

"POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL Y DELITO DE HURTO"

Por: Dr. SILFREDO HUGO VIZCARDO (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1.- PRESENTACIÓN DE LA NORMA; 2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO; 3.- TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO; 3.1.- OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN; 3.2.- SUJETO ACTIVO; 3.3.- SUJETO PASIVO; 3.4.- ACCIÓN TÍPICA; 3.5.- ELEMENTOS MATERIALES; 3.5.A) BIEN MUEBLE; 3.5.B) APODERAMIENTO MEDIANTE SUSTRACCIÓN; 4.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO; 5.- TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO; 6.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN; 7.- CONCURSO DE TIPOS; 8.- PENA; **HURTO AGRAVADO** 1.- CONSIDERACIONES GENERALES; 2.- PRESENTACIÓN DE LA NORMA; 3.- TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO; 3.1.- ACCIÓN TÍPICA; 3.2.- ELEMENTOS MATERIALES CALIFICANTES; 3.2.1.- MEDIANTE DESTREZA, FUERZA, O CREANDO PELIGRO COMÚN; 3.2.1.A) EN CASA HABITADA; 3.2.1.B) DURANTE LA NOCHE; 3.2.1.C) CON DESTREZA, ESCALAMIENTO O FUERZA; 3.2.1.D) CON OCASIÓN DE DESGRACIA O CALAMIDAD; 3.2.1.E) SOBRE EQUIPAJE DE VIAJERO; 3.2.1.F) PLURALIDAD DE AGENTES; 3.2.2.- MEDIANTE UTILIZACIÓN DE EXPLOSIVOS, MEDIOS ELECTRÓNICOS, INTEGRANDO ORGANIZACIÓN DELICTIVA O CREANDO DESGRACIA ECONÓMICA 3.2.2.A) ACTUAR EN CALIDAD DE INTEGRANTE DE ORGANIZACIÓN DELICTIVA; 3.2.2.B) BIENES CIENTÍFICOS O CULTURALES; 3.2.2.C) MEDIOS INFORMÁTICOS; 3.2.2.D) DESGRACIA ECONÓMICA; 3.2.2.C) USO DE EXPLOSIVOS; 3.2.3.- CALIDAD DIRIGENCIAL DEL SUJETO ACTIVO; 4.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO; 5.- PENA. **CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.**

1.- INTRODUCCIÓN.

El denominado "hurto simple", constituye una modalidad típica de delito patrimonial de enriquecimiento (siguiendo la clasificación de Muñoz Conde), cuya nota característica es el apoderamiento doloso de bienes muebles que realiza el agente, mediante sustracción sin utilización de violencia o amenaza, con el fin de sacar provecho económico de los mismos.

El hurto se constituye en el tipo base que contiene en su estructura los elementos de tipo objetivo y subjetivo, que a su vez informan a los demás tipos que a partir de él se derivan, sean a modo atenuado o agravado.

1.- PRESENTACIÓN DE LA NORMA

Artículo 185.- El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.

(*) Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política..



2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Evidentemente es el patrimonio de las personas, representado por el «bien mueble» al que hace referencia el tipo, pero desde el punto de vista de la protección al derecho de posesión o de propiedad que sobre tal ejerza la víctima.

En tal sentido, el objeto de la tutela penal viene a materializarse, no en la protección al bien mueble en sí (que se constituye en el objeto material de la acción), sino en razón de la protección al derecho que tiene la persona sobre tal, en virtud de tenerla bajo su propiedad o posesión. Siguiendo a Soler, hemos de decir que, lo que el ordenamiento legal quiere es que tal relación de derecho entre la persona y el bien permanezca inalterable.

3.- TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO

3.1.- OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

En este supuesto delictivo la acción recae sobre un «bien mueble», que son los objetos y valores materiales o inmateriales que sirven de fundamento a las relaciones jurídicas, susceptibles de valoración económica. Por extensión, la ley equipara a esta categoría, a la energía eléctrica, al gas, al agua y a cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como al espectro electromagnético. La preexistencia del bien mueble debe ser debidamente probada.

Como ya se apreció, la imputación se ve restringida en esta clase de delitos, por el agregado de la observancia de criterios de cuantía. Por interpretación (teniendo como referencia lo dispuesto por el artículo 444 del C. P.), se establece que si el bien sustraído alcanza hasta un valor de cuatro Remuneraciones Mínimas Vitales, sólo estaríamos ante la configuración de una falta contra el patrimonio, mientras que si la valoración del bien sobrepasa dicho monto, la acción sí sería constitutiva de delito.

Esta determinación legal ha traído mucha con-

troversia, desde la perspectiva que un gran sector social considera que supeditar la imputación penal a criterios de cuantía, determina una “válvula de escape a la impunidad”, reclamando que se reduzca al mínimo el valor de cuantía que determine la aparición del injusto patrimonial (reducir el monto a S/460.00). Consideramos que no es esta la solución, ya que más daño haría el “remedio” que la “enfermedad”. Ello en atención a que el desmesurado incremento de acciones penales, que evidentemente se presentaría debido al alto índice de acciones de sustracción de esta naturaleza, haría colapsar nuestro ya atiborrado sistema judicial, por actos que, de acuerdo a la mínima penalidad, no implicarían privación de libertad, con lo que el efecto preventivo general que se persigue se vería frustrado y nuevamente la presión social haría presente su descontento. Y es que legislar para acallar o congozarse con la opinión pública no es la forma más correcta ni recomendable de ejercer el control penal, pensar lo contrario sería llevarnos al extremo de una perniciosa vigencia de un Derecho Penal simbólico.

Consideramos que los mecanismos normativos vigentes son suficientes para garantizar la seguridad pública, ya que existen los tipos penales de hurto agravado (y en su caso el robo), que sancionan las conductas más peligrosas e intolerables con penas más drásticas, que incluso podrían determinar la prisión efectiva (que es a donde apunta el sentimiento social). Y en todo caso, tratándose de los hurtos considerados de mínima cuantía, sea constitutivos de delito o falta, ellos también tienen asignados una penalidad, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, responde a los cánones de los fines preventivo protectores de la pena, lo que falta es una decisión política más firme para hacerlas cumplir (caso del trabajo obligatorio en favor de la comunidad), difundiendo de esta manera un mensaje normativo positivo a los efectos de reconciliar la norma jurídico penal con las aspiraciones de justicia de la población.

La determinación objetivo-patrimonial del va-



lor del bien, corresponde al operador penal, por lo que en este extremo, se presenta una característica abierta en el tipo, que deberá ser cubierta por el juzgador, atendiendo al valor de cambio actual en el mercado, y en defecto de ello, a valores ponderativos homogéneos, para cuyo efecto, siempre será apreciable la participación de peritos en la materia.

De acuerdo al criterio jurisprudencial, en el delito de hurto resulta esencial la prueba de la preexistencia y valorización del bien sustraído. Reiterada jurisprudencia nacional establece que, si no se ha probado la preexistencia del dinero o bienes que se dice sustraído, no procede la condena, incluso aunque uno de los inculpados declare haber sido autor de la sustracción.

Si se trata de bienes de consumo u otros que con el uso o con el paso del tiempo, puedan sufrir disminución (o incluso incremento) de su valorización, la tendencia mayoritaria se pronuncia en el sentido de que el valor, al cual se debe remitir el operador penal, para efectos de la imputación, es el que tenía o se le atribuía comercialmente al momento de la sustracción y si existió depreciación en el bien producto del uso, del tiempo u otras circunstancias, atribuibles al agente y verificadas durante la reposición, ello no obstará para la configuración del tipo, siendo dicha depreciación atendible a los efectos de la determinación de la reparación civil a la que también se le condenará. En tal sentido, Fidel Rojas indica que el factor depreciación o incremento del valor, como variables para calificar la infracción, son irrelevantes penalmente. Prima el valor económico del bien mueble al momento del apoderamiento mediante sustracción. Obviamente no puede decirse lo mismo a los efectos de la reparación civil; y ello por razones mínimas de equidad y eficacia componedora del Derecho penal, que de no ser tomadas en cuenta puede originar reparaciones exiguas o abruptamente exageradas en determinadas hipótesis de acrecentamiento del bien mueble ya dispuesto por el sujeto activo del delito (cuadros, esculturas, obras de arte que con el paso de los

años y durante el proceso adquieren inusitado incremento en su valor, o a la inversa) (2000, p. 138).

En cuanto a los títulos valores, refiere Vives Antón (1999, p. 370), no cabe negar que el documento en el que se materializan constituyen bienes muebles. El problema radica en que tal documento carece, por regla general, de valor: el valor reside en el derecho que incorpora. La cuestión estriba en dilucidar si, con el apoderamiento del título, el autor del delito ha hecho suyo el derecho incorporado a él.

La doctrina y la jurisprudencia suelen entender que, con la sustracción de un título, el autor hurta el valor del derecho incorporado cuando la mera posesión del título lo habilita para ingresar en su patrimonio el contenido económico del derecho (ello sucede por ejemplo en los títulos al portador). En los demás casos se estima que el hurto recae sólo sobre el valor material del título y que, la ulterior apropiación del contenido económico del derecho, requerirá una conducta defraudatoria, a calificar, en su caso, como estafa.

Sin embargo, tal criterio no parece del todo aceptable, pues existen documentos al portador en los que la apropiación del contenido económico del derecho incorporado a ellos requiere la ulterior negociación del título (cheques, letras de cambio, etc.); mientras que, en otros casos, el valor se halla ligado al título de tal modo que el apoderamiento del mismo implica ya, sin ulteriores requisitos, la apropiación del valor (dinero, sellos de correo, etc.).

