

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO



ACREDITADA POR RESOLUCIÓN CEUB 1126/2002

MONOGRAFÍA DE GRADO

(PARA OPTAR AL TÍTULO ACADÉMICO DE LICENCIATURA EN DERECHO)

**“PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE HURTO
DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS EN EL CÓDIGO
PENAL”**

INSTITUCIÓN : MINISTERIO PÚBLICO DE LA NACIÓN
(DIVISION DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD)

POSTULANTE : CONDORI FERNÁNDEZ MARÍA ISABEL

TUTOR ACADÉMICO: DR. ANDRES VICENTE VALDIVIA
CALDERON DE LA BARCA

LA PAZ – BOLIVIA
2012

DEDICATORIA

Con todo el amor de mí ser, dedico este trabajo a los forjadores de mi vida:

A DIOS, que ilumino cada uno de mis pasos: que me acompañe y me acompaña en los largos días de estudio; por haberme dado la vida, salud y permitir que termine mis estudios; y por haberme otorgado a la grandiosa familia que tengo, la cual tal vez no merezco.

A la Memoria de mi abuelito Felipe Fernández T. quien me enseñó que en la vida el trabajo duro, la honradez y el amor incondicional al prójimo pueden darte las llaves de tu propio destino.

A mi PADRE Simeón Condori C. y mi MADRE Isabel Fernández C., que me enseñaron que todo trabajo requiere sacrificio, esfuerzo y sobre todo mucha dedicación.

A mi mentor y amigo Dr. José Cesar Villarroel Bustios, quien me enseñó el verdadero significado de la justicia y la humildad.

A mi hermana Maribel Cristina Condori Fernández quien siempre me brindó su apoyo incondicional por sobre todas las cosas, y a toda mi familia por su apoyo incondicional al haberme brindado todo su amor, cariño y comprensión.

A los que realmente se sienten y saben que son mis amigos, porque Uds. aparecieron en un momento exacto, y me dieron su apoyo incondicional y su confianza...

*Aunque sé que nunca terminare de agradecerles,
de corazón, les dedico este trabajo y les digo*

¡¡¡GRACIAS!!!

Atte. María Isabel Condori Fernández



AGRADECIMIENTO

Mi gran reconocimiento al Dr. JAVIER TAPIA GUTIERREZ y al Dr. ANDRES VICENTE VALDIVIA CALDERON DE LA BARCA, y en especial al Dr. VICTOR MANUEL CABA TAPIA por haberme brindado su valioso apoyo en la culminación satisfactoria de mi Trabajo Dirigido.

A cada una de las personas que contribuyeron en la elaboración de la presente monografía, ya que sin su apoyo no se hubiera podido lograr este trabajo.

A la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Andrés, que me acogió en sus aulas y me enseñó a defender al indefenso; por ser el lugar donde Dios quiso que viva parte de mi juventud; donde conocí al fabuloso grupo de amigos que tengo; donde pase grandes alegrías y tristezas que forman parte de la historia de mi vida; donde exprese ideas, pensamientos y sentimientos; por ser el templo del saber donde me forme y capacite con excelentes docentes, que me dieron los instrumentos necesarios que me sirvieron de base para realizar el presente trabajo.

A cada uno de mis hermanos bolivianos que con su sacrificio permiten que mucha gente pueda acceder a la educación superior en pro de la sociedad.

De corazón ¡¡¡MUCHAS GRACIAS!!!

ÍNDICE GENERAL

“PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS EN EL CÓDIGO PENAL”

	Pág.
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE GENERAL	iv
PROLOGO	viii
INTRODUCCIÓN	x
RESUMEN.....	xiii

TITULO PRIMERO DESARROLLO O CUERPO DE LA MONOGRAFÍA

EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA.....	2
A. MARCO INSTITUCIONAL.....	2
B. MARCO TEÓRICO	7
B.1. Hurto.....	7
B.2. Hurto calificado	8
B.3. Acción	8
B.4. El momento consumativo.....	9
B.4.1. Teorías de la aprehensio rei.....	9
B.4.2. Teoría de la amotio	9
B.4.3. Teoría de la ablatio	9
B.4.4. Teoría de la locupletatio.....	9
B.4.5. En nuestro criterio	10
B.5. Diferencia esenciales con otros delitos contra la propiedad	10
B.6. Sujeto activo	10
B.7. Sujeto pasivo	11
B.8. Objeto material.....	11
B.9. Objeto jurídico.....	11
B.10. Medios de comisión	12
B.11. Causa de inimputabilidad	12
B.12. Culpabilidad.....	12
B.13. Naturaleza de la acción penal:	13
B.14. Hurto agravado y hurto calificado	13
C. MARCO HISTÓRICO	13
D. MARCO CONCEPTUAL.....	15

E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE.....	18
E.1. Constitución Política del Estado	18

DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA

A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	21
B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	23
C. OBJETIVOS	24
C.1. Objetivo General.....	24
C.2. Objetivos Específicos.....	24

TITULO SEGUNDO DESARROLLO DEL DIAGNOSTICO DEL TEMA

CAPITULO I.....	26
1. ANTECEDENTES DEL DELITO DEL HURTO Y ROBO.....	26
1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL HURTO.....	26
1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ROBO	28
1.2.1. Época Cavernícola	28
1.2.2. Edad media	29
1.2.3. Actualidad.....	30
1.2.4. Penalidades aquí y en el más allá.....	30
1.2.4.1. En algunos lugares es prohibido robar Aquí	30
1.2.4.2. Más allá	31
CAPITULO II.....	32
2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS EL HURTO Y ROBO	32
2.1. HURTO.....	32
2.1.1. La protección de la tenencia	32
2.1.2. El desapoderamiento y su repercusión económica	32
2.1.3. Hurto Simple.....	33
2.1.3.1. La acción de apoderarse. teorías sobre el momento configurativo del hurto	33
2.1.3.2. Concepto de apoderamiento y el desapoderamiento.....	33
2.1.3.3. El apoderamiento	34
2.1.3.4. Aspecto subjetivo del apoderamiento.....	35
2.1.3.5. El llamado "Hurto de Uso"	35
2.1.3.6. Ilegitimidad del apoderamiento.....	36
2.1.3.7. Objeto del delito: cosa mueble ajena	37
2.1.3.8. El hurto de energía.....	37
2.1.3.9. Los derechos	38
2.1.3.10. Valor patrimonial	38
2.1.3.11. Cosa Mueble.....	39
2.1.3.12. Ajenidad	39

2.1.3.13.	Consumación y tentativa	40
2.1.3.14.	Confluencia de figuras	41
2.1.3.15.	Cuestiones sobre la antijuricidad	41
2.1.3.16.	Sujetos. participación.....	41
2.1.3.17.	Culpabilidad	42
2.1.4.	Hurtos Calificados.....	42
2.1.4.1.	Fundamento de las agravantes	42
2.1.4.2.	Indefensión de los objetos	42
2.1.4.3.	La naturaleza del objeto y la actividad del autor	43
2.2.	ROBO.....	43
2.2.1.	Carácter de la figura	43
2.2.2.	Figura básica	44
2.2.2.1.	Las características de los objetos y el despliegue de la fuerza típica ...	44
2.2.2.2.	Vinculación de la fuerza con el apoderamiento.....	46
2.2.3.	Robo con violencia en las personas	47
2.2.3.1.	Medios de comisión: la violencia	47
2.2.3.2.	Confluencia de figuras	48
2.2.3.3.	La intimidación.....	48
2.2.3.4.	Vinculación de la violencia con el apoderamiento	50
2.2.4.	Momento de la fuerza y la violencia	50
2.2.4.1.	La extensión del tipo a los momentos anteriores y posteriores al apoderamiento	50
2.2.4.2.	En la comisión	51
2.2.4.3.	En la facilitación	51
2.2.5.	En procura de la impunidad	52
CAPITULO III		54
3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS DE LA IMPORTANCIA DE LA TIPIFICACIÓN DEL HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS.....		54
3.1.	BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.....	54
3.1.1.	Justificación de defensa.....	55
3.1.2.	Origen del concepto bien jurídico.....	56
3.1.3.	Denominación.....	56
3.1.4.	Función del bien jurídico.....	58
3.1.5.	El bien jurídico como fin de la norma	61
3.1.6.	El bien jurídico frente al consentimiento.....	64
3.1.7.	Ámbito de eficacia del consentimiento	66
3.1.8.	Ineficacia del consentimiento.....	68
3.1.9.	Perdón del ofendido y bien jurídico frente al consentimiento.....	68
3.1.10.	Objeto Material	69
3.1.11.	Diferencia entre objeto material y bien jurídico	69
3.2.	EL CONCEPTO PENAL DE PROPIEDAD	70
3.3.	PROPIEDAD COMÚN Y ESPECIAL. OBJETOS DE LOS DELITOS	71
3.4.	CARACTERÍSTICA COMÚN DE LAS ACCIONES TÍPICAS.....	71

3.5.	CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.....	72
3.6.	EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.....	73
3.7.	IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS BÁSICOS DOMICILIARIOS	73
3.8.	CASOS DE HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y CONEXIONES CLANDESTINAS	74
3.8.1.	Conexiones ilegales de tv cable Cotel.....	74
3.8.2.	Piratería en las señales de tv cable satelital.....	75
3.8.3.	Conexiones clandestinas de agua potable	76
3.8.4.	Conexiones clandestinas de energía eléctrica	77
3.8.5.	Obras de control de conexiones clandestinas	77
CAPITULO IV		79
4.	ANÁLISIS DE LA NORMATIVA LEGAL QUE RIGE LA IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS, INHERENTES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD	79
4.1.	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO	79
4.2.	CODIGO PENAL BOLIVIANO.....	85
CAPITULO V.....		88
5.	PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL, MEDIANTE UN PROYECTO DE LEY.....	88
5.1.	EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	88
5.2.	PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY	90
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		94
CONCLUSIONES.....		95
RECOMENDACIONES		97
BIBLIOGRAFÍA.....		98
Noticias Periodísticas Consultadas:.....		100
Normativa Jurídica consultada:.....		101
ANEXOS		102

PROLOGO

Quiero comenzar este honor al que se me ha invitado diciendo que toda obra en general e intelectual en particular sea esta literaria, filosófica o jurídica requiere de un esfuerzo, dedicación, disciplina y compromiso que implica, muchos renunciamentos y sacrificios.

La presente monografía titulada, *“Propuesta de Tipificación del Delito de Hurto de Servicios Básicos y Públicos en el Código Penal ”* realizado por la egresada María Isabel Condori Fernández constituye un aporte significativo para la colectividad, ya que los servicios básicos y públicos constituyen un derecho esencial para la satisfacción de necesidades, al tratarse de un “derecho constitucional” y un derecho fundamentalísimo para la vida de todo ser humano es de vital importancia y de permanente actualidad.

Uno de los problemas que se presenta al sancionar el robo o hurto de los elementos que formen parte en la provisión de servicios básicos de las redes de suministros de servicios básicos y públicos domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado y teléfono entre otros, es no contar con una norma que permita sancionar de forma ejemplificadora y que el actor de estos hechos no pretenda y mucho menos reincida en realizar conexiones clandestinas que son conexiones ilegales que afectan el adecuado aprovisionamiento de tales servicios básicos y públicos.

Esta iniciativa propuesta de la presente investigación monográfica obliga como solución el sancionar de forma penal a los actores que incurran en sustraer de forma ilegal servicios básicos y públicos sin pagar coste alguno por su uso, esto ocasiona pérdidas considerables a los operadores que brindan servicios tales como electricidad, telefonía, agua potable, alcantarillado, etc.

Asimismo la presente propuesta es una medida para proteger a los usuarios de los constantes perjuicios a los que se ven expuestos cuando son víctimas del robo o hurto de los elementos parte de las redes de suministros de servicios básicos y públicos.

La elaboración de la presente Monografía consta de: dos títulos, observándose en el título primero, donde se hace referencia al diseño de la investigación del presente trabajo; en el título segundo consta de cinco capítulos referidos básicamente a los

servicios básicos y públicos, y su vulneración de los mismos por medio de conexiones clandestinas e ilegales.

Cabe destacar el capítulo cinco donde se encuentra la *“PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL, MEDIANTE UN PROYECTO DE LEY”*, Por lo cual el presente trabajo da una herramienta jurídica para poder: en primer lugar tipificar y por ende sancionar, de esta manera que este tipo de hechos delictivos como lo son las conexiones clandestinas, mismas no queden en la impunidad, como es el hurto de servicios básicos y públicos.

Con todas estas características señaladas, este trabajo representa un aporte significativo, ya que existen pocos jóvenes que se dedican al estudio e investigación.

DR. VÍCTOR MANUEL CABA TAPIA
ABOGADO
La Paz - Bolivia

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se basa en la *“Propuesta de Tipificación del Delito de Hurto de Servicios Básicos y Públicos en el Código Penal”*.

Los servicios básicos, en un centro poblado, barrio o ciudad son las obras de infraestructuras necesarias para una vida saludable. Entre otros son reconocidos como servicios básicos:

- El sistema de abastecimiento de agua potable;
- El sistema de alcantarillado de aguas servidas;
- El sistema de desagüe de aguas pluviales, también conocido como sistema de drenaje de aguas pluviales;
- El sistema de alumbrado público;
- La red de distribución de energía eléctrica;
- El servicio de distribución de telecomunicaciones (Internet, telefonía, tv cable, etc.);
- El servicio de Gas Domiciliario.

Satisfacer estos derechos exige al Estado actuar no sólo como garante, sino sobre todo como proveedor. Asimismo también el estado debe garantizar la protección de dichos servicios mediante medidas coercitivas y sanciones penales que garanticen su normal aprovisionamiento ante personas que hurtan dichos servicios mediante conexiones clandestinas.

La presente investigación fundamenta de forma teórica y doctrinaria las razones para dar sanciones penales el hurto de servicios básicos, como es el caso de el hurto de energía eléctrica, agua potable, y telecomunicaciones, por ser las mas vulnerables y de

mayor incidencia en las conexiones ilegales, que afectan no solo a los proveedores y no a la sociedad, ya que ocasiona deficiencia en dichos servicios.

Los mismos se encuentran contemplados bajo el siguiente orden de capítulos:

CAPITULO I, ANTECEDENTES DEL DELITO DEL HURTO Y ROBO. Capitulo que contiene los antecedentes históricos de la los delitos del hurto y el robo, dando cuenta de su evolución y mayor necesidad de crear nuevas figuras dentro de las mismas como un bien jurídico protegido.

CAPITULO II, FUNDAMENTOS TEÓRICOS EL HURTO Y ROBO, Capitulo que expone la importancia de sancionar la comisión de delitos de hurto y robo, en busca de proteger un bien jurídico protegido desde la perspectiva teórica y doctrinaria inherente al hurto en particular.

CAPITULO III, FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS DE LA IMPORTANCIA DE LA TIPIFICACIÓN DEL HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS. Capitulo que funda los principios para poder sancionar y proteger los servicios básicos, ante el número creciente de conexiones clandestinas en los servicios de energía eléctrica, agua potable y telecomunicaciones, con los daños emergentes de los mismos, a los proveedores y demás usuarios, como a terceros.

CAPITULO IV, ANÁLISIS DE LA NORMATIVA LEGAL QUE RIGE LA IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS, INHERENTES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD, Capitulo que analiza y expone la normativa positiva vigente de nuestra legislación que dan el marco legal de funcionalidad de las acciones penales en actos y hechos donde se vulnera un bien jurídico protegido.

CAPITULO V, PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL, MEDIANTE UN PROYECTO DE LEY. Finalmente este capitulo contiene una propuesta que viabilizara la tipificación penal dela figura de hurto de servicios básicos, con una solución y fundamento principal de la presente investigación.

Por último se arriba a las conclusiones y recomendaciones que dieron lugar la presente investigación, las mismas que dan finalidad a los objetivos planteados.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulada “*Propuesta de Tipificación del Delito de Hurto de Servicios Básicos y Públicos en el Código Penal*”, consta de cinco capítulos mismos se encuentra contemplados bajo el siguiente orden de capítulos: Capítulo I que contiene los antecedentes históricos de los delitos del hurto y el robo, dando cuenta de su evolución y mayor necesidad de crear nuevas figuras dentro de las mismas como un bien jurídico protegido.

El Capítulo II que expone la importancia de sancionar la comisión de delitos de hurto y robo, en busca de proteger un bien jurídico protegido desde la perspectiva teórica y doctrinaria inherente al hurto en particular.

El Capítulo III que funda los principios para poder sancionar y proteger los servicios básicos, ante el número creciente de conexiones clandestinas en los servicios de energía eléctrica, agua potable y telecomunicaciones, con los daños emergentes de los mismos, a los proveedores y demás usuarios, como a terceros.

El Capítulo IV que analiza y expone la normativa positiva vigente de nuestra legislación que da el marco legal de funcionalidad de las acciones penales en actos y hechos donde se vulnera un bien jurídico protegido.

Es pertinente mencionar el Capítulo V, que consiste en la Propuesta de Mecanismo Legal, mediante un Proyecto de Ley, capítulo que contiene una propuesta que viabilizara la tipificación penal de la figura de hurto de servicios básicos, con una solución y fundamento principal de la presente investigación. Por último se arriba a las conclusiones y recomendaciones que dieron lugar la presente investigación, las mismas que dan finalidad a los objetivos planteados.

TITULO PRIMERO

**DESARROLLO O CUERPO DE LA
MONOGRAFÍA**

EVALUACIÓN Y DIAGNOSTICO DEL TEMA

“PROPUESTA DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS EN EL CÓDIGO PENAL”

A. MARCO INSTITUCIONAL.

El Trabajo Dirigido es una modalidad de graduación que ha sido adoptada por la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés en el VIII y IX Congreso de Universidades realizados en Potosí y Trinidad, respectivamente, y ha sido regulada mediante los Arts. 66 y 71 del Reglamento del Régimen Estudiantil de la Universidad Boliviana, concordante con el Reglamento de la Modalidad de Titulación – Trabajo Dirigido de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas mediante carta *FDCP-C.D.- NOTA N° 1010/2011* sobre la designación de Trabajo Dirigido en el Ministerio Público de la Nación, se han cumplido con todos los requisitos como consta en el file personal, a este efecto se ha podido registrar de conformidad a la convocatoria de Trabajo Dirigido N° 032/2011, dando cumplimiento al Convenio de Cooperación Interinstitucional y con el objetivo de desarrollar actividades pre-profesionales en la Dirección de Carrera y previa solicitud, el señor Director Mediante Resolución de Concejo Facultativo de la Facultad de Derecho y Ciencias. Políticas N° 1730/2011 de 25 de Julio de 2011, por el que se me designa a desempeñar funciones en el Ministerio Público de la Nación – Fiscalía de Distrito de La Paz, por el lapso de Ocho (8) Meses a tiempo completo de Ocho (8) horas diarias y designando como Tutor

Académico al Dr. Andrés Vicente Baldivia Calderón de La Barca, Docente Titular de la Materia de Derecho Procesal Civil.

