

REVISTA
DE
DERECHO Y CIENCIA POLITICA



**ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA DE
LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

DECANO
Dr. JOSE ANTONIO SILVA VALLEJO

DIRECTOR
Dr. ULISES MONTOYA ALBERTI

COMITE DE REDACCION
Dr. Wilson Canelo Ramírez y Dr. Francisco Romero Montes

Vol. 52 (N° 2), Año 1995, Segundo Semestre
Vol. 53, Año 1996
Vol. 54 (N° 1), Año 1997, Primer Semestre

**TRABAJO DE
INVESTIGACION**

EL DELITO DE ABIGEATO EN EL CODIGO PENAL PERUANO DE 1991

Alexei Dante Sáenz Torres^(*)

SUMARIO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. I. ANTECEDENTES, II. FUNDAMENTACION, 1. El abigeato como figura independiente. 2. El abigeato como modalidad independiente. 3. Postura ecléctica, 4. Postura del Código Penal de 1991, III. TRATAMIENTO DEL DELITO DE ABIGEATO. a. CONSIDERACIONES GENERALES, 1. Nonen juris, 2. Tipos penales. 3. Bien jurídico protegido, 4. Sujetos del delito, 5. Objeto material del delito, B. TRATAMIENTO ESPECIFICO DE LAS FIGURAS DEL DELITO DE ABIGEATO, 1. Abigeato (artículo 189 A°). 1.1. Tipo base del abigeato a) aspecto objetivo, b) Aspecto subjetivo, c) La antijuricidad y la culpabilidad, d) Consumación del delito, 1.2. Tipo accesorio agravado con remisión al primer párrafo del art. 186° (segundo párrafo), 1.2. Tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del art. 186° (tercer párrafo), 2. Abigeato de uso 189 B°, 2.1. Tipo base, a) Aspecto objetivo, b) aspecto subjetivo del tipo, 3. Abigeato con violencia o amenaza sobre la persona (Art. 189 c°), 3.1. Tipo base (primer párrafo), a) Aspecto objetivo, b) Aspecto subjetivo, 3.2. Tipo accesorio agravado por una fórmula genérica, 3.3. Tipo accesorio atenuado (tercer párrafo): 3.4. Tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del art. 189° (cuarto párrafo), 3.5 Tipo accesorio agravado según la calidad del agente (quinto párrafo), 3.6 Norma referida al concurso de delitos (último párrafo), 4. Falta de abigeato (Según el Art. 2° de la ley 26326) Art 444°). 4.1. Tipo base de la falta de abigeato que remite al tipo base del abigeato. V. TRATAMIENTO PROCESAL, VI. CONCLUSION, ANEXO: PROYECTO DE LEY

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El día 04 de Junio de 1994, publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, apareció la Ley N° 26326 que regula de manera específica el delito de abigeato, comprendido en el Título V, de los Delitos contra el patrimonio, Cap. II-A, arts. 189A°, 189B° y 189C° (como una ampliación del Cap. II de estos delitos), en el vigente Código Penal Peruano de 1991.

Sin embargo, esta ampliación modifica el criterio anterior, según el cual la conducta calificada hoy como delito de abigeato, ya se encontraba subsumida en los

(*) Bachiller de Derecho y Ciencia Políticas y estudiante de la Maestría de Ciencias Penales en la Unidad de Post-Grado, UNMSM.

Delitos contra el Patrimonio, como una modalidad de los delitos de hurto o de robo.

Ante esta nueva regulación cabe preguntarse:

a) ¿Cuáles fueron los criterios jurídico-penales de fundamento para que tal conducta delictiva, encontrándose comprendida dentro de los delitos contra el patrimonio (como una modalidad del delito de hurto o del delito de robo) sea formulada de manera específica?

b) ¿Era necesario que se vuelva a regular tal ilícito de manera autónoma, y en todo caso, cuáles fueron los criterios político-criminales asumidos por el legislador?

Para lograr una respuesta sistemática a esta problemática planteada es necesario seguir el siguiente orden de tratamiento:

- I. Los antecedentes del delito de abigeato en el Perú;
- II. Las posturas que encontramos en la doctrina respecto a la tipificación del abigeato; y la posición asumida por el C.P. de 1991 modificado por la Ley 26326;
- III. El tratamiento del delito de abigeato en nuestro ordenamiento jurídico-penal;
- IV. El tratamiento procesal; y
- V. Por último, a manera de conclusión, nuestra opinión sobre la creación del delito de abigeato en la incorporación al C.P. de 1991.

I. ANTECEDENTES

a) El primer antecedente que se tiene de este delito data del 16 de Octubre de 1900 y se le denominaba "Robo de Ganado en Campo Abierto".

b) Con la dación del Código Penal de 1924, tal figura no fue regulada, por lo que ciertos doctrinarios entendieron, por un lado, que tal conducta ya no constituía un ilícito penal viéndose obligados a pedir la ampliación de los arts. 237º, 238º y 239º de este código⁽¹⁾.

(1) Cfr. HIDALGO REVELO, Germán, «Robo de ganado en campo abierto», en *El Foro de Ancash*. Año IV. N° 13, julio-setiembre, Huaraz (Perú), 1938, p. 13. Este autor es uno de los que primero estudió el tema y que mejor la expuso en su momento, al mismo tiempo que la justificó.

c) Y por otro, no entendiendo que tal figura había sido subsumida por los tipos penales de Hurto y Robo. Y respecto de la primera interpretación, se comprueba incluso en los legisladores de la época cuando el 26 de diciembre de 1939 los diputados José A. Escalante, Roberto Garmendia y Fernando Castro Agustí presentó un proyecto de ley por el que se volvería a crear de manera independiente el delito de Abigeato, proyecto que se convertiría en Ley Especial el día 22 de Junio de 1945 con el N° 10202 (asimismo, en el campo procesal se dieron Decreto Leyes para regular el procedimiento en el delito de abigeato como lo fueron los Decretos Leyes N°s. 17110 y 19567).

d) Sin embargo, la segunda interpretación, recién tendría vigencia el año de 1974 cuando el 10 de abril el gobierno publica el Decreto Ley N° 20581, que derogaba la Ley 10202, en razón "que ha devenido en ineficaz para el objeto que se proponía" y "principalmente .. que la referida Ley en nada modifica la penalidad del delito contra el patrimonio, del que es sólo una modalidad, siendo necesario su derogatoria, puesto que tal delito está previsto y penado genéricamente en el Código Penal" (de 1924).

e) Pero esto sería nuevamente modificado cuando el día 21 de enero de 1989 se publicó en El peruano la ley N° 24991, mediante la cual se tipifica expresamente (Art. 239) como una agravante en el tipo base de hurto el supuesto de abigeato, y se le incluye tácitamente también en el hurto agravado (Art. 238 del CP del 1924)

f) Así llegamos hasta la década de los noventa, en cuyo inicio entró en vigencia el Código Penal de 1991. El nuevo Código tampoco regularía el delito de Abigeato, de manera específica, entendiéndose que tal figura estaba comprendida en los delitos contra el Patrimonio.

g) Empero, esta posición solo se mantendría por muy poco tiempo ya que el 04 de Junio de 1994 el gobierno publicó la Ley N° 26326 que reincorpora nuevamente la figura del Abigeato, y esta vez lo incluye dentro del Título referido a los Delitos Contra el Patrimonio en el Cap.II-A, cobrando vigencia la proscrita primera interpretación⁽²⁾.