Allí donde la apropiación del valor representado por el título no tenga lugar por el simple apoderamiento del mismo, sino que requiera una ulterior negociación, no cabrá hablar de hurto más que por el valor intrínseco del documento (generalmente insignificante) y no por el que el documento pueda representar. De modo que la conducta constituirá hurto si el documento sustraído tiene algún valor intrínseco y su cuantía



se registrá por ese valor; pudiendo constituir, además estafa, si aparentando la legítima posesión del mismo, se negocia y, en consecuencia, se adquiere fraudulentamente el valor incorporado a él.

Sin embargo, cuando el apoderamiento del documento implique la apropiación inmediata, no sólo del valor intrínseco, sino también del incorporado, será éste el que determine la cuantía del hurto.

El mismo criterio habrá de aplicarse en el caso de los llamados títulos valores impropios. En algunos casos (entradas de cines, espectáculos deportivos o teatros, pasajes de avión, etc.) el valor del derecho que confieren se halla tan íntimamente ligado a la posesión del título que la sustracción de éste implica la del valor incorporado a él. En los demás, por el contrario, la sustracción recae solamente sobre el valor intrínseco del título y la apropiación del valor representado por éste podrá en su caso implicar una defraudación. A la misma solución ha de llegarse en los supuestos de sustracción de billetes de lotería o análogos, partiendo de si se lleva a cabo antes o después del sorteo. Si se realiza antes, el hurto atenderá al valor intrínseco del billete, por exigencias obvias de conocimiento del tipo.

3.2.- SUJETO ACTIVO

Es genérico, puede ser cualquier persona física a la que no le asista legítimamente el derecho de propiedad o posesión, o no sea el propietario de la totalidad del bien mueble.

El tipo admite todas las formas de autoría. El agente puede actuar directamente, en coautoría o mediante autoría mediata (como por ejemplo, instrumentalizar sujetos inimputables o que obren bajo error invencible de tipo).

En consecuencia, no se constituye sujeto activo de este delito, quien se apodera ilegítimamente del bien mueble ajeno que poseía sin haberlo sustraído, ni el propietario que recupera el bien

que le pertenece, pero cuya posesión ha perdido en virtud de la ley o el contrato (en estos casos se trata de tipos de apropiación ilícita).

Comete este delito el condómino o el copropietario, que sustrae y se apodera del bien que en forma legítima tenía en su poder el otro condómino o copropietario.

La procedencia ilícita de la tenencia de la cosa, no modifica la constitución del delito, pues la tendencia generalizada es considerar que quien hurta a un ladrón lo que éste a su vez hurtó, se constituye en autor de este delito, pues siempre subsistiría la afectación del derecho del sujeto pasivo, propietario o poseedor legítimo del bien. Otra es la situación de quien sustrae el bien a su cómplice, ya que no estaría cometiendo un nuevo delito de hurto, sino que se mantendría como partícipe del primero

3.3.- SUJETO PASIVO

Es genérico, puede ser cualquier persona (física o jurídica), que ostente legítimamente el derecho a la propiedad, o a la copropiedad (siempre y cuando tenga legítimamente en su poder el bien) o posesión del bien mueble. Es muy frecuente que no coincidan individualmente, el sujeto pasivo perjudicado, con el sujeto pasivo de la conducta material o agraviado directo, que es quien sufre materialmente el despojo, como en el caso de que el dueño de la tienda manda a su dependiente a depositar el dinero al banco, y durante el viaje es víctima del hurto. En este ejemplo, el sujeto pasivo es el propietario del dinero y la víctima su dependiente.

Hay quienes sostienen que es imposible el hurto de los socios sobre bienes de la sociedad, en atención a que la sociedad determina copropiedad, ya que el capital social contiene parte de dinero y bienes de cada uno de ellos. Consideramos que sí se puede configurar el hurto en esta circunstancia, ya que jurídicamente el patrimonio social se independiza del patrimonio particular de cada socio, y si uno de ellos se apodera



ilegítimamente de dinero u objetos pertenecientes al patrimonio social, está cometiendo hurto, pues se está apoderando de bienes «ajenos». Creus es de la misma opinión, al establecer que «la cosa perteneciente a una sociedad, constituida por una persona jurídica distinta de los socios, es ajena para cada uno de ellos (Tomo I, 1991, p. 419). El hurto también es posible entre copropietarios, siempre y cuando medie sustracción injusta sobre bienes que actual y legítimamente poseía el otro copropietario.

En lo que respecta al hurto entre cónyuges o concubinos, es necesario precisar que hay quienes lo consideran perfectamente posible (como en el caso de los socios), ya que entre ellos se genera una sociedad conyugal con efectos patrimoniales que opera, en algunos aspectos, como una verdadera sociedad y los bienes pertenecerían al patrimonio familiar. En nuestro sistema penal, conforme al artículo 208 del código punitivo, el hurto cometido entre cónyuges o concubinos no es reprimible, circunstancia que haría vanal la discusión. Pero si bien es cierto, consideraciones de política criminal, determinan la no punición de estos actos, estableciendo una circunstancia de excusa absolutoria, ello no determina que típicamente no se haya consumado el delito, por lo que resulta oportuno una sustentación doctrinaria.

Atendiendo a la novedosa división de regímenes patrimoniales dentro del matrimonio, introducido por el Código Civil, se determina la existencia, en la relación conyugal, del régimen de separación de bienes o del régimen de sociedad conyugal (que son excluyentes). Si existe el régimen de sociedad conyugal, por la misma mancomunidad de la propiedad que se independiza, constituyendo un patrimonio familiar a modo de sociedad, entonces no vemos el porqué no pueda configurarse el hurto, ya que el autor se estaría apoderando de bienes «ajenos», que no están destinados a su libre disposición. Si se trata del régimen de separación de bienes, la situación es más nítida, ya que en dicho régimen, cada cónyuge conserva el derecho de propiedad exclusi-

vo sobre sus bienes, por lo que el apoderamiento ilegítimo de tales bienes por el otro cónyuge, constituiría el hurto.

3.4.- ACCIÓN TÍPICA

La materialización de este delito se objetiviza con el apoderamiento, por parte del agente, de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra. El delito de hurto se consuma cuando el agente, luego de haber sustraído el bien mueble de la esfera de custodia ajena, lo introduce en su propia esfera de disposición, **apoderándose** de él aunque sea por breve tiempo y aunque no tenga la intención de conservarla (no es requisito típico la presencia del animus rem sibi habendi). El factor tiempo no es relevante desde la perspectiva típica, resulta suficiente que el sujeto activo asuma de hecho y sin que nada lo perturbe, las facultades de una real posibilidad de disposición (posibilidad potencial, sin necesidad que sea necesario que se actualice tal disposición) con respecto al bien sustraído (caso en el cual, se habrá llegado al estado de apoderamiento)

Este comportamiento, no se puede realizar con violencia sobre las personas ni con intimidación, puesto que en estos casos estaríamos ante el delito de robo. Al hurto básico le es ajeno cualquier tipo de conducta violenta o coercitiva. En tal sentido, el agente puede valerse de cualquier medio no constitutivo de otro tipo (hurto agravado, robo, etc), pero que no impliquen el uso de la violencia física o de la amenaza.

En el supuesto que el agente ingresa abruptamente al restauaran y aprovechando un descuido de la comensal, de improviso sustrae su cartera, pero al huir tropieza con la silla de ella, la que cae al suelo lesionándose severamente la cadera, se aprecia que no hubo violencia como medio utilizado, y aunque el resultado fue dañoso, sólo habrá hurto (pudiéndose generar el concurso de tipos con el de lesión).

Un ejemplo práctico al respecto, lo encontramos



en la siguiente pregunta: **en el hurto, el sujeto pasivo se da cuenta que está siendo víctima de la sustracción de su patrimonio?** La respuesta parecería centrarse en el hecho que el agraviado, al tomar conocimiento de que es objeto de un injusto desposeimiento, en legítima y lógica defensa de su patrimonio, optaría por el rechazo, lo que obligaría al agente a vencer tal resistencia aplicando violencia o amenazando a su víctima. Pero puede darse el caso en el que la víctima se encuentre momentáneamente alejada del bien, como en el caso de la persona que estando descansando en el parque se levanta del asiento para refrescarse en la fuente, que queda a diez metros, dejando su maletín en la banca, circunstancia que es aprovechada por el ladrón, que lo sustrae y de da a la fuga, no obstante los reclamos de la víctima, que dándose cuenta del hecho, no puede hacer nada en contrario, ya que se encuentra alejado del lugar.

Conforme al criterio jurisprudencial predominante, "el acuerdo o convenio sobre la posterior devolución de los efectos hurtados, no cambia la naturaleza originaria del hecho delictuoso, y como tal procede la apertura de instrucción". El perdón o la indiferencia del agraviado tampoco determina la exclusión de la tipicidad. Por otro lado, el permiso o autorización anterior a la sustracción, libera la tipicidad del hecho.

En lo referente al momento consumativo de este delito, en relación al momento en que se entiende apoderado el bien mueble, existen tres teorías:

a) **Contrectatio.**- En cuya virtud el apoderamiento se produce en el momento en que el agente toca el objeto. Esta tesis es de contenido demasiado lato y podría comprender incluso, simples actos preparatorios.

b) **Ablatio.**- Que identifica la consumación con la mera sustracción indebida del bien. Para esta tendencia no es necesario que el bien sea sacado del lugar en que se encuentra para determinar el desposeimiento. Sólo bastaría que el agen-

te la tome y se lo guarde, sin necesidad de alejarse del lugar en la que se encuentra, como en el caso del huésped, que guarda el bien en su equipaje sin haberse retirado de la casa que lo acoge. Circunstancia que denota demasiada exigencia.

c) **Ilatio.**- Según esta posición doctrinaria, se considera consumado el delito, cuando el bien es transportado por el agente a un lugar seguro, previamente escogido, donde permanece oculto a salvo de la reivindicación del titular y a la entera disposición del autor. Se fundamenta en el ocultamiento del bien.