Que por misma Resolución del Honorable Consejo de la Carrera de Derecho No.1730/2011 remitido con posterioridad a La Jefatura de Personal dependiente de La Fiscalía del Distrito de La Paz, según orden de despacho de la Fiscal Departamental de La Paz Dra. Betty Yañiquez Lozano mediante Memorándum CITE: PERS N° 366/2.011 de 17 de Octubre de 2011, se me designo el desempeño de funciones en la Unidad de Solución Temprana (U.S.T.), bajo la dirección y supervisión del Dr. Víctor Manuel Caba Tapia, Fiscal de Materia II, como Tutor Institucional, lugar donde desempeñe mis funciones, siendo el Ministerio Publico de la Nación – Fiscalía de Distrito de de La Paz.

Las actividades desarrolladas para obtener el Grado de Licenciatura, fueron las siguientes:

- Elaboración, presentación y entrega de Memoriales dirigidos a los Juzgados de Instrucción en lo Penal Cautelar de la Ciudad de La Paz, con el fin de realizar el correspondiente Inicio de Investigaciones Preliminar.
- Elaboración, presentación y entrega de Memoriales dirigidos a los Juzgados de Instrucción en lo Penal Cautelar de la Ciudad de La Paz, Informando La Complementación de Diligencias a objeto de: La Ampliación de Inicio de Investigaciones Preliminar.
- Archivo de memoriales, respuesta de los diversos requerimientos emitidos por el Fiscal de Materia, avisos judiciales, Resoluciones, decretos, radicatorias, y otros a sus respectivos cuadernos de investigación de actuados procesales.
- Elaboración y entrega de Solicitudes de Requerimientos Fiscales dirigidos a distintas Instituciones Públicas y Privadas para coadyuvar con el proceso investigativo a objeto de que se proporcione información acerca de ciertos datos referidos a los procesos. .
- Elaboración de Actas para fijar Audiencias de Conciliación (Día y Hora) por la trascendencia extraordinaria que tiene dicha institución jurídica, como medio

extraordinario de conclusión del proceso o una alternativa de solución de conflictos.

- Elaboración de Actas para fijar Audiencia de Careo, porque el sistema del careo instituto jurídico cuenta con una utilidad extraordinaria en materia penal, cuando existen puntos de contradicción en el proceso, ya sea entre: las partes, entre las partes y testigos, testigos entre testigos, testigos entre el sindicato, todo con la finalidad probatoria.
- Elaboración de Actas para fijar Audiencia de Inspección Técnica Oculares Seguida de Reconstrucción (Día y Hora) actuaciones realizadas extrajudicialmente, siendo este un medio de prueba directo en el cual el fiscal entra en contacto directo con las cosas, lugares, elementos de tal manera que a través de ese contacto directo tenga la posibilidad de formar una convicción o percepción del hecho basado en un principio de inmediación.
- Elaboración, presentación y entrega de Memoriales dirigidos a los Juzgados de Instrucción en lo Penal Cautelar de la Ciudad de La Paz a objeto de presentación de Incidentes de Acumulación Por Violación al Principio Non Bis In Idem.
- Remisión de Cuaderno de Investigación, a Fiscalía de Distrito de La Paz para reasignación a división correspondiente de conformidad a lo dispuesto por el Reglamento de Funcionamiento de Plataforma de Atención al Público, Unidad de Análisis y Solución Temprana.
- Proyección de Memoriales Supervisados por el Dr. Víctor Manuel Caba Tapia, Fiscal de Materia asignado a la Unidad de Solución Temprana.
- Elaboración y entrega de Solicitudes de Requerimientos Fiscales dirigidos a distintas Instituciones Policiales, para Garantías Personales de Buena Conducta.
- Elaboración de Requerimiento Fiscal a objeto de realizar Cooperación Directa solicitada.

- Elaborar y Coadyuvar en la entrega de los Informes a La Fiscalía del Distrito de La Paz conforme el presente detalle: Informe de Sentencias y Resoluciones conforme al formato establecido y otorgado mediante instructivo N° 912/2011.
- Elaboración y entrega de Informe a La Fiscalía del Distrito de La Paz conforme el presente detalle: Informe de Medidas Sustitutivas a la Detención Preventiva conforme al formato establecido y otorgado mediante instructivo N° 980/2011.
- Remisión de libro de Anotaciones de Medidas Sustitutivas mediante instructivo emanado por La Fiscalía de Distrito de La Paz.
- Reasignación de casos anteriores al grupo de investigadores asignados a la Unidad de Solución Temprana (U.S.T.).
- Elaboración de Actas para Suspender: Audiencias de Conciliación, Audiencias de Declaración Informativa, Audiencia de Inspección Técnica Oculares Seguida de Reconstrucción y otros.
- Elaboración de Actas para Suspender Audiencias de Medidas Cautelares, Suspender Audiencia Pública de Consideración de Homologación de Acuerdo Transaccional, Suspender Audiencia Pública Conclusiva, Suspensión Condicional del Proceso y otros.
- Entregar fotocopias simples y legalizadas de los cuadernos de investigación a petición de parte mediante memorial.
- Actualización de datos en base digital del Sistema Informático I3P para el registro de todas las actuaciones realizadas dentro del proceso penal investigativo como ser: resolución de rechazo, imputación formal, ampliación de la imputación, acusación formal, suspensión condicional del proceso, procedimiento abreviado, criterio de oportunidad, sobreseimiento, y otras actuaciones procesales.
- Elaboración y entrega de los Informes a La Fiscalía del Distrito de La Paz, Informe solicitados mediante instructivos. Dando así cumplimiento a los instructivos emanados por dicha autoridad superior jerárquica (Fiscal de Distrito).

- Se realizo los respectivos Registros de cuadernos de investigación nuevos y reasignados.
- Proyección de resolución fundamentada de rechazo de denuncia y querrela, previa supervisión del Dr. Víctor Manuel Caba Tapia, Fiscal de Materia II.
- Proyección de resolución fundamentada de imputación formal, acusación formal, resolución fundamentada de salidas alternativas como ser: suspensión condicional del proceso, criterio de oportunidad, procedimiento abreviado, realizando el análisis respectivo de los cuadernos de investigaciones, según amerite el caso haciendo uso y aplicación del Código Penal y su compilado procesal, previa supervisión.
- Asistencia y colaboración en turnos diurno, nocturno, realizados en la F.E.L.C.C. de El Alto, zona central y zona sur, dando cumplimiento de normativa interna sobre turno referido.
- Asistencia a audiencias públicas llevadas a cabo en Juzgados de Instrucción en lo Penal Cautelar, y Tribunales de Sentencia de la Ciudad de La Paz, a objeto de llevar a cabo audiencias de: Audiencia de Medidas Cautelares, Audiencia Suspender Audiencia Pública de Consideración de Homologación de Acuerdo Transaccional, Audiencia Pública Conclusiva, Audiencia de Suspensión Condicional del Proceso, Audiencia de Actividad Procesal Defectuosa, Audiencia de Consideración de Criterio de Oportunidad, Audiencia de Juicio Oral y otros.
- Se Realizo el inventario correspondiente de todos los cuadernos de investigación.
- Atención y asesoramiento respectivo a las partes litigantes dentro de los procesos encomendados en la Unidad de Solución Temprana.
- Se Realizo el correspondiente Archivo y Re-archivo de cuadernos de investigación con sus respectivos cuadernos de control jurisdiccional una vez que se concluyo el proceso.
- Se realizo la respectiva Proyección, elaboración, presentación y entrega de Memoriales dirigidos a los Juzgados de Instrucción en lo Penal Cautelar de la Ciudad de La Paz a objeto de Solicitar Salida Judicial para aquellos imputados

que cuentan con detención preventiva en el penal de San Pedro y ser conducidos a dependencias de la Fiscalía de Distrito, División Propiedades, para llevar a cabo las actuaciones investigativas.

- Se procedió a las respectivas Visitas a los Juzgados de Instrucción en lo Penal de la ciudad de La Paz, con el fin de realizar el correspondiente seguimiento de casos.

El trabajo desarrollado en la Institución, motivo a la elaboración de la presente monografía.

B. MARCO TEÓRICO.

B.1. Hurto.

Consiste el delito de hurto en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, ajena en todo o en parte, realizado sin fuerza en las cosas, ni violencia o intimidación en las personas.

El hurto se considerará falta o delito en función del valor económico de lo hurtado. Esta definición del hurto se construye oponiéndola a las del robo y de la extorsión. El hurto requiere siempre apoderamiento, sin usar de formas o modos especiales, como la fuerza sobre las cosas o la violencia física en las personas, características del robo, o como la intimidación para obligar a la entrega, por ejemplo, propia de la extorsión.

Con la ejecución del hurto se viola la posesión de las cosas muebles, considerada como mero estado de hecho, cualquiera fuere su origen, represente o no el ejercicio de un derecho subjetivo sobre la cosa misma. No reclama la legitimidad de la detención por parte de aquel a quién inmediatamente se substraer la cosa; basta que el apoderamiento sea ilegítimo en cuanto al otro. Cualquier posesión actual y no sólo la civilmente amparada, se protege por la ley penal.

Es requisito del hurto, como de los demás delitos contra el patrimonio la existencia de una intención especial del autor, lo que técnicamente se conoce como elemento subjetivo del injusto que es el ánimo de lucro, la intención de obtener un enriquecimiento con la apropiación, de esto modo es posible diferenciar conductas totalmente lícitas (por ejemplo tomar una cosa para examinarla) de las que tienen una clara ilicitud.

B.2. Hurto Calificado.

Aun ni existiendo fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, el hurto, puede ser agravado en la pena cuando se comete sobre determinados bienes (ganado, productos separados del suelo, máquinas o instrumentos de trabajo, alambres u otro elementos de los cercos) , o en determinadas circunstancias (facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado) , o cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o la llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida, o cuando se perpetrare con escalamiento, o cuando se tratase de objetos o dinero de viajero y fuere cometido en cualquier clase de vehículos o en las estaciones o escalas de las empresas de transporte, o cuando fuere en vehículos dejados en vía pública o en lugares de acceso público, o cuando fuere de cosas de valor científico, artístico, religioso, cultural o militar, o cuando se hallaren destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública; si se tratase de cosas que formen parte de la instalación de un servicio público y estuvieren libradas a la confianza pública, o si el hecho fuere cometido por tres o más personas.

Lo que interesa señalar es que en el hurto cualificado concurre una mayor peligrosidad en su comisión o una necesidad de proteger determinados bienes.

B.3. Acción.

Tal propósito es el de ejercer un poder fáctico de disponer de la cosa. También puede ser el de llevarse la cosa para usarla y devolverla.

B.4. El Momento Consumativo.

B.4.1. Teorías de la Aprehensio Rei.

Según ella, el hurto se consuma cuando el agente pone su mano sobre la cosa. Esta teoría se justificaba en el Derecho Romano, porque al no existir en el noción de la tentativa, era menester considerar consumado el hurto con solo tocar la cosa.

B.4.2. Teoría de la Amotio.

Considera consumado el hurto cuando la cosa es movida o trasladada de lugar.

Carrara, defiende esta doctrina invocada, principalmente, el siguiente argumento: el hurto consiste en una violación de la posesión ajena; por consiguiente esta claro que esta violación se efectúa en el primer instante en que me apodero de la cosa de la cosa que estaba en posesión de otro, sin esperar que se prolongue por cierto tiempo la posesión usurpada por mí, y mucho menos que me convierta en dueño de esa cosa. Sería absurdo afirmar que el delito se consuma cuando el ladrón adquiere el dominio, pues como nunca puede adquirirse el dominio de una cosa robada, todos los hurtos serían siempre intentados y nunca consumados, si con ese fin se pretendiera la consecución de la propiedad.

B.4.3. Teoría de la Ablatio.

De acuerdo con ella, el hurto se consuma cuando el autor saca la cosa de la esfera de custodia del tenedor. Esta doctrina es la más científica, entre las tradicionales.

B.4.4. Teoría de la Locupletatio.

Establece que el hurto queda consumado cuando el agente ha obtenido provecho de la cosa. Según tal teoría, el hurto no se consuma, si el autor pierde la cosa o si es despojado

de ella por otro ladrón. Tampoco, si la cosa resulta destruida. Por todo ello, esta doctrina nos parece inaceptable.

B.4.5. En Nuestro Criterio.

El hurto se consuma cuando la cosa entra en la esfera de disponibilidad del agente. Es decir, cuando este adquiere un poder de hecho sobre la cosa. En otros términos, existe apoderamiento, y por tanto, hurto consumado cuando el sujeto activo consolida la posibilidad material de disponer de la cosa.

B.5. Diferencia Esenciales con otros Delitos Contra La Propiedad.

- A. EL HURTO SE DITINGUE DEL ROBO: porque en este el agente se vale de violencia contra las personas, como medio de apoderarse de la cosa.
- B. EL HURTO SE DIFERENCIA DE LA ESTAFA: puesto que en esta el sujeto pasivo entrega la cosa al agente, en virtud de que el último lo ha engañado e inducido en error. En la Estafa, el consentimiento de la víctima esta viciado.
- C. EL HURTO ES DIVERSO DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA: en la cual el sujeto pasivo entrega la cosa al sujeto activo por un titulo legítimo, que comporta para el agente la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado.
- D. LOS TRATADISTAS ESPAÑOLES dicen, gráficamente, que en el hurto hay una mano que toma una cosa; en la estafa hay una mano que esta esperando que le vengan a poner una cosa que ella ha preparado anticipadamente; y que en la apropiación indebida, hay una mano que esta abierta, alguien viene, le pone una cosa, y solamente entonces se le ocurre al autor que puede cerrar la mano y quedarse con la cosa.

B.6. Sujeto Activo.

El hurto es un delito de sujetos indiferente, porque no exige en el agente, una cualidad especial.

No puede cometer hurto el tenedor legítimo, que únicamente en su caso, responderá de apropiación indebida. Así, el comodatario que se adueña de la cosa.

Como es obvio, tampoco puede ser sujeto activo del hurto, el propietario de la cosa. El objeto material del hurto es una cosa mueble ajena.

B.7. Sujeto Pasivo.

Es también indiferente. Puede serlo el propietario, el poseedor, legítimo o el tenedor. Como el bien jurídico protegido en el hurto es la tenencia de la cosa, puede ser sujeto pasivo incluso, quien ha hurtado de antemano.

B.8. Objeto Material.

El objeto material del hurto es un objeto mueble perteneciente a otro. Es decir, una cosa mueble ajena.

— *Cosa Mueble*: la naturaleza mueble de la cosa corresponde a la acción consumativa del hurto, la cual requiere el traslado de la cosa del poder fáctico del tenedor al del agente.

En materia penal, es mueble la cosa trasladable de un lugar a otro, ya sea que se mueva por sí misma, ya sea, movida o llevada por una fuerza externa.

— *Cosa Ajena*: la expresión cosa ajena significa no solo que tal cosa no es de quien la hurta, sino además que pertenece a otra persona.

B.9. Objeto Jurídico.

El bien jurídico protegido es la propiedad que, entendida en sentido penal, comprende la propiedad civil o dominio, la posesión y la tenencia.

Lo esencial es la tenencia, es decir el señorío fáctico sobre la cosa, la disponibilidad material sobre el objeto mueble.

B.10. Medios de Comisión.

El hurto puede cometerse en forma directa o indirecta. En este último caso, el agente utiliza, en muchas ocasiones, a un inimputable o a un inculpable. También puede servirse el autor de un animal amaestrado para perpetrar el hurto. El hurto no es un delito de propia mano, es decir, no se requiere que el sujeto activo realice personalmente la acción.

Todos los medios idóneos para apoderarse de una cosa mueble pueden ser empleados para hurtar, siempre que no sean los que caracterizan al robo (violencia o amenazas contra las personas).

B.11. Causa de Inimputabilidad.

- *Minoridad Penal*: si el agente no ha alcanzado la edad de dieciocho años, para el momento en que ha cometido el hurto, no puede ser considerado delincuente.
- *Enfermedad Mental*: en materia de Hurto, es Obligada la referencia a la cleptomanía, que es una impulsión morbosa a hurtar (casi siempre, en supermercado o tiendas por departamentos), pequeños objetos, de escaso valor, en la mayoría de los casos, que la persona podría comprar. Pero es que el placer morboso se deriva del apoderamiento clandestino. También el fetichismo puede llevar al hurto.

B.12. Culpabilidad.

El hurto es un delito necesariamente doloso. El agente se apodera de la cosa mueble ajena sacándola de la esfera de custodia del anterior tenedor sin el consentimiento de éste, para aprovecharse de ella.

No comete hurto quien obra en virtud de un error esencial invencible o vencible, porque ambos excluyen el dolo, que es la única especie de culpabilidad concebible en el hurto.

Quien se lleva una cosa ajena, creyéndola propia, no es culpable de hurto, aunque el error sea vencible.

B.13. Naturaleza de la Acción Penal:

El Hurto es un delito enjuiciable. Incluso el mínimo.

B.14. Hurto agravado y Hurto Calificado.

Científicamente, hurto calificado o agravado es el que viola, además de la propiedad, otro bien jurídico. La calificación o agravación se sienta en el criterio jurídico de la complejidad delictiva. Es decir, el hurto es calificado o agravado, ontológicamente, cuando ofende dos derechos derivados.

Los hurtos calificados acarrear mayor pena que los hurto agravados.

El concurso de agravantes del hurto no determina un aumento especial de la pena aplicable. Por lo contrario, el concurso de calificantes del hurto produce el aumento especial de pena.

C. MARCO HISTÓRICO.

Según sostiene, Maggiore, que, desde que existe la propiedad privada, hurto deriva del latín FURTUM, de furare y ferre, que significa llevarse algo.¹

Tal acto siempre ha merecido penas, así lo hicieron las mas antiguas legislaciones de Oriente como la que señala el libro de las "cinco penas" de China, que contiene el derecho primitivo del imperio del cielo, que castigaba al ladrón disponiendo que se le amputaran las piernas porque, en el idioma chino, o en uno de sus numerosos dialectos, una misma palabra significa ladrón y huir, en Grecia, el hurto, denominado Klope, se

¹ ORTIZ ANDERSON, Cesar: EL HURTO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA, septiembre de 2008.

castigo tanto por las leyes atenienses como por las espartanas, en Roma, por la alta consideración que se tenía a la propiedad privada, el hurto fue uno de los hitos mejor elaborados en su configuración jurídica, la ley de los Decenviros distinguió entre el hurto manifiesto o flagrante y el hurto no manifiesto, castigándose al primero para el hombre libre con la esclavitud y, para el esclavo, con la precipitación desde una roca, y, en el segundo caso, la pena era el pago de multa por el doble del valor sustraído, posteriormente, se implantaron penas pecuniarias encaminadas en recuperar las cosas hurtadas, pero la determinación del hurto como figura delictiva específica se alcanzó recién bajo la etapa del Imperio al distinguirlo del peculado (*peculatus*), del plagio (*plagium*), del hurto sacrílego (*sacrilegium*) del abigeato (*abigatu*) y, más tarde, del hurto violento o robo.