II. FUNDAMENTACION

A continuación se presenta las principales posiciones que justifican o niegan

(2)

Ley 26496 (es materia de otro trabajo que nos encontramos elaborando)

la tipificación del delito de abigeato, así como la postura adoptada por el C.P. de 1991 modificado por la Ley 26326:

1. El abigeato como figura independiente

La regulación de la conducta denominada abigeato como un delito independiente se fundamenta en criterios de tipo económico. Así tenemos lo que nos dice el autor mejicano RODRÍGUEZ BAZARTE: "entre los pueblos antiguos que tenían como principales fuentes de riqueza la agricultura y el pastoreo, se consideró que el hurto de los animales relacionados con esas industrias, sea como factor de producción, sea como instrumentos de trabajo, merecería una represión especial por la utilidad que tenían aquellas bestias para la satisfacción de las necesidades del hombre"⁽³⁾.

En nuestro país, tales argumentos fueron planteados en 1938, por el ya mencionado abogado ancashino, Germán HIDALGO REVELO, quien explicaba que "la razón era muy lógica, y natural, porque los continuos robos de ganados que pastaban libremente en el campo eran un obstáculo poderoso para el progreso de la industria ganadera en el país. Era pues, necesario prodigarle y poner límite a ese estado de cosas (...) Juzgo de vital importancia la expedición de la Ley sobre robo de ganado en campo abierto, no sólo por las consideraciones apuntadas, sino también por que, al paso tan acelerado del abigeato, la industria ganadera del Perú desaparecerá muy pronto, sin embargo de ser una fuente de riqueza privada y publica de mayor eficiencia y de mejores resultados por los factores físicos que lo sustentan con inmensas pampas y punas de inmejorables condiciones climatéricas con abundantísimos pastos de superior calidad"⁽⁴⁾. La plasmación de esta postura la encontramos en la Ley N° 10202, art. 1°, que reguló como delito específico y de manera independiente, es decir en una Ley especial, el delito de abigeato, cuyo texto decía: "Comete delito de abigeato y estará sometido a las disposiciones de la presente Ley el que se apoderáse ilegítimamente de ganado bovino, equino, ovino, caprino, porcino, o auquénido, aunque se trate de un sólo animal".

En el derecho comparado, encontramos esta posición también en el C.P. mejicano de 1948 (art. 288°), que ha tenido diversas modificaciones hasta la VI reforma de 1964, y donde, a diferencia de la Ley 10202 peruana, se ha regulado el

⁽³⁾ RODRIGUE BAZARTE, Othoniel, «El delito de abigeato», en *Revista Jurídica Veracruzana*, t. XXX, n° 14, Xalapa, 1978, p. 60.

⁽⁴⁾ HIDALGO REVELO, *op. cit.*, pp. 12-14.

abigeato como delito específico dentro del mismo Código ⁽⁵⁾.

2. El abigeato como modalidad dependiente

Los argumentos que plantean esta postura lo encontramos en el ya arriba citado D.L. N° 20581, que derogó la Ley N° 10202. Esta postura tiene como argumento de fondo la protección del bien jurídico *patrimonio*, y como en el abigeato el objeto material está constituido por los animales, y éstos a su vez son considerados como bienes muebles, tal modalidad se encontraba subsumida dentro de los tipos de hurto y robo⁽⁶⁾.

3. Postura ecléctica

Para esta postura el abigeato, es un supuesto agravado del tipo base del delito de hurto, en la que se protege de manera especial la industria ganadera de un país por lo que se resalta el objeto material *ganado*.

En el derecho comparado, encontramos esta postura en el vigente C.P. argentino (art. 163°, inc. 1), que regula el abigeato como una circunstancia agravante del delito de hurto simple ⁽⁷⁾.

Del mismo modo en el C.P. mejicano de 1869 (art. 705. inc. 14), en el de 1896 (arts. 361°, fracción 2), y en el de 1932 (art. 952° fracción 2)⁽⁸⁾.

4. Postura del Código Penal de 1991

La Ley 10202 fue totalmente ineficaz en su época, a pesar que por esos años era común esta modalidad delictiva. Por eso resulta difícil comprender la puesta en vigencia de una ley especial, como es la 26326.

⁽⁵⁾ Vid. RODRIGUEZ BAZARTE, *op. cit.*, pp. 68-93.

⁽⁶⁾ ROY FREYRE. Luis E., *Derecho penal peruano. Parte especial*. Lima, Instituto Peruano de Ciencias penales, 1983. t. III, p. 49. Se infiere que el autor, comprende el abigeato dentro del hurto y el robo (C.P. de 1924, Título I. arts. 237°. 238° y 239°), ya que define como cosa mueble, aquello que "puede llevarse o transportarse de un lugar a otro, ya sea por su propia energía natural, o por efecto de la fuerza externa" (*loc. cit.*).

⁽⁷⁾ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 422-424.

⁽⁸⁾ Vid. RODRIGUEZ BAZARTE, *op. cit.*, pp. 61-67.

La presente ley contradice los principios de un Derecho Penal Mínimo y Garantista, como a continuación se indica:

1° Todos sabemos que según el *principio de necesidad* debe haber una "máxima economía en la configuración de delitos, es decir, darle naturaleza de delito a sólo aquello que sea verdaderamente grave y que se reconozca como incontrolable de otra manera" (9). Sin embargo, en la mayoría de los supuestos del delito de abigeato, o se tienen los mismos supuestos o se tiene las mismas penas; vale decir, se han incrementando innecesariamente los delitos contra el patrimonio.

2° En el *principio de representación popular* se exige "la participación popular en la formación de la voluntad legislativa" (10); así, habría que preguntarles a los legisladores de qué manera participó el pueblo peruano, especialmente aquellos que tienen ganados, en la creación de la ley.

Además, resulta paradójico que ahora que tenemos a las Rondas Campesinas, al Ejército, y a la Policía en las distintas zonas de los Andes de nuestro país que se encargan de alguna u otra manera del control de la sociedad civil se tenga que legislar actos que sólo ocurren en estas zonas del país.