Según lo establecido por el artículo 185 de nuestro cuerpo punitivo, la consumación de este delito se produce en el momento en que el sujeto activo asume, mediante el apoderamiento, la disponibilidad del bien mueble. Por tanto, no basta para que pueda darse por consumado el hurto, que el sujeto activo haya tomado el bien y haya huido con él (caso en el que estaríamos ante la tentativa), sino que es preciso que se haya constituido un *mínimum* de disponibilidad a favor del agente.

En el derecho comparado, encontramos que conforme a la doctrina argentina, en el hurto se consideran distintos momentos para decir que se ha consumado el mismo. Unos dicen que cuando se remueve el objeto, otros cuando se tiene la disponibilidad del objeto y por último dicen que se consumó el hurto cuando se sacó la cosa de la esfera de vigilancia del propietario. En atención a ello la tentativa se irá colocando en distintos lugares según cada caso. Así, se ha entendido, por ejemplo (partiendo de que el poder de disponibilidad sobre la cosa ajena es la que fija el momento consumativo del hurto), que el perseguido por tres cuadras, que no tuvo por lo tanto posibilidad de disponer del dinero sustraído sólo incurrió en tentativa de hurto y por el contrario (partiendo de la teoría de la esfera de custodia), en un caso similar el delito fue consumado, pues la intención y actividad del acusado han quedado configurados con el apodera-



miento y posterior salida del negocio llevando el fruto de su obrar delictuoso (en este caso habría tentativa si se le hubiera sorprendido con el dinero hurtado dentro del negocio). Y por último, partiendo de la teoría de la remoción del objeto, habrá tentativa cuando el delincuente abrió el cajón para sustraer el dinero, y se consumaría el delito cuando lo tuviera en la mano.

3.5.- ELEMENTOS MATERIALES

4.5.a) Bien mueble.- A diferencia de lo establecido en el Código penal derogado de 1924, el vigente Código punitivo ya no se refiere a «cosas» (concepto que atendía fundamentalmente a la necesaria característica corpórea del objeto), sino a «bienes», que son los valores u objetos materiales o inmateriales, susceptibles de poder ser extraídos o transportados, que sirven de objeto a las relaciones jurídicas, y que poseen utilidad y valor económico.

Conceptualizado así el bien mueble desde la óptica penal, pueden generarse discrepancias con la concepción civilista. Al respecto, asumiendo la tesis ecléctica, el concepto penalístico resulta más amplio, permitiendo abarcar en el concepto de bien mueble, bienes que en el campo civil son considerados inmuebles, como el caso de las aguas, las naves o aeronaves por ejemplo. Así, indica Bustos Ramírez, el concepto aparece “funcional”, determinándose que en el supuesto hipotético, que algo aparentemente inmueble puede pasar a ser mueble, como por ejemplo una casa, en la medida que pueda ser separada del suelo y transportada a otro lugar.

Desde la perspectiva civilista, el artículo 886 del Código Civil precisa los bienes considerados muebles, señalando su característica fundamental que es la posibilidad de su desplazamiento; así tenemos: los vehículos terrestres de cualquier clase, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, las construcciones temporales en terreno ajeno, los materiales de construcción o procedentes de una demolición sino están unidos al suelo, los títulos valores o documentos que re-

presenten créditos o derechos personales, las rentas y pensiones y las acciones o participaciones societarias aunque estas pertenezcan a bienes inmuebles. También son considerados a estos efectos los bienes accesorios (artículos 887 al 889 del Código Civil) y los demás bienes no comprendidos como inmuebles en el artículo 885 del C.C. (inciso 10 del artículo 886 del C.C.).

Conforme a lo ya dicho y no obstante esta delimitación conceptual, el objeto material del hurto, que es el «bien mueble», en su concepción penal tiene una significación más amplia que la asignada en el campo civilista, puesto que, siguiendo los postulados del Código punitivo italiano, permite incluir en él, tanto la característica corpórea de las cosas, que constituyen su especie, sino también otro tipo de bienes, como la energía eléctrica, el gas, el agua y el espectro electromagnético (Agli effetti della legge penale, si considera “cosa mobile” anche l’energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico -Art. 624-).

En contraposición a ello, los tratadistas españoles y un gran sector de la doctrina, consideran inviable la posibilidad de sustracción, a título de hurto, de estos elementos, prefiriendo hablar de actos defraudatorios. En tal sentido, el artículo 255 del Código Ibérico (De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas), establece la sanción de quien **cometiere defraudación** por valor superior a cincuenta mil pesetas, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación. 2º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores. 3º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

Nuestro legislador, atendiendo a exigencias reales, a ampliado el tipo a la protección de la energía eléctrica, el gas, el agua y el espectro electromagnético. Los tres primeros constituyen fluidos cuyo hurto puede darse tanto por parte de los consumidores como de los suministrado-



res (en desviaciones o conexiones clandestinas por ejemplo). El espectro electromagnético se refiere a las ondas de radio frecuencia y microondas que tienen que ver con las comunicaciones, que son propiedad del Estado y de las que el sujeto activo puede apoderarse en provecho propio o de tercero. El tipo penal, amplía también sus efectos y protección a cualquier otra energía (la atómica por ejemplo) o elemento, análogo que tenga valor económico, lo que permite incorporar otros elementos, como la línea telefónica o la señal televisiva e incluso aquella que transporta la señal de internet.

El ser humano vivo no puede ser considerado bien objeto de derecho, sino sujeto de derecho, por lo que resulta imposible hablar de hurto (ello podría tipificar el secuestro).

Resulta controvertida la determinación en cuanto a si la sustracción de cadáveres humanos o sus tejidos u órganos, que conforme a la posición mayoritaria, no se constituyen en objeto de hurto, por no ser objetos integrantes del patrimonio individual y no ser permitida sus transacciones comerciales, podría ser considerada como constitutiva de hurto, en cuanto la acción estuviese destinada a hacer entrar los restos humanos o sus órganos al tráfico mercantil con fines de lucro. Ello en cuanto de hecho, la realidad ha demostrado que existe un arraigado mercado negro que si les asigna valor económico (y en todo caso, siempre el Estado podría resultar agraviado). Estos argumentos han permitido a un sector de la doctrina, fundamentar la necesidad de circunscribir este tipo de actos, dentro de los delitos patrimoniales (al efecto, manifiestan, tendría que adecuarse la tipicidad). Tema controversial, que en anteriores ediciones nos hicieron pronunciarnos en la necesidad de sancionar dichas conductas, incluso postulando la posibilidad de crear un tipo específico que comprenda tan reprochable comportamiento.

Es así que con fecha 18 de enero del 2004, mediante Ley 28189 (Ley General de Donación y Trasplante de Organos y/o Tejidos Humanos),

se incorpora el artículo 318-A en el Capítulo I del Título XIV del Código Penal (no en el ámbito patrimonial, sino en el contexto de los Delitos Contra la Tranquilidad Pública), que reprime con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años, la conducta de quien por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o

b) Constituye o integra una organización ilícita para alcanzar dichos fines.

Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 4, 5 y 8. Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta.

La sustracción de animales valiosos, que constituyan el patrimonio privado (fuera de los que conforman el objeto material en el abigeato y aquellos que no puedan ser objeto de propiedad privada), cuya titularidad y valorización pueda ser demostrada suficientemente, también puede configurar el hurto.

El bien mueble tiene que ser total o parcialmente ajeno. El empleo del concepto de ajenidad, utilizado por el legislador, traduce la intención de establecer que el bien mueble no es de quien lo hurta, sino que tiene un dueño (sea propietario o poseedor), quien la tiene dentro de su esfera de custodia y que resulta identificable y actualizable, por lo que, desde la perspectiva procesal, hay quienes sostienen que no podría procesarse al agente sin el conocimiento de quién es el sujeto agraviado. En contraposición a ello,



indica Soler, el empleo de este concepto de ajenidad, traducido en la existencia de un dueño del bien mueble, implica según el profesor argentino, que no es indispensable la individualización y presencia del sujeto pasivo en este tipo de delitos, sólo basta tener la certeza de que la cosa pertenece a alguien (posición con la que estamos de acuerdo). En igual sentido, Vives Antón, manifiesta que en los supuestos de indeterminación del propietario de la cosa, se produce la condena por hurto en tanto en cuanto se tiene la seguridad de que lo hay, aunque no se pueda precisar quién es (ob. Cit. P. 368).

Conforme lo aprecia Creus (Tomo I, 1991, p.419), este carácter de ajenidad tiene que ser encarado desde el punto de vista del sujeto activo del delito: cosa ajena es toda aquella que pertenece a un patrimonio que no sea el del agente; es totalmente ajena cuando éste no tiene ni una parte ideal de ella en comunidad con sus propietarios; es parcialmente ajena si tiene en propiedad parte de ella como condómino o comunero hereditario; quien es propietario en estas últimas condiciones puede cometer el delito de hurto con referencia a la cosa parcialmente ajena si no es el que ejerce su tenencia en el momento de la acción.

Siguiendo esta misma línea de raciocinio, las cosas abandonadas por su dueño (*res derelictae*) y las que no pertenecen a nadie (*res nullius*), por no tener dueño en el sentido establecido, no pueden ser objetos materiales del delito de hurto. Asimismo, las cosas perdidas, que evidentemente tienen dueño, tampoco pueden ser objeto del apoderamiento que este tipo legal requiere, por cuanto no habría sustracción ya que fueron encontradas. En este último caso existe un tipo de apropiación ilícita que luego veremos.

