

Entre los coautores debe existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el delito. Incluso el acuerdo puede connotar permanencia en la comisión de este tipo de delitos.

2.3. Agravantes por la calidad del inmueble

Los incisos 3, 4, 8 y 11 del artículo 204 del Código Penal modificado recogen las agravantes que se configuran cuando el inmueble objeto del delito está reservado para fines habitacionales, o se trata de inmuebles pertenecientes al Estado[1946], los mismos que de acuerdo al artículo 73 de la Constitución Política son inalienables e imprescriptibles, o se trata de inmuebles ya sean públicos o privados destinados a servicios públicos,

[1946] De acuerdo a la Ley N.° 29151, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales (SBN) tiene a su cargo la administración y supervisión de los bienes del Estado, buscando lograr el menor aprovechamiento y uso de los mismos, debiendo adoptar las acciones necesarias para su defensa administrativa y judicial.

por ejemplo, para funcionar el programa del vaso de leche del sector o son inmuebles pertenecientes a las comunidades campesinas o nativas, los mismos que según interpretación del numeral 89 de la Constitución su propiedad es imprescriptible, salvo que estén abandonadas, caso en el cual pasan al Estado. De igual modo, según la modificación introducida por la Ley N.° 30076, también se produce la agravante cuando el inmueble integra el patrimonio cultural de la Nación declarados por la entidad competente o sobre las áreas naturales protegidas por el Estado. La precisión última era innecesaria, pues todos sabemos que todos los inmuebles declarados patrimonio cultural de la nación son bienes públicos. Para saber cuáles son esos bienes así declarados no queda otra alternativa que recurrir a la Ley y reglamento del Instituto Nacional de Cultura.

De manera parecida, el inciso 8 introducido por la Ley N.° 30327, se prevé que se configura la usurpación agravada cuando los actos de usurpación se realizan sobre los derechos de vía o localización de área otorgados para proyectos de inversión. Estos proyectos de inversión pueden ser mineros, agrícolas o de cualquier otro tipo.

Finalmente, por la Ley N.° 30556, publicada el 29 de abril del 2017, se ha dispuesto que las usurpaciones realizadas sobre inmuebles ubicados en zonas declaradas de riesgo no mitigable, son conductas agravadas y por tanto merecen mayor sanción penal. Legislativamente[1947] se ha establecido que son zonas de alto riesgo no mitigable aquellas donde existe la probabilidad de que la población o sus medios de vida sufran daños o pérdidas a consecuencia del impacto de un peligro, y que la implementación de medidas de mitigación resultan de mayor costo y complejidad que llevar a cabo la reubicación de las viviendas y equipamiento urbano respectivo. De modo, que las zonas vulnerables por las crecidas o desborde de los ríos o quebradas son considerados como zonas de riesgo no mitigable, puesto que no es posible atenuar el efecto de las crecidas de los ríos sobre las personas que residen en tales lugares. La sola limpieza de los causes o la construcción de muros de contención no

[1947] Veáse: el contenido del artículo 4 de la Ley N.° 29869 (Ley de reasentamiento poblacional para zonas de muy alto riesgo no mitigable) publicada el 29 de mayo del 2012.

son garantía ante la fuerza de la naturaleza. Por ello, en vez de generar mayores gastos en intentar mitigar los efectos, es recomendable reubicar a las personas que viven en dichas zonas a otras con mejores condiciones de seguridad. De modo que cometerá usurpación agravada, por ejemplo, aquel ciudadano que se posesiona en los causas de un río seco y comienza a construir su vivienda.

2.4. Afectando la libre circulación en vías de comunicación

La agravante aparece cuando a consecuencia de los actos de usurpación se produce afectación a la libre circulación vehicular o peatonal en las vías de comunicación. Aparece la agravante cuando a consecuencia de la usurpación de un terreno agrícola pone piedras o maderas en la carretera que pasa por el lugar a fin de no dejar acercarse a otras personas o con la finalidad de evitar ser desalojados.

2.5. Colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales

Esta agravante aparece cuando se trata de grandes invasiones de terrenos públicos o privados. Actos delictivos en los cuales los agentes llegan y colocan hitos demarcatorios; otros colocan cercos perimétricos, en tanto que otros colocan cercos vivos, esto es, cercos formados por una hilera de plantas rústicas y de crecimiento constante, los cercos vivos tienen muchas ventajas respecto de una pared sólida: se integran al paisaje, son reguladores bioclimáticos, atenúan los sonidos y el polvo, y dan un aporte estético colaborando con flores, hojas y frutos de diversas tonalidades; otros colocan paneles y anuncios publicitarios de venta de lotes. La agravante también se da cuando el agente coloca grandes paneles y anuncios publicitarios de cualquier negocio; y por ello lógicamente cobra el dueño de la empresa cuyo negocio o actividad se publicita. También aparece la agravante cuando los agentes inmediatamente comienzan a hacer mediciones para lotizar el terreno y cederlos en alquiler o venta de los mismos. Igual aparece la agravante cuando los agentes, colocan esteres, plásticos y otros materiales con los cuales dan a entender que se encuentran en posesión del inmueble.

2.6. Abusando de su condición de funcionario o servidor público o de la función notarial o arbitral

La circunstancia agravante se configura cuando el agente o agentes de la usurpación son funcionarios (los que traban para el Estado con poder de decisión) o servidores públicos (los que trabajan también para el Estado, pero no tienen poder de decisión). Realizan lo que los funcionarios ordenan y planifican y tal condición la han usado para realizar la usurpación del inmueble. Igual aparece la agravante cuando el agente de la conducta usurpadora abusa de la función notarial o arbitral que tiene.

De modo que aparece cuando el agente funcionario o servidor público actúe en su propio beneficio patrimonial abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido. Hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función fuera de los casos establecidos por la Constitución, la ley, los reglamentos o directivas de la institución pública o sin la observancia de la forma prescrita, incluso cuando el funcionario hace uso de un poder de su competencia en la forma debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros.

Tal como se ha regulado, la agravante se circunscribe al abuso del cargo, es decir, a la calidad que tiene al interior de la administración pública, no al abuso de atribuciones o funciones como por ejemplo hace referencia el artículo 376° del Código Penal, que regula el delito de abuso de autoridad. En consecuencia, no es necesario ni imprescindible que la usurpación se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del sujeto público para configurarse el delito. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Es claro que se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si por el contrario, el vínculo laboral con la administración pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce la usurpación, la agravante en análisis es imposible que se configure.

También en aplicación del inciso 10 del artículo 204 del CP, se verifica la agravante y, por tanto, la conducta es más reprochable penalmente, cuando el agente realiza los actos usurpadores 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.

2.7. 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

Bien conocido es el hecho que las invasiones son organizadas por pocas personas, financiadas también por pocas personas y la dirigen y promueven por otros cuantos. De modo que ante una invasión el titular de la acción penal está en la obligación de identificar a aquellas personas. Una vez identificado el organizador, el que financió la invasión ilegal, el que facilitó de cualquier manera la usurpación, el que la fomentó, el que la dirigió, el que la promovió o provocó, se le atribuirá el delito de usurpación agravada en tanto que al resto es posible que solo se les atribuya el delito de usurpación básica. No obstante, si la invasión se ha producido sobre un bien destinado a fines habitacionales o sobre bienes del Estado, los dirigentes, financistas y organizadores responderán por usurpación agravada concurriendo dos agravantes en tanto que los demás usurpadores responderán por usurpación agravada concurriendo una sola circunstancia agravante.

No debe obviarse que la distinción efectuada por el legislador, tiene su explicación en el hecho que muchas veces, por ejemplo, los promotores, organizadores o financistas de las usurpaciones no necesariamente participan en la invasión misma. Ellos siempre están planificando y promoviendo desde fuera. En consecuencia, estas personas que no participan en el acto mismo de la usurpación serán sancionados por el delito de usurpación agravada.

3. PENALIDAD

El o los agentes del delito de usurpación agravada serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años e inhabilitación si corresponde, y según sea el caso concreto.

Capítulo IX
DAÑOS

SUMARIO: **Subcapítulo 1: Tipo básico:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Comportamientos delictivos. 2.2. Objeto del delito de daños. 2.3. Bien total o parcialmente ajeno. 2.4. Valor del bien mueble o inmueble. 2.5. Bien jurídico protegido. 2.6. Sujeto activo. 2.7. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad. **Subcapítulo 2: Agravantes del delito de daños:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 2.1. Agravantes por la naturaleza de los bienes. 2.2. Agravantes por los medios empleados. 3. Penalidad. **Subcapítulo 3: Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres:** 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica. 3. Penalidad. **Subcapítulo 4: Producción o venta de productos dañinos para consumo de animales:** 1. Tipo penal. 2. Tipicidad objetiva. 2.1. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificados. 2.2. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos. 2.3. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados. 2.4. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificadas. 2.5. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos. 2.6. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados. 2.7. Bien jurídico protegido. 2.8. Sujeto activo. 2.9. Sujeto pasivo. 3. Tipicidad subjetiva. 4. Antijuridicidad. 5. Culpabilidad. 6. Tentativa y consumación. 7. Penalidad.

Subcapítulo 1
Tipo básico

1. TIPO PENAL

El antecedente legislativo nacional más reciente lo constituye el artículo 259 del Código Penal derogado. En aquella norma penal como en la actual el legislador ha hecho uso de tres verbos rectores o principales para la construcción del tipo penal. Es lógico pensar que los tres verbos hacen alusión a tres actos o conductas que en conjunto reciben

la denominación de daños a la propiedad. En esa línea, actualmente las figuras delictivas de daños aparecen tipificadas en el artículo 205 del Código Penal, fórmula legislativa que ha sido objeto de modificación por el artículo 1 de la Ley N.° 30076, publicada en *El Peruano* el 19 de agosto del 2013. Ley que solo se limitó a aumentar la pena privativa de libertad de un máximo de dos años que era antes a un máximo de tres años. Esa es la gran modificación efectuada por nuestros legisladores. Quedando el tipo penal con el siguiente contenido:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal se advierte o evidencia que el delito de daños a la propiedad se configura hasta por tres formas o modalidades. Ello tiene que ver con el tipo de acción que realice el agente para lograr su objetivo.

2.1. Comportamientos delictivos

a. La primera modalidad se presenta cuando el agente dolosamente daña, menoscaba, estropea o deteriora un bien mueble o inmueble que total o parcialmente corresponde a otra persona quien por tal circunstancia se convierte en sujeto pasivo de la acción.

   En otros términos, dañar consiste en disminuir el valor patrimonial de un bien mueble o inmueble comprometiendo fundamentalmente el aspecto corporal o material con que está construido o hecho. Con su acción, el autor o agente no busca destruir ni inutilizar el bien, lo único que busca es deteriorarlo para que no siga cumpliendo su finalidad normal y natural. Busca mermar su normal funcionamiento que le está asignado. Por ejemplo, busca disminuir la producción si a una parte de un sembrío de maíz, el agente dolosamente le prende fuego. O también se presenta cuando el agente con dolo quiebra las astas de uno de los toros que hace la yunta que el agraviado utiliza para realizar trabajos de agricultura, etc.

b. La segunda forma se presenta cuando el agente dolosamente destruye, arruina, demuele, elimina o deshace un bien mueble o inmueble que total o parcialmente pertenece a otra persona, es decir, es ajeno.

   Por destruir se entiende el acto de hacer desaparecer el valor patrimonial de un bien mueble o inmueble, afectando tanto el aspecto material como la función que tiene normalmente. El sujeto activo, con su acción no solo busca deteriorar o inutilizar el bien ya sea mueble o inmueble, sino lo que quiere el agente es desaparecer o eliminar el bien. El objetivo del autor es destruir o eliminar el bien. Siguiendo con los ejemplos anteriores, se presentará este supuesto delictivo cuando el agente prenda fuego a todo el sembrío de maíz de modo que el agraviado, esa temporada, no tenga cosecha del preciado alimento de los Incas. O, cuando el agente en lugar de solo quebrar las astas de la yunta de toros, les da muerte.

c. Finalmente, la tercera modalidad se presenta cuando el agente dolosamente inutiliza, inhabilita, imposibilita o invalida un bien mueble o inmueble que total o parcialmente pertenece a otra persona.

Inutilizar consiste en provocar la pérdida de la capacidad del bien para ejercer la función normal que le compete, sin que haya lesión en el aspecto material. Aquí el autor o agente no busca dañar ni destruir el bien mueble o inmueble, lo que busca es inutilizarlo o inhabilitarlo para que no siga cumpliendo con su función que normalmente desempeña[1948]. Por ejemplo, se configura esta modalidad delictiva cuando el agente con dolo quiebra las astas de los toros que forman la yunta que el agraviado utiliza para realizar trabajos de agricultura. Aquí, al no tener los semovientes sus astas, quedan imposibilitados para seguir siendo útiles en la agricultura, perjudicando de ese modo a su dueño.