3° Se sabe también que por el *principio de la respuesta no contingente*, "la ley penal es un acto solemne de respuesta a los problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad. El procedimiento que conduce a esta respuesta debe comprender un exhaustivo debate parlamentario y debe estar acompañado de un profundo análisis en el ámbito de los partidos políticos y de amplia discusión pública" (11). empero, este principio fue contrariado por la dación de esta Ley, debido a que el abigeato no constituye un problema social fundamental, ni menos general ni duradero en la sociedad, pues sólo un pequeño grupo de personas resultaría afectada con este delito, por eso en el C.P. de 1991 se le entendió sólo como una modalidad de un delito general de Hurto o de Robo.

(9) PEREZ PINZON, Alvaro O., *Curso de criminología*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 1991, p. 101.

(10) BARATTA, Alessandro, «Principios del Derecho Penal Mínimo (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)», en *Doctrina Penal*, Año 10, N° 40 (octubre-diciembre), Buenos Aires, 1987, p. 630.

(11) BARATTA, *loc. cit.*

4º Por el *principio de proporcionalidad abstracta*, se entiende que "sólo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales. Las penas deben ser proporcionales al daño social causado por la violación" (12); sin embargo, el abigeato no constituye una grave violación a los derechos humanos, y menos aún un daño social. En cambio el verdadero daño se origina cuando el legislador considera que toda persona que se apodere de un marrano valorizado en S 600.00 nuevos soles será un delincuente, y se le sancionará con penas que resultan excesivamente desproporcionadas (art. 189Aº por ejemplo), por constituir un "delito de hagamela".

5º De acuerdo al *principio de idoneidad* se tiene como condición los supuestos dados en el principio de proporcionalidad abstracta, sin embargo, estas condiciones no son suficientes para justificar el delito de abigeato, puesto que habría que ver los efectos socialmente útiles a conseguir, y lo más probable es que se consiga efectos contrarios, y como dijera Raquel YRIGOYEN FAJARDO se debe "evitar la sobrecriminalización como efecto simbólico para generar sentimiento de 'seguridad ciudadana', cuando por el contrario, su operatividad real dará lugar a mayores vulneraciones por las agencias ejecutivas a grandes sectores..." (13)

6º Por el *principio de subsidiariedad* "una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para no responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos" (14), no obstante, es evidente que este principio resultó violado, ya que, en ningún momento se aplicó modos no penales de intervención, desestimando la posibilidad de que las partes puedan solucionar su conflicto en la vía extrapenal.

En el Perú los legisladores practican todo lo contrario, pues primero crean delitos luego, en base a las consecuencias que originan, o se trata de remediarlas (en algunos casos, por ejemplo la derogación del supuesto que reprimía el cultivo de hoja de coca) o se las mantiene con todos sus efectos negativos que causen (la delación o la disuasión silenciosa en la legislación de emergencia, por D. Ley N° 25499), o se reiteran los errores (por ejemplo el reprimir nuevamente el cultivo, pero ya no de la hoja de coca, sino de la adormidera o amapola, según la ley N° 26332).

(12) *Ibidem*, p. 631.

(13) YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, "El sentido (o sin-sentido) del sistema penal", en TALLER DE DERECHOS HUMANOS DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNMSM (ed.), *Materiales de enseñanza en Derechos Humanos*, Lima, TADEH-UNMSM, 1992, p. 421.

(14) BARATTA. *op. cit.*, p. 632.

7º Otro principio es el de *utilidad*, por el cual la intervención penal debe ser capaz de evitar delitos, y debe tenerse en cuenta que cuando estuvo en vigencia la ley 10202 se produjo un aumento en la frecuencia de comisión del delito de abigeato, con lo cual se demostró su total ineficacia.

Resulta oportuna la opinión del profesor español Santiago MIR PUIG, que afirma "que [cuando] una determinada reacción es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve" ⁽¹⁵⁾; sin embargo, el legislador peruano no optó por ninguna de estas dos recomendaciones, sino que hizo lo opuesto.

Al contraponerse la Ley 26362 a los principios arriba expuestos (y otros, en los que por la extensión de esta ponencia no se ha incidido), muestra que el legislador nacional de lo único que se preocupa es de crear efectos simbólicos en la ciudadanía, procurando de esta manera dar la sensación de mayor seguridad.

Esta contraposición se explica debido a que en países como el nuestro, bajo la influencia de la doctrina de Seguridad Nacional, en que los sistemas penales son eminentemente represores, la llamada criminalidad convencional se ha orientado, como diría Fernando TOCORA, por "la represión frente a la delincuencia política, el terrorismo y la delincuencia ideológica", endureciéndose así "la persecución y represión de este tipo de delincuencia" ⁽¹⁶⁾.

III. TRATAMIENTO DEL DELITO DE ABIGEATO

A. CONSIDERACIONES GENERALES

1. *Nomen iuris*

En doctrina y en derecho comparado se tiene como análogas las expresiones *hurto de ganado* (Argentina: Art. 163.1º del vigente C.P.), *cuatrerismo*, *robo de ganado*, y al *abigeato* (utilizada en nuestro país).

Cabe indicar que el término "cuatrero" se refiere a *cuatro*, que es el número de patas de las bestias. En cambio, la significación del término abigeato es

⁽¹⁵⁾ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y teoría del delito)*, 2a. ed., Barcelona, PPU, 1985, pp. 60-85.

⁽¹⁶⁾ TOCORA, Fernando, *Política criminal en América Latina*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1990, p. 137.

más elaborada, compuesta por las voces latinas *ab agere* que significa "echar por delante, arrear, aguijar animales" que se hurtaban de esa manera, ya que no podían normalmente ser llevados en hombros, y los romanos identificaban esto con abación (*abactio*) para referirse así al hurto de bestias ⁽¹⁷⁾.

2. Tipos penales

La técnica adoptada por el legislador relativa a los elementos especificadores en el delito de abigeato, consiste en señalar un tipo autónomo base sobre el cual se construyen tipos accesorios mediante agravantes o atenuantes⁽¹⁸⁾ (así tenemos los artículos 189A° y 189C°), pero encontramos también un tipo autónomo único⁽¹⁹⁾ (como es el caso del art. 189B°) y finalmente el tipo base de la falta que remite a su vez al tipo base del artículo 189A°.

Así tenemos:

Artículo 189A°: Delito de abigeato

- 1° tipo base del delito de abigeato (primer párrafo);
- 2° tipo accesorio agravado con remisión al primer párrafo del art. 186° (segundo párrafo);
- 3° tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del art. 186° (tercer párrafo); y
- 4° tipo accesorio agravado según la calidad del agente (último párrafo).

Artículo 189B°: Delito de abigeato de uso

- 1° tipo base del delito de abigeato de uso.