Por último, ya hemos anotado que se tipifica el hurto, cuando el condómino o copropietario del bien mueble, la substraer del condómino o copropietario que ejercía sobre él una posesión legítima. Al respecto, resulta oportuno observar que por criterio jurisprudencial “no procede abrir

instrucción por delito hurto contra un condómino que aprovecha de los frutos de la cosa común mientras se ventila el juicio de partición”.

4.5.b) Apoderamiento mediante sustracción.-

Los delitos de apoderamiento, refiere Muñoz Conde, requieren normalmente un desplazamiento físico de las cosas del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo. Eso exige por parte del sujeto activo una acción material de «tomar» o «apoderarse» (1995, p.316).

Apoderamiento, en el sentido que el tipo penal reclama, significa la acción mediante la cual el agente introduce en su esfera de disposición un bien mueble, que anteriormente se encontraba dentro de la esfera de custodia de otra persona. Implicando, como indica Mezger, el quebrantamiento de una custodia ajena y la fundamentación de una nueva custodia.

El apoderamiento implica pues, la inserción del bien mueble dentro de la esfera de disposición del agente, lo que a su vez se traduce en la posibilidad potencial e inmediata, que éste tiene de ejercitar sobre aquélla, cualquiera de los atributos propios derivados de la propiedad; usarla, usufructuarla, enajenarla o darla en prenda.

En opinión de Bajo Fernández (1991, p. 66), la acción de tomar entraña un comportamiento activo de desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del sujeto pasivo al del sujeto activo.

El apoderamiento del bien por parte del agente, conlleva correlativamente la existencia del desapoderamiento que sufre el propietario o poseedor. Pero ello no significa que todo desapoderamiento implique el apoderamiento del agente. Es justamente en este momento de la acción donde entra a tallar el concepto de sustracción, que el tipo reclama como medio para lograr el apoderamiento. La sustracción del bien del lugar en el que se encuentra, no significa otra cosa que privar a la víctima de la posibilidad de ejercer su señorío sobre él, sacándolo de su esfera



de custodia. Como vemos en la sustracción no existe todavía el apoderamiento, por lo que a esta altura del proceso ejecutivo del delito, nos encontramos ante un tipo imperfectamente realizado (tentativa).

Por exigencia del tipo penal y desde una perspectiva lógica, el apoderamiento, para alcanzar un carácter antijurídico, debe producirse ilegítimamente, es decir sin derecho (evidentemente, el permiso o la autorización para la sustracción releva la tipicidad).

En alusión a ello, y en concordancia con la exigencia típica del texto punitivo español, que en su artículo 234 (hurto) plantea la exigencia típica del actuar "sin la voluntad de su dueño", Quintero Olivares (1996, p. 447) nos dice que sin necesidad de compartir la teoría de los llamados elementos negativos del tipo –que indica no asumir–, puede admitirse que en algunos concretos delitos sí es verdad que el legislador ha introducido expresamente un elemento negativo, cual es el caso del delito de hurto cuando incluye la mención a la falta de voluntad del dueño. Por obra de ese elemento, la voluntad favorable del dueño conduce a la atipicidad de la conducta y no a la justificación. Naturalmente, es indispensable que el autor capte (en términos de dolo) la falta de voluntad del dueño. A ello se añade un problema "objetivo": quien es ese dueño que puede consentir y hasta dónde alcanza su consentimiento. Por ejemplo, el dueño no puede dar permiso para que alguien se apodere de lo que tiene arrendado o prestado a un tercero y, en cambio, ese arrendatario puede consentir, en orden a provocar la atipicidad de la conducta, en que alguien se lleve la cosa, con independencia de la responsabilidad que contraiga frente al dueño. Por tanto, a los efectos del delito de hurto, dueño es quien está en condiciones de permitir que otra persona "tome" (en el sentido típico) la cosa.

4.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

El hurto es eminentemente doloso, el agente actúa con plena conciencia y voluntad, conociendo la ajenidad total o parcial del bien que sustrae y su falta de derecho, por lo que se descarta el dolo eventual. Adicionalmente el tipo penal se refiere también a un elemento complementario de tipo subjetivo diferente al dolo (dolo reforzado), referido a que el apoderamiento se efectúe con la **intención de sacar provecho del bien** (elemento descriptivo del tipo que lo revela abierto), que representa el **animus lucrandi** que orienta la acción del sujeto activo, quien persigue un beneficio económico para sí o para tercero (que, de verificarse, determina el agotamiento del delito). Al respecto, el artículo 234 del Código sustantivo español, hace referencia a tal determinación subjetiva, indicando: "el que con ánimo de lucro tomare las cosas muebles ajenas...". El C.P. alemán, por su parte, no hace referencia al fin lucrativo, sino que refuerza el carácter de lo injusto al establecer en su artículo 242, la sanción, vía hurto, de quien "sustraiga una cosa mueble ajena a otro en la intención de apoderarse antijurídicamente de ella...".

Indudablemente estamos ante la presencia de un tipo de tendencia interna trascendente, que desde la perspectiva del tipo, no requiere la actualización del beneficio patrimonial, sino la proyección subjetiva-motivacional del mismo, que ha de dominar el acto. Cabe precisar, que en la conceptualización del lucro como factor anímico, ha de involucrarse efectivamente la búsqueda de un provecho económico, el que ha de comprender incluso la satisfacción de los fines que el agente pretendió alcanzar, como por ejemplo, vender el bien, usarlo para sí o incluso darlo en donación.

En tal sentido, si la acción se presenta sin tal ánimo de lucro, que se entiende comanda toda la realización típica, no puede procederse a la condena por hurto (por ejemplo, la motivación de mofa o burla <animus jocandi>), la intención de hacerse cobro de deudas, la de destruir por



venganza, e incluso los móviles nobles, como sustraer el rifle de quien pretende usarlo para hacer daño). Así, en el caso hipotético, si el hermano de la mujer arrojada de su casa por el conviviente abusivo, sustrae el refrigerador que ella reclamaba, con la intención de hacerle justicia ante tal acto de prepotencia del marido, no comete hurto.

El acusado que no tuvo intención de aprovecharse de los objetos de que legítimamente se apoderó, al no encontrar en su casa al conviviente de su hermana a quien le fue a solicitar el préstamo de una pequeña suma de dinero para comprar alimentos, acto que practicó, además, en estado de embriaguez, no comete el delito de robo (hurto), por faltar el factor intencional (Ej. 23 de octubre de 1996, R. de los T. 1996, pg. 369).

No es requisito de orden típico, que el agente haya actuado con la intención o propósito de adueñarse del bien en el sentido del animus rem sibi habendi (animo de hacer suya la cosa).

5.- TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

El tipo, por su característica lesiva y material, admite la posibilidad de que se configuren todas las formas de tentativa señaladas en la Ley. Es necesario destacar que la simple sustracción antes del apoderamiento nos sitúa en el ámbito de la tentativa.

6.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Por su naturaleza comisiva y material, el tipo admite la configuración de todas las formas de autoría (directa, mediata, coautoría) y participación delictiva (instigación y complicidad).

7.- CONCURSO DE TIPOS

Este delito admite la posibilidad del concurso, dado que en su proceso ejecutivo y en su consumación pueden presentarse actos como violación de domicilio, receptación, etc.

JURISPRUDENCIA: PENA MAS GRAVE: Las coartadas exculpatorias de los procesados se encuentran rebatidas a la par, que carecen de respaldo fáctico merituable, significándoles por ende responsabilidad penal conjunta por el hecho y que al presentarse un concurso ideal de delitos debe aplicarse la pena más grave. Exp. No 2-95 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO: SEGUNDA SALA PENAL. Callao, seis de junio de mil novecientos noventa y siete. S.S. ESTRELLA CAMA/MESONES MANTILLA/ABARCA GAMERO

8.- PENA

La pena conminada para este delito es privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

HURTO AGRAVADO

1.- CONSIDERACIONES GENERALES

El texto legal del artículo 186 del Código Penal, introduce una serie de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, que incrementan el reproche social en atención a la conducta peligrosa del sujeto activo, determinando una respuesta sobrecriminalizadora y una mayor sanción penal. En general, estas circunstancias pueden ser clasificadas de acuerdo a tres circunstancias: a) En casa habitada, durante la noche, mediante destreza, fuerza, creando peligro común, sobre equipaje de viajero o por la multiplicidad de agentes; b) mediante utilización de explosivos, medios electrónicos, telemáticos, violación de claves secretas, integrando organización delictiva o creando desgracia económica; y, c) por la calidad dirigenal del sujeto activo.

Desde la perspectiva operacional, es conveniente precisar que el hurto agravado deriva del tipo básico de hurto simple tipificado en el artículo 185, siendo por ello necesario, al momento de



realizar la subsunción de la conducta como una forma agravada (con el objeto de abrir instrucción), referirse primero al tipo del artículo 185, ya que no basta invocar únicamente el artículo 186, por cuanto esta norma sólo describe las diferentes circunstancias bajo las cuales la conducta básica del hurto se agrava.

2.- PRESENTACIÓN DE LA NORMA

Artículo 186.- El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

- 1.- En casa habitada
- 2.- Durante la noche
- 3.- Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos
- 4.- Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
- 5.- Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
- 6.- 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.- Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
- 2.- Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.
- 3.- Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general, o la violación del empleo de claves secretas.
- 4.- Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.
- 5.- Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.

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.

3.- TIPO OBJETIVO DE LO INJUSTO

3.1.- ACCIÓN TÍPICA

Se trata de un hurto, calificado por las especiales circunstancias señaladas en el artículo 186. Por su naturaleza típica derivada, resulta aplicable lo ya tratado en el estudio del hurto básico.