Es común en la doctrina sostener que el delito de daños a la propiedad se materializa por acción o por omisión. Hay omisión cuando por ejemplo, se deja morir a los animales de hambre.

[1948] Sobre los conceptos de dañar, destruir o inutilizar véase: ROY FREYRE, 1983, p. 332, y BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 383.

2.2. Objeto del delito de daños

El objeto material del delito de daños puede ser tanto un bien mueble como un inmueble. En este aspecto se diferencia con los delitos de hurto o robo que solo puede ser cometido sobre bienes muebles. Para entender los conceptos de bien mueble o inmueble, remitimos al lector a las páginas anteriores donde hemos analizado la clasificación de los bienes.

Aquí es importante advertir que antes de la promulgación de la Ley N.° 27309 del 17 de julio del 2000, era posible subsumir al delito de daños las conductas de aquellos usuarios que carentes de autorización ingresaban a un sistema informático e intencionalmente alteraban, dañaban o destruían archivos o banco de datos(1949). No obstante, actualmente con aquella ley tenemos el artículo 207-B del Código Penal que tipifica en forma independiente el delito de daños informáticos.

2.3. Bien total o parcialmente ajeno

Respecto de este elemento normativo no hay mayor discusión en la doctrina nacional. Se entiende por bien ajeno a todo aquel que no nos pertenece y que por el contrario, pertenece a otra persona. En otros términos, resulta ajeno el bien mueble o inmueble, si este no le pertenece al sujeto activo y más bien le corresponde a un tercero identificado o no. Este concepto trae como consecuencia que los *res nullius* no sean susceptibles de ser objeto del delito de daños; igual sucede con las *res derelictae* (bienes abandonados por sus dueños) y la *res comunis omnius* (cosa de todos). En todos estos casos, los bienes no tienen dueño alguno, y por tanto, el acto de dañar, destruir o inutilizarlos no lesionan patrimonio alguno.

En cambio, estaremos ante una situación de ajenidad parcial cuando el sujeto activo o agente del delito, daña, destruye o inutiliza un bien mueble o inmueble que parcialmente le pertenece. Esto es, participa de él en su calidad de copropietario o coheredero con otro u otras personas. En este supuesto, es lógico indicar que para perfeccionarse el delito de daños, resulta necesario que el bien se encuentra dividido en partes proporcionalmente establecidas; caso contrario, si llega a establecerse

(1949) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, 1997, p. 41.

que el bien es indiviso, es decir, no hay cuotas que correspondan a tal o cual copropietario y, por tanto, el bien corresponde a todos a la vez, el delito no aparece.

Es posible que el agente destruya, dañe o altere un bien en la creencia errónea que le pertenece cuando en la realidad el propietario es otra persona. Aquí estaremos ante un error de tipo que será resuelto de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 del C.P.

2.4. Valor del bien mueble o inmueble

Hemos expuesto que los bienes para tener relevancia penal deben tener valor patrimonial. Esto es, deben ser valorados económicamente en la interrelación social. Sin embargo, a fin de no caer en exageraciones de sancionar daños sobre bienes de mínimo e insignificante valor económico en el mercado, el legislador nacional ha introducido otro elemento típico del delito de daños, el mismo que se convierte en un límite importante. No obstante, tal elemento no aparece de la redacción del artículo 205 del Código Penal, sino se desprende de la lectura del artículo 444 del citado cuerpo de leyes.

Allí se prevé: cuando el valor del bien objeto de una conducta regulada el numeral 205 no sobrepase una remuneración mínima vital, estaremos ante lo que se denomina faltas contra el patrimonio y, en consecuencia, no habrá delito. En este sentido, solo habrá delito de daños simples cuando el valor del bien mueble o inmueble sea mayor a una remuneración mínima vital que fija el gobierno. Este aspecto aparece claro en la jurisprudencia. Así la resolución superior del 26 de agosto de 1997, argumenta que: "*si el monto de los daños atribuidos al procesado es menor a cuatro remuneraciones mínimas vitales mensuales, de conformidad con los artículos 440 y 444 del Código Penal constituyen faltas contra el patrimonio, no delito de daños y habiendo transcurrido más de nueve meses, la acción penal ha prescrito*"(1950).

En la praxis judicial, cuando estamos frente a casos en que es poco difícil establecer el valor del bien dañado, destruido o inutilizado, se

(1950) Expediente N.º 1655-97, **en** La Rosa Gómez de la Torre, 1999, p. 337.

recurre a los especialistas que dentro de un proceso judicial reciben la denominación de peritos valorizadores.

Si al momento de consumarse o perfeccionarse el delito, el valor del bien sobrepasaba una remuneración mínima vital, y en el transcurso de la investigación o antes de la sentencia, el valor del bien se deprecia o adquiere un valor por debajo del mínimo exigido, el hecho se convertirá en faltas contra el patrimonio. La resolución de primera instancia del 24 de junio de 1998, confirmada por resolución superior del 24 de julio de 1998, aplica de modo claro lo expuesto: *"para que una conducta ilícita tipificada como daños constituya delito se requiere que supere las cuatro remuneraciones mínimas vitales y como aparece de fojas (...) la pericia arroja por daños la suma de mil soles, ratificada a fojas (...), por lo que por el transcurso del tiempo se han convertido en faltas, que prescriben a los nueve meses, conforme al inciso cinco del artículo cuatrocientos cuarenta y cuatro y cuatrocientos cuarenta del Código Penal, concordante con su artículo ochenta y ochenta y tres, por lo tanto ha operado la prescripción de la acción penal en aplicación de la retroactividad benigna de la ley contemplado en el artículo sexto de dicho Código"*(1951).

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico o interés social fundamental que se pretende proteger con el delito etiquetado "daños a la propiedad", lo constituye en sentido genérico el patrimonio y en forma específica el derecho de propiedad que tenemos todas las personas sobre nuestros bienes ya sean muebles o inmuebles.

Es posible que el bien esté en posesión directa de un tercero, sin embargo, al efectuarse cualquiera de las acciones de dañar, destruir o inutilizar el bien, el perjudicado directo y principal será el propietario, pues su patrimonio se verá afectado.

(1951) Expediente N.º 11-97-Llamellin y 146-98-Huaraz, **en** *Serie de Jurisprudencia*, 2000, N.º 3, pp. 136 y 139, respectivamente.

2.6. Sujeto activo

El agente, sujeto activo o autor puede ser cualquier persona. La redacción del tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial en aquel. En tal sentido, también puede ser agente el copropietario del bien. El único que no puede ser sujeto activo del delito de daños es el propietario del bien sobre el cual recae la acción delictiva.

2.7. Sujeto pasivo

El perjudicado o sujeto pasivo de la acción puede ser cualquier persona siempre y cuando tenga o goce del derecho de propiedad sobre el bien dañado, destruido o inutilizado. El mero poseedor no podrá ser sujeto pasivo de la acción dañosa.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de daños es netamente doloso. Es decir, el agente actúa con conocimiento y voluntad de dañar, destruir o inutilizar un bien mueble o inmueble sabiendo que le pertenece a otra persona. El agente quiere o debe querer el resultado.

> *El delito de daños se configura cuando el agente activo tiene la intención de dañar en forma total o parcial un bien sea este mueble o inmueble, incluyendo a los semovientes, por lo que se opera el menoscabo económico en el agraviado y que no produce beneficio alguno al agente activo es decir se aparta de cualquier propósito de lucro*[1952].

En los casos de error de tipo al excluirse el dolo, los daños ocasionados serán atípicos.

No hay delito de daños por culpa, imprudencia o negligencia. El segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal prescribe que solo hay delito por culpa en los casos expresamente establecidos por ley. Es

[1952] Resolución superior del 08-04-1998, Expediente N.º 7968-97, **en** BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 157.

decir, el delito por culpa debe estar expresamente indicado o previsto en determinado artículo del Código Penal. En este sentido, de la lectura del numeral 205 o cualquier otro artículo de la parte especial del C.P., no aparece que los daños ocasionados por culpa hayan sido previstos como delito. Al no estar previsto taxativamente los daños por culpa como delito, se concluye evidentemente que no hay delito de daños por culpa o negligencia. Esto es definitivo.

Insisto, en nuestro sistema jurídico penal **no hay delito daños contra la propiedad por culpa o negligencia**. La insistencia se fundamenta en el hecho que todavía actualmente hemos tenido oportunidad de ser testigos de excepción acerca de que existen operadores jurídicos (fiscales) que formalizan denuncias y otros (jueces penales) que abren procesos penales por daños ocasionados de modo negligente. Para graficar lo dicho cabe citar la resolución superior del 17 de junio de 1999, por la cual en Segunda Instancia recién se hizo una correcta calificación del hecho investigado: *"al haberse generado los daños como producto de un accidente automovilístico, evento de naturaleza contingente que acarrea solo responsabilidad por culpa; y siendo que el tipo penal 205 del Código Penal sanciona los daños materiales a título exclusivamente doloso, no existe el delito imputado"*[1953].

Ello no significa de modo alguno que la persona que ocasionó daños a la propiedad por un actuar negligente o por mediar un error de tipo, quede sin sanción y mucho menos que la víctima quede desamparada. Según nuestro sistema jurídico, el perjudicado puede recurrir a la justicia extrapenal y solicitar que aquel repare patrimonialmente el daño ocasionado. El conflicto surgido a consecuencia del daño por culpa o por otra circunstancia se resuelve aplicando las reglas de la responsabilidad extracontractual previstas en el Código Civil.

4. ANTIJURIDICIDAD

La conducta típica de daños a la propiedad será antijurídica cuando no concurra alguna causa de justificación. Es posible que el agente actúe con el consentimiento del propietario del bien dañado, situación

[1953] Expediente N.º 369-99 (2c), **en** ROJAS VARGAS, 2000, p. 470.

que automáticamente excluye la antijuridicidad de la conducta. Igual ocurrirá cuando el agente causa daños a la propiedad por un estado de necesidad. Por ejemplo, no será antijurídica la conducta del agente que en su desesperación por escapar de su verdugo, destruye una computadora IBM empujándola desde un segundo piso en su afán de abrirse paso.

5. CULPABILIDAD

En este nivel del delito de daños, el operador jurídico penal verificará si el agente al cual se le atribuye los daños es imputable, es decir, es mayor de 18 años de edad o no sufre ninguna dolencia que le haga inimputable; si este al momento de actuar podía comportarse de otro modo y evitar los daños y sobre todo, se verificará si al momento de actuar el agente conocía la antijuridicidad de su conducta.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de daños se perfecciona o consuma en el mismo momento que el agente realiza las acciones de dañar, destruir o inutilizar el bien mueble o inmueble que pertenece al sujeto pasivo. Es un delito de comisión instantánea.

En parecido sentido, aun cuando no se refiere a la modalidad típica de dañar o deteriorar, Rojas Vargas[1954] enseña que en el delito de daños, tipo de resultado material, la consumación del delito es de carácter instantáneo con la destrucción o inutilización del bien. Esta destrucción o inutilización puede asumir numerosas modalidades de acuerdo a la naturaleza del bien mueble o inmueble.

Al tratarse de un delito que necesariamente requiere un resultado, es perfectamente posible que la acción del agente se quede en el grado de tentativa.

7. PENALIDAD

Luego de la modificación de la fórmula legislativa de daños simples introducida por la Ley N.° 30076, se aumentó el margen de la pena para

[1954] ROJAS VARGAS, 1997, p. 496.

el autor del delito. En efecto, ahora el agente del delito de daños será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa. Antes de la citada modificatoria, el agente era reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa.

Subcapítulo 2
Agravantes del delito de daños

1. TIPO PENAL

Las circunstancias que agravan el delito de daños están recogidas en el artículo 206 del Código Penal, el mismo que ha sido objeto de modificación por la Ley N.° 29583, de setiembre del 2010. Luego, el tipo penal que recoge las circunstancias agravantes del delito de daños, ha sido modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 noviembre del 2016. Desde aquella modificación el tipo penal 206, tiene el siguiente contenido:

> 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 o telecomunicaciones.

7. Si la conducta recae sobre 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.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Es preciso empezar señalando que las agravantes del delito de daños a la propiedad se configuran independientemente del valor de los bienes objeto del delito. Cuando interviene una circunstancia agravante prevista en el artículo 206 del Código Penal, en la conducta del agente de dañar bienes ajenos, el valor del bien no se toma en cuenta para efectos de la configuración del delito. Ello es consecuencia del principio de legalidad debido a que el artículo 444 del Código Penal que exige cuantía para determinar cuándo estamos ante un delito y cuándo ante una falta contra el patrimonio, hace referencia solo al artículo 205 que regula el delito de daños básico. Al no hacerse referencia al artículo 206 en hermenéutica, debe concluirse razonablemente que no es exigible cuantía. Solo es necesario que el objeto del delito de daños agravado tenga o sea susceptible de valoración económica.