(17) Cfr: CHIAPPINI, Julio O., "El concepto de "ganado", en *La Ley*, tomo 1985-C, Buenos Aires, 1985, pp. 882-884. Además, RODRIGUEZ BAZARTE, en *op. cit.* anteriormente, pp. 60-61.

(18) Es necesario definir que las circunstancias específicas son aquellas que están señaladas en los diferentes tipos del abigeato, y que influyen en la determinación de la pena, cuya naturaleza se relaciona con el injusto ya sea con el *desvalor del acto* o con el *desvalor del resultado*, y en cuanto al sujeto responsable, aquellas que podrían decir relación con la exigibilidad de una determinada conciencia del injusto o bien con la exigibilidad de la conducta, y su función es determinar el *quantum* de la pena, es decir, afectan su medida ya sea para aumentarla o disminuirla.

(19) BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1991, pp. 8 y 9.

Artículo 189Cº: Delito de abigeato con violencia o amenaza sobre las personas

1º tipo base del abigeato con violencia o amenaza sobre la persona (primer párrafo);

2º tipo accesorio agravado por una fórmula genérica (segundo párrafo);

3º tipo accesorio atenuado (tercer párrafo); y

4º tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del artículo 189º (cuarto párrafo);

5º tipo accesorio agravado según la calidad del agente (quinto párrafo); y

6º norma referida al concurso de delitos (último párrafo).

Artículo 444º: Falta de abigeato (según el Art. 2º de la Ley 26326)

1º tipo base de la falta de abigeato que remite al tipo base del abigeato.

3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el patrimonio, considerado modernamente desde una perspectiva jurídico-económica, es decir que "no basta ... con la exclusiva relación fáctica, sino que es necesario la existencia de alguna clase de relación jurídica; pero por otra parte lo jurídico (sean derechos, obligaciones u otras formas jurídicas) no agota el problema sino que es necesario que tales relaciones tengan una significación económica, esto es, valuable en dinero"⁽²⁰⁾.

4. Sujetos del delito

Por la naturaleza de estos delitos los sujetos, tanto activo (quien lleva a cabo la actividad descrita en el tipo penal) como pasivo (el destinatario de la protección del bien jurídico), están dados por cualquier persona⁽²¹⁾.

5. Objeto material del delito

Entendido como aquél sobre el cual recae físicamente la acción delictiva (v. gr. el apoderamiento de un toro en el art. 189Aº) y dependerá de un caso concreto.

⁽²⁰⁾ BUSTOS RAMIREZ, *op. cit.*, p.161.

⁽²¹⁾ Cabe aclarar que los sujetos activos del delito aquí tratados siempre serán personas naturales; en cambio los sujetos pasivos de este delito podrán ser personas naturales o jurídicas o colectivas.

B. TRATAMIENTO ESPECIFICO DE LAS FIGURAS DEL DELITO DE ABIGEATO

1. Abigeato (artículo 189A^o)

1.1. Tipo base del abigeato: "El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años".

a) Aspecto objetivo

El objeto material del delito está constituido por aquellos bienes muebles llamados animales, considerados objetos corporales con valor económico susceptible de apoderamiento. Hay que aclarar que los animales son considerados bienes muebles según el criterio del desplazamiento que permita su apoderamiento⁽²²⁾.

El término ganado alude a los animales mansos y cuadrúpedos de cierta envergadura física, comúnmente de los que andan y pacen todos juntos formando grey o rebaño, y que ordinariamente sirven para la alimentación o el trabajo del hombre⁽²³⁾ y están comprendidos en el ganado mayor, según el tipo base, el vacuno el equino y el auquénido, y en el ganado menor el ganado ovino, caprino y porcino.

Así pues tendremos que las vacas, las ovejas, los caballos, las cabras, los puercos o chanchos, y los auquénidos (este último hace referencia genérica a varios animales: llamas, alpacas, vicuñas, y huanacos) constituirán el objeto material de todos los delitos y faltas relacionados con el abigeato.

La conducta prohibida⁽²⁴⁾ que describe el tipo penal está constituida por:

(22) CREUS, *op. cit.*, pp. 418 y 419.

(23) CHIAPPINI. *op. cit.*, p. 884. Y más recientemente, CREUS, *op. cit.*, p. 423.

(24) ROY FREYRE, *op. cit.*, t. III, p. 45: "La técnica descriptiva seguida por el codificador peruano nos parece la más adecuada, pues hace referencia tanto al medio operativo (substracción), como al objetivo inmediato de perseguido por el agente (apoderamiento) sin descuidar la indicación de lo que podemos llamar el *plus* subjetivo inmediato (aprovechamiento)". Esta opinión del profesor ROY FREYRE al referirse al delito de hurto simple del Código Penal de 1924, nos parece hoy aplicable al tipo base del

1° El apoderamiento que según el profesor ROY FREYRE implica "la acción del sujeto [activo] 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 [sujeto pasivo]"⁽²⁵⁾.

2° *Ilegítimamente*, es un adverbio que constituye un elemento normativo del tipo con el cual "la ley quiere prevenir al juzgador para aquel momento en que deba hacer una valoración de la conducta en orden a lo injusto advirtiéndole que hay una gran cantidad de actos con apariencia de apoderamiento que sin embargo se ajustan a la observancia de la norma prohibitiva de conducta "no hurtar", por lo que debe ser cuidadoso al discriminar los hechos punibles de aquellos que son lícitos"⁽²⁶⁾.

3° La ajenidad, según FONTAN BALESTRA "es un elemento normativo con el que se significa no solamente que la cosa no es de quien la hurta (aspecto negativo), sino que sí es de alguien (aspecto positivo)"⁽²⁷⁾.

4° La sustracción "es la vía o el medio obligado para lograr el apoderamiento. Aparte de significar que el agraviado ha perdido la posibilidad de ejercer sobre la cosa mueble (quitada y llevada) los actos propios del dominio; importa también un indicativo de la forma de comisión que singulariza al delito de hurto simple"⁽²⁸⁾.

b) Aspecto subjetivo

El tipo exige dolo, que puede ser, tanto dolo directo de primer grado como

delito de abigeato.

⁽²⁵⁾ *Op. cit.*, t. III, p. 46. Resulta necesario precisar los conceptos de ámbito de vigilancia y esfera de disposición; Este se refiere a "la posibilidad inmediata de ejercitar sobre la cosa mueble cualquiera de los actos propios de dominio, como serían usar, usufructuar, dar en prenda o enajenar la cosa mueble, aunque no se efectivicen ninguno de dichos actos, pues hasta la existencia de una potencialidad de la que antes del comportamiento delictivo se carecía por encontrarse entonces la cosa en poder de otra persona, fuese su propietario, poseedor o simple tenedor". (*Ibidem*, p. 48), y aquél a "un concepto jurídico cuyos límites formales se determinan por la constancia (en el sentido de certeza, no de persistencia), de una efectiva relación de dominio conservada sobre la cosa mueble que excluye la subsistencia contemporánea de un poder similar sobre la misma por parte de terceros" (*Ibidem*, p. 47).