En relación a estas modalidades típicas derivadas sobrecriminalizadas, se plantea la problemática de si debe tenerse en cuenta también el criterio de cuantía señalado para el hurto. Al respecto, resulta interesante mencionar que la interpretación objetiva de lege data, del artículo 444 del C.P., en el cual se hace expresa referencia sólo al artículo 185 para la aplicación de criterios de cuantía, nos lleva a establecer, como es la posición mayoritaria, que en el caso del artículo 186 (hurto agravado) no resulta de aplicación tal condición referida a la valorización del bien sustraído, ello en consideración a que el artículo 444 no lo refiere expresamente y a que las modalidades de acción agravada que tal contiene reflejan indefensión y peligrosidad para la víctima. En ello coincidimos, pero como ya se hizo referencia, sería preferible, desde la óptica de una adecuada sistematización, que se definieran con precisión los supuestos típicos a los cuales adscribir requisito de cuantía (sobre todo en aquellos actos defraudatorios o de apropiación ilícita en los que no se evidencia violencia o amenaza que haga peligrar la seguridad de la víctima), ya que la actual indefinición nos lleva al contrasentido de que para el hurto atenuado del artículo 187, no cabría tampoco la exigencia de este criterio de cuantía al no estar referido expresamente en el artículo 444.

3.2.- ELEMENTOS MATERIALES CALIFICANTES

3.2.1.- EN CASA HABITADA, DURANTE LA NOCHE, MEDIANTE DESTREZA, FUERZA, CREANDO PELIGRO COMÚN, SOBRE EQUIPAJE DE VIAJERO O POR LA MULTIPLICIDAD DE AGENTES.

3.2.1.a) En casa habitada (Art. 186.1: "En casa



habitada).- Circunstancia en la cual, la conducta del agente, conforme lo anota Bajo Fernández (1991, p. 95), genera un evidente riesgo para la vida o integridad de las personas que habitan la casa, entendida ésta como la construcción que sirve de albergue o morada continua o constante. Vives Antón fundamenta también esta circunstancia agravante en la lesión a la intimidad personal, que aunque sea de modo potencial, se ve afectada, vulnerándose el particular e íntimo espacio de autorealización y convivencia de sus moradores (1990, p. 854).

En el concepto de casa habitada, se incluyen también no sólo a las que constituyen morada permanente, sino también a aquellas temporales o transitorias (por ejemplo la sustracción verificada en pensiones e incluso en hoteles). No constituyen casa habitada, los recintos universitarios, escolares, oficinas, instituciones públicas o privadas o los locales comerciales o industriales, que no estén destinadas a habitación (salvo el caso que el hurto se cometa en la habitación del guardián o vigilante por ejemplo). Tampoco forman parte de la "casa habitada", las zonas comunes de las edificaciones (por ejemplo: los pasadizos, patios o escaleras comunes).

El texto punitivo mexicano amplía la protección penal, incluso cuando el hurto (robo según su tipicidad), sea cometido en el interior de casa habitación o "en el interior de un vehículo particular" (nuestro texto punitivo no ampara esta última modalidad). Igualmente, el Código Azteca, señala como agravada la conducta de sustracción realizada en "lugar cerrado", entendiendo por tal "cualquier recinto notoriamente aislado del espacio circundante al que el activo no tenga libre acceso, independientemente de que se encuentren abiertas las puertas o rotos los muros (Art. 290. II y XIII, C.P. del Estado de México).

No obstante la carencia de una definición normativa en nuestro Código punitivo, en la legislación comparada podemos observar que en el artículo 241 del Código Penal español (que san-

ciona el hurto agravado), se indica que: "se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar". "Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o de local abierto al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos del edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física". En igual sentido, el artículo 240 del Código Penal colombiano, tipifica como calificada la acción de hurto cuando se cometiere: "Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores".

La interpretación doctrinaria orienta a definir la agravante, en cuanto el hurto se cometa "ingresando en la casa habitada de la víctima o en la que ella se encuentre", aunque no sea el propietario (v. gracia, la casa del amigo en la que se quedó a pernoctar). En el caso que el agente invita a la víctima a su propia casa (la bella joven que invita a su cuarto al parroquiano), y en esa circunstancia aprovecha para sustraer sus pertenencias, no podría típicamente configurarse la agravante (en su caso podría concurrir la destreza). Al respecto, encontramos en la legislación comparada, diversas otras modalidades, que matizan el campo de comprensión de este delito, así la legislación punitiva mexicana señala como circunstancias agravantes las siguientes: Artículo 290: VII. Cuando lo cometa un dependiente o un doméstico contra su patrón, algún miembro de su familia, huésped o invitado, en cualquier parte que lo cometa...; VIII. Cuando un huésped o comensal o alguno de su familia o de los domésticos que lo acompañen, lo cometan en la casa donde reciban hospedaje, acogida o agasajo...; IX. Cuando lo cometa el anfitrión o alguno de sus familiares en la casa del primero, contra su huésped o domésticos o contra cualquier persona invitada o acompañantes de éste...(C.P. del Estado de México).



La agravante se constituye aun en el caso que los habitantes no estuviesen presentes en el momento en que se realiza el hurto. En tal sentido, el texto punitivo español resulta más específico, ya que expresamente hace referencia a que el delito se constituirá, aunque los moradores “accidentalmente” se encuentren ausentes de ella (Art. 240). El Código colombiano, coincidentemente también establece la consumación del ilícito “aunque allí no se encuentren sus moradores”. Ello en atención a que el fundamento agravante, radica en la generación de la atmósfera de peligro que se cierne sobre los moradores, que se manifiesta latente aunque físicamente ellos no se encuentren presentes, ya que es posible que “regresen”.

En este orden de ideas, encontramos justificada la imputación de esta agravante en relación directa al carácter eventual (accidental según los españoles) de la ausencia de los moradores, lo que implica como presupuesto que la casa o morada esté de ordinario habitada (en el sentido de permanencia física habitual). Por ello, cuando se trata de casas de campo o de playa, que son de temporada, y siempre que la ausencia de moradores sea constante (no eventual), no podría constituirse esta agravante, salvo que se hallen habitadas por alguna persona, como el guardián por ejemplo, en cuyo caso si se cumpliría el requisito de casa habitada.

El tipo agravado, cuya esencia sobrecriminalizadora se basa en la creación del riesgo (que se cierne pluriofensivo), reclama el ingreso físico del agente al interior de la casa habitada (no se asimila a este concepto la utilización sólo de las extremidades o el empleo de instrumentos mecánicos o de otra índole). Evidentemente la conducta intrusista de la violación del domicilio se subsume en la del hurto.

3.2.1.b) Durante la noche (Art. 186.2: “Durante la noche”).- En cuyo caso el fundamento de la agravante radica en el injustificado incremento del peligro, ya que el agente decididamente aprovecha la falta de brillo solar, explo-

tando la disminución de las posibilidades de protección o defensa de la víctima. La agravante en cuestión no debe identificarse con criterios puramente astronómicos, sino en motivaciones psicológicas de explotación por parte del agente, de la ventaja que le proporciona el actuar protegido por la oscuridad de la noche, por lo que, según nuestro criterio, si el hurto es cometido durante la noche, pero en un lugar adecuadamente alumbrado por la luz artificial, no se configuraría la agravante. Por ello el tipo ganaría en claridad y reflejaría una adecuada orientación político criminal (repeliendo la posibilidad de una analogía mal interpretada, atentatoria incluso contra el principio de legalidad), si se completara con el texto: “Aprovechando la oscuridad de la noche”.

La aplicación de la agravante tiene directa relación con la oportunidad del logro del apoderamiento, el cual tiene que ser durante la oscuridad de la noche.

La oscuridad provocada para el hurto no es constitutiva de esta forma de agravante (Ej. apagar las luces durante el día). Diferente sería el caso de apagar las luces durante la noche, caso en el cual si se estaría aprovechando de la oscuridad de la noche.

3.2.1.c) Con destreza, escalamiento y fuerza (Art. 186.3: “Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos”).- (Se il fatto é commesso con destrezza...Art. 625 C.P. italiano). La acción del agente, utilizando destreza (habilidad, arte, sigilo), escalamiento (venimiento de obstáculos defensivos, internos o externos, mediante el esfuerzo o agilidad para trepar, subir o descender), destrucción o rotura de obstáculos (fuerza sobre las cosas que constituyen el quebrantamiento de las defensas, que a decir de Creus (1990, p. 421), constituyen ellos mismos una forma simbólica de custodia), para perpetrar el hurto, lo representa como un elemento peligroso, capaz de generar riesgo o peligro.



La destreza implica una especial habilidad en el accionar del agente, que presupone actos inusuales o excepcionales, con los que éste se procura la sustracción del bien. En este sentido, se hace controversial la distinción que típicamente se habrá de hacer para diferenciar, en el contexto de una acción de hurto, en la que por definición no se puede presentar ni violencia ni intimidación, para distinguir en qué caso nos encontramos ante una modalidad simple y cuando estamos ante una forma agravada. Ello en atención a que en el hurto básico, para evitar el enfrentamiento con la víctima, el agente, en la generalidad de los casos, hará gala justamente de su pericia, habilidad o ingenio.

En tal sentido, la pregunta que surge, y que lamentablemente nuestra jurisprudencia no ha sabido responder es: ¿en qué caso, el ingenio o la habilidad puesta en acción es constitutiva de una forma simple o agravada?. Ante ello, consideramos que la “destreza” constitutiva del tipo agravado debe incluir, como nota diferencial, la identificación en el agente, de una conducta inusual, de enfrentamiento, inmediata y generadora de una atmósfera de peligro (lo que mas bien fundamentaría la audacia) (por ejemplo: introducir una rata viva en el interior del auto para sustraer el bolso de la conductora, untarse excremento en el cuerpo para procurar la sustracción y evitar su captura, disfrazarse de autoridad, cortar el bolso con una cuchilla, distraer al conductor para arrebatarse su auto radio, etc.). En este extremo, apreciamos la característica abierta que el tipo presenta, ya que será el juez el llamado a determinar el fundamento inculpativo. Pero ello también podría aparejar la posibilidad de excesos contra la seguridad jurídica, generándose el peligro de fundamentar una analogía in malam partem. Es por estas consideraciones, que conceptualizamos que sería mejor hacer radicar la circunstancia agravante en el empleo de la “audacia”, que involucra la acción decidida y de enfrentamiento.