Por otro lado, las circunstancias por las cuales se agrava o, mejor dicho, se aumenta la pena para el agente o sujeto activo del delito de daños, se dividen en dos grandes grupos: circunstancias que se agravan por la naturaleza del bien objeto del delito y por los medios empleados para la comisión del ilícito penal de daños.

2.1. Agravantes por la naturaleza de los bienes

Los incisos 1, 2, 4, 5, 6 y 7 del artículo 206 del C.P., modificado recogen las circunstancias agravantes debido a la naturaleza y clase de bienes sobre los que recae la conducta prohibida. Aquí el agente merece mayor sanción punitiva por la naturaleza o clase del objeto del injusto penal.

De la lectura del inciso 1 del artículo 206 del C.P. se advierte que estamos ante cuatro circunstancias agravantes por la cualidad del objeto del daño. Se configuran cuando el agente daña, deteriora bienes de valor científico, valor artístico, valor histórico o cuando recae sobre bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación. El fundamento de las agravantes radica en la importancia y significado de los bienes objeto del daño para el desarrollo científico del país y por el legado histórico, artístico y cultural de los mismos.

Por los bienes que conforman el patrimonio cultural, artístico e histórico se conoce el pasado histórico de la nación. Pero, ¿cuáles son los bienes que tienen valor científico, artístico e histórico y cuáles pertenecen al patrimonio cultural de la nación? Responder a esta pregunta rebasa la labor del operador jurídico penal, quien tiene que recurrir a normas o disposiciones extrapenales para poder determinar si estamos ante alguna de las cualidades que exige la norma penal.

Asimismo, resulta difícil saber qué bienes tienen valor científico, artístico o histórico y cuáles no. Correspondiendo al juez determinar esta calidad en cada caso concreto. Para ello, sin duda necesitará la concurrencia de personas calificadas en tales aspectos. Bienes con valor científico serán máquinas o instrumentos médicos de alta precisión, riñones o corazones artificiales, microscopios o telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectrógrafos de última tecnología, etc., así como bienes de utilidad científica como material genético depositado en recipientes, cultivo de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo o experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc. No interesa tanto el valor económico del bien, sino su valor científico, así como que el agente debe conocer de tal característica.

Bienes de valor artístico, por ejemplo, son las pinturas, las estatuas, etc. Habrá delito de daños agravado cuando el agente deteriore o destruya un cuadro del pintor costumbrista del siglo XIX, Pancho Fierro. En tanto que bienes de valor histórico son aquellos que representan un hecho importante en la historia del país. Por ejemplo, estaremos ante la agravante cuando se dañe el monumento conmemorativo a la batalla de Ayacucho de 1824 de la Pampa de la Quinua que coronó la independencia de los países americanos.

En cambio, los bienes que integran el patrimonio cultural de la nación son todos aquellos que constituyen testimonio de la creación humana, material o inmaterial expresamente declarados por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Por medio de ellos, las generaciones humanas presentes y por venir conocen su pasado histórico. Para saber si estamos ante un bien que integra el patrimonio cultural de la nación, el operador jurídico penal debe recurrir a la Ley N.° 24047 de 1985 que establece en forma más o menos clara lo que se entiende por bienes culturales.

No obstante, la agravante no se presenta en todos los casos que se destruyan o deterioren aquellos bienes. Por ejemplo, no aparece la agravante cuando se daña un bien que conforma el patrimonio cultural de la nación que está guardado en una casa particular. La agravante aparece cuando el bien científico, histórico, artístico o cultural esté o se encuentre en algún lugar librado a la confianza pública o destinado al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas.

El inciso 2 del artículo 206 del C.P. recoge las agravantes que se configuran cuando el agente dolosamente daña deteriora o inutiliza los medios o vías de comunicación, diques, canales o instalaciones destinadas al servicio público. En igual sentido que Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1955], afirmamos que la agravante está referida a vías de comunicación o instalaciones destinadas al servicio público. Por tanto, se excluyen todos los bienes que reúnan estas características pero que están referidos a prestaciones particulares; así quedará excluida de la agravante, por ejemplo, la antena parabólica de una casa privada, instalada para ver y escuchar las noticias de todo el mundo.

El inciso 4 recoge la agravante que aparece cuando el daño en su modalidad de destrucción recae sobre plantaciones o causa la muerte de animales. Se entiende que las plantaciones y los animales deben tener un valor patrimonial para la víctima. Por ejemplo, habrá delito de daños agravado cuando el agente prende fuego a un huerto de parras o cuando intencionalmente se inunda un sembrío de maíz. En el caso

[1955] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 386.

de animales, estaremos ante la agravante cuando el agente al encontrar ganado vacuno de su vecino en su sembrío de alfalfa, les da muerte.

En tanto que el inciso 5 del artículo 206 del C.P., prevé la agravante que se configura cuando el daño, deterioro o inutilización se produce sobre bienes cuya entrega esté ordenada judicialmente. Es una agravante que se configura cuando el agente daña, deteriora o inutiliza un bien mueble o inmueble que está obligado a entregar o devolver por mandato judicial. El sujeto activo actúa ante el requerimiento que le hace el juez para que devuelva o entregue el bien.

El inciso 6, incluido por la Ley N.° 29583, de setiembre del 2010, prescribe como circunstancia agravante, el hecho que se configura cuando el daño, deterioro o inutilización doloso por parte del agente, recae sobre bienes correspondiente a 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 o telecomunicaciones.

De modo que merece mayor sanción quien daña, inutiliza o destruye dolosamente, en todo o en parte, infraestructura de transporte de uso público, como vías de ferrocarril, carreteras, pistas, puertos, aeropuertos o cualquier otra facilidad esencial destinada al transporte de pasajeros o de carga, sea que esta se encuentre administrada por el Estado o esté en concesión.

En el mismo sentido, constituye agravante del delito de daños a la propiedad la inutilización o destrucción dolosa, en todo o en parte, de elementos de seguridad de infraestructura de uso público destinado al transporte, tales como elementos de señalización, barandas de seguridad, semáforos, señales luminosas, entre otros.

Lo mismo ocurre si el agente destruye o inutiliza bienes destinados a la prestación de servicios públicos, como son las tuberías metálicas, los tapabuzones, los medidores de agua, luz, los cables aéreos, postes de alumbrado público, etc.

Finalmente, por el Decreto Legislativo N.° 1245, publicado el 06 de noviembre del 2016, se modificó el numeral 206 del Código Penal para incluir como agravante la conducta que se configura cuando el agente dolosamente daña 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(1956). Como ejemplo, cabe citarse los daños dolosos producidos a las instalaciones del gas de Camisea.

2.2. Agravantes por los medios empleados

El inciso 3 del artículo 206 del C.P. prevé que se agrava la conducta del agente y, por tanto, merece mayor sanción punitiva, cuando aquel para la comisión del delito de daños hace uso de la violencia o amenaza sobre las personas.

a. Empleo de violencia contra las personas

La violencia o fuerza física deviene en un instrumento que utiliza o hace uso el agente para lograr su objetivo, el cual es dañar un bien mueble o inmueble. Si en un caso concreto que la multifacética realidad presenta, se evidencia que el uso de la violencia no tuvo como finalidad el de facilitar el daño, sino por el contrario, tuvo otra finalidad específica, no aparecerá la agravante.

Solo vale el uso de la violencia en esta agravante, cuando ella esté dirigida a anular la defensa de sus bienes que hace el sujeto pasivo y de ese modo facilitar el deterioro, destrucción o inutilización de bienes por parte del agente. Si se verifica que la violencia tuvo otra finalidad y solo coyuntural o circunstancialmente se dañó un bien, el delito de daños no se configura.

En este contexto, debe entenderse por violencia aquella energía física, mecánica o tecnológica que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer por su poder material, su resistencia natural o en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima ante el eminente daño a sus bienes. Debe verificarse la correspondencia entre la violencia y la acción final del daño, de modo que la violencia está subordinada al objetivo final, el cual es dañar el bien. Sin duda, la

(1956) Inciso 7 del artículo 206 del C.P.

violencia debe expresarse en una energía desplegada sobre la víctima de manera manifiesta y abierta (violencia propia). No cabe violencia del tipo que algunos tratadistas han denominado violencia impropia como es el uso de narcóticos, hipnosis, alcohol, etc. Estos supuestos no configuran la agravante.

La violencia puede ser usada hasta en dos supuestos: para vencer la resistencia de la víctima y para evitar que el sujeto pasivo resista el daño.

Un aspecto obvio y no menos importante es que la violencia debe estar dirigida contra las personas. Es imposible la figura del daño a la propiedad si la violencia está simplemente dirigida contra las cosas. Sin duda, la violencia será contra las personas que detentan la posesión del bien objeto del delito; puede ser el propio propietario, un poseedor o un simple tenedor[1957]. En este sentido, no es necesario que exista identidad entre el titular del bien mueble o inmueble y el que sufre los actos de violencia. La persona que sufra la violencia física tiene que ser una persona natural, es imposible que ello ocurra contra una persona jurídica. No obstante, la persona jurídica será agraviada cuando se hayan dañado bienes de su propiedad haciendo uso de la violencia contra los representantes o personas que poseen sus bienes.

También resulta pedagógico indicar que la intensidad de la violencia no aparece tasada por el legislador. El operador jurídico penal tendrá que apreciarlo en cada caso concreto y determinar en qué casos ha existido violencia suficiente para configurarse la agravante. Si la violencia ha sido suficientemente intensa y ha producido lesiones en la víctima estaremos ante un concurso de delitos: daños con agravante y lesiones.

b. Amenaza contra las personas

La amenaza como medio que facilita el daño consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física de la víctima, cuya finalidad es intimidarlo y de ese modo no oponga resistencia a la destrucción, daño o inutilización de sus bienes. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el

[1957] *En tal sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 26 de junio del 2011, véase:* R. N. N.° 890-2010-Lima (caso Antauro Humala)-Sala Penal Permanente.

objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro, puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. Para determinar si la amenaza ha sido suficiente para intimidar a la víctima, en un caso concreto, será indispensable verificar si la capacidad psicológica de resistencia del sujeto pasivo ha quedado suprimida o sustancialmente enervada. Es difícil dar normas para precisar el poder o la eficiencia de la amenaza, quedando esta cuestión a criterio del juzgador en el caso concreto.

La amenaza tendrá eficacia según las condiciones y circunstancias existenciales del sujeto pasivo. Muchas veces la edad de la víctima, su contexto social o familiar que le rodea o el lugar donde ocurre la amenaza pueden ser decisivos para valorar la intimidación. El juzgador se limitará a determinar si la víctima tuvo serios motivos para convencerse de que solo dejando que se dañe sus bienes muebles o inmuebles, evitaría el mal anunciado en su perjuicio.

Es indudable que la amenaza requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se haga efectivo el mal con que se amenaza; aquel debe caer en la creencia de que no poniendo resistencia o, mejor dicho, dando su consentimiento al daño, se evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico pero lo importante es que la víctima lo crea.

El contenido de la amenaza es el de causarle la muerte o provocarle lesiones que afecten su integridad física o la de terceros estrechamente vinculados a la víctima, e incluso de terceros que acuden en su auxilio, quienes son así utilizados para coaccionar a la víctima.

No hay mayor inconveniente en considerar que el peligro para la vida tiene su conversión práctica en la posibilidad de muerte; mientras que el peligro para la integridad física cubre un amplio espectro de lesiones que merecen tratamiento médico, vale decir, aquellas que supongan alteración en el equilibrio somático funcional y mental.

3. PENALIDAD

El o los autores del delito de daños en el que concurre alguna de las circunstancias agravantes analizadas, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Subcapítulo 3
Abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres

1. TIPO PENAL

De acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30407[1958], publicada el 08 enero del 2016, se ha incorporado a nuestro texto punitivo, el tipo penal 206-A, que viene a tipificar las conductas de abandono y actos de crueldad contra animales domésticos y silvestres. La fórmula legislativa es como sigue:

> El que comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre, o los abandona, es reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.
>
> Si como consecuencia de estos actos de crueldad o del abandono el animal doméstico o silvestre muere, la pena es privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ciento cincuenta a trescientos sesenta días multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Somos defensores de los animales, incluso desde niños hemos convivido con animales domésticos (perros, ganado vacuno, ovino, cuyes, etc.). Les tenemos mucho cariño. Sin embargo, consideramos que el contenido del artículo 206-A es una exageración legislativa. El derecho penal no puede ser utilizado para tremendo despropósito. Actuar de la forma como lo ha hecho el legislador nacional, es deslegitimar al *ius puniendi*. Consideramos que el derecho penal existe y se consolida para cautelar o proteger bienes jurídicos fundamentales (derechos de las

[1958] Ley de protección y bienestar animal. La finalidad de esta ley, indicada en el artículo 2, consiste en «garantizar el bienestar y la protección de todas las especies de animales vertebrados domésticos o silvestres mantenidos en cautiverio, en el marco de las medidas de protección de vida, la salud de los animales y la salud pública».

personas y deberes o principios sobre los que se sustenta la existencia misma del Estado) en determinada sociedad para lograr una convivencia pacífica y soportable.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el centro del derecho penal son los bienes jurídicos, cabe preguntarse ¿cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de la conducta prevista en el artículo 206-A del C.P?