Fue entonces cuando se delinea con toda pureza antológica el delito del hurto de acuerdo a la clara definición de Paulo «hurto, es la sustracción fraudulenta de una cosa ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma o con su uso o posesión», los elementos del hurto (sustracción o apoderamiento, ánimo de lucro, cosa ajena) que son utilizados por las modernas doctrinas y legislaciones, se halla perfectamente visibles en esta definición.

Ya durante la Edad Media y en el derecho penal común europeo hasta el advenimiento del periodo de la ilustración y humanitarismo penal, el hurto era reprimido con extrema severidad, castigándose en formas agravadas como marcar el cuerpo, amputar nariz u orejas o con la horca entre otras. Los antiguos pueblos de Francia, Alemania, Inglaterra y de la Iberia, imponían penas drásticas como la mutilación, arrastres, quemaduras, luxaciones y otros suplicios que llegaban hasta la muerte. En España, Alfonso X, el sabio, al unificar la legislación Española con la promulgación del fuero Real en el año de 1255, dispuso penas pecuniarias para los delitos contra la propiedad, pero a los insolventes se les mutilaba, y, a quienes reincidían, les daban muerte. En lo que respecta a los antecedentes históricos de la América PRE-Hispánica, los antiguos Mejanos castigaban duramente el hurto, y daban muerte cuando estos se cometían en el templo o en el mercado, al igual que a quien hurtaba cierta cantidad de mazorcas y al que sustraía oro o plata, estos delitos se castigaban con la horca y el desollamiento, los hurtos menos

leves se castigaban con esclavitud y multa. En Venezuela, Colombia y parte del caribe, se castigaba con la muerte a los ladrones, a los autores de hurtos leves se les acercaba al fuego la vista como advertencia, y si reincidían, se les sacaban los ojos con púas. en el Perú, durante el incanato, existieron normas que constituyan un verdadero derecho impuesto por la costumbre ya que no estaban compiladas o reunidas en un texto, cada habitante sabía lo que debía hacer, la valoración al trabajo y al respeto a la propiedad ajena estaban sintetizados y condensados en sabias máximas: Ama Sua (no seas ladrón), Ama Llulla (no seas mentiroso), Ama Kella (no seas perezoso) las que, no obstante de ser simples y sencillas, eran lo suficientemente practicas para el desarrollo del hombre y de su desenvolvimiento dentro de la comunidad. Ya durante la Colonia, si bien rigieron, entre otros códigos, la recopilación de indias, las ordenes reales, el fuero juzgo y el fuero real, solo en las partidas de Alfonso X, y en la novísima recopilación, aparece un ordenamiento digno de mencionar. Las penas con que sancionaban las ofensas contra el patrimonio económico ajeno durante la colonia iban desde la composición hasta la muerte. Asi tenemos:²

- A. Composición al cuádruplo; estaba el señor que roba, quien, además, debía restituir la cosa.
- B. Confiscación de sus bienes; era impuesto a quienes, por tercera vez, diera usurariamente dinero en préstamo.
- C. Servicio en galera; era sancionado con seis años en galera, el ladrón, por primera vez, la pena era a perpetuidad si se trataba de reincidente.
- D. Muerte: se imponía al moro que asaltaba en las fronteras del reino español y a quienes, sin ser moros, cometieran tales hechos en los caminos.

D. MARCO CONCEPTUAL.

a. HURTO.

I. Definición. Acción y efecto de sustraer dolosamente y aprovecharse de los bienes ajenos contra la voluntad de su dueño, sin intimidación en las personas ni

² ORTIZ ANDERSON, Cesar: EL HURTO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA, septiembre de 2008.

fuerza en las cosas. II. Ejemplo. "Los acreedores tendrán presente que están obligados a aceptar la cesión, excepto si mediasen las causas siguientes... si el deudor ha sido condenado por hurto, falsificación o quiebra fraudulenta". Etimología. Del latín furtum, -i "robo, hurto" , de fur, -is "ladrón" tomado del griego a través del etrusco. V. Traducción. Francés, Vol; Italiano, Furto; Portugués, Furto; Inglés, Larceny; Alemán, Diebstahl.³

b. HURTO CALIFICADO O CUALIFICADO.

Aun no existiendo fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, el hurto puede ser agravado en la pena cuando se comete sobre determinados bienes (ganado, productos separados del suelo, máquinas o instrumentos de trabajo, alambres u otros elementos de los cercos), o en determinadas circunstancias (facilidades provenientes de un estrago, de una conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado), o cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de la llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida, o cuando se perpetrare con escalamiento, o cuando se tratare de objetos o dinero de viajero y fuere cometido en cualquier clase de vehículos o en las estaciones o escalas de las empresas de transporte, o cuando fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público, o cuando fuere de cosas de valor científico, artístico, cultural, militar o religioso, o cuando se hallaren destinadas al servicio, a la utilidad o la reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública; si se tratare de cosas que formen parte de la instalación de un servicio público y estuvieron libradas a la confianza pública, o si el hecho fuere cometido por tres o más personas. Lo que interesa señalar es que en el hurto cualificado concurre una mayor peligrosidad en su comisión o una necesidad de proteger determinados bienes.⁴

c. BIEN MUEBLE.

³ COUTURE, Eduardo J.: Vocabulario Jurídico, Editorial: DEPALMA, Bogota, 2000.

⁴ Manuel Ossorio: DICC. DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Editorial: HELIESTA, Argentina, 2002

El que por sí propio o mediante una fuerza externa es movable o transportable de un lado a otro, siempre que el ordenamiento jurídico no le haya conferido carácter de inmueble por accesión. De esta definición se desprende que también se considera mueble el bien semoviente (v.). Se consideran asimismo muebles las partes sólidas o fluidas separadas del suelo, como las piedras, tierras, metales, construcciones asentadas en la superficie del suelo con carácter transitorio; los tesoros, monedas y demás objetos puestos bajo el suelo; los materiales reunidos para la construcción de edificios, mientras no estén empleados. Igualmente lo son los instrumentos públicos o privados acreditativos de la adquisición de derechos personales. Las cosas muebles conservan esa condición cuando su adhesión a un inmueble ha sido hecha de manera temporaria o con miras a la profesión del propietario. Generalmente, entre los muebles de una casa, las legislaciones excluyen, pese a su transportabilidad, el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, las ropas de uso y demás cosas que forman el ajuar de una casa.⁵

d. DAÑO.

Según la Academia, que remite la definición del substantivo al verbo respectivo, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia. | Maltrato de una cosa. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. El causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo, o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente producirlo. La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa ni indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad

⁵ Manuel Ossorio: DICC. DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Editorial: HELIESTA, Argentina, 2002

objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas o de animales.⁶

e. **DELITO DE DAÑO.**

Acto ilícito ejecutado a sabiendas, con la intención de causar perjuicio a otra persona o a sus derechos. Consiste en la destrucción, inutilización, desaparición o cualquier otro daño de una cosa mueble, inmueble o semoviente, total o parcialmente ajena, cuando el hecho no constituye delito más grave. El de daño ajusta su gravedad al objeto sobre el que recaiga. La diferencia entre el acto ilícito y el delito de daño estriba, según algunos autores, en que, en el primero, la ilicitud del acto es independiente de las circunstancias que conciernen a los sujetos que realizan la acción, mientras que, en el segundo, la ilicitud no es de carácter general e indiferenciado, sino que contiene el concepto de ilicitud con vista preferentemente a una de sus consecuencias eventuales, como la punibilidad en lo penal y el resarcimiento en lo civil (F. M. Meyer).⁷

E. MARCO JURÍDICO POSITIVO VIGENTE.

E.1. Constitución Política del Estado.

Artículo 13.

- I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.
- II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.
- III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

- IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Artículo 14.

- III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

Artículo 20.

- I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.
- II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.
- III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.

Artículo 56.

- I. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social.
- II. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.

Artículo 109.

- I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.
- II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

Artículo 225.

- I. El Ministerio Público defenderá la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública. El Ministerio Público tiene autonomía funcional, administrativa y financiera.
- II. El Ministerio Público ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, oportunidad, objetividad, responsabilidad, autonomía, unidad y jerarquía.

DIAGNOSTICO DEL TEMA DE MONOGRAFÍA

A. FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

El servicio público es la actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o cultural, mediante prestaciones concretas por parte del Estado, de particulares o ambos, sujetos a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad, con fines sociales.⁸

Existen dos corrientes económicas que contemplan la posición del Estado en la prestación de servicios públicos:

- La Individualista: la cual sólo reconoce como necesaria la intervención del Estado en lo referente a los servicios de seguridad interior y exterior de la nación, la administración de justicia y el mantenimiento del orden dentro del estado.
- La Estatista: que sugiere que los particulares no deben intervenir en la prestación de los servicios públicos pues se desvían del fin social y se utilizan con fin de lucro.

Sin embargo la adopción de una combinación en donde se de una prestación eficiente de los satisfactores públicos bajo una estricta vigilancia por parte del Estado resulta óptima para cubrir la necesidad de prestación de un servicio público. A esta modalidad se le denomina Estado del Bienestar.

Esta estabilidad sufre en los aprovisionamientos estatistas de suministro de servicios públicos por muchos factores, uno de ellos es el robo de dichos servicios, provocando fugas y empleando un servicio de forma fraudulenta y gratuita en desmedro de los demás.

⁸ Ibarra Mares, Alberto: Introducción a las finanzas públicas, Cartagena de Indias Colombia, Diciembre 2009, p. 79.

Un análisis realizado por el Colegio de Ingenieros Electricistas y Electrónicos de Bolivia (CIEE), afirma que el mal cableado y el robo de energía a través de conexiones clandestinas son factores que inciden a momento de evaluar el uso de la electricidad en el país.⁹ Así lo exponen:

*“Lo que tenemos que tomar en cuenta es que un parámetro que muestra el desarrollo del país es el incremento del uso de la energía, tanto en las categoría industrial como residencial. La verdad es que ha habido un crecimiento positivo en el país, pero no por ello podemos perder de vista que existen buenos y malos usos; el robo y las fugas son las muestras claras del derroche”.*¹⁰

El análisis determina que en el ámbito empresarial, por lo complicado de sus ramificaciones eléctricas, existen fugas que hacen contacto con “tierra”, significando una pérdida real de electricidad por la existencia de cables pelados, mientras que en el ámbito social, *muchas personas con algún conocimiento de conexiones eléctricas “roban” el suministro directamente de los postes de alta tensión o llegan a des calibrar sus medidores.*

Castañón¹¹ detalló que en Bolivia no se analizaron de forma seria otras opciones de generación de este servicio básico, pese a los proyectos elaborados por el gobierno; la única energía “maleable” es la eléctrica, por lo cual el país sería dependiente de ella, sobre todo la industria:¹²

“La energía eléctrica es una energía versátil que se cambia desde iluminación, calor, sonido, mecánica (...) La versatilidad que tiene la energía eléctrica con respecto a otras energías es única, la electricidad, no solo en Bolivia, sino en el mundo, es una energía versátil que se impone por las características que tiene de ser transformada en otros tipos de energías”

⁹ Agencia de noticias GAIA: Malas conexiones y robos, factores que inciden en el derroche de electricidad, La Paz, octubre 27 de 2011.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Experto del Colegio de Ingenieros Electricistas y Electrónicos de Bolivia

¹² Agencia de noticias GAIA: Malas conexiones y robos, factores que inciden en el derroche de electricidad, La Paz, octubre 27 de 2011.

Lo cual lo hace mas susceptible para emplearla y robarla. Por ejemplo La Alcaldía municipal de Santa Cruz, a través de la Secretaría de Parques, Jardines y Equipamiento Social, habría incurrido en el supuesto robo de energía eléctrica a la Cooperativa Rural de Electrificación (CRE) para iluminar los predios del parque El Arenal. De acuerdo a los datos preliminares, el daño se ha producido desde hace un año y alcanzaría a los Bs 120.000.¹³

De igual forma ocurre en el caso del suministro de agua potable, servicio de tv cable, telefonía, etc.

Por lo expuesto es fundamental la realización del este tipo de investigaciones que aportan una solución a este fenómeno, los medios de sanción a los actores de estos hechos y una forma coercitiva para su prevención.

B. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Los servicios básicos y públicos ofrecidos por empresas privadas o públicas, en muchos casos sufren el hurto y robo del mismo, tal es el caso de energía eléctrica, telecomunicaciones, servicio de agua potable, mediante conexiones clandestinas, donde en la mayoría de los casos este tipo de acciones ilícitas no es sancionado.

Partiendo de lo expuesto es necesario plantearse las siguientes problemáticas:

- 1) ¿De que forma la autoridad protege los derechos de las y los proveedores de servicios básicos y públicos?
- 2) ¿La falta de sanciones más drásticas, ocasiona a que este tipo de hechos se repita y se reincida en sus acciones?
- 3) ¿De que forma se garantiza la protección del bien jurídico en el caso de servicios básicos y públicos?

¹³ Los Tiempos: Denuncian supuesto robo de energía en El Arenal, Santa Cruz – Bolivia, febrero de 2012.

C. OBJETIVOS.

C.1. Objetivo General.

- Proponer un mecanismo jurídico que permita sancionar y proteger los servicios básicos y públicos emergente del servicio que brindan los proveedores de estos servicios y que prevean en lo posterior las garantías respectivas.

C.2. Objetivos Específicos.

- Determinar la importancia de los servicios básicos y públicos
- Determinar el alcance del hurto de servicios básicos y públicos en detrimento económico de las proveedoras.
- Analizar si la problemática afecta al bien jurídico protegido y de que forma.
- Analizar si el marco legal es suficiente para dar las garantías y protección que ofrece la actual constitución, dentro de la protección de los servicios básicos y públicos.

TITULO SEGUNDO

DESARROLLO DEL DIAGNOSTICO DEL TEMA

CAPITULO I

I. ANTECEDENTES DEL DELITO DEL HURTO Y ROBO

I.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL HURTO.

El acto del hurto siempre ha merecido penas, así lo hicieron las mas antiguas legislaciones de Oriente como la que señala el libro de las "cinco penas" de China, que contiene el derecho primitivo del imperio del cielo, que castigaba al ladrón disponiendo que se le amputaran las piernas porque, en el idioma chino, o en uno de sus numerosos dialectos, una misma palabra significa ladrón y huir, en Grecia, el hurto, denominado Klope, se castigo tanto por las leyes atenienses como por las espartanas, en Roma, por la alta consideración que se tenia a la propiedad privada, el hurto fue uno de los hitos mejor elaborados en su configuración jurídica, la ley de los Decenviros distinguió entre el hurto manifiesto o flagrante y el hurto no manifiesto, castigándose al primero para el hombre libre con la esclavitud y, para el esclavo, con la precipitación desde una roca, y, en el segundo caso, la pena era el pago de multa por el doble del valor sustraído, posteriormente, se implantaron penas pecuniarias encaminadas en recuperar las cosas hurtadas, pero la determinación del hurto como figura delictiva específica se alcanzo recién bajo la etapa del Imperio al distinguirlo del peculado (peculatus), del plagio (plagium), del hurto sacrílego (sacrilegium) del abigeato (abigatu) y, mas tarde, del hurto violento o robo.¹⁴

Fue entonces cuando se delineo con toda pureza antológica el delito del hurto de acuerdo a la clara definición de Paulo “hurto, es la sustracción fraudulenta de una cosa

¹⁴ Ortiz Anderson, Cesar: El Hurto y su evolución, Lima – Peru, 2005.

ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma o con su uso o posesión”,¹⁵ los elementos del hurto (sustracción o apoderamiento, animo de lucro, cosa ajena) que son utilizados por las modernas doctrinas y legislaciones, se halla perfectamente visibles en esta definición.

Ya durante la Edad Media y en el derecho penal común europeo hasta el advenimiento del periodo de la ilustración y humanitarismo penal, el hurto era reprimido con extrema severidad, castigándose en formas agravadas como marcar el cuerpo, amputar nariz u orejas o con la horca entre otras. Los antiguos pueblos de Francia, Alemania, Inglaterra y de la Iberia, imponían penas drásticas como la mutilación, arrastres, quemaduras, luxaciones y otros suplicios que llegaban hasta la muerte. En España, Alfonso X, el sabio, al unificar la legislación Española con la promulgación del fuero Real en el año de 1255, dispuso penas pecuniarias para los delitos contra la propiedad, pero a los insolventes se les mutilaba, y, a quienes reincidían, les daban muerte. En lo que respecta a los antecedentes históricos de la América PRE-Hispánica, los antiguos Mejicanos castigaban duramente el hurto, y daban muerte cuando estos se cometían en el templo o en el mercado, al igual que a quien hurtaba cierta cantidad de mazorcas y al que sustraía oro o plata, estos delitos se castigaban con la horca y el desollamiento, los hurtos menos leves se castigaban con esclavitud y multa. En Venezuela, Colombia y parte del caribe, se castigaba con la muerte a los ladrones, a los autores de hurtos leves se les acercaba al fuego la vista como advertencia, y si reincidían, se les sacaban los ojos con púas. en el Perú, durante el incanato, existieron normas que constituyeran un verdadero derecho impuesto por la costumbre ya que no estaban compiladas o reunidas en un texto, cada habitante sabía lo que debía hacer, la valoración al trabajo y al respeto a la propiedad ajena estaban sintetizados y condensados en sabias máximas: Ama Sua (no seas ladrón), Ama Llulla (no seas mentiroso), Ama Kella (no seas perezoso) las que, no obstante de ser simples y sencillas, eran lo suficientemente prácticas para el desarrollo del hombre y de su desenvolvimiento dentro de la comunidad. Ya durante la Colonia, si bien rigieron,

¹⁵ Ibidem.

entre otros códigos, la recopilación de indias, las ordenes reales, el fuero juzgo y el fuero real, solo en las partidas de Alfonso X, y en la novísima recopilación, aparece un ordenamiento digno de mencionar. Las penas con que sancionaban las ofensas contra el patrimonio económico ajeno durante la colonia iban desde la composición hasta la muerte. Así tenemos:

- Composición al cuádruplo; estaba el señor que roba, quien, además, debía restituir la cosa.
- Confiscación de sus bienes; era impuesto a quienes, por tercera vez, diera usurariamente dinero en préstamo.
- Servicio en galera; era sancionado con seis años en galera, el ladrón, por primera vez, la pena era a perpetuidad si se trataba de reincidente.
- Muerte: se imponía al moro que asaltaba en las fronteras del reino español y a quienes, sin ser moros, cometieran tales hechos en los caminos.

Finalmente este recuento, nos debe llevar a una reflexión a más impunidad más delito

1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ROBO.

La historia del arte de robar es algo que trasciende solamente en toda la historia de la humanidad, el mundo, el universo entero y otras dimensiones paralelas. Es lo más común, natural y espontáneo que existe. El robo es implementado por todo el mundo. Lo ha hecho desde el vecino hasta el presidente (especialmente el presidente y los políticos).