JURISPRUDENCIA: SALA PENAL R.N. 5358-97 AMAZONAS (1997).- “La sustracción

de los sacos de arroz y maíz imputados a los acusados, en circunstancias que los camiones que transportaban la carga se desplazaban en la carretera, habiendo sido perpetrado dicho ilícito durante la noche, con el empleo de destreza, aprovechando el descuido de los conductores, en cuya ejecución los agentes escalaban el camión y arrojaban los sacos de productos, tal modalidad cómitiva constituye delito de hurto agravado y no robo agravado, puesto que no hubo ejercicio de violencia o amenaza, sino sólo fuerza sobre las cosas”.....JURISPRUDENCIA: SALA PENAL R.N. 260-97 CALLAO (1997).- “El arrebatamiento del monedero de la agraviada cuando se encontraba en un mercado, se subsume dentro de los alcances del inciso 3 del artículo 186 del Código Penal vigente, toda vez que en el accionar del agente, ha primado su destreza para apoderarse del monedero, no habiendo ejercido violencia física contra la víctima”.

El escalamiento, en el sentido típico agravado, significa el acto de subir, trepar o descender, poniendo de manifiesto un significativo esfuerzo físico (directo o indirecto, como cuando se emplean poleas o sogas), suficiente para lograr la sustracción perseguida (el empleo de una especial “energía criminal”, según refiere Quintero Olivares <1996, p. 461>). El fundamento de la agravante se encuentra en la demostración por parte del agente, de un especial comportamiento que denota mayor determinación y peligrosidad, que se traduce en el efectivo desbaratamiento de las “defensas predisuestas”, esencialmente colocadas para la protección del bien, sin importar su naturaleza, permanencia o temporalidad.

La destrucción o rotura de obstáculos, involucra en la acción la utilización de la propia fuerza física o el auxilio de elementos mecánicos o de otra índole, que permitan el doble efecto señalado en el tipo: la “destrucción” (eliminación) o rotura (quebrantamiento) de obstáculos. Se configura así el concepto de “fuerza sobre las cosas” como el fundamento agravante, que al igual que en el presupuesto



precedente, denotan en el agente, de un especial comportamiento que demuestra mayor determinación y peligrosidad, que se traduce en el efectivo desbaratamiento de las “defensas predisuestas”, esencialmente colocadas para la protección del bien, sin importar su naturaleza, permanencia o temporalidad. El tipo así adquiere carácter pluriofensivo, ya que el agente atenta contra la materialidad de los bienes que representan las defensas predisuestas y atenta también contra el patrimonio.

La legislación comparada nos brinda la posibilidad de ampliar el contexto de acción de esta modalidad agravada, así, el C.P. español engloba en el concepto de fuerza sobre las cosas (que para ellos es constitutivo de robo), los siguientes actos tipificados en el artículo 238: 1) Escalamiento; 2) Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; 3) Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo; 4) Uso de llaves falsas; 5) Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Se consideran llaves falsas, de acuerdo a lo normado por el artículo 239 del Código acotado: 1) Las ganzúas u otros instrumentos análogos; 2) Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal; 3) Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia. Art. 163.3 del C.P. argentino: Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la substracción o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída o hallada.

3.2.1.d) Con ocasión de desgracia o calamidad (Art. 186.4: “Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o

desgracia particular del agraviado”).- La acción del agente se torna mayormente reprochable, cuando, dejando de lado fundamentales obligaciones sociales de asistencia y mutua protección, aprovecha eventuales circunstancias calamitosas (incendio, inundación, accidentes, atentados, naufragios, etc.), públicas o que sólo afecten a particulares, para apoderarse de los bienes de los afectados. Aprovecha inmisericordemente la escasa o nula posibilidad de defensa de éstos.

Decía Carrara, en su monumental “programma”, al estudiar el hurto calamitoso, que demuestra un ánimo bárbaro el que aprovecha de un incendio, de un terremoto o de una inundación para cometer el hurto, que, por eso, algunos autores denominan elegantemente, hurto inhumano; pero juzgaba que con ello se hacía una pura consideración moral, insuficiente para aumentar la cantidad política del delito, juzgando, por su parte, que la agravación tiene su causa en la disminución de la defensa privada que el desastre da origen. Indica Eusebio Gómez, que “la aplicación de esta calificativa exige un examen muy atento de las modalidades del hecho, para establecer, no solamente la realidad del infortunio, sino, también que de él derivaron facilidades para la comisión del hurto y que de las mismas se aprovechó el delincuente” (1941, p. 109).

En tal sentido, nuestro Código se refiere a cuando el hurto es cometido “con ocasión” de la desgracia o calamidad, mientras que, con mejor técnica, el Código argentino se refiere al aprovechamiento de las facilidades provenientes de la desgracia o calamidad (Art. 163.2).

3.2.1.e) Sobre equipaje de viajero (Art. 186.5: Sobre los bienes muebles que forman el equipaje de viajero”).- Los bienes muebles que componen el equipaje del viajero, representan para éste, elementos indispensables para su seguridad y sustento, sobre todo si entendemos que viajero es quien temporalmente se aleja de su domicilio, para trasladarse a otra locación



territorial fuera de su radio urbano. La sustracción de sus bienes podría dejarlo en la indefensión y expuesto al peligro. Dicha sustracción podría verificarse, como así lo precisa el Código Colombiano (Art. 241.5), en el transcurso del viaje o en hoteles, aeropuertos. Muelles, terminales de transporte terrestre u otros lugares similares.

La condición necesaria para que se de esta agravante, refiere Peña Cabrera, es que el sujeto pasivo afectado en su patrimonio sea viajero. La condición de viajero, ocasiona preocupaciones, ansiedad, distracción, etc., influyendo sobre el normal poder de atención de las personas produciéndose una aminoración de la defensa privada, pese a las diligencias adoptadas (1995, T II-A, p. 106).

Dado la poca claridad de la circunstancia agravante y de acuerdo a criterios de interpretación teleológica, consideramos que desde la perspectiva subjetiva, el agente ha debido tener presente la condición del sujeto pasivo y la calidad del bien sustraído, ya que de no ser así, podría encontrarse dentro de los alcances del error de tipo.

Nos preguntamos cuál sería el efecto de la imputación si el agente sustrae un maletín, que conforma el equipaje, pero que sólo contiene su ropa sucia. Este caso nos refleja la necesidad de que la acción recaiga sobre bienes esenciales para el sustento del viajero, cuyo desposeimiento ocasione peligro para su seguridad.

3.2.1.f) Pluralidad de agentes (Art. 186.6: “Mediante el concurso de dos o más personas”).- El concurso de dos o más personas, durante el desarrollo de la acción, incrementa la peligrosidad de los agentes y el riesgo para la vida o integridad de la víctima, siendo ese el fundamento sobrecriminalizador. Sólo se requiere la calidad de coautores o partícipes, no es necesaria la pertenencia a banda u otro tipo de organización delictiva. A decir de Roy Freyre, los menores de edad y los enfermos mentales

son aptos también para integrar con el autor el mínimo de personas que establece la ley. La inimputabilidad de los copartícipes los exime de pena pero no suprime la condición de autores de hechos típicos y antijurídicos (1983, p. 83).

3.2.2.- MEDIANTE UTILIZACIÓN DE EXPLOSIVOS, MEDIOS ELECTRONICOS, TELEMÁTICOS, VIOLANDO CLAVES SECRETAS, INTEGRANDO ORGANIZACIÓN DELICTIVA O CREANDO DESGRACIA ECONÓMICA

3.2.2.a) Actuar en calidad de integrante de organización delictiva (Segunda parte Art. 186.1: “Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos”).- En este supuesto, el agente incrementa su potencial peligro ya que actúa bajo los lineamientos u ordenes de la asociación delictiva (banda, cartel, etc.) a la que pertenece, sólo en calidad de integrante, sin ningún papel protagónico o dirigencial (ello por cuanto la calidad dirigencial es constitutiva de otra forma agravada). Como vemos, el fundamento de la agravante se fundamenta en criterios de peligrosidad, en relación a la calidad personal del sujeto activo.

Conforme al criterio doctrinal, ser integrante de una organización delictiva, presupone vinculación subjetiva, aceptación de órdenes y jerarquías; acuerdo y organización; y vinculación funcional entre los actos del agente y la organización. Participar de una asociación delictiva implica el acatamiento y sometimiento a la organización delictiva, por lo que consideramos que la agravante se ha de verificar en cuanto el agente realice el hurto bajo el mandato de la asociación criminal. No se presentaría la agravante en cuanto actuara de motu proprio.

3.2.2.b) Sobre bienes científicos o culturales (Segunda parte Art. 186.2: “Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la nación”).- La acción del agente



determina una mayor reprochabilidad, cuando se apodera de bienes de valor científico o pertenecientes al patrimonio cultural de la nación (para este efecto se requiere declaración previa de tal condición), ya que en estos casos confluye la afectación de intereses sociales predominantes, que perjudican a la comunidad en general atentando contra el desarrollo científico-tecnológico y contra el legado histórico, artístico o cultural del país.

El fundamento del carácter sobre-criminalizado de lo injusto, radica en el énfasis político criminal de protección, relativo a bienes que valorativamente inciden en el desarrollo del conglomerado social.