Según la redacción de la infeliz fórmula legislativa, sería el "bienestar de los animales" domésticos o silvestres[1959]. En el anexo de la Ley N.° 30407, se define al bienestar animal como: *«conjunto de elementos que se refieren a la calidad de vida de los animales, basado en la protección de las especies, respeto a sus hábitats naturales y adaptación a los entornos brindados por el ser humano que les permita desarrollarse y mantener un comportamiento natural y un estado de plena salud física y mental que implica aspectos de sensibilidad referidos, principalmente, al dolor y al miedo».*

Si esto es así, tendríamos que concluir que son autores de este delito sino todos, la mayoría de peruanos.

En efecto, en las ciudades: ¿quién no tiene un perro en la azotea de su casa? ó ¿quién no tiene un perro amarrado en su jardín? o ¿quién por salir todo el día de casa a trabajar, deja a su mascota sin comida todo el santo día? o ¿quién no tiene de mascota a animales silvestres encerrados en jaulas? ¿qué ciudadano peruano en extrema pobreza, no tiene un perro de mascota en condiciones de hueso y pellejo, e incluso, con caracha?, etc.

En las zonas rurales, el panorama no es nada diferente: ¿quién no tiene un perro amarrado para cuidar la casa? o ¿quién no tiene un burro o mula y le hace caminar días enteros llevando en su lomo grandes cargas? o ¿quién por salir todo el día de casa a trabajar, deja a sus animales domésticos sin comida todo el día? o ¿quién no tiene sus caballos y yeguas que le hacen trillar todo el día en tiempos de cosecha del trigo y la

[1959] No puede ser la biodiversidad, en especial, la fauna silvestre, es decir, cualquier animal, como propone Reátegui Sánchez, toda vez que de acuerdo a la Ley N.° 30407, Ley de protección y bienestar animal, algunos animales como los toros y los gallos de pelea están exceptuados, es decir, no están protegidos. Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2016, II, p. 912.

cebada? ¿quién no tiene sus toros y los utiliza uncidos o atados a un yugo, más de ocho horas para preparar la tierra para la siembra? ¿qué poblador peruano en extrema pobreza, no tiene a sus animales en condiciones de hueso y pellejo, e incluso, enfermos? o ¿qué poblador peruano, no mata carnero o una vaca en el patio de su casa, para alimentar con carne a sus hijos?, etc.

Las conductas descritas a título de ejemplos, sin duda lesionan abiertamente lo que legislativamente se define como bienestar animal, pues de modo alguno, en tales circunstancias, los animales mantienen un comportamiento natural y un estado de plena salud física y mental. En varios de los supuestos el animal experimenta dolor y en muchos otros, miedo.

Por otro lado, según la primera disposición complementaria final de la ley de protección y bienestar de los animales, están exceptuados del citado bien jurídico, los toros utilizados para peleas, los toros utilizados para corridas taurinas, los gallos utilizados para peleas y demás animales utilizados en espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente. ¿Estos animales no tienen derecho a que se proteja su bienestar? Esto sí es verdaderamente absurdo. Solo se protege a los animales que no son utilizados por las personas en espectáculos de carácter cultural. Según esta ley, por tanto, no cometerá delito el dueño del toro utilizado para corridas taurinas o utilizado para pelear, así este le dé un trato cruel. Realmente no acabamos de entender la excepción.

En suma, el tipo penal 206-A recoge conductas prohibidas demagógica y, por tanto, simbólicas. Al parecer se ha legislado de esa forma, para contentar a aquellas organizaciones protectoras de animales abandonados. En la práctica dudamos que se judicialicen algunos casos por maltrato a un animal. Prueba de ello, es que desde enero del 2016 tenemos este delito en nuestro sistema jurídico, y no hemos conocido un solo caso penal por el delito de maltrato cruel a un animal. También estamos seguros, que estando la Ley citada vigente, se siguen realizando las conductas antes citadas en evidente perjuicio de los animales.

Considerámos que para evitar se siga deslegitimando el Derecho Penal, las conductas aquí tipificadas como delito deben ser sancionadas

solo a nivel administrativo como ya lo establece el artículo 30 de la Ley N.° 30407, ley de protección y bienestar animal.

No obstante, haciendo dogmática penal, expondremos brevemente, que se trata de un delito común o de dominio y se configura en dos supuestos: primero, cuando el agente comete actos de crueldad contra un animal doméstico o un animal silvestre. Es decir, realiza actos que produzcan dolor, sufrimiento, lesiones o muerte innecesaria a un animal.

Segundo, cuando el agente dolosamente abandona un animal doméstico o un animal silvestre. Esto ocurre cuando el sujeto activo realiza actos para crear circunstancias o condiciones en las que se deja a un animal en la vía pública. Asimismo, aparece este supuesto delictivo, cuando el agente en calidad de dueño o tenedor de un animal no lo atiende en sus necesidades básicas de alimentación, refugio y asistencia médica.

Al ser supuestos delictivos comunes cualquier ciudadano puede ser sujeto activo de los delitos. Se trata de supuestos dolosos, no admiten el supuesto culposo. Sujeto pasivo será el dueño del animal objeto de tratos crueles. En el caso donde el propio dueño es el autor del maltrato animal, sujeto pasivo será el Estado a través de sus sectores correspondientes[1960].

Finamente, el segundo párrafo del tipo penal 206-A del C.P., recoge la agravante que se verifica cuando el animal muere a consecuencia de los actos de crueldad o del abandono el animal. Según el legislador al ocasionarse la muerte del animal, la conducta es más reprochable penalmente y, por tanto, la conducta merece mayor sanción penal.

3. PENALIDAD

Luego del debido proceso penal, de verificarse la responsabilidad penal del acusado sobre los hechos objeto de acusación, previstos en el primer párrafo del artículo 206-A del C.P., será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años, con cien a ciento ochenta días-multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

[1960] Véase el artículo 7 de la Ley N.° 30407.

Si los hechos objeto de acusación se configuran en el segundo párrafo, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ciento cincuenta a trescientos sesenta días multa y con inhabilitación de conformidad con el numeral 13 del artículo 36.

Subcapítulo 4
Producción o venta de productos dañinos para consumo de animales

1. TIPO PENAL

Las conductas delictivas que en conjunto forman parte del hecho punible denominado "producción o venta de productos dañinos para el consumo de los animales" se sancionan en el artículo 207 del Código Penal, del modo siguiente:

> El que produce o vende alimentos, preservantes, aditivos y mezclas para consumo de 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La figura delictiva aparece cuando el agente elabora o da en venta alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificados, corrompidos o dañados, cuyo consumo genera peligro para la vida, salud o integridad física de los animales. Esto es, el sujeto activo, produce o vende alimentos para animales. Se excluye la venta o elaboración de alimentos para las personas.

Del concepto ensayado se concluye que el supuesto de hecho del tipo penal 207 del C.P. encierra varias conductas delictivas que por sí solas configuran el ilícito penal en análisis. Así tenemos:

2.1. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificados

La conducta delictiva se configura cuando el agente produce, hace o elabora alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificados o adulterados para aprovechamiento de los animales, al punto que su consumo genere un peligro para la vida, salud o integridad física de los animales.

2.2. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente elabora, produce o hace para los animales, alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos, descompuestos, infectados o podridos, a tal punto que su consumo por los animales genera un peligro para su vida, salud o integridad física.

2.3. Producir alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados

Se presenta cuando el agente dolosamente elabora o produce alimentos preservantes, aditivos y mezclas dañados, menoscabados, estropeados o deteriorados al punto de que su consumo por los animales les genera un peligro para su vida, su salud o su integridad física, generando en consecuencia perjuicio patrimonial para la víctima.

Aquí, daños no es un adjetivo cualquiera, sino por el contrario se exige que el agente elabore los alimentos para los animales, disminuyendo su calidad a extremos de que su consumo puede ocasionar peligro para su vida, su salud o su integridad física.

2.4. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificadas

El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo da en venta, negocia, trafica, expende, comercializa o vende alimentos, preservantes, aditivos y mezclas falsificadas o adulteradas destinados a los animales, al extremo de que su consumo genera un peligro para la vida,

salud o integridad física de los animales. Aquí el agente no produce, lo único que hace es dar en venta sabiendo o teniendo conocimiento de que el producto es falsificado.

2.5. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas corrompidos

Aparece la conducta delictiva cuando el agente vende, expende, comercializa o da en venta alimentos, preservantes, aditivos y mezclas descompuestos, corrompidos, infectados o podridos al punto de que su consumo por los animales les genera un peligro para su vida, su salud o su integridad física. Aquí, el agente no produce, sino se limita a vender al público sabiendo que se trata de un producto descompuesto.

2.6. Vender alimentos, preservantes, aditivos y mezclas dañados

La modalidad se presenta cuando el agente dolosamente vende, comercializa, trafica, o da en venta alimentos preservantes, aditivos y mezclas dañados, menoscabados, estropeados o deteriorados al extremo de que su consumo por los animales les genera un peligro para su vida, su salud o su integridad física. El agente vende el producto sabiendo que se encuentra dañado.

2.7. Bien jurídico protegido

El interés fundamental o bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal 207 del C.P. lo constituye el patrimonio, no obstante, más específicamente se protege el derecho de propiedad que se tiene sobre los animales. Bien sabemos que los animales para la doctrina penal tienen la condición de bienes muebles.

2.8. Sujeto activo

El autor o sujeto activo de las conductas puestas en evidencia puede ser cualquier persona, no se exige alguna calidad o cualidad especial. Basta que el agente produzca, elabore o dé en venta alimento para animales, así sea por una única vez, será agente del delito. No es necesario que aquel sea un productor constante o alguien que tenga como trabajo la venta o comercialización de alimentos para animales.

2.9. Sujeto pasivo

La víctima o el sujeto pasivo de la conducta también puede ser cualquier persona. Bastará verificar que sea el propietario de los animales que han consumido los alimentos dañados, corrompidos o adulterados producidos o vendidos por el sujeto activo.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la forma como aparece construido el tipo penal se advierte que todas las conductas delictivas analizadas son de comisión dolosa. Es decir, requieren que el o los autores actúen con conocimiento y voluntad de vender o elaborar productos destinados al consumo de los animales adulterados, corrompidos o dañados, representándose la posibilidad de que generen un riesgo para la vida, la salud o la integridad física de los animales.

El autor o agente debe saber que los productos que produce o elabora son adulterados, malogrados o dañados. Si se determina que aquel no tenía conocimiento que producía o vendía alimentos para animales en mal estado, la tipicidad subjetiva no aparece. Es perfectamente posible que se presente un error de tipo.

No es posible admitir que los comportamientos delictivos se perfeccionen por culpa o negligencia del autor. De darse el caso, el perjudicado deberá hacer uso de la normativa extrapenal para reclamar alguna indemnización por daños y perjuicios ocasionados.

4. ANTIJURIDICIDAD

Es posible que se presente alguna causa de justificación en el actuar del agente. El consentimiento del sujeto pasivo puede excluir la antijuridicidad de la conducta. En efecto, si en determinado caso concreto se acredita que el sujeto pasivo adquirió o compró del agente alimento para sus animales sabiendo que estaba malogrado, deteriorado o descompuesto, desaparecerá la antijuridicidad en la conducta del agente, así sus animales hayan sido perjudicados en su salud al consumirlos.

Cuestión diferente y por tanto punible, se presenta cuando el agente no hace de conocimiento al sujeto pasivo que el alimento o los preser-

vantes están malogrados, podridos o descompuestos y, por el contrario, los vende, expende o comercializa como si estuvieran en buen estado.

5. CULPABILIDAD

En este nivel del delito, el operador jurídico penal deberá analizar si el agente productor o vendedor de alimento, preservantes o aditivos para consumo de los animales, es imputable; si el agente en el caso concreto pudo actuar de otro modo evitando el resultado dañoso y, finalmente, se verificará si el agente al momento de actuar conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, sabía que su conducta era contraria al derecho o estaba prohibida.

6. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los comportamientos delictivos analizados se perfeccionan de acuerdo al tipo de conducta que se trate. En el supuesto de que el agente produzca o elabore los productos para el consumo de los animales, se perfecciona en el momento en que produce los alimentos malogrados, dañados o adulterados. En cambio, en el supuesto de que el autor vende los productos para el consumo de los animales, se perfecciona en el mismo instante en que logra entregar a alguna persona los productos para consumo de los animales en mal estado y a cambio recibe una contraprestación. Para efectos de la consumación, no se requiere ni exige que el producto producido o vendido llegue realmente a ser consumido por sus destinatarios finales como son los animales.