1.2.1. Época Cavernícola.

En aquella época, los autorretratos de escenas de robo no eran muy fructíferos. La historia del robo es algo que yace desde hace miles y millones de años, pero según se

viene diciendo desde que el hombre se volvió "Sapien" y pensó que la forma mas fácil de conseguir todo era robándole al que lo había conseguido para luego esculpirlo.

Luego el robo pasó a ser algo más complejo y bizarro. Ya no solo se robaba (ni se escupía) sino se mataba, se empezó a implementar todo elemento y métodos que mataran, hirieran, noquearan o hicieran cosquillas.¹⁶ La gente se mataba, literalmente, por robar cualquier estupidez, desde una manzana, una mujer o algo mucho más complejo como otro cuchillo para matar.

1.2.2. Edad Media.

Típica y repugnante ladrona de la edad media.¹⁷En la edad media hubo muchos hurtos y especialmente se practicó mucho la estafa, estafas practicadas por reyes, príncipes, condes, caballos y brujas (supuestas, claro esta). Se empezó a creer en el más allá como modo de extorsión masiva, y por eso se decía que si no se daba dinero al rey, sería castigado por el supremo creador. En esa época los ladrones andaban a caballo y desde el mismo animal hurtaban, fue ahí donde nació "el atraco", el cual significaba robar a un barco que venía zarpando desde una ciudad a otra por cuestiones de xenofobia y por supuesto el asalto, que era cuando los ladrones saltaban, robaban y corrían.¹⁸

También se inventaron los robos en masa, donde no era una persona sino millones muchas personas la cuales robaban y atracaban un sitio. Esto fue evolucionando hasta que los atracos de un barco a otro eran cada vez mas utilizados. Las personas que procedían de un barco y robaban a otro fueron llamadas "piratas". Los piratas, al igual que los vikingos, eran personas sucias y feas que gritaban, gruñían y sobre todo escupían. Estos antisociales dedicaban su vida a andar en un barco robando a otros y gozando el oro que se robaban, para luego terminar siendo comidos por una ballena o en

¹⁶ Palma Alvarado, Daniel: Ladrones: Historia social y cultural del Robo, Facultad de Filosofía y Humanidades - Universidad Alberto Hurtado, Santiago – Chile, 2008.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

su defecto un pez violador volador gigante. Ellos representan a los ladrones mas viles de la historia, ya que no hubo más nadie lo suficientemente valiente para ser aun mas malo.

1.2.3. Actualidad.

En la actualidad el robo es simplemente la única manera de llegar a ser millonario o de siquiera ser una persona clase media, de tener un buen trabajo y una buena mujer que esta al lado del millonario por que lo ama, económicamente hablando. El robo ahora más que nunca es practicado todos los días, a toda hora y ahora.

En este instante se esta robando, dentro de 5 segundos alguien robara y dentro de 25 horas ya habrán robado una cantidad millonaria de cosas, que varían desde un zapato hasta una gargantilla de oro. Si la gente no robara no existiría Bill Gates, ni ninguna de esas personas millonarias que de alguna manera u otra terminan ayudando a la humanidad y hasta la animalia, quienes resultan ser cada vez más infalibles.

1.2.4. Penalidades Aquí y en el Más Allá.

1.2.4.1. En Algunos Lugares es Prohibido Robar Aquí.

Usualmente el robo es penalizado por la cárcel, aunque siempre hay personas que deciden tomar los castigos por cuenta propia, y sugieren matar a la persona que robó o que presuntamente lo hizo.

Los policías son especialistas en descubrir ladrones, ellos golpean sin piedad a los sospechosos y a los que no lo son, hasta que alguno de ellos confiese que él fue el ladrón, así el caso es resuelto, como todo se resuelve hoy en día, a golpes. Otras veces los pobres policías frustrados por no encontrar al asesino deciden matar o llevarse al primero que vean y decir que él fue y como la justicia es ciega, no identificará la cara del asesino.

1.2.4.2. Más Allá.

Se dice que en el más allá el hurto es penalizado con una linda estadía de infinitas noches en el infierno, un lugar donde todos se queman, gritan y sobre todo se hacen muchas cosquillas. Otras religiones fanatistas agregan que el robo es castigado de manera silenciosa y letal.

Se ha venido comentando que por cada vez que se roba en una vida (creyendo en la reencarnación), es robado en la otra, es decir que los ladrones no tendrán una muy buena vida. Serán personas sin suerte que todo el mundo abusará de ellas, esto explica muy bien ciertas personas que se ven a diario, es decir que en su futuro pasado fueron personas maquiavélicas. Religiones van y vienen, lo cierto es que la mayoría tienen algo en común y es que casi todas penalizan y condenan el robo, lo que da una razón más para convertirse al ateísmo donde se puede robar y robar hasta más no poder, o al menos hasta que la policía se entere del asunto.

CAPITULO II

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS EL HURTO Y ROBO

2.1.HURTO.

2.1.1. La Protección de la Tenencia.

En el hurto no se protege el dominio de las cosas sino su tenencia, contra los actos de apoderamiento realizados por quienes no tienen derecho a hacerlo. El ataque al dominio sin vulneración de la tenencia de la cosa no constituye hurto (luego veremos que puede quedar encuadrado en las defraudaciones). El hurto requiere el actual mantenimiento corporal de la cosa, que constituye la tenencia, por parte de alguien; si no existe una cosa tenida por otro, el agente no puede cometer el delito. Por eso el hurto no puede recaer sobre la cosa sin dueño (*res nullius*), la abandonada por su dueño (*res derelicta*), las perdidas y las que tiene el mismo agente, aunque su dominio pertenezca a otro; con referencia a esta última situación, hay que aclarar que no tiene en el sentido de la ley quien sólo es servidor de la tenencia de otro, sin tener él de modo autónomo (p.ej., el custodio, el empleado), que sí puede cometer el delito de hurto respecto de las cosas a cuya tenencia sirve, pero si quien tiene es representante de la tenencia de otro con facultades dispositivas (p.ej., el administrador), no puede cometer hurto sobre las cosas que están en la esfera de tenencia a cuyo titular representa.

2.1.2. El Desapoderamiento y su Repercusión Económica.

El hurto, por lo tanto, tiene que constituir el desapoderamiento de la cosa del poder material de otro, que importa una disminución de su patrimonio en su integridad material, aunque no constituya, necesariamente, un ataque a su integridad económica (p.ej., el hurto de una cosa cuyo mantenimiento requiere ingentes gastos y no suministra beneficio alguno).

2.1.3. Hurto Simple.

2.1.3.1. La Acción de Apoderarse. Teorías Sobre el Momento Configurativo del Hurto.

La acción típica es la de apoderarse. Esta noción no coincide exactamente con ninguna de las teorías que históricamente han seleccionado distintos momentos como determinantes de la consumación de este delito, a saber: la de la aprehensión (aprehensio), para la que basta con que el agente ponga mano sobre la cosa; la de la remoción (amotio), que requiere una remoción o traslado de la cosa del lugar donde se encontraba; la de la privación (ablatio), que exige quitar la cosa de la esfera de custodia de su tenedor, que es la irás cercana al concepto legal de nuestro apoderamiento, y la destinación (illatio) que alarga el momento consumativo a aquel en el cual el agente ha logrado trasladar la cosa al lugar al cual la destinaba para aprovecharla o utilizarla de cualquier modo.

2.1.3.2. Concepto de Apoderamiento y el Desapoderamiento.

Hoy no se discute que la noción de apoderamiento utilizada por nuestra ley se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo.

Objetivamente requiere, en primer lugar, el desapoderamiento de quien ejercía la tenencia de la cosa, lo cual implica quitarla de la llamada esfera de custodia, que no es otra cosa que la esfera dentro de la que el tenedor puede disponer de ella; no se trata, pues, de una noción necesariamente referida a un determinado lugar, sino a una determinada situación de la cosa, que permite el ejercicio del poder de disposición de ella: hay desapoderamiento cuando la acción del agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre ésta sus poderes de disposición.

Justamente es esa posibilidad de disposición lo que define la esfera de custodia, que se extiende hasta donde el tenedor pueda hacer efectivas sus facultades sobre la cosa, la que, por lo tanto, no requiere imprescindiblemente un contacto físico con ella y que, en muchas ocasiones, sólo se revelará simbólicamente (p.ej., el que tiene una pila de ladrillos en la calle o en un sitio apartado). Ya vimos, por otra parte, que la constitución de esa esfera de custodia no tiene que arrancar, necesariamente, de un origen lícito: la tenencia del ladrón o del estafador también está protegida contra todo aquel que no tenga derecho a procurar la restitución de la cosa.

2.1.3.3. El Apoderamiento.

Pero -siempre en el aspecto objetivo- el desapoderamiento del tenedor no basta; es necesario el apoderamiento material de la cosa por parte del agente. El desapoderamiento no implica, por sí mismo, el apoderamiento (como ocurre en el ejemplo de Mezger: quien desapodera al tenedor de un pájaro abriéndole la jaula y logrando que escape de ella, sin lograr asirlo),¹⁹ en tanto que el apoderamiento exige, como presupuesto indefectible, el desapoderamiento. El desapoderamiento sin apoderamiento puede constituir una tentativa de hurto, como más adelante veremos.

El apoderamiento se caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición y que haya tenido su origen en la propia acción, por haber carecido antes de ella (cuando el agente ha tenido esa posibilidad antes de realizar la acción, se podrá estar ante otros delitos, pero no el del hurto).

En el hurto hay, pues, una sustracción de la cosa de la esfera de disponibilidad del tenedor que la hace pasar a la esfera de disponibilidad del agente, lo cual implica, en aquélla, un desplazamiento de un sujeto por otro; el agente quita al tenedor la titularidad de la esfera de disponibilidad de la cosa para constituirse él en titular de ella.

¹⁹ Mezger, Edmund: Derecho Penal - Parte General, Editorial bibliográfica Argentina, Argentina, julio 1958.

Estas nociones demuestran que la sustracción constitutiva del hurto no siempre reclama la remoción de la cosa de un lugar a otro; hay manifestaciones de la acción que importan sustracción sin que, propiamente, se pueda hablar de remoción, como ocurre cuando se consume la cosa en el lugar en que se encuentra (el que quema el combustible en el hogar del propio tenedor, el que consume la bebida en la misma casa del tenedor, etcétera). Tampoco la sustracción hurtadora reclama un contacto físico directo entre la cosa y el agente: además de los casos de autoría mediata, los hay de autoría inmediata que no importan ese contacto (utilizar animales e instrumentos mecánicos; p.ej., animales a los que se hace comer el heno del vecino).

2.1.3.4. Aspecto Subjetivo del Apoderamiento.

Al aspecto objetivo del apoderamiento que dejamos expuesto debe corresponder un aspecto subjetivo constituido por la voluntad de someter la cosa al propio poder de disposición; no es suficiente el querer desapoderar al tenedor: es necesario querer apoderarse de aquélla. Lo cual no importa requerir para este aspecto subjetivo, el llamado *animus rem sibi habendi*, con la extensión desmesurada que alguna doctrina le ha otorgado (querer tener la cosa como verdadero dueño), pero que coincide con aquella subjetividad en cuanto no se lo mire más que como el propósito de llevar a cabo actos de disposición que el legítimo tenedor puede realizar, dentro de lo cual queda comprendida toda "finalidad de uso, goce, afectación o destino" (Núñez), aun cuando el agente no pretenda prolongar la tenencia que ha obtenido en el tiempo. Mas, cuando ese propósito está ausente, y la sustracción se motiva en finalidades distintas (hacer una broma, comprobar la vigilancia, dañar la cosa inmediatamente), faltará la coincidencia subjetiva que el apoderamiento típico requiere y no se dará el tipo de hurto.

2.1.3.5. El Llamado "Hurto de Uso".

Tal modo de entender el aspecto subjetivo requerido por el apoderamiento resuelve la cuestión atinente al llamado hurto de uso. Admitida su inclusión doctrinaria en el por

algunos (Soler),²⁰ rechazada por otros (Fontán Balestra),²¹ no parece ofrecer mayores dificultades si se distingue, como es debido, el que puede denominarse hurto de uso, del hurto de uso impropio: aquél lo comete quien teniendo la cosa legítimamente la utiliza a pesar de que sus poderes de tenedor no lo autorizan a hacerlo; éste lo consume quien se apodera de la cosa ajena -cuya tenencia no tiene- para usarla (aun con intención de devolverla; p.ej., el que toma una bicicleta para dar un paseo, un caballo para trasladarse a otra localidad, etc.) y es indudable que si la primera hipótesis no cabe, la segunda entra perfectamente dentro de su descripción típica.

2.1.3.6. Ilegitimidad del Apoderamiento.

La ley indica que el apoderamiento tiene que ser ilegítimo. Insiste la doctrina en la significación subjetiva de este requisito típico: el autor debe saber que obra ilegítimamente (Fontán Balestra); constituye "la síntesis de los datos objetivos del hurto, tal como se ha representado en la conciencia del autor"²² (Soler), y así se lo ha mirado como una circunstancia subjetiva del tipo (Núñez).²³ Quizá se haya sobredimensionado la función subjetiva de este elemento cuando se indica que no habría apoderamiento típico si el autor no lo perpetra con la conciencia de que no puede legítimamente apoderarse de la cosa, lo cual, al fin, es un conocimiento propio de las exigencias de la culpabilidad.

Aunque no deja de ser exacto que la exigencia típica de la ilegitimidad del apoderamiento no hace referencia a la no concurrencia de causas de justificación, parece claro que, como elemento típico, se muestra como un dato francamente objetivo: excluye del artículo los casos en que el agente puede jurídicamente apoderarse de la cosa ajena, es decir, ejercer derechos sobre ella. Reconozcamos que hay aquí una referencia a una de

²⁰ Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

²¹ Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Temis, 1992.

²² Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

²³ Núñez Ricardo C.: Manual de derecho penal. Parte general, 4ta. Ed., Buenos Aires – Argentina, 1999.

las causas de justificación (ejercicio de un derecho) que opera dentro de la tipicidad. Las demás causas de justificación siguen girando en la propia órbita de la antijuridicidad.

2.1.3.7. Objeto del Delito: Cosa Mueble Ajena.

El objeto del apoderamiento es una cosa mueble ajena. Los datos con que se caracteriza a la cosa como objeto del delito son su corporeidad y su valor patrimonial.

La corporeidad de la cosa no es un concepto muy unánimemente reconocido en la doctrina, ya que para algunos exige la ocupación de un lugar determinado en el espacio, sea en forma autónoma, sea como parte integrante de otra mayor (Soler), mientras que para otros basta su materialidad, con lo cual desaparece el requisito de corporeidad en sentido físico de objeto con extensión (Núñez), de manera que bastaría que un objeto pudiera ser detectado materialmente para que se lo considerara cosa. Y hay que reconocer que la reforma de la ley civil da razón a esta segunda apreciación en una estricta aplicación de las reglas interpretativas de la ley penal. Por eso sería más conveniente hablar, antes que de corporeidad, de materialidad de la cosa.

Dentro del concepto de cosa así delimitado quedan comprendidos los sólidos, líquidos, fluidos, gases y la energía -cualquiera que sea su naturaleza-, en cuanto sea detectable materialmente y, como tal, pueda pertenecer a un patrimonio.

2.1.3.8. El Hurto de Energía.

Lo dicho viene a resolver un problema arduamente debatido entre nosotros; la posibilidad del hurto de energía. Negado por una gran parte de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia, fundándose en la ausencia de corporeidad, esa negativa se ha mantenido aun después de la reforma de la ley civil, porque -se dice- de "nada vale elevar la electricidad... a la condición jurídica de cosa, cuando con ello dejamos subsistente el problema de otras formas de energía que difícilmente los juristas se atreverán a decir que

son cosas" y que "es tan terminante la analogía... que las principales reformas legislativas modernas, expresamente han considerado el caso como sustracción" (Soler);²⁴ pero, evidentemente, esta opinión no atiende al cambio de exigencia para la caracterización de cosa, y al hecho de que las mencionadas reformas legislativas extranjeras se han limitado a resolver expresamente un problema dudoso, atendiendo a las peculiaridades de las leyes civiles de sus sistemas. No pudiéndose negar carácter material a la energía -aunque carezca de corporeidad- ésta podrá ser objeto de hurto en tanto y en cuanto esté incorporada a un patrimonio.

2.1.3.9. Los Derechos.

Sólo los derechos, por su carácter in-material, como componentes de un patrimonio, no pueden ser considerados objetos del delito de hurto (su pertenencia está protegida por otros tipos), aunque sí lo pueden ser sus documentos representativos (probatorios).

2.1.3.10. Valor Patrimonial.

El otro dato es el del valor patrimonial, lo cual implica, fundamentalmente, que se trate de una cosa que esté incorporada a un patrimonio. Para que ello ocurra es necesario que se trate de una cosa apropiable por las personas para satisfacer sus necesidades, utilidades o placeres, sin que importe la licitud o ilicitud de la finalidad a la que se aplica. Quedan, pues, excluidas las cosas que no son susceptibles de apropiación y las que, siendo susceptibles de ella, no están actualmente incorporadas al patrimonio de alguien.

El valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con su valor económico, en cuanto éste se entienda como valor de uso o cambio; la cosa que puede carecer de valor para cualquier persona que no sea su propietario, pero en cuanto esté actualmente incorporada a su patrimonio, tiene valor patrimonial; ello resuelve cualquier cuestión

²⁴ Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

que se plantee en orden a la entidad del valor económico o de cambio: el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto del delito.

2.1.3.11. Cosa Mueble.

La cosa objeto del hurto debe ser mueble. La noción penal de este carácter del objeto no coincide estrictamente con la civil. Para ésta son cosas muebles "las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa", pero el principio de la transportabilidad sufre excepciones por la accesoriedad y representatividad. Para el criterio penal, el principio de la transportabilidad rige sin excepciones: no sólo quedan comprendidos en la noción de cosa mueble los casos en que ella es transportable por una fuerza propia o externa a ella (incluyéndose aquí los inmuebles por carácter representativo y accesorio), sino también aquellos en que el propio agente la ha convertido en transportable, separándola del inmueble al cual estaba adherida (hurto de un molino, hurto de tierra, etcétera). Cosa mueble en el derecho penal puede serlo, pues, la que es inmueble según el derecho civil: es suficiente con que pueda ser desplazada de modo que permita su apoderamiento por el agente, según el concepto que de dicha acción hemos dado.

2.1.3.12. Ajenidad.

Para ser objeto de hurto la cosa mueble tiene que ser total o parcialmente ajena. 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 c» el que ejerce su tenencia en el momento de la acción. Hay que aclarar, sin embargo, que la cosa

perteneciente a una sociedad, constituida por una persona jurídica distinta de los socios, es ajena para cada uno de ellos.