Al respecto, coincidimos con Queralt (1995, p. 324), en el sentido que el agente ha de tener presente la calidad del objeto a sustraer, de lo contrario regiría el tipo básico. Agregamos a ello, que este conocimiento no necesariamente debe corresponder a uno de carácter especializado, siendo necesario sólo el conocimiento común y corriente.

Ante la inexistencia de normas específicas, que cataloguen con precisión la característica de "científico" del bien, corresponde al operador penal "completar" el tipo, que así se manifiesta abierto. Para ello deberá integrar el conocimiento que le brinda su propia experiencia, el contexto normativo en la materia y la valoración técnico-científica de aquellas instituciones o personas especializadas.

El criterio rector debe referirse a la importancia del bien, en relación a su utilidad y posibilidad de aplicación tecnológica-científica y limitada en base a criterios de escasez y no dominio común por la colectividad. Así, como modo de ejemplo, nos indica Fidel Rojas (2000, p. 265), tenemos los artificios tecnológicos de significativa importancia por su valía, escasez y utilidad social (máquinas e instrumental médico de alta precisión, riñones artificiales, microscopios y telescopios electrónicos,

aparatos y dispositivos higrométricos, espectrógrafos de última tecnología, etc.) como los objetos de utilidad científica (material genético depositado en recipientes, cultivos de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo y experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc.). El bien de valor científico puede ser de propiedad privada o pública.

En lo referente a la determinación del concepto "bienes culturales", que denota la inserción de un elemento normativo en el tipo, la ley penal se manifiesta en blanco, debiendo ser, como lo indica Binding, complementada en la materia de su prohibición, por otro ordenamiento legal, que en este caso serían las normas que determinan la condición de bien "patrimonio cultural de la nación".

Al respecto, la Ley 28296 (22-julio-2004): LEY GENERAL DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION; establece que: "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" (Artículo II).

"Se presume que tienen la condición de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, los bienes materiales o inmateriales, de la época prehispánica, virreinal y republicana, independientemente de su condición de propiedad pública o privada, que tengan la importancia, el valor y significado referidos en el artículo precedente y/o que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de



los que el Perú sea parte. La presunción legal queda sin efecto por declaración expresa de la autoridad competente, de oficio o a solicitud de parte” (artículo III).

En igual sentido, el texto legal referido, establece de manera enunciativa, mas no limitativa, que se comprende como bienes muebles, patrimonio cultural de la nación a: (Art. 1.1.2).

- Colecciones y ejemplares singulares de zoología, botánica, mineralogía y los especímenes de interés paleontológico.
- Los bienes relacionados con la historia, en el ámbito científico, técnico, militar, social y biográfico, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas y con los acontecimientos de importancia nacional.
- El producto de las excavaciones y descubrimientos arqueológicos, sea cual fuere su origen y procedencia.
- Los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico.
- Las inscripciones, medallas conmemorativas, monedas, billetes, sellos, grabados, artefactos, herramientas, armas e instrumentos musicales antiguos de valor histórico o artístico.
- El material etnológico.
- Los bienes de interés artístico como cuadros, lienzos, pinturas, esculturas y dibujos, composiciones musicales y poéticas hechos sobre cualquier soporte y en cualquier material.
- Manuscritos raros, incunables, libros, documentos, fotos, negativos, daguerrotipos y publicaciones antiguas de interés especial por su valor histórico, artístico, científico o literario.
- Sellos de correo de interés filatélico, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones.
- Documentos manuscritos, fonográficos, cinematográficos, videográficos, digitales, planotecas, hemerotecas y

otros que sirvan de fuente de información para la investigación en los aspectos científico, histórico, social, político, artístico, etnológico y económico.

- Objetos y ornamentos de uso litúrgico, tales como cálices, patenas, custodias, copones, candelabros, estandartes, incensarios, vestuarios y otros, de interés histórico y / o artístico.
- Los objetos anteriormente descritos que se encuentren sumergidos en espacios acuáticos del territorio nacional.
- Otros objetos que sean declarados como tales o sobre los que exista la presunción legal de serlos.

En el sentido típico, el patrimonio cultural comprende las diversas manifestaciones del ingenio y desarrollo humano, que con el paso del tiempo constituyen el vagaje de los bienes muebles, documentos, libros, pergaminos y otros diversos, que componen su memoria colectiva y representan los lazos de su identidad histórica y cultural.

El ámbito de comprensividad del concepto, abarca a las manifestaciones culturales de las épocas prehispanicas, virreynal y republicana. Su determinación objetiva requiere declaración expresa, de la entidad administrativa correspondiente (Instituto Nacional de Cultura) y su respectiva inscripción en el inventario de bienes muebles del Patrimonio Cultural de la Nación).

Es necesario precisar, que es posible el concurso, entre esta forma agravada y la que corresponde a los delitos contra los bienes culturales (exportación de bienes del patrimonio cultural, Art. 228 y extracción de bienes culturales, Art. 230). Por aplicación de la pena más grave primará el tipo de hurto agravado.

3.2.2.c) Utilización de medios electrónicos, telemáticos o violación de claves secretas (Segunda parte Art. 186.3: “Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la vio-



lación del empleo de claves secretas”).- Como puede apreciarse, el tipo agravado contiene tres modalidades de acción: a) Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos; b) Mediante la utilización de la telemática en general; y, c) Mediante la violación del empleo de claves secretas.

a) Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos.-

Por sistema de transferencia electrónica de fondos, precisa Bramont Arias Torres (1998, p. 301), se entiende el movimiento de información con respaldo dinerario por mediación del cual, tiene lugar una transferencia de dinero de una cuenta bancaria a otra (transferir electrónicamente fondos supone dos pasos necesarios: primero, la intervención de un banco u otra entidad financiera con una gestión interna informatizada; segundo, la operación de traslado de un crédito de una cuenta bancaria a otra, mediante procesamiento electrónico, sin desplazamiento de dinero en efectivo ni de otros elementos físicos representativos).

El tipo no requiere un sujeto activo especializado, pero es posible apreciar el fundamento político criminal sobrecriminalizador, en el peligro potencial que tal representa sobre el patrimonio de las personas, sobre todo teniendo a la vista el contexto actual del desarrollo socio económico contemporáneo y la decidida influencia del denominado comercio electrónico y las transacciones comerciales por internet.

Por otro lado, no obstante que un sector doctrinario (a influencia de la legislación española), pretende circunscribir la modalidad delictiva de manipulación informática con fines de afectación patrimonial, en el rubro de la estafa por considerar que media en la acción la utilización del artificio engañoso, no vemos en ella la materialización de los elementos propios del acto defraudatorio (sobre todo confrontado con nuestra legislación, que reclama como medio el provocar en la víctima, de manera directa y personal, un estado de error motivado mediante el

engaño, la astucia, el ardid u otras formas fraudulentas <Art. 196>). Por ello resulta más técnica la inclusión de esta modalidad delictiva en el rubro del hurto, por cuanto típicamente no requiere la inducción al error del agraviado, sino la materialización de la sustracción, que de acuerdo al modelo patrio, no exige la corporeidad del bien, pudiendo ajustarse al tipo la transferencia de fondos.

Dado que la transferencia de fondos se puede realizar con el empleo de micro computadoras, doctrinariamente se ha venido especulando si esta modalidad delictiva pertenece o no al rubro genérico de los denominados “delitos informáticos” (conceptualizados como el conjunto de delitos instrumentados mediante el uso de computadoras). En respuesta a ello podemos apreciar que, desde la perspectiva típica, y su conceptualización tradicional, la doctrina viene considerando el medio informático dentro de este tipo penal de hurto mediante transferencia electrónica de fondos junto a las terminales electrónicas y los instrumentos telefónicos, por lo que técnicamente no puede sostenerse que esta modalidad de hurto constituya una forma de delito informático. Así, consideramos que en caso de la utilización de un sistema informático para la transferencia de fondos, conforme al principio de especialidad, resulta actualmente de aplicación la agravante contenida en el artículo 186.3 y no la conducta establecida en el segundo párrafo del artículo 207 A (intrusismo informático motivado por animus lucrandi).

La transferencia electrónica de fondos, puede también ser realizada mediante la manipulación de **cajeros automáticos** (terminales de computadora conectados al Banco), **clearing bancario** (sistema de compensación de créditos interbancarios, que mediante conexión a un centro de procesamiento automático se logra que la compensación sea inmediata y simultánea con la recepción del valor por el banco depositado),



home banking (o transferencias domiciliarias; sistema por el cual el cliente provisto de un programa apropiado y de una clave personal puede comunicarse telemáticamente con el banco y disponer las operaciones sin salir de su casa o negocio), **punto de venta y uso de tarjetas de crédito inteligentes (smart card)** (mediante la utilización de tarjetas magnéticas se realizan operaciones comerciales, produciéndose transferencia de fondos de la cuenta bancaria del cliente a la del comerciante), etc.

El hurto electrónico corresponde a un tipo de resultado necesariamente doloso. Se requiere, para su consumación, verificar el apoderamiento de los fondos y la correspondiente disminución de los activos de la víctima o sujeto pasivo.

b) Mediante la utilización de la telemática en general; Cuando la norma penal alude a la utilización de la telemática en general, se está refiriendo a la posibilidad de cometer el hurto utilizando los avances tecnológicos que permiten las telecomunicaciones asociadas a la informática, y cuya expresión más lograda lo constituye el internet y el comercio electrónico (conforme: Rojas, 2000, p. 282). En esta modalidad la afectación patrimonial alude a cualquier bien mueble (excluyéndose los fondos, que constituyen el presupuesto de la modalidad precedente), descartándose, por la misma estructura del tipo de hurto, la posibilidad de integrar al tipo la sustracción de información procesada ya que no se trata de bien mueble (ni energía) y porque no siempre puede ser apreciada en términos de valor económico.

c) Mediante la violación del empleo de claves secretas.- Bajo la determinación típica de violación del empleo de claves secretas, idealmente se alude a la punición de un aparente abuso de confianza en el acceso a las claves secretas concedidas (es que el tipo no es claro y no precisa el como se tiene acceso a dichas claves secretas). Bajo la idea de violación de claves secretas, indica Mazuelos (ob. Cit. P. 296), se alude no sólo al uso indebido de claves en los cajeros

automáticos, sino también a la violación de la clave secreta del sistema de alarma de un banco o a la manipulación del crédito concedido en una tarjeta telefónica.