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 49.

⁽²⁷⁾ Cit. por ROY FREYRE, *op. cit.*, t. III, p. 52.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 58.

de segundo grado, elemento que implica tener consciencia de que los actos externos que importan "sustraer" constituyen violación del deber de respetar el patrimonio ajeno"⁽²⁹⁾.

Mas esto no basta, ya que el tipo exige además, otro elemento subjetivo o especial intención diferente del dolo (tendencia interna trascendente) como lo es el *animus lucrandi*⁽³⁰⁾ ("para obtener provecho..."), por el cual no será necesario que se materialice, ya que el delito se consuma con o sin la materialización externa del *animus lucrandi*.

Debido a la naturaleza del trabajo, diremos que todos los elementos constitutivos del tipo penal deberán de estar presentes en la materialización del tipo, pues de lo contrario la conducta realizada será considerada atípica, sea por ausencia de alguno de los elementos del tipo en su aspecto objetivo o subjetivo, u otros supuestos especiales⁽³¹⁾.

Asimismo, son perfectamente aplicables los supuestos del tipo imperfectamente realizados (tentativa acabada, inacabada, el delito imposible y el desistimiento e interrupción según los Arts. 16º, 17º, 18º, y 19º del C.P. vigente). De igual forma los supuestos de la participación en sentido amplio (autoría: directa, mediata, coautoría; instigación y complicidad, según los Arts. 23º al 27º del C.P.).

c) La antijuricidad y la culpabilidad

Una conducta típica de abigeato simple será antijurídica si se comprueba la no presencia de ninguna causal de justificación (consagrados en el Art. 20º, incs. 3: legítima defensa; 4: estado de necesidad justificante; 10: consentimiento; o 8: el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho⁽³²⁾).

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, p. 57.

⁽³⁰⁾ En la doctrina se distingue entre el *animus de lucro* (propósito de aprovecharse o de obtener provecho) y el *animus rem sibi habendi* (propósito de apropiarse, o de querer para sí la cosa sustraída); en este sentido RODRIGUEZ DEVESA, cit. por ROY FREYRE (*op. cit.*, t. III, pp. 54-58), sin embargo, más recientemente el concepto de ánimo de lucro ha sido ampliado (así BUSTOS, *op. cit.*, p. 166) comprendiendo "la intención de apropiación (disponer de ella como señor y dueño) de la cosa y de obtener un beneficio, cualquiera que él sea, siempre que sea de carácter patrimonial, esto es estimable económicamente; el beneficio puede ser para sí o para otro". Nosotros consideramos que está es la significación que debe tener el *animus de lucro* en el delito de abigeato.

⁽³¹⁾ Véase VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal, Parte general*, Lima, Cultural Cuzco, 1990, pp. 157-161.

⁽³²⁾ *Ibidem*, pp. 237-253.

En cambio para que una conducta típica y antijurídica sea calificada de culpable⁽³³⁾ será necesaria la presencia de determinados requisitos como la *imputabilidad* (que puede ser excluida según el art. 20º, incs. 1 y 2, por minoría de edad, por anomalía psíquica, por alteración de la percepción, o por grave alteración de la consciencia), el conocimiento de la *antijuricidad* (que también puede ser excluida por error de prohibición, art. 14º), y la *no exigibilidad de otra conducta* (que la excluyan o atenúen la culpabilidad según lo dispuesto por el art. 20º, incs. 5, 7 y 9 que se refieren al estado de necesidad exculpante, al miedo insuperable y al obrar por orden obligatoria).

d) Consumación del delito

En doctrina se han planteado tesis que pretenden explicar el momento en que se consuma el abigeato⁽³⁴⁾, estas son:

Contreactatio: "Basta con tocar la cosa"; es muy amplia y puede contener actos preparatorios.

Ablatio: "Exige sacarlo del lugar". Esta resulta muy exigente, pero no es necesario que se saque a la cosa del lugar en que se encuentra (huésped de hotel que extrae cosa y lo guarda en su valija).

Illatio: "Plantea su ocultamiento"; es muy amplia por un lado, pues, "el esconder la cosa puede constituir sólo un acto ejecutivo para el desposeimiento" (el caso de dejar en un supermercado un radio escondido entre toallas para luego llevárselo sin que nadie lo note); y por otro lado puede ser muy restringido, "ya que exige que se oculte la cosa y el ladrón la puede tener a la vista de todos" (quien sale de un supermercado con el abrigo puesto).

Sin embargo, un sector de la doctrina creyó que el delito de abigeato no se podía realizar por *contreactatio*, sino por *abactio*. Así, "la acción consumativa del abigeato, se da en el preciso instante en que se arrea, se echa por delante, se

⁽³³⁾ Véase MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, reimpr. de la ed. española [1983], Bogotá, Temis, 1990, pp. 127-158) quien en doctrina es uno de los que mejor trata el tema de la culpabilidad, en el ordenamiento jurídico-penal español.

⁽³⁴⁾ BUSTOS, *op. cit.*, p. 166. Es necesario aclarar que las tesis expuestas se aplican al delito de hurto, mas como la redacción del tipo base del abigeato es similar a la del hurto, tales tesis son perfectamente aplicables al abigeato.

aguijonea el ganado por parte del sujeto activo del delito"⁽³⁵⁾; empero, tales argumentos son incorrectos, debido a que la *abactio* constituye solo un medio para poder sustraer el ganado mayor, y la *contreactatio* para sustraer el ganado menor; empero esto no garantiza la disposición que pueda hacer el sujeto activo del delito de abigeato, ya que el tipo exige el apoderamiento ilegítimo.

Creemos en todo caso que la simple sustracción configura la tentativa del delito de abigeato.

Además, es necesario referir, que en nuestro ordenamiento jurídico penal el apoderamiento también se refiere a un solo animal, ya que expresamente el tipo base lo refiere, con lo cual, se evitó el problema suscitado en el ordenamiento jurídico argentino (art. 163.1º del C.P.) cuya referencia del tipo legal expresaba únicamente el término ganado, haciendo de esta manera una interpretación lógica por lo que se consideró que dentro de la expresión ganado se comprendió el apoderamiento de un sólo animal.

Se considera, por consiguiente, que "el momento consumativo sólo puede estar referido al momento en que la disponibilidad de la cosa ha pasado de manos del sujeto pasivo al sujeto activo, en ese momento se puede decir que se ha tomado [en nuestro caso será el del apoderamiento] la cosa", pero, se resalta que "disponibilidad de por sí es posibilidad de disposición" y no se puede hablar, entonces como lo hace QUINTANO RIPOLLES de una disponibilidad potencial, lo cual es un error.