Por la redacción del tipo penal, en hermenéutica jurídica, se trata de un delito de peligro abstracto, no se requiere que el consumo de los productos malogrados o adulterados causen en forma efectiva un daño a la salud, vida o integridad física de los animales, es suficiente que su consumo genere aquel peligro. Es suficiente la puesta en peligro.

Si llegara a verificarse que efectivamente se causó daño a la salud de los animales que consumieron los alimentos malogrados o dañados, vendidos por el agente, estaremos ante un delito agotado.

Es posible que el actuar del agente se quede en grado de tentativa. Ocurrirá, por ejemplo, cuando el sujeto activo es descubierto en el mismo momento en que está produciendo alimento para los animales haciendo uso de insumos deteriorados o malogrados. O también, cuando el agente es descubierto en el mismo momento que se dispone a vender a su primera víctima sus productos de consumo animal, adulterados, malogrados o dañados.

7. PENALIDAD

El agente o autor del delito comentado será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año y, a la vez, con la pena limitativa de derechos de treinta a cien días multa.

Capítulo X
DISPOSICIÓN COMÚN CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE PUNIBILIDAD

SUMARIO: 1. Tipo penal. 2. Hermenéutica jurídica.

1. TIPO PENAL

El artículo 208, modificado por la Ley N.° 27309, del 17 de julio del 2000, regula las causas personales que eventualmente excluyen de punibilidad a aquellas personas que han cometido hechos típicos, antijurídicos y culpables. Tiempo después, por el artículo primero del Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 06 enero del 2017, se ha modificado el contenido de la excusas absolutorias. De ahí que el contenido del citado numeral es como sigue:

> 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.
>
> La excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Para entender el sentido del artículo 208 del Código Penal, en primer término debemos analizar cuáles son sus fundamentos. Ellos surgen por

sí solos al exponer la naturaleza de las causas que excluyen la punibilidad. Y en segundo lugar, exponer las razones del porqué solo los sujetos indicados en el numeral 208 se merecen la exclusión de punibilidad.

Actualmente, en la doctrina penal es posición dominante considerar que no son solo tres los elementos del delito, sino que se agrega otro, denominado "punibilidad". Es decir, delito es una conducta típica, antijurídica, imputable personalmente a su autor y punible. Si la conducta típica, antijurídica y culpable no es punible, porque así lo establece determinado sistema jurídico, aquella conducta no constituye delito propiamente. Si el Estado se autolimita, y afirma que determinados injustos penales culpables no son reprimibles, debemos concluir que al ocurrir tales conducta en la realidad concreta, el Estado no tiene la posibilidad de imponer las consecuencias jurídicas del delito. Desde Hegel se sabe que si a una conducta cualquiera no se le puede imponer pena, jurídicamente no puede ser considerado delito. Prueba de ello es que todas las conductas consideradas delito en la Parte Especial de nuestro Código Penal o conductas reguladas en Leyes penales especiales, aparte de describir la conducta prohibida o de mandato indica o señala la pena a imponer. Es imposible encontrar una conducta delictiva que no se vincule a una pena o medida de seguridad.

Nuestro Código Penal prevé dos supuestos que excluyen el elemento punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable. Las causas personales de exclusión de punibilidad previstas, por ejemplo, en los artículos 133 y 208 del Código Penal, y las causas que extinguen la punibilidad previstas en el artículo 78 del Código Penal.

Las causas que excluyen la punibilidad son aquellas circunstancias personales del autor, cuya concurrencia en un hecho concreto excluye la punibilidad o cuya no concurrencia es presupuesto de punibilidad. Estas circunstancias de exclusión de punibilidad no afectan a todos los intervinientes en un injusto penal, sino solo a aquel en cuya persona concurre el elemento excluyente de la punibilidad(1961).

(1961) *Vid.* ROXIN, 1997, p. 971.

La punibilidad puede ser excluida en los casos en que el legislador por cuestiones de política criminal, ha considerado conveniente no imponer una pena a pesar de que en una conducta determinada aparecen la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Se trata, normalmente de causas vinculadas a la persona del autor y, por lo tanto, solo 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, pero no a los terceros que intervengan en el hecho, aun cuando estos sean los autores del hecho. Por ilustrativo cabe citar el ejemplo de Bramont-Arias Torres y García Cantizano[1962]: si un extraño comete un delito de hurto y el hijo de la víctima únicamente es cooperador en ese hurto, el extraño no se beneficiará con la exclusión de la punibilidad, pero sí el hijo aunque actúe como un simple cooperador.

Este es el caso del artículo 208 del Código Penal en el cual se recogen todas las circunstancias en las cuales se declara exentas de responsabilidad penal a determinadas personas, por razón de su parentesco con el sujeto pasivo. Ello ocurre solo en los delitos contra el patrimonio en su modalidad de hurto, apropiación ilícita, defraudaciones o daños a la propiedad. Solo se menciona en forma taxativa estos delitos y no al robo o extorsión por ejemplo, porque en estos aparte de lesionarse el bien jurídico patrimonio, se lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos fundamentales como son el derecho a la integridad personal, la libertad, etc. de las personas.

En doctrina, todavía existe la polémica nada pacífica sobre las razones de declarar la impunidad de los hurtos, apropiaciones ilícitas, defraudaciones y daños entre las personas unidas por el vínculo del parentesco; por nuestra parte, consideramos que la exclusión de la punibilidad en estos casos no se basa en la falta de culpabilidad o en la ausencia de necesidad de prevención, sino en razones de política familiar. Lo que pretende el poder punitivo es evitar la destrucción total de la familia que corresponde al Estado protegerla o cautelarla por constituir la célula básica de nues-

[1962] Bramont-Arias Torres/García Cantizano, 1997, p. 289.

tra sociedad, y del matrimonio, a lo que contribuiría inevitablemente la sanción penal de tales delitos[1963].

El profesor Roy Freyre[1964], haciendo hermenéutica jurídica del artículo 260 del Código Penal derogado, sostenía que es malo dejar sin sanción un delito patrimonial, cuyo autor ha sido plenamente identificado, pero es un mal mayor comprometer la armonía del núcleo familiar con el castigo infligido a uno de sus miembros. No es extraño al derecho escoger un mal menor para evitar otro mayor. Sin duda, esta es la ponderación que ha primado en el legislador para excluir de sanción penal a las personas que cometen los delitos indicados en el artículo 208 del C.P. en agravio de sus parientes.

Aceptado ello, según el inciso 1 del numeral 208 del Código Penal, no son reprimibles los hurtos, apropiaciones ilícitas, defraudaciones o daños que se causen los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta. Los cónyuges para efectos de la presente interpretación son los derivados del matrimonio civil. La eximente alcanza incluso así viviesen separados. Basta constatar que entre el sujeto activo y víctima de un hurto, apropiación, defraudación o daños a la propiedad, existe el vínculo matrimonial para excluir de punibilidad al cónyuge-agente.

Los concubinos son aquellos que tienen una unión de hecho estable, voluntariamente realizada y mantenida de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución del Estado y desarrollado por el artículo 326 del Código Civil.

Los ascendientes son los parientes consanguíneos en línea recta ascendente, es decir, los padres, los abuelos, los bisabuelos, etc. En tanto que los descendientes son los parientes consanguíneos en línea recta descendente, esto es, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc.

Para saber cuándo hay afinidad en línea recta resulta necesario recurrir al artículo 237 del Código Civil. Allí se prevé que el matrimonio

[1963] En parecido sentido PEÑA CABRERA, 1993, p. 392 y ÁNGELES *et al.*, 1997, III, p. 1356.

[1964] ROY FREYRE, 1983, p. 336.

produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce. Siendo así, los afines en línea recta son los suegros con los yernos o las nueras.

El inciso 2 del artículo 208 dispone que no es sancionable penalmente el cónyuge viudo o sobreviviente, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de terceros. Esto significa que se excluye de punibilidad al consorte viudo que ha efectuado una conducta típica, antijurídica y culpable de hurto o apropiación ilícita o defraudación o daños, siempre y cuando el objeto material del delito lo constituya los bienes del cónyuge fallecido que aún no han pasado a poder de terceros. Si el bien del difunto cónyuge ha pasado a poder de tercera persona y el consorte viudo lo hurta, por ejemplo, su conducta será reprimible. La excusa no le asiste. Se entiende que la tercera persona será un extraño o ajeno a cualquier relación de consanguinidad o afinidad en línea recta al cónyuge viudo. Si, por el contrario, se verifica que el tercero tiene alguna relación de las indicadas, también la eximente lo ampara en aplicación del inciso 1 del artículo 208 del C.P.

El inciso 3 del artículo 208 del Código Penal prevé que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones ilícitas, las defraudaciones o los daños a la propiedad que se causen los hermanos y cuñados, siempre y cuando vivan juntos. Es decir, vivan o compartan una sola vivienda. Si viven en viviendas separadas la eximente no les alcanza.

No obstante, por disposición del artículo primero del Decreto Legislativo N.° 1323, publicado el 06 enero del 2017, no procede la excusa absolutoria cuando el injusto penal se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar. Por ejemplo, no procedería la excusa absolutoria, cuando Juan Rodríguez luego de agredir físicamente a su cónyuge o conviviente, y aprovechando que esta se encuentra en un centro asistencial de salud, coge los bienes muebles de la vivienda y se los lleva a la vivienda de su progenitora. Este hurto, será sancionado penalmente.

Otro aspecto resaltante del artículo 208 del C.P. lo constituye la disposición que si bien no son sancionables los hurtos, apropiaciones ilícitas, defraudaciones y daños que se causen las personas que tengan los vínculos antes anotados, los autores responden civilmente. Esto es, la víctima tiene derecho a la reparación civil. Resulta lógico que en estos casos se pueda exigir la responsabilidad civil, puesto que el agente ha cometido una acción antijurídica que se opone y lesiona al ordenamiento jurídico(1965).

Para reclamar la reparación civil, en la práctica pueden presentarse hasta dos supuestos:

- ***Primero***, si desde el inicio o en la investigación preliminar o policial se ha llegado a determinar de modo claro y preciso que en el hecho ilícito solo ha participado un agente y este tiene un vínculo de hijo, padre, cónyuge, etc., respecto de la víctima, el representante del Ministerio público, titular de la acción penal, archivará la denuncia y orientará a la víctima a que haga uso del derecho extrapenal para reclamar la correspondiente reparación civil. En todo caso, de formalizarse la denuncia penal, el juez penal debe declarar no ha lugar a la apertura de instrucción(1966).

  Es ilógico y poco coherente iniciar todo un proceso penal para que al final el juez por medio de sentencia, exima de pena al agente y solo fije la reparación civil en favor de la víctima. No es racional gastar horas hombre en tramitar todo un proceso penal con la ignominia que ello representa para el pariente-agente, teniendo la posibilidad abierta el agraviado de recurrir a la vía extrapenal y reclamar con mayor éxito económico la reparación civil.

- Y ***segundo***, si en la investigación preliminar se ha llegado a determinar que el pariente ha actuado junto a otros sujetos que no tienen el vínculo de parentesco, el representante del Ministerio Público formalizará acción penal en contra de todos los participantes en la

(1965) Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, 1997, p. 289.

(1966) En parecido sentido, PEÑA CABRERA, 1993, p. 400, sustentado en lo expuesto por Sebastián SOLER y Ángel Gustavo CORNEJO.

comisión del delito, con la finalidad de fijar la reparación civil en la sentencia de acuerdo al grado de participación. Ello es lógico, pues en la tramitación del proceso penal, bajo el manto del macroprincipio procesal, etiquetado como "debido proceso", se determinará el grado de participación de cada uno de los autores o partícipes del delito y de acuerdo a esto se fijará la reparación civil que cada uno de ellos deberá pagar a favor del agraviado. 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. Puede fijarse una mínima reparación civil cuando su participación ha sido de autor, o viceversa, puede fijarse una ingente reparación civil cuando su participación solo fue de cómplice secundario.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO REVILLA, César

2001 "El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al sistema nacional", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, septiembre, Lima.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

1998 "Comentarios a la Ley contra los delitos agravados", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho, Año* II, N.° 3, Lima.

2000 *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima.

2001 *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima.

2002 "Diez años de Derecho penal económico peruano: un balance", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, septiembre, Lima.

2014 *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima.

Academia de la Magistratura

1999 *Serie de Jurisprudencia*, N.° 1, Lima.

2000 *Serie de Jurisprudencia*, N.°s 3 y 4, Lima.

AGUILÓ REGLA, Joseph

2004 *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

ALCÓCER POVIS, Eduardo

2009 *La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal*, editorial reforma, Lima.

2014 *Introducción al Derecho Penal*, Parte General, instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima.

ALEMANIA

1999 *Código penal alemán* del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998, traducido por Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes
2006 "¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.° 17, octubre-diciembre, Bogotá.