La cosa sigue siendo ajena aun cuando no se conozcan ni su propietario ni quien ejerce actualmente su tenencia. Pero hay cosas que sin pertenecer al patrimonio del agente, al no pertenecer tampoco a un patrimonio distinto, no se pueden catalogar como ajenas y, por tanto, no serán objetos del delito de hurto; trátase de aquellas que son apropiables por cualquiera: así ocurre con las res nullius, o sea, las que no tienen dueño y con las res derelictae, es decir, las abandonadas por su dueño, que se ha desprendido de su posesión "con la mira de no continuar en el dominio de ellas"; mas no posee esa condición la cosa perdida que no deja de pertenecer a su dueño -respecto de las que falta la voluntad de abandonarlas-, aunque éstas tampoco pueden ser objeto de hurto; su apropiación -en tanto nadie ejerza su actual tenencia-; pero no es cosa perdida la cosa olvidada por el legítimo tenedor -que puede proceder a su búsqueda-, pues no se ha desarmado todavía su esfera de disposición sobre ella: el hecho de quitarla del lugar adonde dicho tenedor puede regresar a buscarla, apropiándosela, constituye hurto.

2.1.3.13. Consumación y Tentativa.

Como vimos, el hurto se consuma con la completividad del apoderamiento de la cosa, es decir, con la creación de las posibilidades de disposición de ella por parte del agente. El solo hecho de haber logrado el desapoderamiento -con la intención de apoderarse- constituye tentativa; ésta se extiende aun a la simple penetración en la esfera de custodia de la cosa cuando ella puede considerarse materialmente acotada, aunque no se haya alcanzado a perpetrar el desapoderamiento (p.ej., entrar en el chiquero para hurtar un cerdo sin conseguir asirlo; meter la mano en el bolsillo sin alcanzar la cartera que se pretendía extraer). Pero penetrar en una esfera de custodia para sacar una cosa que no se encontraba en ella constituye un delito putativo, como tal impune, sin perjuicio de que esa conducta importe otro delito diferente (p.ej., violación de domicilio).

2.1.3.14. Confluencia de Figuras.

El tema no ofrece mayores complejidades, salvo en lo concerniente a situaciones que reclaman un cuidadoso examen para distinguir el hurto de otros delitos contra la propiedad, a los que más adelante nos referiremos.

2.1.3.15. Cuestiones Sobre la Antijuricidad.

Dijimos que salvo el ejercicio del derecho, que convierte en legítimo -y por tanto en atípico- al apoderamiento, las demás causas de justificación funcionan normalmente, eliminando la antijuricidad de la conducta típica.

Especial referencia hacen los tratadistas al llamado hurto famélico, lo cual no implica, por supuesto, desconocer el funcionamiento de otras causales de justificación, las que -eso sí- operan como tales en cuanto haya mediado un verdadero apoderamiento, con todos los caracteres objetivos y subjetivos que enunciamos; si tal cosa no ocurre no estaremos en presencia de un hurto; p.ej., quien previendo que camino de su casa se va a atentar contra su vida quita un arma de la esfera de tenencia de otro yéndose con ella, típicamente la hurtó, pero su acción no sería antijurídica; pero quien siendo atacado en el lugar donde se encuentra, quita un arma de manos de un tercero para defenderse, no se habría apoderado de ella, ya que su subjetividad no coincide con los requisitos exigidos por la acción típica.

2.1.3.16. Sujetos. Participación.

Sujeto activo puede ser cualquier persona respecto de la cual la cosa mueble sea total o parcialmente ajena. Sujeto pasivo, que, como dijimos, es el tenedor de la cosa, también puede ser cualquier persona, física o jurídica, aunque ya veremos que en el caso del llamado hurto calamitoso se plantea un especial problema con respecto a la posibilidad de quien ha dejado de ser persona por haber fallecido.

Ninguna dificultad plantea la aplicación de todos los principios de la participación.

2.1.3.17. Culpabilidad.

El dolo requiere el conocimiento de las circunstancias típicas, incluidas las que componen los elementos normativos (ajenidad de la cosa e ilegitimidad del apoderamiento). El error sobre cualesquiera de ellos excluye la culpabilidad. La voluntariedad del apoderamiento que, como adelantamos, requiere especiales disposiciones anímicas, tornaría incompatible este delito con el dolo eventual, aunque alguna vez se haya sostenido lo contrario.

2.1.4. Hurtos Calificados.

2.1.4.1. Fundamento de las Agravantes.

En general, tres son las vertientes básicas motivadoras de los tipos de hurtos agravados: una atañe a las dificultades de custodia de los bienes por parte del tenedor, la otra a la función del bien y la tercera a la naturaleza del obstáculo que tiene que vencer el autor para perpetrar el apoderamiento.

2.1.4.2. Indefensión de los Objetos.

No cabe duda de que en varios de los tipos de hurtos agravados, lo que se hace es brindar mayor protección a bienes respecto de los cuales se dan dificultades para que el tenedor ejerza sobre ellos una custodia efectiva o pueda oponerse con éxito al apoderamiento ilegítimo, sea en razón de la situación en que esos bienes tienen que ser dejados (abigeato, hurto campestre), sea por particulares circunstancias que afectan al sujeto

pasivo (hurto calamitoso), sea por ambas causas a la vez (hurto de mercadería transportada).

2.1.4.3. La Naturaleza del Objeto y la Actividad del Autor.

Pero también se dan tipos agravados para cuya formulación se ha tenido en cuenta la naturaleza del objeto sobre el cual recae el apoderamiento, o de otros objetos que, aunque no constituyan el objeto del delito, quedan afectados en su función por la conducta típica. Lo primero es lo que ocurre respecto del hurto de elementos de los cercos: lo fundamental no es la situación de los cercos, sino la función que desempeñan ("Constituyen ellos mismos una forma simbólica de custodia"); lo segundo pasa cuando el autor, para apoderarse del objeto ha debido vencer obstáculos que ejercen efectivamente la guarda de aquél (hurto con escalamiento, hurto con ganzúa, llave falsa o llave verdadera sustraída o hallada, o con instrumentos similares).

2.2. ROBO.

2.2.1. Carácter de la Figura.

Aunque la doctrina discute la cuestión, a nuestro criterio no pueden quedar dudas de que el robo es una figura calificada del hurto (como cualquiera de las del art. 163, Cód. Penal), con la cual se encuentra en relación de género a especie.

El robo, pues, es un hurto agravado por la violencia que se ejerce como fuerza en las cosas o como violencia sobre las personas, o sea por los medios perpetrados para lograr el apoderamiento o consolidarlo. Por lo tanto, los principios expuestos a propósito de la acción del hurto son aquí plenamente válidos.

2.2.2. Figura Básica.

2.2.2.1. Las Características de los Objetos y el Despliegue de la Fuerza Típica.

El hurto se califica de robo cuando se ha utilizado la fuerza para lograr el apoderamiento.

Como veremos, el concepto de fuerza requerido por el tipo no es nada unánimemente reconocido, pero puede decirse que depende de las cosas sobre las que recae el apoderamiento y de la particular característica de la actividad desplegada por el agente.

La fuerza supone, en primer lugar, una cosa que, por sí misma o por los reparos relacionados con ella, opone una resistencia al apoderamiento. La fuerza se emplea para lograr este último cuando el agente dirige su actividad a superar aquella resistencia. La cosa opone en sí misma resistencia cuando por sus características requiere una actividad en quien se apodera de ella que va más allá del esfuerzo necesario para transportarla o simplemente removerla del lugar donde estaba (el esfuerzo debido al peso de la cosa o a su volumen no constituye la fuerza típica), como ocurre cuando forma parte de un todo del cual debe ser separada (p.ej., cortar un trozo de perfil de hierro para apoderarse de él, dejando el resto; de una parte de cañería, etcétera). La cosa opone resistencia por sus reparos cuando éstos son los que exigen del agente aquella actividad; puede tratarse de reparos intencionalmente dispuestos para evitar el apoderamiento (p.ej., un anillo de hierro que une un cofre a la pared) o colocados con distinta intención, pero que, no obstante, realizan esa función (p.ej., la mezcla que une los azulejos a la pared); los reparos pueden ser de ocultamiento de la cosa (intencional o no): admite la doctrina que quien utiliza fuerza física para buscar la cosa (p.ej., romper la caja donde se encuentra la llave de paso de la energía eléctrica para encender luces que le permitan penetrar a un lugar) queda comprendido en la tipicidad.

Pero donde las discrepancias doctrinarias son más profundas es con relación a las características de la fuerza que se ejerce. La mayoría exige que la fuerza sea destructiva y anormal. Lo primero implica que se altere dañosamente (romper, cortar, deformar) lo que rodeaba a la cosa, como parte de ella o como reparo. Lo segundo, que la actividad del agente represente algo más de la actividad normal que el legítimo tenedor haya de realizar para tomar él mismo la cosa, aunque ésta exija una actividad alteradora de su estado; la anormalidad o normalidad dependerá, por tanto, del modo del apoderamiento (cortar con el cuchillo la cerda del caballo para apoderarse de ella no será robo, pero sí lo sería matar el caballo para hacerlo; cortar la fruta para apoderarse de ella no será robo, pero sí aserrar el árbol para recoger la fruta; cortar el árbol para apoderarse de la leña no será robo, pero sí cortar los alambres de un cerco para sacarla; matar la oveja para apoderarse de su carne no será robo, pero sí matar al perro ovejero que la protege, etcétera).

Quizá las dificultades que plantea ese subjetivismo direccional del agente ha llevado a parte de la doctrina a rechazar la necesidad de las enunciadas características de la fuerza típica, afirmando que no se trata de requisitos típicos (Núñez)²⁵ y que ella se da siempre que el apoderamiento exija del agente el despliegue de una energía que importe el vencimiento de resistencia, sea que ésta se origine en la unión natural de la cosa a otras o en las particularidades del mecanismo de unión, aunque ese despliegue sea idéntico al que tiene que realizar el legítimo tenedor para remover la cosa (será igualmente robo la acción de quien, para apoderarse de la rueda de un vehículo, corta los bulones que la unen a la punta del eje, que la de quien, empleando una herramienta, desenrosca esos bulones, porque también en este caso ha habido vencimiento de la resistencia que se oponía al apoderamiento). Pero, como se advierte seguidamente, esta tesis tiene que arrancar de una pauta mucho más difícil de determinar, como es la cantidad de energía necesaria para el apoderamiento, ya que sus propugnadores se cuidan de señalar que "no basta que una cosa esté adherida a otra", puesto que hay casos "de adhesión que no

²⁵ Núñez Ricardo C.: Manual de derecho penal. Parte general, 4ta. Ed., Buenos Aires – Argentina, 1999.

presentan resistencia" (unión de la fruta al árbol, de un farol con los tornillos flojos, etcétera). Posiblemente por eso esta opinión ha quedado en minoría y se aceptan pluralmente los criterios del ejercicio de una energía destructiva y anormal para determinar la tipicidad de la fuerza ejercida, tanto si la energía desplegada por el agente es puramente física, como si la ejerce por medio de mecanismos (p.ej., gatos hidráulicos) u otros procedimientos' dañadores (p.ej., utilización de ácido para corroer las adherencias de la cosa), siempre y cuando se trate de una actividad realizada por el agente del apoderamiento o por un tercero que actúa por él o participa en su hecho (el simple aprovechamiento de la fuerza realizada por un tercero extraño al apoderamiento del agente, no califica el hurto como robo).

2.2.2.2. Vinculación de la Fuerza con el Apoderamiento.

Para que la fuerza convierta el hurto en robo tiene que estar vinculada objetiva y subjetivamente con el apoderamiento en algunas de las circunstancias enunciadas en la parte final de la norma. Podemos adelantar que la necesidad de dicha vinculación deja fuera del tipo la fuerza que se da en oportunidad del apoderamiento, pero sin relación con él. La vinculación objetiva requiere que la fuerza haya sido el procedimiento empleado para perpetrar o consolidar el apoderamiento, pero no es indispensable que haya sido un procedimiento necesario en el caso: quien para apoderarse de la lana de la oveja, en vez de enlazarla, prefirió matarla y después esquilarla comete robo, aun cuando hubiese podido adoptar aquel otro procedimiento. Subjetivamente la fuerza debe haber sido querida por el agente (con cualquier especie de dolo: directo o necesario o eventual) como procedimiento relacionado con el apoderamiento; el daño meramente culposo de la cosa misma o de sus adherencias no confiere tipicidad a la energía desplegada (p.ej., quien al tomar una estatua erigida sobre un pie de mármol derriba éste y lo quiebra); la fuerza realizada con distinta motivación tampoco da pie a la tipicidad (p.ej., quien habiéndose apoderado de la cosa decide destruir otras por espíritu vandálico). En este último caso, el daño operará en concurso con el hurto o, en su caso, con el robo, si tal constituye el apoderamiento de que se trate, no así cuando el daño sea resultado de la

fuerza desplegada voluntariamente en orden al apoderamiento, en cuyo caso, cualquiera que sea en el momento en que se realice, quedará subsumido por el robo, que desplazará a la figura.

2.2.3. Robo con Violencia en las Personas.

2.2.3.1. Medios de Comisión: la Violencia.

También el hurto se califica de robo cuando el apoderamiento o su consolidación se realiza con violencia en las personas.

La violencia es, en este tipo, el despliegue de energía física para vencer materialmente la resistencia que el sujeto pasivo opone o puede oponer al apoderamiento (vis absoluta). Ese despliegue, por tanto, puede estar destinado a vencer una resistencia en actual ejecución (para hacerla cesar) o destinado a evitar que la persona sobre la que recae pueda, eventualmente, ponerla en ejecución cuando todavía no lo ha hecho (violencia ablativa), con lo cual el robo se da igualmente cuando el agente ejerce violencia sobre quien está incapacitado para desplegar resistencia (p.ej., violencia sobre un parálítico). La resistencia que hay que vencer, por consiguiente, puede ser real, presunta o imaginada como posible por el agente. Lo cual demuestra que la energía desplegada por el autor no requiere una determinada intensidad, sino que basta su relación con el apoderamiento, cualquiera que sea aquélla, así como tampoco requiere imprescindiblemente un contacto físico del cuerpo del agente con el de la víctima (será robo el apoderamiento de la cartera arrebatada de un tirón; Soler).²⁶

La violencia puede recaer sobre el mismo sujeto pasivo del robo o sobre un tercero que se oponga o pueda oponerse físicamente al apoderamiento o a la consolidación de él

²⁶ Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

(p.ej., el golpe dado al cliente del banco que se está asaltando para impedirle que salga de él).

2.2.3.2. Confluencia de Figuras.

Si algún problema plantea la violencia en el robo es el de la confluencia de figuras cuando el ejercicio de ella ha producido daños a las personas (muerte o lesiones) o privado de libertad ambulatoria (privación de libertad), o el modo de ejercer la violencia constituya en sí otro delito autónomo (p.ej., abuso de armas de fuego, agresión).

Con referencia al homicidio y las lesiones, no obstante la amplia gama de opiniones que brinda la doctrina, la circunstancia de que la misma ley castigue como agravantes del robo el homicidio y las lesiones graves y gravísimas producidas en ocasión o con motivo o por las violencias ejercidas para cometerlo, indica que las lesiones leves producidas por las violencias quedan absorbidas por la figura penal, cualquiera que fuese su entidad. Eso sí, operan en concurso real con el robo los homicidios *criminis causa*, no así las lesiones *criminis causa*.

En cuanto a la privación de libertad, la que constituye el ejercicio mismo de la violencia tipificante del robo, queda absorbida por él, pero no la que se autonomiza de ese ejercicio (p.ej., queda absorbida por el robo la inmovilización del sereno de la obra para impedir su reacción mientras se produce el apoderamiento, pero no la toma de un rehén para impedir la posterior persecución policial).

En cuanto a los abusos de armas, el carácter eminentemente subsidiario de tales delitos (tanto del disparo de arma de fuego como de la agresión) indica que en todos los casos quedan absorbidos por el robo cuando ellos mismos constituyen el modo de ejercer la violencia propia de él.

2.2.3.3. La Intimidación.

Sólo se hace referencia a la violencia física en las personas como circunstancia calificatoria, ya no a la intimidación. La exclusión nos plantea dos problemas:²⁷

a) ¿cualquier intimidación queda marginada del robo?

El grueso de la doctrina había reconocido que una forma de intimidación quedaba comprendida en la violencia física propia del robo: la amenaza con armas ejercida por el agente para apoderarse de la cosa ajena, considerando que en ese caso se desplegaba contra la víctima una verdadera energía física que, aun sin operar sobre su cuerpo, vence materialmente su resistencia (Núñez), tanto más cuanto el empleo de armas está previsto como hipótesis de robo en la figura calificada. Soler comparte esta idea, pero formula un planteo más general, no restringido a la intimidación por el empleo de armas; para él "debe considerarse comprendida dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que quebranta o paraliza la voluntad sin motivarla".

b) Y de acuerdo con ello, ¿todo procedimiento intimidatorio en pos de un apoderamiento ilegítimo, lleva la conducta a la figura de extorsión?

Al explicar: "incluimos la intimidación, que debe entenderse como amenaza de violencia o mal físico inminente para la víctima; en la extorsión el mal amenazado puede ser de otro género y suponer cierto intervalo temporal entre la amenaza y su cumplimiento". En realidad, quienes como Soler consideraban que la intimidación paralizante y no motivante de la voluntad (aunque no se utilizaran armas) estaba incluida en la violencia propia del robo, la distinción entre éste y la extorsión se establecía, más que por el procedimiento del agente, por el intervalo que separaba el momento de la intimidación del momento de la disposición patrimonial. Pero, con la fórmula actual, esa distinción tiene que volver a los cauces anteriores: todo lo que es violencia física por sí o porque tiene

²⁷ Núñez Ricardo C.: Manual de derecho penal. Parte general, 4ta. Ed., Buenos Aires – Argentina, 1999.

que considerarse como tal, empleada como medio del apoderamiento, constituirá robo; todo lo que radique en un procedimiento intimidatorio no equiparable a la violencia física para apoderarse o lograr una disposición patrimonial estará, en principio, comprendido en la extorsión, fuere cual fuese la secuencia temporal (Núñez), aunque, por supuesto, la solución es discutida y no pocos siguen atando la distinción a las características de esta secuencia. Por nuestra parte pensamos que la distinción tiene que venir por el lado de la acción: cuando hay apoderamiento del agente hay robo; cuando hay disposición de la víctima, extorsión; aunque teóricamente parece algo complicado en la práctica no es tan difícil.

2.2.3.4. Vinculación de la Violencia con el Apoderamiento.

Como en los supuestos de fuerza, también aquí es necesaria una vinculación objetiva y subjetiva de la violencia con el apoderamiento. Lo primero supone que ha sido la violencia lo que permitió al agente apoderarse o consolidar el apoderamiento. En cuanto a la vinculación subjetiva, el agente debe dirigir la acción al apoderamiento o a su consolidación: no basta que la violencia lo haya producido si el agente no las ejerce con ese sentido (p.ej., quien por hacer una broma asustó al compañero de pieza, que, creyéndose en presencia de un atraco, le entrega un reloj).