- 1.2. Tipo accesorio agravado con remisión al primer párrafo del art. 186º (segundo párrafo): "Si concurren algunas de las circunstancias previstas en los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del primer párrafo del artículo 186º, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años."

Aquí el legislador ha colocado los mismos supuestos del delito de hurto agravado (inclusive con la misma pena que fue modificada el 01 de Junio de 1994: [3,6], así nos llama la atención la inclusión dentro de esta remisión del inciso 5 del art. 186º del C.P. que fue modificada y que se refiere a los bienes muebles que forman el equipaje del viajero por lo que cabe preguntarse si se puede dar este supuesto en el delito de abigeato.

(35) RODRIGUEZ BAZARTE, *op. cit.*, p. 61.

Creemos que este supuesto sólo podría realizarse con el argumento de que por bienes muebles que forman el equipaje del viajero ha de entenderse a los animales que van con él de un lugar a otro (p. e., transportarlos de un lugar a otro para venderlos o comercializarlos, etc.).

Empero en esta remisión encontramos una incoherencia del legislador, ya que implícitamente al reconocer la calidad de bien mueble a los animales, estaría asumiendo que éstos ya se encontraban comprendidos en los tipos penales de hurto (sea simple o agravado), y hasta tiene la misma cantidad de años de pena, por lo cual no habría ninguna distinción desde el punto de vista dogmático para crear autónomamente la figura del delito de abigeato.

- 1.3. Tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del art. 186° (tercer párrafo): *"Si el delito es cometido conforme a los incisos 2, 4 y 5 del segundo párrafo del artículo 186° la pena será no menor de 4 ni mayor de 10 años"*.

Aquí se hace una remisión a tres incisos del Art. 186° en su segundo párrafo, el primero de ellos, vale decir el inciso 2 del Art. 186°, que tiene dos supuestos:

a) Trata de los animales considerados de valor científico, situación muy excepcional, ya que sólo se comprendería a los animales señalados por el tipo base que están formando parte de un proceso de investigación, como los trabajos realizados por la Universidad Agraria, para los casos de mejoramiento de raza, etc. Sin embargo, en este supuesto no se podría incluir a animales en vía de extinción que no estén comprendidos en el tipo base, pues esto sería una ampliación prohibida; y

b) Segundo, se refiere a los animales que integren el patrimonio cultural de la Nación, y debemos de tener en cuenta:

- Que el bien jurídico protegido es el patrimonio de una persona natural o particular (privada), y no el patrimonio cultural de la nación, por lo que en todo caso, este supuesto adolece de una coherencia sistemática, debiendo estar ubicado en otro Título, como lo puede ser el Título VIII (Delitos contra el patrimonio cultural), o en el Título XIII (Delitos contra la ecología o delitos ecológicos), o en el último de los casos véase su relación con el art. 308° del C.P. donde se regula la explotación ilegal de Recursos Naturales.

- Este supuesto es muy cuestionado, puesto que el considerar las especies de animales a que se refiere el tipo base del abigeato como patrimonio cultural de la nación es irreal.

El segundo inciso (o inc. 4) al cual se nos remite, trata de la grave situación económica en que se coloca a la víctima o a su familia ⁽³⁶⁾, que se puede dar sin problemas en la realidad, por lo que lo único cuestionable sería el que este supuesto ya estaba comprendido en el delito de hurto agravado.

- 1.4. Tipo accesorio agravado según la calidad del agente (último párrafo): *"La pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años cuando el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos"*.

2. ABIGEATO DE USO (ARTICULO 189B°)

- 2.1. Tipo base: *"El que sustrae ganado ajeno, con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, directa o indirectamente, en un plazo no superior a setentidós horas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o de prestación de servicios a la comunidad no mayor de cincuenta jornadas. Si la devolución del animal se produce luego de transcurrido dicho plazo, será aplicable el artículo anterior"*.

a) Aspecto objetivo

Este tipo penal tiene la misma naturaleza que el delito de hurto de uso, por lo que el bien jurídico protegido en el delito de abigeato de uso es el *ius utendi* del ganado, o como dirían los doctrinarios colombianos al referirse al hurto de uso, que lo preservado por la norma es "el derecho de quien encontrándose actualmente en relación legítima con la cosa [en nuestro caso con el ganado señalado por el tipo base del art. 189 A°] ha sido despojado o privado momentáneamente de su señorío, en virtud de una agresión a su esfera de custodia, lo que no implica una desposesión definitiva toda vez que el desplazamiento patrimonial es apenas transitorio, provisional, cuyos efectos sólo cesarán cuando el delincuente satisfaga el uso arbitrario e ilegítimo que le da a la cosa" ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ Aquí es pertinente aclarar el significado de víctima, que para nuestro caso sería el directo afectado en su patrimonio, ya que debemos recordar la distinción hecha por la doctrina entre sujeto pasivo del delito (al titular del bien jurídico) y la víctima sobre el que recae la acción descrita en el tipo penal.

⁽³⁷⁾ VALENCIA M., Jorge Enrique, *Estudios de derecho penal especial*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 51. Y recientemente, TOCORA, Luis Fernando, *Derecho penal especial*, 3a. ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991, p. 90 y ss.

Los conceptos de sustracción y ajenidad son los mismos descritos en el tipo base por lo cual a ello nos remitimos.

En cambio, constituye una necesidad aclarar la locución *uso momentáneo* que significa que el sujeto activo de manera directa o indirecta proceda a la "utilización del objeto (ganado) a la necesidad que se ambicione y que fluye de su propia naturaleza"⁽³⁸⁾. Así por ejemplo, se puede utilizar una haja mediante la extracción de su leche o un rebaño de ovejas a través de su lana, o un toro como semental, lo mismo que un caballo, etc.

El tipo exige que se devuelva el ganado una vez que se ha usado, siendo necesario precisar que la devolución "se entiende cumplida cuando de manera voluntaria el culpable pone nuevamente la cosa a disposición de su titular inmediatamente después del uso". La devolución tiene que ser del mismo ganado que se substrajo, y no su equivalente, ya que esto no es un resarcimiento. Por tanto, la devolución es un elemento esencial del tipo de abigeato de uso, pues con él se demuestra la ausencia del *animus lucrandi* en el sujeto activo⁽³⁹⁾.

La última parte del Art 189B° indica que superadas las 72 horas se aplicará el Art. 189A°, lo cual hay que tomarlo con sumo cuidado, ya que tal remisión tendría dos interpretaciones:

1° La conducta señalada en el Art 189B° no implica un apoderamiento, sino que sólo requiere del acto de "sustracción", por lo que si ante una persona que ha delinquido por abigeato de uso lo procesamos por delito de abigeato (tipo base), esta persona fácilmente podría argumentar, una causal de atipicidad objetiva, ya que su conducta típica según el art. 189B° no lo sería si aplicamos el art. 189A°, por tener ésta otra fundamentación y otros presupuestos. Concluyendo que no se podrá aplicar el art. 189A°, ni la pena que éste indica.