AMBOS, Kai
2017 Derecho Penal europeo, traducido por Leandro Díaz con asistencia de Gustavo Urquizo, Aranzadi-Civitas, Navarra-España.

AMBOS, Kai- MEINI, Ivan
2010 La autoría mediata, el caso Fujimori, ARA editores, Lima.

ÁNGELES GONZÁLES, Fernando / FRISANCHO APARICIO, Manuel / ROSAS YATACO, Jorge
1997 *Código Penal. Comentado, concordado, anotado y jurisprudencia*, Ediciones Jurídicas, Lima, T. II y III.

ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando
1999 *La decisión judicial. Para leer el Derecho positivo a través de la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima.

ASENCIO MELLADO, José María
2008 *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, fondo editorial INPECCP, Lima.
2012 "Acivismo y garantismo. Un dilema artificial", en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 32, febrero, Lima.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel
2004a *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
2004b *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Lima.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery
2005 *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Gaceta Jurídica, Lima.
2012 *Jurisprudencia reciente del Nuevo Código Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Lima.*

BACIGALUPO, Enrique
1984 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis-Ilanud, Bogotá.
1987 *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires.
1989 *Los delitos de homicidio*, Temis, Bogotá.

1994 *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid.
1998 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá.
2002 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Temis, Bogotá.
2004 *Derecho Penal, Parte General*, ARA editores, Lima.
2014 Dignidad de la persona y Derecho Penal, en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T.I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

BACIGALUPO, Silvina
2004 "¿Las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal?", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 14, julio, Lima.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel
2012 "La unidad del derecho sancionador" en Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 32, febrero, Lima.
2003 *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, V.I, Ceura, Madrid.
1991 *Manual de Derecho penal*, Ceura, Madrid, T. I.
1986 *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, T. 1, Ceura, Madrid.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (director)
1982 *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
1994 *Estudios sobre el delito de lesiones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
1996 *Lecciones de Derecho penal*, Praxis, Barcelona.
2015 *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, T. I, Introducción al derecho penal, 3.ª edición, Iustel, Madrid.

BERNAL CAVERO, Julio
1998 *Los delitos de hurto y robo en el Código Penal*, Editorial San Marcos, Lima.

BOBBIO, Norberto
1993 *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona.

BOIX REIG, Javier y ORTS BERENGUER, Enrique
2002 "Consideraciones sobre los delitos de violación sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el CP peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, Lima.

BOIX REIG, Javier (director)
2016 *Derecho penal, Parte especial*, V. I, 2.ª edición, Iustel, Madrid.

BRAMONT ARIAS, Luis

1990a *Temas de Derecho penal*, SP editores, Lima, T. 1.

1990b *Temas de Derecho penal*, SP editores, Lima, T. 2.

1990c *Temas de Derecho penal*, SP editores, Lima, T. 3.

1990d *Temas de Derecho penal*, SP editores, Lima, T. 4.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto

2000 *Jurisprudencia en materia penal*, Consejo de Coordinación Judicial, Lima, vol. 3.

1997 *El delito informático en el Código Penal peruano*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

2000a "La protección de la intimidad en el Derecho penal", en *Actualidad Jurídica*, T. 75-B, febrero, Lima.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, Mª del Carmen

1994 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima.

1996 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Editorial San Marcos, Lima.

BUOMPADRE, Jorge E.

2000 *Derecho penal. Parte especial*, Mave, Corrientes, T. I y II.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1982 *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá.

1984 *Manual de Derecho penal español*, Ariel, Barcelona.

1986 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Ariel, Barcelona.

1989 *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 2ª ed., Ariel, Barcelona.

1991 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª ed., Barcelona.

1991a *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Madrid.

2003 "Política criminal. Principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2004 *Obras completas*, Ara, Lima, T. I y II.

2004a "Criminología crítica y-Derecho penal", en *Obras Completas*, ARA editores, Lima, T. I.

1999 "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 7-8, marzo, Lima.

2002 "Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, septiembre, Lima.

CANCHO ESPINAR, CIRO

2004 Elementos típicos del delito de lesa humanidad. Libro Homenaje al profesor Hurtado Pozo, Idemsa, Lima

CALDERON VALVERDE, Leonardo,

2012 "la incorporación del artículo 168-A en el Código Penal como consecuencia de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo" en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 32, febrero, Lima.

CARO CORIA, Dino Carlos

1999 "Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año III, N.° 5, diciembre, Lima.

1999-2000 "Acerca de la 'Discriminación de género' en el Código Penal peruano de 1991", en *Anuario de Derecho penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.

2002 "La responsabilidad de la propia persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, Lima.

2003 "Aspectos jurisprudenciales de la tutela penal de la libertad e indemnidad sexuales", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2007 "Comentarios al Decreto Legislativo N.° 982, decreto legislativo que modifica el Código Penal aprobado por Decreto Legislativo N.° 635", en *JuS-Legislación*, N.° 7, Grijley, Lima.

2011 "Sobre la relación entre los delitos contra la libertad sexual y de trata de personas"; en *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 29, noviembre, Lima.

CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César

2000 *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*, Grijley, Lima.

CARO JOHN, José Antonio

2003 "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *Anuario de Derecho penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.

2003a *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.

2007 *Diccionario de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima.

2010 *Dogmática penal aplicada*, ARA editores, Lima.
2010 Normativismo e imputación jurídico-penal, Estudios de derecho penal funcionalista, ARA editores, Lima.
2013 "El principio de legalidad penal", en *libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.
2014 *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Ara editores, Lima.
2014 *El delito de lesa humanidad, respuestas a algunos problemas interpretativos*, Ideas, Lima.
2014 *El sistema penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editores del Centro, Lima.
2016 *Summa Penal*, toda la jurisprudencia vinculante, relevante y actual en un solo volumen, nomos y thesis, Lima.

CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo Grimaldo
2009 *Delito de Terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista*, Grijley, Lima.
2009a *El delito de tenencia ilegal de armas*, Grijley, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis
1998 "El hurto agravado en casa habitada y durante la noche", en *Normas Legales*, T. 269, octubre, Trujillo.
2000 *Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima.
2001 *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima.
2002 *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima.
2002a *Principios de Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima.
2002b "Algunas consideraciones sobre el bien jurídico en los delitos contra el patrimonio", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 11, Lima.
2002c "La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 2, N.° 18, diciembre, Lima.
2005 *Asociación para delinquir*, Grijley, Lima.
2006a *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima.
2006b *Jurisprudencia penal 2. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima.
2006c *Jurisprudencia penal 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima.

2008 *Derecho penal. Parte especial* I, Grijley, Lima.
2008 Comentarios a los Precedentes Vinculantes en material penal de la Corte Suprema (Castillo Alva-Director), Grijley, Lima.

CASTILLO GONZALES, Francisco
1976 "Observaciones sobre el delito de violación", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.° 29, San José de Costa Rica.

CERNA BAZAN, Marco Fernando
2015 La autoría mediata por dominio de organización y el delito de desaparición forzada de personas, en revista *Actualidad penal*, N.° 7, Instituto Pacífico, Lima.

CEREZO MIR, José
1990 *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. I, Tecnos, Madrid.
2004 *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner
1994 "La violación sexual y los actos contra el pudor del menor", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 4, Lima.
2003 "Situación de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad agresivo y defensivo", en *Anuario de Derecho penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.
2006 *Instigación al delito e interpretación de la prescripción penal*, Grijley, Lima.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor
2002 *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima.

COBO DEL ROSAL, Manuel *et al.*
1988 *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás
1991 *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu
1989 *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Bosch, Barcelona.
2014 Codelincuencia y autoría y participación en el delito imprudente, en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T.I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

CÓRDOVA RODA, Juan
1962 *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Bosch, Barcelona.
1978 *Comentarios al Código Penal*, T. III, Ariel, Barcelona.

CREUS, Carlos
1983 *Derecho penal. Parte especial*, T. I, Astrea, Buenos Aires.
1993 *Esquema de Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires.
1998 *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Editorial ASTREA, 6ª ed., Buenos Aires.

CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge
2007 *Derecho penal. Parte especial*, T.I, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor
1998 *El proceso penal. Teoría y práctica*, 2ª ed., Palestra, Lima.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín
2002 *El derecho Penal Español, Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

Defensoría del Pueblo
2000 *Violación sexual: un problema de seguridad ciudadana*, Lima.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coordinador)
1999 *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.
2015 *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, T. II, Teoría del delito, 2.ª edición, Iustel, Madrid.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel
1991 *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis
1985 *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona.
1986 *El Derecho penal ante el sexo*, Bosch, Barcelona.
2005 "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 16, Lima.
2014 La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española, en *libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y GRACIA MARTIN, Luis (Directores)
1997 *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T.I, Tirant Lo Blanch, Valencia.

DONNA, Edgardo
2003 *Derecho Penal, Parte Especial*, T. I, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan
2006 Derecho de las personas, 5ª ed., Rodhas, Lima.

FARREL, Martín Diego
1985 *La ética del aborto y la eutanasia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José
2002 *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima.
2004 "Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 15, Lima.
2005 "Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho", en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N.° 16, julio-septiembre, Bogotá.
2007 *Retribución y prevención general*, B de F., Buenos Aires.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto
2004 "Propuesta para positivizar una cuantía en el delito de hurto agravado", en *Vista Fiscal. Revista Jurídica del Ministerio Público del Cono Norte de Lima*, N.° 2, mayo, Lima.

2011 Derecho Penal, Delitos de homicidio, aspectos penales, procesales y de política criminal, Grijley, Lima.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan
1989 *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. II, Temis, Bogotá.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos
1987 *El derecho como libertad. Preliminares para una filosofía del Derecho*, Lima.
2004 *Derecho de las Personas*, 9ª ed., Grijley, Lima.

FERRÉ OLIVE, Juan Carlos
2000 "La administración social fraudulenta (Artículo 295° del Código Penal)", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año IV, N.° 6, julio, Lima.

FONTÁN BALESTRA, Carlos
2002 *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

GALGANO, Francesco (coord.)
2000 *Atlas de Derecho privado comparado*, traducido por Juan Fernández Campos y Rafael Verdera Server, 3ª ed. italiana, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás
2001 *Delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima.
2005 *La reparación civil en el proceso penal*, 2ª ed., Idemsa, Lima.
2016 *Autonomía del delito de lavado de activos*, Ideas, Lima.
2017 *El delito de enriquecimiento ilícito*, Ideas, Lima.

GARCÍA ARÁN, Mercedes
2004 "Esclavitud y tráfico de seres humanos", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 14, julio, Lima.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen
1999 "¿Los delitos contra la libertad sexual como delitos de acción pública?", en *Actualidad Jurídica*, T. 67-B, junio, Lima.

GARCÍA CAVERO, Percy
1999 "Algunos apuntes sobre el fraude en la administración de las personas jurídicas: la doble contabilidad y la administración fraudulenta", en *Actualidad Jurídica*, T. 62-B, enero, Lima.
2000 "Análisis dogmático y político-criminal de los denominados delitos agravados y del delito de terrorismo especial (antes llamado agravado)", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año IV, N.° 6, julio, Lima.
2003 *Derecho penal económico. Parte general*, Ara, Lima.
2003a "El artículo 27° del Código Penal: el actuar en lugar de otro en Derecho penal", en *Anuario de Derecho penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.
2005 "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú", en *Libro Homenaje a Günther Jakobs: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Ara, Lima.
2005a *Fraude en la administración de personas jurídicas y delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios*, Palestra, Lima.
2007 *Derecho penal económico. Parte General*, 2ª ed., Grijley, Lima.
2008 *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima.
2010 *La prueba por indicios en el Proceso Penal*, editorial reforma, Lima.
2015 *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, vs. I y II. Instituto pacífico, Lima.

2016 *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, v. III. Instituto pacífico, Lima.

García Figueroa, Alfonso
2005 *La argumentación en el Derecho*, 2ª ed., Palestra, Lima.

García Navarro, Edward
2006 *El delito de abuso de autoridad*, Grijley, Lima.
2007 "Comentario a la Ley N.° 28950 de 16 de enero de 2007", en *Jus Legislación*, N.° 1, Lima.

Gimbernat Ordeig, Enrique
1970 "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
1990 *Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid.
1999 *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid.
2003 "La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 13, junio, Lima.
2006 *Autor y cómplice en derecho penal*, B de F., Buenos Aires.
2014 "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho Penal de la culpabilidad", en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T.I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

Gómez Benites, José
1986 *Teoría Jurídica del delito*, Civitas, Madrid.

Gómez Mendoza, Gonzalo
1994 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, T. II, Idemsa, Lima.
1999 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, T. IV, Rodhas, Lima.

Gonzáles Mantilla, Gorki
1993 "El derecho a la intimidad y la informática", en *Thémis*, 2ª época, N.° 26, Lima.

Gonzáles Rodríguez, Ramiro
2002 *Código Penal. Notas de jurisprudencia, acuerdos plenarios y doctrina*, Palestra, Lima.