2.2.4. Momento de la Fuerza y la Violencia.

2.2.4.1. La Extensión del Tipo a los Momentos Anteriores y Posteriores al Apoderamiento.

Normalmente los medios típicos de una acción operan como tales cuando se emplean en la ejecución misma de ella, pero aquí la ley extiende esa función a momentos anteriores y posteriores a los actos ejecutivos.

En tanto que para la tipificación del robo, tanto a la fuerza en las cosas, la violencia o intimidación, sea que "tengan lugar antes del hecho, para facilitararlo, o en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para lograr el fin propuesto o la impunidad", el texto ahora vigente dice, como vimos, "sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad". ¿Es que ahora la fuerza en las cosas anterior o posterior a los actos ejecutivos de consumación queda excluida como tipificadora del robo? Aunque algunos dudaron, creyendo que también todos esos momentos se referían a la fuerza en las cosas (Cossio),²⁸ lo cierto es que la enunciación de la ley es harto clara: la fuerza en las cosas posterior a la consumación queda excluida del tipo; la anterior (facilitadora) a los actos ejecutivos de apoderamiento quedará comprendida en él en cuanto importe una integración -aunque distinta en el tiempo- del procedimiento mismo del apoderamiento (p.ej., quebrantamiento de la defensa practicado por la noche para apoderarse de la cosa durante el otro día), pero no en otros casos.

2.2.4.2. En la Comisión.

Cuando la ley habla del acto de cometerlo, se refiere a todos los pasos normalmente punibles del iter criminis, es decir, desde el momento del comienzo de la ejecución del hecho hasta el momento de su consumación, es decir, hasta que se completó el apoderamiento, según el sentido penal del término que hemos visto en el hurto, incluyéndose, por supuesto, la violencia que se comete en el acto de remover la cosa para desapoderar al tenedor.

2.2.4.3. En la Facilitación.

La violencia que se emplea antes de la ejecución, califica el hecho de robo cuando se la utiliza para facilitar el apoderamiento y se la realiza antes de llevar a cabo el primer acto ejecutivo; requiere una conexión ideológica: que el autor las haya asumido con miras a posibilitar o hacer menos difícil el apoderamiento. Si los medios fueron utilizados con

²⁸ Cossio, Carlos: La valoración jurídica y la ciencia del derecho, 2da. ed., Arayú; Buenos Aires – Argentina, 1954.

anterioridad a la ejecución, del modo antes dicho, el hecho es de robo, aunque en aquélla, es decir, en la perpetración misma del apoderamiento, no se haya ejercido violencia (p.ej., atar durante el día al cuidador para poder penetrar por la noche al corral a sustraer una oveja); también en esos casos, cuando el apoderamiento no ha llegado a consumarse, el hecho queda calificado de tentativa de robo.

Cuando la ejecución de la violencia constituye un delito autónomo, la consumación o el emprendimiento de los actos ejecutivos del apoderamiento hacen que el robo o su tentativa absorban dichos delitos, salvo en los casos en que la ley expresamente tiene en cuenta la finalidad de robo como agravante de ellos (p.ej., homicidio *criminis causa*, en cuyo caso se da un concurso real según los principios que detallamos al hablar de la violencia). Pero si los actos ejecutivos del apoderamiento no se emprenden, la conexión ideológica de aquellos delitos con el robo no obstan a la punición de ellos según los tipos específicos.

2.2.5. En Procura de la Impunidad.

La violencia que se emplea con posterioridad al apoderamiento ilegítimo califica la acción de robo cuando reúne dos caracteres: uno objetivo, subjetivo el otro. El objetivo es que esos medios sean empleados inmediatamente después de cometido el hecho, o sea, de consumarse el apoderamiento; este carácter no se refiere tanto al tiempo que media entre la consumación y el empleo de los medios, cuanto a la exigencia de que no se dé, entre ambas circunstancias, solución de continuidad que convierta el empleo del medio en una actividad posterior independiente.

La calificación de inmediato a la consumación con que significaba al empleo posterior de los procedimientos calificativos; las cosas, sin embargo, no han cambiado mayormente, ya que, reconstruyendo la fórmula original (la ahora vigente), la generalidad de los autores y de la jurisprudencia se pronunciaban en contra del encuadre como robo cuando se daba solución de continuidad entre el apoderamiento ilegítimo y el ejercicio de la violencia.

El carácter subjetivo se manifiesta en que el autor emplee el medio con posterioridad a la consumación del apoderamiento para procurar su impunidad.

Lograr la impunidad es procurar asegurarse que no será perseguido penalmente por el hecho (p.ej., intimidando al testigo que lo vio consumarlo). Lo que sí puede complicar la interpretación como antes lo hizo, es el cambio de la expresión "la impunidad" por la de su impunidad, ya que respecto de ésta se discutía si ella comprendía la impunidad del delito respecto de todos sus intervinientes (tesis que compartimos), o sólo la impunidad del sujeto que ejerce la violencia, sobre lo cual la expresión suplantada no permitía dudar.

El empleo del medio con posterioridad en los supuestos enunciados convierte el apoderamiento, consumado sin él, en robo, pero entonces este delito se considera consumado a partir del momento en que se ha empleado la violencia; claro está que el empleo posterior del medio, cuando el apoderamiento no ha llegado a consumarse, en procura de la impunidad, conduce el hecho a la calificación de tentativa de robo. También en esta hipótesis los delitos autónomos constituidos por el ejercicio de la violencia quedan absorbidos por el robo o su tentativa, salvo disposición expresa de la ley que considere la intencionalidad del robo como agravante del otro delito, en cuyo caso se da un concurso real entre ambas figuras.

CAPITULO III

3. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DOCTRINARIOS DE LA IMPORTANCIA DE LA TIPIFICACIÓN DEL HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS

3.1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

El objeto de tutela sobre los bienes necesitados de protección, motivó desde la creación legislativa el surgimiento de normas de toda índole, con el fin último de garantizar todo tipo de derechos, valores y bienes a partir del reconocimiento esencial de su pertenencia, buen uso y disfrute de cada persona.

Así, desde la norma constitucional se reconocen como valores y bienes supremos, entre otros el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación, la salud, el desarrollo de la personalidad, los derechos de asociación y expresión de ideas, así como todos los derechos sociales, económicos, políticos e individuales entre otros.

La tarea legislativa es de gran importancia, toda vez que a través de la creatividad del legislador nacen y se actualizan normas que sirven como punto de referencia para garantizar los bienes jurídicos existentes en todas las ramas del derecho.

El conocimiento de las normas por parte del ciudadano medio forma parte de la interpretación de las mismas, sin embargo; ¿su cumplimiento siempre será exigible?, ¿la formación personal, el conocimiento individual, el grado de educación o de cultura, tan diferentes en cada latitud y sistema de gobierno son elementos suficientes para garantizar en el llamado hombre medio una correcta interpretación de las normas? La

respuesta es no. El altísimo grado de desconocimiento de las normas básicas de convivencia entre otros elementos producen en el comportamiento del hombre en sociedad encuentros y desencuentros con el derecho, de aquí por un lado la necesidad de que existan normas claras²⁹ para su cumplimiento y por otro, que las mismas sean difundidas a tiempo para que se conozcan y se respeten.

El legislador tiende a utilizar los códigos de comunicación más incomprensibles y extravagantes de aquí que la tendencia que se ha impuesto es la complejidad de interpretación de las normas no sólo para el hombre medio, sino para el propio creador de la misma, el juez, el magistrado, el que hace doctrina, es decir, ante la complejidad de interpretación de la norma, el derecho debe ser nítido y sencillo para que se convierta en una herramienta que proteja con más claridad e intensidad los bienes del individuo y de la sociedad que estén necesitados de protección, en este sentido cobra actualidad la crítica que desde el siglo XVII lanza Schopenhauer.³⁰

3.1.1. Justificación de Defensa.

Los bienes jurídicos que tutela el derecho penal son los más necesitados de protección por el valor que representa el objeto de tutela como son la vida, la libertad, el patrimonio, la seguridad, la salud entre otros.

El motor que produce la necesidad de crear y actualizar el derecho es la justicia. Siempre se ha reconocido que el fin del derecho es la justicia³¹ a partir de esta afirmación es que el tema cobra relevancia.

²⁹ Schopenhauer, Arthur, *La Sabiduría de la Vida*, en torno a la filosofía. Editorial Porrúa, S.A. 2da. Edición, México 1991, pág. 238.

³⁰Ibidem, pág. 239.

³¹ Gottl Heinecio J. *Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta*. Traducción Don Luis de Collantes, revisada de nuevo por Don Vicente Salva, 2da. Edición, tomo primero, París, Librería de Don Vicente Salva, 1847. Sala Juan Dr. *El litigante Instruido o El Derecho puesto al alcance de todos*. Compendio México 1840, Págs. 8 y 9.

3.1.2. Origen del Concepto Bien Jurídico.

La teoría del bien jurídico aparece en el siglo antepasado con una clara inspiración liberal y con el declarado intento de limitar la obra del legislador penal³², describe el elenco de hechos merecedores de pena únicamente a los socialmente dañosos³³. El concepto de bien jurídico fue acuñado por Birnbaum en 1834.³⁴ Se le ha identificado como derecho subjetivo. No obstante, para Mezger existen numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo.³⁵ Se ha identificado al bien jurídico con la idea de interés, que en su sentido más propio importa la idea de utilidad.³⁶

3.1.3. Denominación.

El bien jurídico se denomina de formas diversas, tales como: derecho protegido, bien garantizado, interés jurídicamente tutelado, objeto jurídico,³⁷ núcleo del tipo, kernel, objeto de protección. No puede surgir el delito cuando por inexistencia del objeto de tutela o por falta de idoneidad de la acción es imposible la lesión de un bien jurídico,³⁸ el cual se presenta en las formas más diversas debido a su pretensión de garantizar los derechos de toda persona, como pueden ser entre otros: reales, jurídicos, psicológicos, físicos, etcétera.³⁹

³² Antolisei, Francesco. “Il problema del bene giurídico” en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1939, pp. 3 y ss.

³³ Stella, Federico. “La teoría del bene giurídico. Fatti inoffensivi conformi al tipo”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, Milano, 1973, p. 4.

³⁴ Álvarez García, Francisco Javier. “Bien jurídico y Constitución”. *Cuadernos de política criminal*. No. 43, Madrid, 1991, p. 5.

³⁵ Mezger, Edmundo. *Tratado de derecho penal. Parte general*, Cárdenas Editores, México, 1980. p. 399.

³⁶ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón. *Derecho penal. Parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988, pp. 249 y ss.

³⁷ Pisapia, Gian Doménico. *Instituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale*, Padova. Cedam. Casa editrice. Dott, Vicenza, 1965, p. 43. El autor, señala que, “por objeto jurídico del delito”, se entiende generalmente, el bien o el interés protegido por la norma y la lesión o puesta en peligro con el delito.

³⁸ Bettioli, Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale. Principi Fondamentali del Diritto penale vigente*, terza edizione, Padova. Cedam. Casa Editrice, Bologna, 1984. p. 78

³⁹ Maurach, Reinhart. *Tratado de derecho penal*, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962 pp. 261 y ss.

Rocco precisó que el concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor.⁴⁰ Según Cobo del Rosal, el bien jurídico se puede definir como “todo valor de la vida humana protegida por el derecho”.⁴¹ Para Jescheck el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Afirma además que son bienes jurídicos aquellos intereses de la vida, de la comunidad a los que presta protección el derecho penal.⁴² En nuestra opinión, el bien jurídico como objeto de protección del derecho penal es todo valor individual o de conjunto que merece la garantía de no ser vulnerado por la acción de otro. Así entonces, el tipo penal se debe entender como un valor ideal del orden social jurídicamente protegido, por tanto, el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos.

El Estado de Derecho lo entendemos en la medida en que el Estado ofrece una protección a la sociedad, y para este fin ha de sujetarse rigurosamente al imperio de la Ley, con lo cual, aquellos intereses sociales que ameriten ser protegidos por el Estado se denominan “bienes jurídicos”. En el ámbito del Derecho Penal deberán ser protegidos únicamente bienes jurídicos reconocidos, pero eso no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba necesariamente determinar la intervención del Derecho Penal, así por ejemplo en el caso que medie el consentimiento del disponente en algunos delitos.

El objeto del bien jurídico encuentra su origen en el interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las reacciones sociales, aunque dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, es este el que decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos a través del proceso legislativo que lo crea.

⁴⁰ Bettioli, Giuseppe. *Instituzioni di diritto e procedura penale. Principi Fondamentali del Diritto penale vigente*, terza edizione, Padova. Cedam. Casa Editrice, Bologna, 1984. p. 84.

⁴¹ Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón. *Derecho penal. Parte general*, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988, p. 249.

⁴² Jescheck Hans, Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general. Traducción y adiciones de derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volúmen primero*. Editorial Bosch, Barcelona 1981. P. 350

Por su parte los neo-kantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, buscaron una sustancia material del bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales, la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales.

Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto, de bien jurídico como bandera de una política criminal liberal, que fija un límite al Derecho Penal, es decir una frontera de lo que puede ser objeto de protección penal.

Es menester, por lo tanto observar cómo se entiende a la democracia y cuál es la justificación de demandar su protección jurídico penal, pues de otro modo, se llegaría al extremo de la sentencia de Montesquieu: en el sentido de que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica.

3.1.4. Función del Bien Jurídico.

Al bien jurídico se le atribuyen tres funciones:⁴³

- función exegética
- función sistemática
- función dogmática

Según Álvarez García, el bien jurídico tiene como funciones la de ser clasificadora, dogmática y crítica.⁴⁴

Se ha dicho que la misión del derecho penal es la protección de los valores ético sociales elementales. Todo derecho pretende introducir orden y armonía en el desenvolvimiento

⁴³ Jescheck Hans, Heinrich. Tratado de derecho penal, parte general. Ob. Cit. pp. 248 y ss.

⁴⁴ Álvarez García, Francisco Javier. “Bien jurídico y Constitución”. Cuadernos de política criminal. No. 43, Madrid, 1991, p. 6.

de la vida social. Como reguladora de conducta, Creus dice que la Ley Penal persigue el cometido de garantizar al hombre el poder proveerse de lo que exteriormente necesita para realizarse como persona.⁴⁵

El bien jurídico lo conceptuamos como el derecho intrínseco que la norma protege. No es otra cosa que la pretensión del legislador de darle protección a ciertos valores del ser humano, y que se conviertan en intereses no sólo personales sino sociales y del Estado.

Se puede afirmar que el bien jurídico es la tutela que la norma penal brinda a los valores tangibles e intangibles del hombre, desde los más significativos (vida, libertad, patrimonio, entre otros),⁴⁶ hasta los más irrelevantes (honor, fidelidad, entre otros).⁴⁷

El bien jurídico es un bien vital del grupo o del individuo que en razón de su significación social⁴⁸ es amparado jurídicamente.⁴⁹ De tal manera que la Ley Penal prohíbe o manda una serie de acciones, cuya realización u omisión ponen en peligro o lesionan un interés generalmente apreciado (vida, libertad, honor) recibiendo protección mediante la Ley Punitiva que amenaza a los hipotéticos agresores mediante la utilización del bien jurídico en el tipo. En consecuencia, la protección a través del derecho penal significa que, en los delitos de acción se prohíbe mediante normas jurídicas con amenaza de pena las acciones idóneas para menoscabar de modo particularmente peligroso, los intereses vitales de la comunidad y en los delitos de omisión se reprocha la no realización de la acción mandada cuando existe poder de hecho para realizar la acción omitida.

⁴⁵ Creus, Carlos. Ideas penales contemporáneas, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 95 y 96

⁴⁶ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VIII-Noviembre. Pág. 141.

⁴⁷ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII-Agosto. Pág.: 514.

⁴⁸ Bettioli, Giuseppe. Ob, Cit, p. 75. Refiere que la esencia del delito es determinada en otros términos por la lesión de un bien jurídico de la vida social garantizado en la norma penal.

⁴⁹ Welzel, Hans. Derecho penal, parte general, traducido por Fontan Balestra y Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 5 y 6.

El bien jurídico cumple una función esencial del derecho penal al establecer, a través de la protección de los bienes el mínimo ético social necesario para la convivencia en opinión de la mayoría,⁵⁰ de tal manera, que es necesario un equilibrio entre la protección de la sociedad y la de los individuos.

Todo tipo penal tiene un bien jurídico, o varios⁵¹ por ejemplo en el delito de homicidio el bien que se tutela es la vida de los seres humanos, en tanto que en el delito de aborto los bienes son el derecho a nacer, derecho a la maternidad, el derecho a la paternidad, el derecho a la descendencia e incluso el derecho a la perpetuidad del género humano, que se protegen mediante la determinación de un proceso de valoración de la conducta descrita. Esta protección es realizada normativamente mediante la prohibición de acciones cuyos contenidos son la materia descrita por la Ley Penal.⁵²

Existen bienes individuales y bienes colectivos,⁵³ para identificar los primeros no surge dificultad, de éstos pueden distinguirse los llamados bienes materiales y los bienes inmateriales, así como los reales res nullius (aire, agua, mar, luz, entre otros), personales (honor, libertad, salud, vida, entre otros), patrimoniales. En tanto que los segundos son aquellos que corresponden a la familia, la sociedad, la comunidad local, nacional o internacional. A este tipo de bienes, Pisapia les ha denominado intereses de todos.

De acuerdo con opiniones jurisprudenciales, se ha definido en las distintas épocas que componen la interpretación de los tribunales federales el bien jurídico y en algunos

⁵⁰ 22Quintero Olivares, Gonzalo, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición. Edit. Marcial Pons, Madrid 1989, p. 60.

⁵¹ Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial. Edit. Ariel, Barcelona, 1982, p. 6. Afirma que Hassemer y Padovani son los descubridores de los bienes jurídicos colectivos.

⁵² González Ferrer, Campo Elías. Tipo e injusto. Publicación del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá, Panamá, 1979, p. 30.

⁵³ Pisapia, Gian Doménico. Istituzioni di Diritto Penale. Parte Generale e Parte Speciale, Padova. Cedam. Casa editrice. Dott, Vicenza, 1965.

casos se ha precisado con toda propiedad cuál es el bien tutelado por cada figura típica.⁵⁴

Es oportuno precisar que el concepto de bien jurídico asume una pluralidad de funciones como ya hemos señalado, y que según la doctrina italiana también cumple una función exegético explicativa, sistemática clasificadora, sistemática descriptiva y político criminal, afirma que todo delito por el solo hecho de estar previsto identifica un bien jurídico, una situación positiva que el legislador intenta asegurar o tutelar, de lo contrario la norma no tendría sentido ni razón de existir.⁵⁵

3.1.5. El Bien Jurídico Como Fin de la Norma.

Se puede explicar como una conexión singularmente intensa entre el fin de la norma y el sistema del derecho penal, destaca el sentido teleológico y el relieve metódico que, como funciones esenciales, corresponde desempeñar al concepto y objeto de tutela con particular referencia a la teoría del injusto penal,⁵⁶ y la lesión como momento constitutivo del contenido material del injusto.