2° Tal remisión solo se referiría a la aplicación de las penas del art. 189A° para los supuestos del art. 189B°, empero esto implicaría un acto excesivo de desvalor de resultado, ya que por el sólo hecho de sobrepasar las 72 hs., no sería correcto aplicar penas cuyos supuestos se amparan en un desvalor de acción diferente, como son los señalados por el art. 189A°.

⁽³⁸⁾ VALENCIA, *op. cit.*, p. 53.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 55.

Por ende, creemos que tal remisión es incorrecta y carente de toda fundamentación, por lo que, exigimos su inmedita derogación (aunque, nuestra propuesta sea abrogar la Ley 26326).

El tipo exige el elemento constitutivo *plazo de 72 horas*, y esto en sí constituye una precisión respecto del art. 187° del C.P. de 1991 que se refería al hurto de uso, pero que no precisaba el plazo, así en el derecho comparado debemos remitirnos al Código penal colombiano de 1980 el cual en su art. 352° refiere que la restitución debe darse "en término no mayor de veinticuatro horas", pero esto como una atenuante al tipo base ya que, se le reduce la pena a la mitad, en cambio si lo hace luego de las 24 hs. no tendrá derecho a que se le reduzca la pena, sin embargo en nuestro caso, el legislador absurdamente considera que si se pasa de las 72 hs. entonces deberá de aplicarse el 189A°, sobre el cual arriba ya hemos dado nuestra opinión.

Creemos que si procede el abigeato de uso de un sólo animal (asumiendo una interpretación lógica y no una gramatical).

b) Aspecto subjetivo del tipo^()*

Este delito es doloso, con lo que "la conciencia que tiene el agente de que la cosa se halla bajo el poder de custodia o señorío de otro y que la toma sin la aquiescencia del propietario, poseedor, tenedor, en una palabra, del derecho habiente."

También exige el tipo una especial intención que "se caracteriza por el uso momentáneo o temporal del objeto, lo que lleva incita la restitución inmediata o su efectivo reintegro, una vez alcanzada la finalidad usuaria propuesta por el culpable".

Es aplicable a este tipo todos los elementos que determinan el delito, remitiéndonos a ellos.

3. ABIGEATO CON VIOLENCIA O AMENAZA SOBRE LA PERSONA (ARTICULO 189C°)

3.1. Tipo base (primer párrafo): "El que se apodere ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino, o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal,

(*) *Ibidem*, p. 56.

sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menos de tres ni mayor de ocho años".

Este tipo penal es un tipo complejo, es decir, simultáneamente se protegen varios bienes jurídicos, de los cuales en el título a proteger se coloca el "más importante" o el "más hondamente lesionado", sin perjuicio de que uno de tales bienes esté independientemente tutelado en otro tipo penal (40).

Así, si bien es cierto que el bien jurídico más importante lo constituye el patrimonio, sin embargo por tratarse de un delito complejo encontramos que se afecta también la libertad individual, y como se sabe este bien jurídico ya se encuentra protegido.

a) Aspecto objetivo

No haremos referencia a todos aquellos elementos que ya encontramos en el tipo base del delito de abigeato, sino a los que caracterizan este delito.

La violencia y la amenaza son los elementos más relevantes de este delito, recaen directamente sobre las personas y siempre deben estar presentes durante la comisión del delito.

La violencia es un medio que debe ser entendida como todo acontecimiento agresivo sobre la persona del sujeto pasivo u otra en cuanto se dé en la realización del abigeato o como lo expresa el profesor ROY FREYRE: "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" (41).

La amenaza es "la violencia moral conocida en el derecho romano como *vis compulsiva*" (42), y es un medio que debe reunir los siguientes requisitos: Ser determinada, considerable, seria, posible e inminente. Y debe poner en peligro a los bienes jurídicos vida y salud.

(41) ROY FREYRE, op. cit., t. III, pp. 76-77

(42) *Ibidem*, pp. 77-78.

b) aspecto subjetivo

Está conformado por el dolo cuya conciencia y voluntad del sujeto activo sea la de emplear violencia o amenaza sobre la persona sustrayendo el ganado del lugar en que se encuentra. Además será necesario el *animus lucrandi*, como especial intención.

- 3.2. Tipo accesorio agravado por una fórmula genérica (segundo párrafo): *"La pena 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 pudiese servir como tal"*.
- 3.3. Tipo accesorio atenuado (tercer párrafo): *"Si la violencia o la amenaza fuesen insignificantes, la pena será disminuida en un tercio"*.
- 3.4. Tipo accesorio agravado con remisión al segundo párrafo del artículo 189° (cuarto párrafo): *"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°"*.
- 3.5. Tipo accesorio agravado según la calidad del agente (quinto párrafo): *"La pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla, o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos"*.
- 3.6. Norma referida al concurso de delitos (último párrafo): *"En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso"*.

Esta norma trata del concurso de delitos, debiendo concórdarse con lo dispuesto por el vigente C.P. en sus arts. 48°, que trata del concurso ideal; 50°, el concurso real; y 51°, el concurso retrospectivo⁽⁴³⁾. Para lo cual, se verá en cada caso concreto la concurrencia con los delitos señalados por el Título I, de la Parte Especial del C.P. de 1991 (arts. 106° al 129°).

⁽⁴³⁾ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1982, t. IV, pp. 511-568; y MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, pp. 219-228.

Sin embargo, las normas referidas al concurso en los arts. 48° al 51°, también se aplican a la concurrencia de delitos contenidos en los demás títulos de la Parte Especial del C.P.; por ejemplo, un concurso ideal entre un delito de coacción con un delito de abigeato empleando violencia o amenaza sobre las personas, o un concurso real entre abigeato y receptación, o un concurso ideal entre un delito de abigeato y un delito de depredación de fauna, etc. Como se observa, no existe impedimento alguno para que los delitos de abigeato concurren con otros delitos diferentes al referido por el último párrafo del art. 189C° del C.P. de 1991.

En todo caso creemos que si se trata de un concurso real se aplica la acumulación jurídica (el Art. 50 en concordancia con el Art. 46 del C.P.) y no la acumulación material ya que ésta no está permitida en nuestro ordenamiento penal, por ende discrepamos con el Profesor Hurtado Pozo cuando afirma respecto del Art. 189 del C.P. : "en los casos de concurso de delito de robo, con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, se aplica tanto la pena correspondiente al robo coma la que pudiera corresponder por otra infracción más grave". (44)

4. FALTA DE ABIGEATO (SEGÚN EL ART. 2° DE LA LEY 26326). ARTICULO 444°.

- 4.1. Tipo base de la falta de abigeato que remite al tipo base del abigeato: "Si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189A", cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepase un tercio de la Unidad Impositiva Tributaria, será reprimido con prestación de servicio comunitario no menor de veinte ni mayor de cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días multa".