Por su parte, Fidel Rojas (ob. Cit. p. 286) (posición que suscribimos), indica que el empleo de claves secretas no tiene tanto un sentido técnico de penetración informático-electrónica a las claves, como sí el uso indebido de ellas hecho por personas que han logrado (o tienen) el acceso a las mismas debido a los roles propios de sus atribuciones profesionales y técnicas como por especiales vinculaciones al titular de la clave (el analista de banco o financiera, el funcionario que custodia la base de datos, el personal de confianza que maneja la tarjeta magnética del titular, etc.) y que hacen aplicación ilícita de su especial posicionamiento de conocimiento privilegiado en las operaciones electrónico-telemáticas. Así, para este autor, violar el empleo de claves secretas no es desactivar alarmas o dispositivos de seguridad que protegen las propiedades muebles e inmuebles (casas, museos, vehículos, etc.), casos que se hallan expresamente regulados –por ejemplo, en el Código Penal español vigente (Art. 238.5)- como una forma de robo con fuerza en las cosas (ejecutar el hecho inutilizando el sistema específico de alarma o guarda) (loc. Cit.).

3.2.2.d) Desgracia económica (Segunda parte Art. 186.4: “Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica”).- Desde una óptica socialmente proteccionista, el legislador ha establecido como circunstancia agravante, la acción del agente que comete el hurto «colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica». De acuerdo al texto legal, debe tratarse de una situación extrema de desgracia económica (que no necesariamente es la pobreza absoluta), que puede ser de carácter permanente o pasajero.

Conforme lo precisa Quintero Olivares, la gravedad de la situación económica no debe interpretarse como dejar a la víctima en la con-



dición de pobre de solemnidad, sino simplemente arrojarla a un problema (previsible y aceptado por el autor) económico grave (pago de una nómina, devolución de un préstamo hipotecario, por ejemplo) (1996, p. 453).

Apreciamos que, para efectos de imputación de la agravante, el agente ha debido representarse, al momento de la acción, el resultado de desgracia económica en el que dejaría a su víctima (dolo). No podemos entender otra circunstancia, dado que el texto típico señala la acción con el verbo "colocar", lo que indica intención o por lo menos conocimiento.

3.2.2.e) Uso de explosivos (Segunda parte Art. 186.5: "Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos").- Evidentemente, el empleo de materiales o artefactos explosivos, para la destrucción o rotura de obstáculos (entendido en el concepto de defensas predisuestas), que el agente utiliza como medio para lograr la sustracción, denotan suma peligrosidad y provocan peligro común, siendo justamente esta la base del acentuamiento del reproche penal y el incremento punitivo.

3.2.3.- CALIDAD DIRIGENCIAL DEL SUJETO ACTIVO

La responsabilidad penal se incrementa, cuando el agente (sujeto activo cualificado), **actúa en su calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización delictiva, destinada a perpetrar estos delitos (parte in fine del artículo 186)**. En este supuesto, diferente al caso de la agravante contenida en el numeral 1 de la segunda parte del artículo 186 (actuar en calidad de integrante de organización delictiva), la participación del sujeto activo se da en su calidad de dirigente.

Conforme al criterio doctrinal ya expresado, una organización delictiva, presupone vinculación subjetiva, aceptación de órdenes y jerarquías; acuerdo y organización; y vinculación funcio-

nal entre los actos del agente y la organización. Participar de una asociación delictiva implica el acatamiento y sometimiento a la organización delictiva, por lo que consideramos que la agravante se ha de verificar en cuanto el agente realice el hurto bajo el mandato o auspicio de la asociación criminal. No se presentaría la agravante en cuanto actuara de motu proprio. Se requiere pues, haber perpetrado el hurto como elemento dirigenzial en ejercicio de la banda o asociación delictiva.

4.- TIPO SUBJETIVO DE LO INJUSTO

La acción es eminentemente intencional, dolosa. El tipo agravado, al igual que la modalidad básica, reclama animus lucrandi.

5.- PENA

Cuando el hurto es cometido, mediante destreza, fuerza o creando peligro común, conforme la división estudiada, la pena será privativa de libertad, no menor de tres ni mayor de seis años. Si el hurto es cometido mediante utilización de explosivos, medios electrónicos, telemáticos, violando claves secretas, integrando organización delictiva o creando desgracia económica, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando la comisión del hurto se realiza, por un agente que actúa en su calidad de dirigente de una organización delictiva, la pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

CONCLUSIONES

1.- Como ya se apreció, la imputación se ve restringida en esta clase de delitos, por el agregado de la observancia de criterios de cuantía. Por interpretación (teniendo como referencia lo dispuesto por el artículo 444 del C. P.), se establece que si el bien sustraído alcanza hasta un valor de cuatro Remuneraciones Mínimas Vitales, sólo estaríamos ante la configuración de una



falta contra el patrimonio, mientras que si la valorización del bien sobrepasa dicho monto, la acción sí sería constitutiva de delito.

2.- Esta determinación legal ha traído mucha controversia, desde la perspectiva que un gran sector social considera que supeditar la imputación penal a criterios de cuantía, determina una "válvula de escape a la impunidad", reclamando que se reduzca al mínimo el valor de cuantía que determine la aparición del injusto patrimonial (reducir el monto a S/460.00). Consideramos que no es esta la solución, ya que mas daño haría el "remedio" que la "enfermedad". Ello en atención a que el desmesurado incremento de acciones penales, que evidentemente se presentaría debido al alto índice de acciones de sustracción de esta naturaleza, haría colapsar nuestro ya atiborrado sistema judicial, por actos que, de acuerdo a la mínima penalidad, no implicarían privación de libertad, con lo que el efecto preventivo general que se persigue se vería frustrado y nuevamente la presión social haría presente su descontento. Y es que legislar para acallar o congraciarse con la opinión pública no es la forma mas correcta ni recomendable de ejercer el control penal, pensar lo contrario sería llevarnos al extremo de una perniciosa vigencia de un Derecho Penal simbólico.

3.- Consideramos que los mecanismos normativos vigentes son suficientes para garantizar la seguridad pública, ya que existen los tipos penales de hurto agravado (y en su caso el robo), que sancionan las conductas más peligrosas e intolerables con penas más drásticas, que incluso podrían determinar la prisión efectiva (que es a donde apunta el sentimiento social). Y en todo caso, tratándose de los hurtos considerados de mínima cuantía, sea constitutivos de delito o falta, ellos también tienen asignados una penalidad, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, responde a los cánones de los fines preventivo protectores de la pena, lo que falta es una decisión política más firme para hacerlas cumplir (caso del trabajo obligatorio en favor de la comunidad), difundiendo de

esta manera un mensaje normativo positivo a los efectos de reconciliar la norma jurídico penal con las aspiraciones de justicia de la población.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VASQUEZ, Manuel... "Derecho Penal Económico. Parte Especial", Edit. Idemsa, Lima 2000.

ANGELOTTI, Dante... "Delitti contra el patrimonio: Trattato di diritto penale", Cuarta Edición, Milano, 1934.

BACIGALUPO, Enrique... "Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal", 2da Edición, Madrid, 1994.

BAJO FERNANDEZ, Miguel... "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Patrimoniales Económicos", Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1991.

BERNAL CAVERO, Julio... "Manual de Derecho Penal Parte Especial: Los delitos de hurto y robo en el Código Penal de 1991", Editorial San Marcos, Lima 1997.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto... "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", Editorial San Marcos, Lima 1998.

BUSTOS RAMIREZ, Juan... "Manual de derecho Penal. Parte especial", Ariel edit., Barcelona 1986.

CREUS, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial, Tomo 1, Tercera Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.

FONTAN BALESTRA, Carlos... "Derecho Penal: Parte Especial", Decimo Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires Argentina 1994.

IRURETA GOYENA, José... "El delito de Hurto", Talleres Gráficas Barreiro; Montevideo, 1913.

LISZT, Franz Von... "Tratado de Derecho Penal", Madrid, 1916.

MAGGIORE, Giuseppe... "Derecho Penal Parte Especial" Volumen I, Editorial Temis, Bogotá 1956.

MUÑOZ CONDE, Francisco... "Teoría General del Delito", Editorial Temis, Bogotá 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco... "Derecho Penal : Parte Especial, Undécima Edición, Edi. Tirant



lo Blanch , Valencia 1996.

PEÑA CABRERA, Raúl... "Tratado de Derecho Penal: Parte Especial II - A ; Delitos contra el patrimonio", Ediciones Jurídicas Lima - Perú 1995.

QUERALT JIMENEZ, Joan J... "Derecho Penal Español: Parte Especial, Tercera Edición, Jose Maria Bosh Editor, Barcelona 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo... "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Arazandi Editorial, Pamplona España, 1996.

ROJAS VARGAS, Fidel... "Delitos Contra el

Patrimonio", Volumen I, Grijley, Lima 2000, primera edición.

ROY FREYRE, Luis E... "Derecho Penal Peruano", Tomo III, Parte Especial, Delitos contra el Patrimonio, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima - Perú, 1983.

SOLER, Sebastian... "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1976.

VILLA STEIN, Javier... "Derecho Penal: Parte General", Editorial San Marcos, Lima 1998.

VIVES ANTON, T.S... "Derecho Penal". Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.