El derecho penal, a través de una selección fragmentaria de intereses, confiere su protección por medio de normas positivas contra las acciones susceptibles de perjudicar de una forma singularmente grave los intereses vitales del individuo o de la colectividad. El tipo parte, por tanto, de la norma y la norma a su vez del objeto de tutela.

El objeto de protección está constituido por el bien jurídico o el núcleo que en cada delito se lesiona. En atención a su significación social, es amparado jurídicamente por el derecho positivo vigente, prohíbe o impone acciones de determinada índole. El derecho penal actual experimenta constantemente una movilidad de acuerdo con nuestra

⁵⁴ Octava Época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo II, Parte TCC. Tesis: 519. Pág. 313.

⁵⁵ Padovani, Tulio. Diritto penale. Quarta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 101.

⁵⁶ Polaino Navarrete, Miguel. El bien jurídico en el derecho penal, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1974, p. 44

dinámica social, por lo que no debemos perder de vista esos bienes a tutelar y el rango de cada uno, por ser una de las finalidades de la doctrina; proponer soluciones a las diversas cuestiones que surgen de la norma positiva.

La redacción actual de nuestras normas penales tiene influencia tanto de la sistemática causalista como finalista, debido a la orientación filosófica de quienes han opinado en la incorporación de figuras delictivas las cuales, en ocasiones resultan híbridas y pueden confundir el bien jurídico que se pretende tutelar por medio de los tipos.

Estas confusiones pueden acontecer en la práctica, sobre todo tratándose de tipos que corresponden a una misma entidad (los que tutelan la libertad o seguridad sexuales; el patrimonio, los derechos de familia, etcétera), o cuando una acción u omisión lesiona varios bienes (concurso ideal, medial o de leyes), o bien, cuando un objeto de protección puede ser afectado de distintas maneras. De tal forma, que una sola conducta es capaz de afectar un solo bien o diversos bienes jurídicos, o dañar a un titular o conjunto de ellos. Por tanto, en cada caso, será labor del intérprete de la ley dejar en claro cuál es el bien o los bienes que resultan dañados.

Al presentarse en la pragmática los diversos supuestos de hecho, si formulamos una abstracción de la conducta ante la lista de los delitos con referencia al bien jurídico tutelado, evitaremos confusiones para determinar si ésta es efectivamente típica, y si la tipicidad se adapta a una u otra figura penal.

La inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos) pueden producir ausencia de tipicidad en la conducta, lo cual sucede cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento antes del ataque respecto de aquellos bienes disponibles por él, que en nuestros códigos pueden ser entre otros, los llamados delitos perseguibles previa querrela o delitos privados, (como lo son injurias, golpes simples, etcétera) y aquellos que admiten el consentimiento como causa

de exclusión del delito, de acuerdo a lo establecido en algunas legislaciones en cuyo caso se requiere la existencia de los siguientes supuestos:

- 1) Que el bien jurídico sea disponible
- 2) Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
- 3) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste lo hubiese otorgado.

Esta forma de excluir, ya sea el tipo o lo antijurídico de la conducta,⁵⁷ dependiendo del consentimiento y el bien respecto del cual se concede la permisión para ser lesionado, genera una serie de cuestionamientos que tienen relación con las condiciones en que se debe dar dicho consentimiento.

- ¿Quién debe proporcionarlo?
- ¿Cuándo tendrá validez y cuándo no?
- ¿Qué bienes son susceptibles de ser disponibles?
- ¿Cómo se resuelve el problema del consentimiento cuando existen varios titulares del mismo bien?
- ¿Cuándo se tiene la capacidad jurídica o se carece de ella?
- ¿En qué casos extremos se podría presumir el otorgamiento de consentimiento sin que lo haya expresado el titular (consentimiento presunto)?
- ¿Es válido el consentimiento en conductas eutanásicas?
- ¿Es válido para la interrupción del embarazo?
- ¿Convalida la inducción o ayuda al suicidio?

⁵⁷ Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de derecho penal. Parte General, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990, p. 155.

La respuesta no es sencilla, por lo que, antes de dar una opinión debemos considerar, previamente de entre los bienes protegidos por el derecho penal, qué bienes son disponibles y cuáles no.

En estos supuestos nos encontramos ante los llamados delitos de encuentro⁵⁸ en los cuales el tipo penal exige como uno de sus elementos el asentimiento expreso o presunto de la víctima ya que las distintas conductas descritas afectan un bien cuyo titular jamás se ha desinteresado de su tutela, razón por lo cual, se consideran como conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles.

3.1.6. El Bien Jurídico Frente al Consentimiento.

Hemos señalado que la inexistencia del bien jurídico, la falta de lesión al bien jurídico, o el consentimiento del pasivo (en algunos supuestos), produce atipicidad cuando el titular del bien a proteger otorga su asentimiento respecto de aquellos bienes disponibles por él. Para que el consentimiento opere en los términos ya planteados, deberá darse antes de la realización del hecho dando lugar a la exclusión, ya sea del tipo o de la antijuridicidad de la conducta.⁵⁹

Para que se origine la ausencia de tipicidad por falta del bien jurídico protegido, el titular del derecho deberá estar de acuerdo con la conducta al acaecer ésta, dado que su conformidad elimina la amenaza de daño de dichos bienes. Para que sea eficaz el consentimiento, depende de la forma y el momento de otorgarlo, así como el tipo de bien que por su naturaleza permite deducir si es disponible o no por su titular o titulares.

Consentimiento de una manera expresa, seria e inequívoca. Sobre el problema del consentimiento se han desarrollado diversas teorías, de las que se desprende su eficacia

⁵⁸ Heinrich Jescheck, Hans. Tratado de Derecho Penal, parte general. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanera Samaniego. Edit. Comares. Granada 1993. p. 334.

⁵⁹ Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de derecho penal. Parte General, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990, p. 155.

únicamente para la disposición de ciertos bienes jurídicos, entre otros el patrimonio, el honor, la libertad⁶⁰ negando toda eficacia al consentimiento dado frente al bien jurídico vida⁶¹ el consentimiento del ofendido en este supuesto no es causa de exclusión del injusto penal con arreglo al principio de la ausencia de interés.⁶²

Para que el consentimiento tenga eficacia debe otorgarse, objetivamente, por el sujeto pasivo titular del interés jurídicamente protegido en la norma que, indudablemente, debe ser la persona sobre quien se vierte la conducta, además deberá ser otorgado al momento en que la persona sea capaz de discernir sobre el conocimiento, circunstancias, y consecuencias de ese asentimiento, para que se considere otorgado con plena libertad y en base al conocimiento real.⁶³ Al respecto, cabe recordar, las palabras de Platón cuando señaló que, “el hombre podrá captar la verdad, solamente, a través del ejercicio de la racionalidad y que nuestros sentidos, por tanto, nos engaña”.

En este orden de cosas, consideramos que, si la experiencia del mundo inteligible y del mundo sensible hace que el hombre tome tantas decisiones como son necesarias cada día, en condiciones de normalidad socialmente válidas, incurriendo en no pocas equivocaciones, la toma de decisiones sobre la vida y la muerte, en un momento que es precedido de impresiones graves realmente se ajusta a un consentimiento.

Sabemos que, en el mundo de las ideas, el hombre puede ser influido y que existen momentos propicios para ello. Giusto Giusti, en este sentido ha señalado que, en el caso de los ancianos enfermos incurables, la sugestión puede ser fácilmente ejercitada por los familiares o por el médico.⁶⁴

⁶⁰ Antón Oneca, José, Derecho Penal, Segunda edición. Anotada y corregida por Hernández Guijarro, José y Beneytez Merino, José, Edit. Akal/Iure Madrid, 1986, p. 288 y sig. Bacigalupo Zapater, Enrique, Ob. Cit. p. 155.

⁶¹ Vela Treviño Sergio, Antijuridicidad y justificación, Edit. Trillas 2a edición, México, 1986, p. 183.

⁶² Welzel, Hans. Derecho penal, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires 1956, p. 99, hace referencia a “la renuncia a la protección del Derecho” siempre que puedan quedar satisfechos todos los requisitos que son indispensables para la operancia del consentimiento como causa de inexistencia del delito.

⁶³ Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad. Imprenta Universitaria, México 1952, p. 184.

⁶⁴ GRISPIGNI FILIPPO. La natura giurídica del consenso dell' offeso, Modena editore, 1972. P. 78.

Puede suceder que el consentimiento se otorgue mediante una situación engañosa por quien dispone de éste (delitos de encuentro),⁶⁵ que el autor recurra a falacias que distorsionan la realidad frente a la visión de la víctima sobre todo en algunos delitos patrimoniales donde una de las características o elementos del tipo es precisamente el aprovechamiento del error o el engaño en que se hace caer al titular de los bienes jurídicos como es el caso de los delitos de estafa en algunas legislaciones o el fraude en otras, en cuyos supuestos el asentimiento no tendrá eficacia para validar el consentimiento.

Esto es, tratándose de delitos en donde el autor del hecho va hacia su víctima a través de una estratagema para hacerle creer una situación distinta a la realidad con el fin de generar el comportamiento deseado que le producirá el resultado dañoso y por ser precisamente un elemento que vicia la voluntad del disponente tal comportamiento se sigue considerando dañoso a los bienes jurídicos tutelados por la norma.

3.1.7. **Ámbito de Eficacia del Consentimiento.**

El ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. Generalmente, se reconoce validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el patrimonio y la libertad personal, (incluso la libertad sexual) y en el delito de lesiones, cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.⁶⁶

Los bienes disponibles o indisponibles tienen relación con la eficacia o validez del consentimiento, en los primeros se puede considerar aquellos bienes que no representan

⁶⁵ Jescheck Hans, Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Edit. Comares. Granada 1993. P. 334. Señala al respecto: “hay delitos que sólo pueden cometerse con el consentimiento de la otra parte, como la usura.

⁶⁶ Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de derecho penal. Parte general, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990. P. 156.

una utilidad social inmediata⁶⁷, así por ejemplo se consideran como bienes disponibles del catálogo de delitos contemplados en la mayoría de los códigos penales el de injurias, difamación, calumnia, entre otros.

Es importante destacar que dentro del grupo de bienes disponibles por su titular se encuentran lo que para algunos el rango o el valor del mismo es tan disminuido que una vez cometido el delito, la víctima puede autorizar mediante el perdón la extinción de la acción penal de tal manera que los llamados delitos perseguibles sólo a querrela de parte, también son disponibles por sus titulares,⁶⁸ en tanto que en los segundos se distinguen por su mayor utilidad social (vida, libertad y otros) o cuando se trata de varios titulares del mismo bien.

El legislador no resuelve a través de la ley cuáles bienes son disponibles y cuáles indisponibles, por lo que es necesario que la jurisprudencia y la doctrina aporten el complemento a este vacío que se desprende de la ley para definir los criterios necesarios que permitan una interpretación correcta, y es precisamente en este contexto en que se desenvuelve la teoría del bien jurídico y los criterios sobre la disponibilidad o indisponibilidad de bienes por su titular.

Con relación a los bienes susceptibles de ser disponibles por su titular, según opinión de Antón Oneca, el consentimiento es eficaz en la mayor parte de los delitos contra la propiedad (excluyendo la usura), siendo incompatible en delitos contra el honor, la libertad (detención ilegal, allanamiento de morada, coacciones) y con algunos contrarios a la honestidad individual (violación, abusos deshonestos, etc.).⁶⁹

De acuerdo a la opinión de Bacigalupo, el ámbito de eficacia del consentimiento depende, en gran parte, del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el

⁶⁷ Grispligni, Filippo. La natura giurídica del consenso dell' offeso, Modena editore, 1972, p. 3

⁶⁸ Manzini, Vincenzo. Trattato di diritto penale italiano. T. I. Fratelli Bocca, Editore, Milano, 1958, p. 514.

⁶⁹ Antón Oneca, José, Op, Cit, 288. El autor acuña la siguiente frase: <“el consentimiento, expulsado por la puerta vuelve por la ventana”>

mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo, reconociendo validez al consentimiento otorgado sobre la posesión, la propiedad, el patrimonio, y, en general, la libertad personal (incluyendo la libertad sexual) y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones) cuya comisión dolosa es fuertemente discutida.⁷⁰

3.1.8. Ineficacia del Consentimiento.

Se debe negar eficacia a los delitos de encuentro⁷¹, y en aquellos cuya pertenencia del bien jurídico corresponde a la sociedad o en bienes que pertenecen al Estado, a los cuales Cobo del Rosal llama delitos contra la comunidad⁷² y Muñoz Conde, los denomina delitos vagos o con intereses difusos,⁷³ lo mismo debe suceder cuando se trate de bienes jurídicos, cuyos titulares sean varios y falte el consentimiento de uno de ellos.⁷⁴

3.1.9. Perdón del Ofendido y Bien Jurídico frente al Consentimiento.

El consentimiento no debe confundirse con el perdón del ofendido, que se otorga posterior a la conducta que ha lesionado el bien tutelado, en cuyo supuesto el daño se causa sin que la víctima haya dado su asentimiento, por razones de política criminal las normas penales y procesales validan, ya sea, en el tipo o en disposiciones procesales el perdón, sobre todo frente a la lesión de bienes cuya jerarquía es de poca entidad, dando lugar a la extinción de la responsabilidad penal por haber mediado el perdón del ofendido, lo cual sucede ex post. En tanto que el consentimiento se otorga ex ante.

⁷⁰ Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de derecho penal. Parte general, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990. P. 156.

⁷¹ Jescheck Hans, Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Cuarta edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Edit. Comares. Granada 1993. P. 326.

⁷² Cobo Del Rosal, Manuel y Vives Antón. Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988. P. 376.

⁷³ Muñoz Conde, y García Arán, Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 242

⁷⁴ Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 182.

Otra diferencia es que el consentimiento pertenece al derecho sustantivo, y el perdón del ofendido corresponde al derecho adjetivo. Finalmente, debemos señalar que cuando no existe el bien jurídico la lesión que se intenta por el actor de la conducta resulta frustrada por circunstancias ajenas, en algunos casos al autor y en otros al objeto o sujeto de ataque, como sucede en todos los casos que se incardinan bajo la denominación del “delito imposible”; así por ejemplo en la corrupción de menor el bien jurídico no se dañaría si el autor de la conducta induce a un menor al uso de enervantes, cuando éste lleva años haciendo uso de todo tipo de sustancias dañinas para la salud, o cuando A pretende privar de la vida a B y al agotar los actos el autor se percata que B tenía horas de haber perdido la vida.

3.1.10. Objeto Material.

El objeto material del delito comúnmente lo identificamos con el elemento objetivizado por el autor, para realizar a través de él el daño que se pretende al bien jurídico.

El objeto material se identifica con el objeto corporal o material hacia donde se realiza la acción.

3.1.11. Diferencia entre Objeto Material y Bien Jurídico.

No debemos confundir objeto material con bien jurídico, u objeto jurídico, cuando se habla del objeto material del delito, se designa el objeto corporal externo, sobre el cual se realiza la acción, y cuando nos referimos al bien jurídico lo identificamos como el objeto de protección. La conducta como fenómeno que modifica el mundo exterior recae por regla general, en objetos sensibles, en personas o cosas. Pero no siempre ocurre así, pues esa modificación del mundo exterior puede recaer en objetos que están fuera del ámbito naturalístico de la realidad y afectar, de un modo exclusivo, complejos de valores.⁷⁵

⁷⁵ Mezger, Edmundo. Tratado de derecho penal. Parte general, Cárdenas Editores, México, 1980, p. 383.

A nuestro juicio, en los delitos de resultado se recoge con claridad el objeto material que puede ser personal o real,⁷⁶ el objeto material es cualquier persona o cosa, como sucede en el delito de robo, donde el objeto material se identifica con el bien mueble materia del apoderamiento, en tanto que el bien jurídico será el patrimonio de la víctima, o en el delito de despojo cuyo objeto material será el bien inmueble materia de este delito, mientras que el bien jurídico será la posesión, así, en el delito de homicidio la muerte de la persona constituye el objeto material y el bien jurídico afectado es la vida.

3.2. EL CONCEPTO PENAL DE PROPIEDAD.

Esa protección de la ley penal no se reduce a la propiedad en el sentido de dominio de la ley civil, sino que se extiende a los que le otorga los derechos constitucionales (aunque no todos están de acuerdo en esto), que comprende no sólo el dominio y demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales (obligaciones). La protección penal se extiende, pues, tanto a la tenencia, posesión, dominio y demás derechos reales, cuanto al poder sobre las cosas procedente de otros títulos o de situaciones jurídicas que conceden facultades idóneas para aumentar los bienes de una persona, ya se encuentren dentro del patrimonio del sujeto, ya operen todavía como expectativas ciertas (p.ej., derecho al pago de una indemnización por daños), en tanto pertenezcan a una determinada persona física o jurídica. Y más todavía, la ley penal no titubea en proteger la pertenencia que tiene origen en un título vicioso y hasta ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a la pertenencia inválida o ilegítima (p.ej., al ladrón se le puede hurtar la cosa que él, a su vez, hurtó, cuando el que se la quita no es el legítimo tenedor anterior de ella).

⁷⁶ Ibidem.

3.3. PROPIEDAD COMÚN Y ESPECIAL. OBJETOS DE LOS DELITOS.

Pero en el Código Penal vamos a encontrar exclusivamente la protección de la llamada propiedad común. La especial (derechos intelectuales: ideas, inventos, patentes, etc.), queda reservada a la protección de leyes especiales (p.ej., ley de propiedad intelectual), procedimiento legislativo que viene impuesto por la naturaleza de los pertinentes derechos.

De lo dicho se infiere que los bienes mencionados en los distintos delitos contra la propiedad son los que poseen la característica de ser apropiables por determinadas personas con exclusión de otras, en cuanto tienen naturaleza económica, aunque su valor sea exiguo en relación al cambio, como se analizó al tratar del hurto.

3.4. CARACTERÍSTICA COMÚN DE LAS ACCIONES TÍPICAS.

Se ha indicado que el resultado común de los delitos contra la propiedad no es el de alterar el patrimonio del sujeto pasivo, sino el de disminuirlo (Soler),⁷⁷ reduciendo su activo o aumentando su pasivo. Esto es exacto si se consideran en sí los hechos constitutivos de las acciones típicas, aunque, en algunos casos, por actos anteriores, posteriores o concomitantes el agente compense la pérdida experimentada por ese patrimonio al consumarse el delito (p.ej., quien deseando apoderarse de una cosa de escaso valor de un tercero, sin producirle un detrimento económico, le hace una donación de bienes de superior valor y luego se apodera de la cosa: la donación aumentó el patrimonio del sujeto, pero al quitársele la cosa igualmente se produce una disminución de él).