Uno de los requisitos constitutivos de este tipo penal de falta, nos indica un límite cuantitativo en relación a que el valor de los animales bajo este tipo no deben de superar un tercio de una UIT (Unidad impositiva tributaria, cuyo valor actual según Decreto Supremo, N° 012-96-EF es de S/. 2,200 nuevos soles), vale decir la suma de S/. 733.3 nuevos soles.

IV. TRATAMIENTO PROCESAL

El delito de abigeato tendrá un procedimiento ordinario de acuerdo al

(44) HURTADO POZO, JOSE: Manual de Derecho Penal, parte especial, Ed. Juris; 1ra ed. Lima 1993. Pg. 36.

vigente Código de Procedimientos Penales de 1940, debido a que en la época en que se dio el Decreto Legislativo N° 124, y su respectiva modificatoria vía D. Ley N° 26147, no se había regulado de manera independiente el mencionado delito, con lo cual aquél que realiza la conducta del tipo base de abigeato tendrá un proceso ordinario, distinto a aquél que realiza el tipo base del delito de hurto cuyo procedimiento es sumario, a pesar que ambos tienen las mismas penas.

Lo mismo sucederá con los tipos agravados del delito de abigeato, con el tipo base del delito de abigeato de uso y con los tipos base y agravados del delito de abigeato con violencia o amenaza sobre las personas.

En relación a la falta de abigeato regulado por el art. 444°, el procedimiento será el de faltas contemplado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 (arts. 324° al 327°).

Además, es posible aplicar los criterios de oportunidad, para el tipo base de abigeato (art. 189A° *ab initio*) y el tipo base del abigeato de uso (art. 189B°), pues según lo dispuesto por el inc. 2, del art. 2° del Código Procesal Penal, la pena mínima del delito no debe superar los dos años de pena privativa de libertad⁽⁴⁵⁾.

V. CONCLUSION

A raíz de la legislación de emergencia para el terrorismo y narcotráfico, el legislador peruano ha trasladado los criterios de severidad y represión a la legislación penal ordinaria, con lo cual ha ordinarizado la excepcionalidad en la legislación penal común. Esto se hace evidente en las continuas modificaciones a que ha sido sometido el C.P. de 1991, ampliando y creando los tipos penales e incrementando las penas, así por ejemplo, los delitos de violación contra la libertad sexual, libertad personal y los delitos contra el patrimonio últimamente entre las modificaciones más recientes.

Dentro de esta lógica (de severidad y represión) el legislador ha creado la figura del *abigeato como un delito específico*, contrariando principios de un derecho penal mínimo, como son el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, el de representación popular, el de proporcionalidad abstracta,

⁽⁴⁵⁾ Sobre los Criterios de Oportunidad véase el interesante trabajo del profesor Pablo SANCHEZ VELARDE, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima, Idemsa, 1994, pp. 127-196.

el de idoneidad, el de subsidiariedad, el de utilidad, el de articulación de los conflictos y de las necesidades reales, el de proporcionalidad, etc.

Además, desde un punto de vista del bien jurídico es innecesaria la especial protección que con la Ley 26326 se otorga al bien mueble ganado, pese a que el Perú no es un país con importante industria ganadera por lo que se hace inexplicable la relevancia de cierto ganado.

La Ley 26326 es un indicador de que el legislador nacional centra su preocupación en crear efectos simbólicos en la ciudadanía, para darle una sensación de mayor seguridad. Con lo se que querría decir que con mayor severidad ya no se producirían delitos como el abigeato, regulando conductas que constituyen problemas de raíces económico-sociales, cuya solución exigiría una alternativa de incentivo de la actividad pecuaria y no principalmente una alternativa jurídico penal.

Sin embargo, tales actitudes hechas ley, desde un punto de vista de técnica jurídico-penal, constituyen una redundancia inexplicable puesto que los tipos penales del abigeato ya habían sido comprendidos por los tipos penales de los delitos de hurto y robo, más aún, las penas de aquél también fueron en su mayoría *repetidas* (tres días antes de la publicación de la ley del delito de abigeato se modificaron las penas de los delitos de hurto y robo, las mismas que se aplican para el abigeato).

Asimismo, procesalmente esto implica un retroceso al no darse igual tratamiento (procedimiento) a todo aquél que cometa alguno de los delitos señalados por la Ley 26326 cuyos tipos penales señalan conductas similares y hasta con la misma pena que otros delitos contra el patrimonio (p. e., el caso del hurto simple con el tipo base del abigeato, en el que el primero tendrá procedimiento sumario mientras que el segundo tendrá un procedimiento ordinario). Y por si fuera poco, estos procesos pasarían a formar parte de la excesiva carga procesal y del sinnúmero de procesos dilatorios y sin resolver que tiene el poder judicial en nuestro país.

Por consiguiente, no era necesario crear un delito específico como lo es el abigeato, para un supuesto que ya se encontraba subsumido dentro de otro (hurto o robo). Asimismo, resulta ineficaz para el sistema jurídico penal peruano, regular conductas que no constituyen verdaderas afecciones a los intereses de la sociedad. Por todo lo cual pedimos la inmediata derogación de la Ley 26326 y siguiendo el model de la ley N° 24991 se establezca como un supuesto del tipo base del delito de hurto y robo, a condición de que el máximo de la pena de estos delitos sean a su vez el mínimo y máximo del delito de abigeato, sin ignorar que tranquilamente se podrían aplicar cualquiera de los agravantes señalados en los Arts. 186 y 187 del CP.

Entonces, estos delitos tendrían en lo que se refiere al Art. 185 un trámite sumario, mientras que los que cometan el delito señalado en el art. 188 un trámite ordinario, con lo cual se superaría el inconveniente que nos planteaba la ley 26326.

ANEXO

PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY

El congreso de la república ha dado la ley siguiente:

Artículo 1.- Agréguese al artículo 185 y 188 del CP Tir. V, Cap. I y II, un segundo párrafo el cual quedará redactado de la siguiente manera:

"Si se cometiera el delito sobre una o más cabezas de ganado vacuno, ovino o equino, caprino, porcino o camélido sudamericano, se le impondrán el máximo de la pena contemplado en el párrafo anterior.

Artículo 2.- Los procesos iniciados conforme a ley 26326 adecúense a lo dispuesto por el D. Ley 124 y su modificatoria y al C de PP.

Artículo 3.- Deróguese la Ley 26326.

Regístrese y comuníquese al Sr. Presidente de la República.