Gutiérrez Camacho, Walter
1999 "El balance", en *Actualidad Jurídica*, T. 64-B, marzo, Lima.

HASSEMER, Winfried
1984 *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
1999 *Persona, mundo y responsabilidad*, traducido por Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia.

HERNÁNDEZ ALARCON, CHRISTIAN
2012 "Salidas alternativas y justicia restaurativa en la justicia penal juvenil", en revista *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 35, mayo 2012, Lima.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José
2005 "Tres elementos nucleares del allanamiento de morada: bien jurídico, sujeto pasivo y objeto material", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 16, noviembre, Lima.

HORMAZÁBAL, Hernán
1991 *Bien jurídico y Estado social democrático de Derecho*, PPU, Barcelona.

HURTADO POZO, José
1979 *La ley importada: recepción del Derecho penal en el Perú*, Cedys, Lima.
1982 *Manual de Derecho penal. Parte especial, Homicidio y aborto*, T. I, Sesator, Lima.
1987 *Manual de Derecho penal. Parte general*, Eddili, Lima.
1995 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, T. I y II, Juris, Lima.
1999-2000 "Moral, sexualidad y Derecho penal", en *Anuario de Derecho Penal 98-99*, Lima.
2003 "Artículo 15° del Código Penal peruano: ¿Incapacidad de culpabilidad por razones culturales o error de comprensión culturalmente condicionado?", en *Anuario de Derecho Penal 2003*, Lima.
2005 *Manual de Derecho penal. Parte general I*, 3ª ed., Grijley, Lima.
2006 "Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima.
2016 *El sistema de control penal*, Instituto Pacífico, Lima.

JAKOBS, Günther
2000 *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, Lima.
2005 La idea de la normatividad en dogmática jurídico-penal, en *Libro Homenaje a Günther Jakobs: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, ARA editores, Lima.

JESCHECK, Hans-Heinrich
1981 *Tratado de Derecho penal*, 2 vols., traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis
1948 *Libertad de amar y derecho a morir*, 6ª ed., Buenos Aires.
1964 *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Losada, Buenos Aires, T. VI.
1976 *La ley y el delito. Principios del Derecho penal*, 7ª ed., Sudamericana, Buenos Aires.

KINDHAUSER, Urs
2015 Hacia un sistema de la protección penal del patrimonio (hurto, estafa, extorsión y receptación), *en Ius Puniendi*, sistema penal integral, Año I, vol. 1/ Primer Trimestre, Ideas, Lima.

LANDA ARROYO, César
2010 *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima.

LARENZ, Karl
1980 *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona.

LARRAURI PIJOAN, Elena
2004 "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 15, julio, Lima.

LAURENZO COPELLO, Patricia
2002 "El bien jurídico en los delitos contra el honor", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 12, Lima.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo
1995 *Autoría y participación*, Akal, Madrid.

LUZON PEÑA, Diego Manuel
2016 *Derecho penal, parte general*, 3.ª edición, IB de F., Montevideo - Buenos Aires.

MAGGIORE, Giuseppe
1955 *Derecho penal. Parte especial*, vol. IV, Temis, Bogotá.

MAZUELOS COELLO, Julio
1995 "Usurpación: delito instantáneo o permanente", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 1, N.° 1, Lima.
2003 "El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual", en *Anuario de Derecho penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.

2003a "El bien jurídico penal", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

MEINI MÉNDEZ, Iván

2002 "Crítica a la exigencia jurisprudencial del *animus difamandi*", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 2, N.° 16, octubre, Lima.

2005 "Responsabilidad penal del superior jerárquico", en *Libro Homenaje a Günther Jakobs: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Ara, Lima.

2005a *El delito de receptación*, Justicia Viva, Lima.

2006 "Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional. Segundo seminario*, Palestra, Lima.

MIR PUIG, Santiago

1995 *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., PPU, Barcelona.

2002 Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 3, Lima.

2016 *Derecho penal, parte general*, 10.ª edición, Reppertor, Barcelona.

MIXÁN MASS, Florencio

1996 *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo.

2006 *Lógica enunciativa y jurídica*, 4ª ed., Trujillo.

MONGE FERNÁNDEZ, Antonia

2004 "Consideraciones dogmáticas sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su doctrina jurisprudencial", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 14, julio, Lima.

MONTOYA MANFREDI, Ulises

1988 *Derecho comercial*, T. I, Cultural Cuzco, Lima.

MONTOYA VIVANCO, Yván

2013 "Los delitos contra las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo (ART. 168-A CP)", en *Libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.

2016 "El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana", en *Derecho PUCP*, N.° 76, Lima.

MORALES GODO, Juan

1991 "Apuntes sobre el derecho a la intimidad", en *ADSUM. Revista Jurídica de los estudiantes de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos*, Año II, N.° 5, Lima.

1999 "Los personajes públicos y el derecho a la intimidad", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año II, N.° 5, diciembre, Lima.
2002 *Derecho a la intimidad*, Palestra, Lima.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo
1991 *Teoría de las consecuencia jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid.

MORSELLI, Elio
1992 *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Temis, Bogotá.

MUÑOZ CONDE, Francisco
1990 *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia.
1991 *Teoría general del delito*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.
2001 *Derecho penal. Parte especial*, 13ª ed., Tirant lo blanch, Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes
2010 *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, España.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto
2002 "El filtro de imputación objetiva; adecuación social en el ámbito de los delitos contra el honor", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 2, N.° 16, octubre, Lima.

NOVAK, Fabián y NOMIHAS, Sandra
2004 *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, AMAG, Lima.

NOGUERA RAMOS, Ivan
2015 *Violación de la libertad e indemnidad sexual*, Grijley, Lima.

NÚÑEZ, Ricardo
1961 *Derecho penal argentino. Parte especial*, Editorial Bibliográfica, T. III, Buenos Aires.
1964 *Derecho penal argentino. Parte especial*, Editorial Bibliográfica, T. IV, Buenos Aires.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana
1986 *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid.

Organización Internacional para las Migraciones y Movimiento El Pozo
2005 *Trata de mujeres para fines sexuales comerciales en el Perú*, El Pozo, Lima.

ORÉ SOSA, Eduardo
2016 "Especiales consideraciones respecto al menor de edad como víctima del delito de trata de personas", en Actualidad Penal, N.° 30, diciembre, Instituto Pacífico, Lima.

ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita
2004 "Consideraciones sobre la reforma de los delitos sexuales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 15, julio, Lima.

OTERO GONZÁLEZ, Pilar
2006 "La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor ", en *Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo*, N.° 16, julio-septiembre, Bogotá.

PAREDES VARGAS, César
1987 El parentesco adoptivo en el Código Penal peruano, en Debate Penal, N.° 3, Lima.
2014 La autoría mediata en los delitos de infracción de deber, en en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T.I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

PARMA, Carlos
2017 *Teoría del delito*, Adrus D y L, Lima.

PARIONA ARANA, Raúl
2014 *Derecho penal, consideraciones dogmáticas y político criminales*, Instituto Pacífico, Lima.
2017 *El delito de colusión*, Instituto pacífico, Lima.

PASTOR MUÑOZ, Nuria
2005 "El descubrimiento de la responsabilidad de la víctima en la dogmática de la estafa", en *Libro Homenaje a Günther Jakobs: Los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Ara, Lima.

PEÑA CABRERA, Raúl
1992 *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima.
1993 *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, T. II, Ediciones Jurídicas, Lima.
1994 *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, Grijley, Lima.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso
2006 "La nueva reforma de los delitos sexuales en el marco político criminal de la Ley 28251", en *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, T. II, Ara, Lima.
2014 *Los delitos sexuales. Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Ideas, Lima.

2014 El fundamento material del injusto de parricidio (delito de dominio) y el asesinato por lucro (sicariato), en Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 64, octubre 2014, Gaceta Jurídica, Lima,

2015 La eficacia jurídica del consentimiento en el delito de trata de personas: Ley N.° 30251, en Actualidad Penal, instituto pacífico, N.° 8, febrero 2015.

2016 *Derecho Penal, Parte Especial*, t. I, II, III, IV, V y VI, Idemsa, Lima.

PÉREZ ARROYO, Miguel,

2006 La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú, 2001-2005, T. II, editorial San Marcos, Lima.

PÉREZ, Luis Carlos

1986 *Derecho penal*, T. V, Temis, Bogotá.

PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio

2006 *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta*, Palestra, Lima.

PETROVICH, Alexander

1997 "Derecho al consentimiento informado", en *Revista del Foro*, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXV, Lima.

2014 ¿Dogmática penal para todo?, en *libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan

2003 *Delitos de lesiones*, Editorial Portocarrero, Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

1985 *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima.

1994 "Reformas en los delitos contra el patrimonio. Comentarios a las Leyes 26319 y 26326", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 4, julio-diciembre, Lima.

1996 *Todo sobre el Código Penal*, 2 tomos, Idemsa, Lima.

1998 "La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿Una solución al fraude colectivo?", en *Revista de la Academia de la Magistratura*, N.° 1, Lima.

1999 *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima.

2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima.

2006 *Criminalidad organizada*, Idemsa, Lima.

2009 *Nuevo proceso penal: reforma y política criminal*, Idemsa, Lima.

2010 *Determinación Judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Idemsa, Lima.

2016 *Criminalidad organizada, Parte Especial*, Instituto Pacífico, Lima.
2016 *Consecuencias jurídicas del delito*, Idemsa, Lima.
2017 *Delitos y penas, una aproximación a la Parte Especial*, Ideas, Lima.

QUERALT, Joan J.
1991 *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Bosch, Barcelona.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio
1962 *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Madrid.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo
1996 *Comentarios a la parte especial*, Aranzadi, Pamplona.
2000 Manual de *Derecho Penal. Parte general*, 2° edición, Aranzadi, Pamplona.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (director)
2015 Derecho penal constitucional, Tirant lo blanch, Valencia, España.

QUISPE FARFÁN, Fanny Soledad
2001 *El derecho a la presunción de inocencia*, Palestra, Lima.
2915 La univocidad y coherencia en la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia, en *Actualidad Penal*, N.° 11, mayo, instituto pacífico, Lima.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón
2005 "Los delitos contra la libertad sexual: actuales tendencias en la política criminal española", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 16, noviembre, Lima.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro
2003 "El error de tipo en el Código Penal peruano", en *Anuario de Derecho Penal*, dirigido por José Hurtado Pozo, Lima.
2005 "Sobre los fundamentos de la exención de pena por 'desistimiento voluntario' de la tentativa", en *Libro Homenaje a Günther Jakobs: los desafíos del Derecho penal en el siglo XXI*, Ara, Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James
2010 *El precedente judicial en materia penal*, Editorial Reforma, Lima.
2014 Manual de Derecho Penal, parte general, Vs. I y II, Instituto pacífico, Lima.
2016 Tratado de Derecho Penal, parte especial, Vs. I y II, Ediciones legales, Lima.

Reátegui Sánchez, James y Reátegui Lozano, Rolando
2017 El delito de feminicidio en la doctrina y la jurisprudencia, Iustitia, Lima.

Revilla Llaza, Percy
2004 "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho", en Código Penal comentado, Gaceta Jurídica, Lima, T. I.

Reyna Alfaro, Luis Miguel
2002 *Delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y política criminal*, Jurista, Lima.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de
2003 "Los derechos patrimoniales como bien protegido jurídico-penalmente", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

Rojas Vargas, Fidel
1997 *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, 1ª ed., Grijley, Lima.
1999 *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.
1999a *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima.
2000 *Jurisprudencia penal patrimonial*, Grijley, Lima.
2000a "El delito de robo con consecuencia de muerte para la víctima", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.° 25, octubre, Lima.
2000b *Delitos contra el patrimonio*, vol. I, Grijley, Lima.
2002 *Jurisprudencia penal y procesal penal*, T. I, Idemsa, Lima.
2004 *Estudios de Derecho penal, doctrina y jurisprudencia*, Jurista Editores, Lima.
2005 *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, T. II, Idemsa, Lima.

Rojas Vargas, Fidel / Baca Cabrera, Denyse / Neira Huamán, Marlene
1999 *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima*, T. III, Gaceta Jurídica, Lima.

Rojas Vargas, Fidel e Infante Vargas, Alberto
2001 *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima

Romeo Casabona, Carlos María
1986 *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Bosch, Barcelona.
2003 "La intimidad y los datos de carácter personal como derechos fundamentales y como bienes jurídicos penalmente protegidos", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 13, Lima.

ROXIN, Claus

1981 *Iniciación al Derecho penal de hoy*, traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla.

1997 *Derecho penal. Parte general*, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, 2ª ed., T. I, Civitas, Madrid.

2000 *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducido por Joaquin Cuello Contreras y José Serrano Gonzáles, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.

2003 "La autoría mediata por dominio en la organización", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 13, junio, Lima.

2016 *La teoría del delito en la discusión actual*, traducido por Manuel Abanto Vásquez, T. I y II, Grijley, Lima.

2017 *Problemas básicos del Derecho penal*, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, 2.ª edición, IB de F, Montevideo - Buenos Aires

ROXIN, Claus / ARZT, Günther / TIEDEMANN, Klaus

1989 *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, traducido por Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona.

ROY FREYRE, Luis Eduardo

1975 *Derecho penal peruano. Parte especial*, T. II, Lima.

1983 *Derecho penal peruano. Parte especial*, T. III, Lima.

1989 *Derecho penal. Parte especial*, 1.ª reimp., T. I, Lima.

1997 *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*, Grijley, Lima.

SÁEZ TORRES, Alexei

2013 Comentarios a las diversas reformas de la prescripción penal regulada en el Código Penal a más de veinte años de su entrada en vigencia, en *libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.

SALAS ARENAS, Jorge Luis

2013 Indemnidad sexual, tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de 14 a 18 años de edad, IDEMSA, Lima.

SALINAS SICCHA, Ramiro

1991a "Homicidio piadoso, camino a desaparecer como delito", en *ADSUM. Revista Jurídica de los estudiantes de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos*, N.° 5, Lima.

1992 "El delito de violación sexual y violación dentro del matrimonio", en *ADSUM. Revista Jurídica de los estudiantes de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos*, N.° 7, Lima.

1994 "El delito de violación sexual en el Código Penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año II, N.° 3, Lima.

1997 *Delitos contra la vida y otros estudios de Derecho penal*, Palestra, Lima, 1997.

1998 *Curso de Derecho penal peruano. Parte especial I*, Palestra, Lima.

2000 *Curso de Derecho penal peruano. Parte especial II*, Palestra, Lima.

2000a "El delito de secuestro en el Código Penal", en *Actualidad Jurídica*, T. 77-B, abril, Lima.

2000b "El delito de violación sexual de menores en la legislación peruana", en *Actualidad Jurídica*, T. 78-B, mayo, Lima.

2002a *Curso de Derecho penal peruano. Parte especial III*, 1ª ed., Idemsa, Lima.

2004 *Derecho penal. Parte especial*, 1.ª edición, Idemsa, Lima.

2004a "Obrar en cumplimento de un deber", en *Código Penal comentado*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima.

2005 "¿Cuáles son los elementos típicos del delito de extorsión? Análisis del artículo 200° del Código Penal", en *Actualidad Jurídica*, T. 137, abril, Lima.

2005b *Los delitos de acceso carnal sexual*, Idemsa, Lima.

2005c *Derecho penal. Parte especial*, 1ª reimp., Idemsa, Lima.

2006 *Curso de Derecho penal peruano. Parte especial III*, 2ª ed., Idemsa, Lima.

2006a "El delito de robo y sus agravantes", en *Actualidad Jurídica*, tomos 150 y 151, Lima.

2006b "La irracionalidad legislativa en los delitos sexuales", en *Actualidad Jurídica*, T. 149, abril, Lima.

2009 *Delitos contra la administración pública*, 1ª edición, Iustitia-Grijley, Lima.

2010 *Delitos contra el patrimonio*, 4.ª edición, Iustitia-Grijley, Lima.

2010a *Los delitos de administración fraudulenta de personas jurídicas*, en *Manual de actualización penal y procesal penal 3*, Gaceta Jurídica, Lima.

2011 *Delitos contra la administración pública*, 2.ª edición, Iustitia-Grijley, Lima.

2013 *La inconstitucionalidad del delito de violación sexual consentida sobre adolescente, en Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 43, enero, Gaceta Jurídica, Lima.

2014 *Delitos contra la administración pública*, 3.ª edición, Iustia-Grijley, Lima.
2014 La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal de 2004, Iustitia-Grijley, Lima.
2015 *Delitos contra el patrimonio*, 5.ª edición, Iustitia-Grijley, Lima.
2016 *Delitos contra la administración pública*, 4.ª edición, Iustia-Grijley, Lima.
2016 *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, 3.ª edición, Iustia-Grijley, Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César
2000 *Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, vol. I y II.
2006 *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima.
2006a "El control constitucional de la subsunción normativo realizada por la jurisdicción penal ordinaria", en *Jurisprudencia y doctrina penal constitucional. Segundo seminario*, Palestra, Lima.
2012 *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo
2004 *Manual de Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima.

SANCINETTI, Marcelo A.
2002 "Tipos de peligro en las figuras penales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 12, septiembre, 2002, Lima.

SCHÜNEMANN, Bernd
2006 *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima.
2009 *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, Traducido por Joaquín Cuello Contreras y Jose Serrano Gonzalez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona. Buenos Aires.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón
1997 "Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Thémis*, 2ª época, N.° 35, junio, Lima.
1999 *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María
2000 *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima.
2003 "Problemas de imputación en casos de concurrencia de aportaciones de diversos sujetos", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2004 *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima.
2012 *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, segunda edición ampliada y actualizada, BdeF, Montevideo-Buenos aires.
2013 *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, B de F, Montevideo - Buenos Aires.
2014 Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir, en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T. I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLES, Carlos
2001 *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Director)
2015 *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, 4.ª edición, Atelier, Barcelona.

SOLER, Sebastián
1976 *Derecho penal argentino*, T. III, TEA, Buenos Aires.

STRATENWERTH, Günther
1982 *Derecho penal. Parte general*, traducción de Gladys Romero, 2.ª ed., Edersa, Madrid.
2005 Derecho Penal, Parte General I, traducción de Cancio Meliá y Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires.

SUAY HERNÁNDEZ, Celia
2002 "Los medios típicos en los delitos de violación sexual y actos contra el pudor del Código Penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 13, Lima.

TALAVERA ELGUERA, Pablo
2004 *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima.
2009 *La prueba en el nuevo proceso penal*, Academia de la Magistratura, Lima.
2017 *La prueba Penal*, Instituto Pacífico, Lima.

TACORA, Fernando
1997 *Política criminal contemporánea*, Temis, Bogotá.

TAVARES, Juarez
2014 Racionalidad y derecho penal, Idemsa, Lima.

TIEDEMANN, Klaus
1985 *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, Ariel, Barcelona.

2000 *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, Idemsa, Lima.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

1999 "Los derechos laborales en las constituciones peruanas", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año III, N.° 4, Lima.

TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel,

2015 El mercado de la muerte: la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, en Actualidad Penal, vol. 15, octubre, instituto pacífico, Lima

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de

1993 *Postmodernidad y Derecho*, Temis, Bogotá.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos

1993 "El delito contra la libertad de trabajo ", en *Thémis*, 2ª época, N.° 26, Lima.

1998 "Algunos apuntes sobre la conflictiva relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor en el Perú de hoy", en *Ius et Veritas*, Año VIII, N.° 15, Lima.

URQUIZO OLAECHEA, José

1993 "Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 1, Lima.

1994 "Conflicto de derechos: Honor y libertad de expresión", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Año 2, N.° 3, enero-junio, Lima.

1997 "Dogmática jurídico penal", en *Cáthedra. Espíritu del Derecho*, Año I, N.° 1, noviembre, Lima.

2003 "La prohibición de analogía *in malam partem* en el Derecho penal", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2005 *Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima.

2011 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia (2005-2010)*, 3 tomos, editorial IDEMSA, Lima.

2016 *Código Penal Práctico: Concordancias -Doctrina- Jurisprudencia- Evolución legislativa*, Gaceta Jurídica, Lima.

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique

2014 *Derecho genético. Principios generales*, Grijley, Lima.

VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara

1997 Código Penal. Comentado, concordado, anotado y jurisprudencias, Lima, T. II.

2002 La vida humana independiente: Contenido y límites de su protección jurídico-penal, en revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N.° 3, Lima.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando

2003 "El abogado y la democracia", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2002 *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Temis, Bogotá.

2014 ¿Principio de legalidad o principio de ilegalidad?, en *Libro Homenaje a Bernd Schunemann, Dogmática del Derecho Penal*, T. I, Editorial Gaceta Penal, Lima.

VÉLEZ FERNÁNDEZ, El delito de trata de personas: ¿caminando hacia el fin de su impunidad?, en *Actualidad Penal*, Pacífico, N.° 8, febrero, 2015.

VILLA STEIN, Javier

1997 *Derecho penal. Parte especial*, T. I-A, Editorial San Marcos, Lima.

1998a *Derecho penal. Parte especial*, T. I-B, Editorial San Marcos, Lima.

1998b *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima.

2001 *Derecho penal. Parte especial*, T. II-A, Editorial San Marcos, Lima.

2002 "La legítima defensa", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 12, septiembre, Lima.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

1990 *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima.

1991 *Lecciones de Derecho penal. Parte especial I. Delitos de homicidio*, Lima.

1997 *Código Penal*, Grijley, Lima.

2002 *Código Penal comentado*, Grijley, Lima

2003 "Concurso de delitos y concurso aparente de leyes", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima.

2006 *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima.

2013 Protección del Derecho a la vida, en *libro homenaje al profesor José Hutado Pozo, un penalista de dos mundos*, IDEMSA, Lima.

2014 Derecho penal, parte especial I, V. I, Grijley, Lima.

VIVES ANTON, Tomas

2011 *Fundamentos del sistema penal*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España.

WELZEL, Hans
1976 *Derecho penal alemán*, traducción de Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
2005 *Introducción a la filosofía del derecho, traducido por Felipe González Vicen, B de F,* Montevideo, Buenos Aires.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (director)
2002 *Derecho Penal, Parte General,* Tirant lo Blanch, Valencia.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura
2003 "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del artículo 105° CP: principales problemas de aplicación", en *Anuario de Derecho penal,* dirigido por José Hurtado Pozo, Universidad de Friburgo-PUCP, Lima.
2003a "La regulación penal del aborto consentido en Derecho comparado", en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias,* Editorial San Marcos, Lima.

FISCAL ADJUNTA PROVINCIAL (T)
FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA
MINISTERIO PÚBLICO CAJAMARCA

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y librería jurídica Grijley,
ediciongrijley@gmail.com
en el mes de mayo del 2018.

Especial I (1998); Curso de Derecho Penal Peruano, Parte Especial II (2000); Curso de Derecho Penal Peruano, Parte Especial III (2da. edición 2006); La etapa intermedia y resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal de 2004 (1ra. edición, 2014); Delitos contra el patrimonio (5ta. edición 2015), Derecho Penal, Parte Especial (6ta. edición 2015); Los delitos de acceso carnal sexual (3ra. edición 2016); y delitos contra la administración pública (4ta. edición 2016).

Autor de innumerables artículos de investigación de Derecho Penal y Procesal Penal publicados en revistas especializadas en Derecho.

Profesor contratado en la Escuela de Post Grado de Derecho de la Universidad San Martín de Porres-Lima.

Profesor contratado en la Escuela de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo-Lambayeque.

Conferencista en temas de Derecho Penal y Procesal Penal en Congresos, Seminarios, Forums y Diplomados organizados por Universidades, Colegios de Abogados, Cortes Superiores e instituciones académicas destinadas a la actualización y perfeccionamiento de los magistrados, abogados y estudiantes de Derecho.

Integrante del Ministerio Público del Perú en Fiscalías penales desde 1996 hasta agosto de 2010.

Actualmente, Juez Superior Titular de la Corte Superior de Lima, nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura, setiembre 2010. Ratificado en el cargo por el CNM, en forma automática, enero 2018.

Juez Superior Titular integrante de la Sala Penal Nacional del Sistema Especializado en delitos de corrupción de funcionarios.

No está de más precisar que cuando nos referimos a la tipicidad de los delitos que se tratan, tomamos en cuenta el sub elemento "imputación objetiva" y los criterios que la excluyen (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y autopuesta en peligro de la víctima). Actualmente, resulta obvio que la imputación objetiva es un elemento más de la tipicidad objetiva. En un delito concreto, primero se determinará el nexo causal o lo que denominamos acción típica y luego, en un segundo nivel, se pasará a verificar si la conducta puede ser atribuida penalmente a su posible autor (imputación objetiva). Esto es importante y se debe tener en cuenta, para no caer en el error frecuente de considerar que con la imputación objetiva desaparece el elemento objetivo de "nexo causal". Este elemento subsiste, pero por sí solo resulta insuficiente para completar la tipicidad objetiva de una conducta determinada. Ahora, se sostiene que aparte del nexo causal debe verificarse la imputación objetiva. En este nivel de la tipicidad objetiva, se verificará si el autor al desarrollar su conducta activa u omisiva creó un riesgo (peligro) prohibido o aumentó un riesgo (peligro) normalmente permitido y como consecuencia de ello, se verificó el resultado dañoso que pertenece al ámbito de protección de la norma penal. En la realidad, el resultado dañoso no es otra cosa que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se pretende proteger.

ISBN: 978-612-4362-09-5