⁷⁷ Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

3.5. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

La multiformidad de los delitos contra la propiedad indujo a los tratadistas a proponer clasificaciones de distinta índole. Carmignani siguiendo a los comentaristas del derecho romano, los distinguía por la naturaleza de los bienes (delitos que atacan la propiedad de in-muebles, de muebles y de semovientes);⁷⁸ Carrara prefería clasificarlos por la índole de la motivación del agente (avidez de lucro, venganza); no pocos -y cada vez se acentúa más esta tendencia en la doctrina- los agrupan por el modo comisivo (fuerza, violencia, fraude, intimidación). Pero, sin duda alguna, la única clasificación que permite seguir idóneamente los esquemas de la ley es la que atiende al núcleo de las acciones descritas en los tipos fundamentales; tenemos así un grupo de delitos constituidos por la acción de apoderarse de la cosa quitándosela a quien la tiene (cosas muebles) o excluyendo de ella a quien la ocupa (cosas inmuebles); otro constituido por la acción de hacerse dar la cosa, obligando a quien la tiene (extorsión) o engañándolo (defraudación); otro constituido por la acción de quedarse con la cosa (abuso de confianza o de situaciones, p.ej., apropiación de cosas halladas), y un último grupo constituido por la destrucción de la cosa (daño).

A este esquema responden, en general -salvo casos particulares que indicaremos-, los distintos capítulos que informan el título: el primero contempla los supuestos de hurto; el segundo, los de robo (formas de apoderamiento); el tercero, los de extorsión (formas de hacerse dar las cosas por medio de coacción); el cuarto, los de defraudación (formas de hacerse dar las cosas fraudulentamente o abusando de la confianza o de situaciones); el quinto, los de quebrados y deudores punibles (formas en las cuales se conjugan abusos de confianza y de situaciones); el sexto, los de usurpación (formas de apoderarse de inmuebles) y, por fin, el séptimo, los de daño (que son formas de destruir la cosa). La usura, sin podérsela encuadrar en este esquema, es, al fin, un abuso de situaciones.

⁷⁸ Carmignani, Giovanni: Criminología – Parte General, España, 1968.

3.6. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

Como se ve, en todos los delitos contra la propiedad, el agente actúa contra la voluntad (explícita o implícita) del sujeto pasivo, o viciando esa voluntad (por fraude o por coacción). Éste es un presupuesto ineludible de los delitos contra la propiedad; el consentimiento del sujeto pasivo, prestado sin vicio alguno, es jurídicamente válido en esta materia (a diferencia de lo que ocurre en otros títulos), puesto que se trata en ella de bienes jurídicos renunciables, y elimina la tipicidad de la conducta del agente, pese a su configuración, de acuerdo con las distintas tipicidades. Aunque tal afirmación es sólo relativamente cierta en la usura, ella no deja de ser una forma de coacción en ciertos casos.

3.7. IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS BÁSICOS DOMICILIARIOS.

Se podría decir que las empresas prestadoras de servicios públicos, tienen una responsabilidad social aún más directa que el resto de las entidades privadas, ya que ellas trabajan con bienes básicos para la vida humana, como lo son la electricidad, las telecomunicaciones y por sobre todo el agua y los servicios sanitarios. Por un lado esta importancia de los servicios que presta justifica el mismo hecho de que sean reguladas por el gobierno, y que sus precios sean fijados, por otro lado también son fundamento de su mayor responsabilidad social, su deber de dar respuesta a los problemas sociales, y sobre todo el tener una relación más profunda y directa con sus clientes.⁷⁹

La sociedad pueden de muchas formas colaborar a la corrección de las asimetrías de la información, dotar de mayor información y transparencia a los procesos, no generar presiones al regulador, y así también puede colaborar y facilitar que los consumidores se vean fielmente representados.

⁷⁹ Lledó, Ignacio: Servicios básicos, Responsabilidad social Compartida, Septiembre 2008.

La participación de los consumidores en la regulación de mercados de bienes básicos domiciliarios, y específicamente en el proceso de fijación tarifaria, es una incursión en esferas de deliberación pública, para la que resultan claves la formación de consumidores informados y responsables, capaces de tomar parte, democrática y colectivamente en dichos procesos.

Por otra parte es importante que los intereses directos o inmediatos de los consumidores estén representados en estos procesos, porque si bien el Estado, como ente regulador, protege el interés público y éste incluye el interés de los consumidores, el regulador debe construir una ecuación entre el interés de los usuarios por obtener tarifas bajas, el aseguramiento de prestaciones de calidad por parte de la empresa, la inversión en desarrollo y el incentivo de la rentabilidad de la actividad. De estas consideraciones deriva la conveniencia de que junto con el interés privado de las empresas, y el del regulador en el bien común, concorra el de los consumidores o usuarios.

Actualmente, en la totalidad de los países en que existe una regulación del mercado de los servicios básicos domiciliarios, ha nacido la necesidad de incorporar mecanismos de participación de los consumidores, y ésta se ha manifestado como una demanda desde la sociedad civil por una mayor transparencia en los actos de los reguladores y por la creación de instancias para incidir en las decisiones del regulador, en razón de sus propios intereses.

Por otra parte también estos servicios son considerados como bienes jurídicos, con los mecanismos correspondientes de protección y defensa.

3.8. CASOS DE HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y CONEXIONES CLANDESTINAS.

3.8.1. Conexiones Ilegales de tv Cable Cotel.

Según Eduardo Lehm, vicepresidente del Consejo de Vigilancia de la empresa de servicio. La Cooperativa de Teléfonos Automáticos La Paz (Cotel) realiza operativos

sorpresa para hallar conexiones de televisión por cable ilegales que se hayan instalado en la ciudad.⁸⁰

- El sábado 04 de junio de 2011, fue aprehendido un hombre por haber sido encontrado in fraganti cuando hacía una toma ilegal en Chijini.
- El miércoles 08 de junio de 2011 por la mañana, personal técnico de Cotel se hizo presente en la zona de Miraflores para verificar hechos de hurto de señal de tv cable. La inspección fue en la calle Carrasco, cerca de la avenida Busch.

Por otra parte los robos de materiales y accesorios de las conexiones como las conexiones ilegales afectan en un 90% la mala señal de dicho servicio.⁸¹

3.8.2. Piratería en las señales de tv cable satelital.

En el marco de la legalidad jurídica en Bolivia, sólo 70 empresas que suministran servicios de televisión por cable en los nueve departamentos, pueden operar con el aval de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transporte (ATT). Por otro lado, cientos de hogares en zonas rurales y urbanas tienen señal satelital libre a través de antenas parabólicas comercializadas sin restricción alguna en el país.

En el primer cuatrimestre de 2012, TuVes HD perdió el 15% de abonados en relación al 2011 debido a la internación ilegal de las antenas parabólicas al país. Esto ocasionó un impacto negativo con serias pérdidas en los ingresos de la empresa que brinda servicios de TV por suscripción legal y establecida, precisa Álvaro Cuadros, gerente comercial de Multivisión.⁸²

Refiere que la señal que emite la empresa de TV por cable Telefónica del Perú, cuya señal deriva del Satélite Amazonas de la flota de Hispasat Española, fue decodificada en el

⁸⁰ La Razon: La mala señal de cable se debe al robo de materiales; ciudades, La Razón - Micaela Villa - La Paz, jueves 09 de junio de 2011.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Serrano Raul: ¿Delito? o ¿contrabando? Piratería parabólicas vulneran autorización de la ATT; Conexiones: Nota de Prensa en revista Energy Press, Lunes, La Paz, 18 de Junio, 2012.

vecino país. A partir de la sustracción ilegal de ese código hace años la piratería se apoderó de la señal televisiva afectando a empresas operadoras de TV cable legalmente establecidas en diferentes países.⁸³

Ante esta situación, Cuadros indica que Telefónica debería adoptar el sistema Nagra 3 para terminar con el robo de señal y proteger su codificación.

Esa medida frenaría el daño económico que se está haciendo no sólo a empresas privadas sino también al Estado, dado que estas antenas se comercializan sin factura y sólo dejan ganancias a unos cuantos que importan ilegalmente.

3.8.3. Conexiones clandestinas de agua potable.

La Empresa Pública Social de Agua y Saneamiento (Epsas) implanta una amnistía a 5 mil conexiones clandestinas de agua potable en la ciudad de El Alto. Ha sido calificado como amnistía consiste en la cancelación de 65 dólares americanos o su equivalente en bolivianos que asciende a 461.50 por gastos de obra civil.⁸⁴

A su turno Dalton Luna Román, quien es integrante de la Comisión de Medio Ambiente y secretario de Estadística de la Federación de Juntas Vecinales (Fejuve), manifestó que el convenio fue producto de la inquietud de la institución vecinal.⁸⁵

“Existen miles de conexiones clandestinas que datan desde hace años. Esto se hizo a raíz de la necesidad y la situación económica de las familias”

Ismael Herrera, quien es presidente de la Fejuve de El Alto, reconoció que las conexiones clandestinas, por el material utilizado ponen en riesgo la estructura de las casas vecinas, las cuales registra filtraciones internas, que debilitan la estructura de los suelos.⁸⁶

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ El Diario: Regularizarán conexiones clandestinas de agua potable; Nacional: Epsas y Fejuve, La Paz, 10 de octubre de 2008.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

Sin embargo tal cantidad de conexiones clandestinas (5.000), ocasionan un gran daño a la economía y grandes perjuicios para el aprovisionamiento de este vital elemento, como además de lo mencionado afectan a la propiedad real de los vecinos.

3.8.4. Conexiones clandestinas de energía eléctrica.

Las conexiones clandestinas, o conocidas también por "jaladas de cable", se convierten en un dolor de cabeza para las empresas que tienen que ver con el tendido de energía u otros servicios por cables, quienes deben lidiar constantemente con vecinos y usuarios que recurren a la irregularidad para beneficio propio o por necesidad.⁸⁷

En el caso del servicio de energía eléctrica, en pocas ocasiones los "infractores", logran ser sancionados legalmente, mientras que la empresa de energía, debe esmerarse para que los infractores paguen lo robado, donde se estima que las pérdidas que deja esta acción significa por lo menos alrededor de los 600 mil bolivianos.⁸⁸

3.8.5. Obras de control de conexiones clandestinas.

El gobierno Autónomo Municipal de La Paz, al tiempo de realizar obras realiza excavaciones para verificar conexiones clandestinas de alcantarillado, agua potable y conexiones de energía eléctrica.

En esta excavación se encontraron varias tuberías para la conexión de agua potable y alcantarillado en desuso, al igual que tubos de energía eléctrica. Por ello, se determinará en los próximos días si se trata de conexiones clandestinas.⁸⁹

⁸⁷ El sol de Santa Cruz: Roban luz y tv cable; nota: Revista de economía de Santa Cruz, 22 de octubre de 2012.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ GMALP: Cavan zanjas en la Sagárnaga para revisar las conexiones de los servicios; Boletín Informativo: La Paz, may. 11/2012 (SIM/GAMLP).

Por otra parte, se analizará junto a las autoridades de las empresas que prestan estos servicios (Epsas y Electropaz), la renovación de estas tuberías. Aún no se conoce el porcentaje que será renovado, ello se determinará tras la evaluación y reuniones permanentes conjuntas, a medida que avance este trabajo. Sólo el trabajo de revisión y renovación de las conexiones de los servicios básicos, tomará casi tres meses, de los cinco de ejecución de esta obra.

La conexión de estos servicios, agua potable, alcantarillado y energía eléctrica será subterránea, por lo que en los siguientes días también se iniciará la revisión de las conexiones de Electropaz.

En esta obra se invertirá 850 mil bolivianos, de los cuales el 80 por ciento es financiamiento de la cooperación española y el restante 20 por ciento, es la contraparte municipal.⁹⁰

⁹⁰ Ibidem.

CAPITULO IV

4. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA LEGAL QUE RIGE LA IMPORTANCIA DE LOS SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS, INHERENTES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

4.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PROMULGADO POR EVO MORALES AYMA PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA APROBADO POR EL PUEBLO BOLIVIANO A TRAVÉS DEL REFERÉNDUM DE FECHA 25 DE ENERO DE 2009 Y QUE ENTRO EN VIGENCIA EL 7 DE FEBRERO DE 2009.

Es importante primero analizar la naturaleza jurídica del derecho a los servicios básicos que se encuentran consagrado en la Constitución Política del Estado, a tal efecto señalamos que inicialmente la consigna en el Capítulo Segundo de DERECHOS FUNDAMENTALES de las personas.

Una de las particularidades de las garantías constitucionales es la protección de los derechos que son reconocidos constitucionalmente, tal el caso del derecho a la propiedad al trabajo, a los servicios básicos (que es objeto de estudio del presente investigación), y derechos de los usuarios. Estos derechos no pueden ser negados,

vulnerados, ni mucho menos ser entendidos como negación de otros derechos no mencionados y sujetos a regulación, tal cual lo expresa:

Artículo 13.

I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

Análisis Legal.- Al respecto el Estado da las garantías constitucionales a la protección de todos los derechos sin discriminación alguna ya sea de forma individual o colectiva, la cual también esta circunscrita a los derechos de la personalidad, como sujetos de derecho y la protección jurídica de los bienes tutelados por las leyes, así lo determina:

Artículo 14.

II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras

que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

III. *El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.*

Análisis Legal.- No es excluyente al respecto el derecho constitucional del acceso a los servicios básicos, y que el Estado debe garantizar su aprovisionamiento, como también prever que este no sea objeto de actos que afecte hasta las últimas instancias, tal el caso de quiebra o desabastecimiento, por lo cual es deber fundamental del Estado proteger y precautelar este tipo de bien jurídico:

Artículo 20.

I. *Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones.*

II. *Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social.*

III. *El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.*

Análisis Legal.- La inclusión del derecho a los servicios básicos como derecho fundamental de las personas y de cada individuo de la sociedad, así establecida en nuestra actual C.P.E., reconociendo de esta manera los derechos de tercera generación como son los ya enunciados, y que en virtud al cual se le impone al Estado la

obligaciones de respetar, proteger y garantizar o materializar medidas necesarias destinadas a garantizar el buen servicio, el adecuado aprovechamiento, y no solo eso sino también de precautelar la protección de los mismos ya que día a día, estos servicios básicos son vulnerados a través de conexiones clandestinas e ilegales. Por tanto el Estado está en la obligación de crear mecanismos de prevención y protección de estos servicios básicos; a través de la implementación de mecanismos sancionatorios para no dejar estos hechos ilegales en la impunidad y en casos de reincidencias establecer sanciones correspondientes, tomando en cuenta los arts.20,25,26,27,37 y 38 de la normativa sustantiva penal boliviana.

Al respecto si bien es cierto que en el caso de los servicios básicos, ya sean estos prestados por empresas privadas y públicas estas están sujetas a exigir y demandar sus peticiones en los casos en los que se vulnera ciertos derechos, donde aún existen vacíos jurídicos para su protección y pronta respuesta, tal cual lo instituye:

Artículo 109.

- I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.
- II. Los derechos y sus garantías sólo podrán ser regulados por la ley.

Análisis Legal.- Ahora bien, cuando se vulnera un derecho aunque no sea enunciado y por ende no significa su negación del mismo, esta vulneración debe ser reparada (reparación del daño causado), pero esto no prevé que dicho acto vuelva a ser cometido continuando dicha vulneración del derecho.

Tal el caso del servicio básico, que día a día son vulnerados por las conexiones clandestinas y por defecto ilegales, siendo que no existe un figura adecuada y que en vista de que la normativa legal, concretamente la Norma Sustantiva Penal Boliviana no responde a los preceptos constitucionales que rigen nuestra actual C.P.E., de esta manera es evidente que la Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997, no prevé una figura específica para sancionar este tipo de hechos ilícitos por tanto delictivos, de esta manera

quedando de manera flagrante en impunidad a los autores que se dedican a realizar este tipo de hechos ilegales, y a demás que estas medidas sea preventiva, y en caso de reincidencias se establezca las a sanciones adecuadas y correspondientes mediante la coerción por parte del Estado, tal cual lo establece:

Artículo 113.

I. *La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.*

Análisis Legal.- Es así que el Estado dentro de las garantías constitucionales, establece la protección jurídica de un bien jurídico protegido, ya sea un objeto, patrimonio o de forma subjetiva, y a eso no se debe negar que los servicios básicos, constituyen un bien (cosa mueble), y estos deben ser protegidos no solo en materia civil, sino que también es necesario ampliar dicha protección en materia penal, es así que dentro de las garantías jurisdiccionales tenemos:

Artículo 115.

I. *Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.*

II. *El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.*

Análisis Legal.- Por otra parte se tiene que los servidores públicos tal el caso de los servidores encargados de la seguridad de la sociedad y perseguir a quienes infrinjan contra su bienestar (Ministerio Publico, brazo operativo como ser la Policía Boliviana Nacional atreves de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen - FELCC), no tengan los instrumentos necesarios y adecuados, para cumplir con este mandato:

Artículo 175.

- I. Las Ministras y los Ministros de Estado son servidoras públicas y servidores públicos, y tienen como atribuciones, además de las determinadas en esta Constitución y la ley:
3. La gestión de la Administración Pública en el ramo correspondiente.

Análisis Legal.- Todo acto ilícito o que contravenga a la norma y afecte al bien o patrimonio de las personas individuales y colectivas, deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria, para un adecuado esclarecimiento de hechos, pero al no existir una norma que sancione en este caso “EL HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS” tal es el caso de los servicios de energía eléctrica, agua potable, sistema de alumbrado público; redes de distribución de energía eléctrica; y servicios de distribución de telecomunicaciones (Internet, telefonía, tv cable, etc.) escapan a la justicia, tal cual lo establece:

Artículo 180.

- I. La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez.

Análisis Legal.- Al respecto es función del Ministerio Público el defender dichos actos objeto de la presente investigación, para lo cual y dar cumplimiento a lo emanado por la Constitución Política del Estado, es necesario el nacimiento de mecanismos jurídicos e implementar un artículo al Código Penal Boliviano, con el objeto de complementar y reforzar la norma contenida en el art. 326 de la normativa legal referida ut supra; de esta manera puedan perseguir y de cierta forma así prevenir actos y hechos ilícitos como son las conexiones clandestinas y por tanto ilegales, a cuyo efecto se las denomina como **hurto de servicios básico y públicos**, mismos que afectan a la misma sociedad en su conjunto, lo cual se encuentra establecido para su persecución en:

Artículo 225.

I. El Ministerio Público defenderá la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercerá la acción penal pública. El Ministerio Público tiene autonomía funcional, administrativa y financiera.

II. El Ministerio Público ejercerá sus funciones de acuerdo con los principios de legalidad, oportunidad, objetividad, responsabilidad, autonomía, unidad y jerarquía.

Análisis Legal.- En base a lo expuesto dentro de los derechos constitucionales es imperante dentro de una sociedad que crece, y consecuentemente crecen las nuevas formas de delitos, y los delincuentes son mas reincidentes por la indulgencia de la sociedad en la aplicación de sanciones.

4.2. CODIGO PENAL BOLIVIANO LEY Nº 1768 DE 10 DE MARZO DE 1997.

Si bien esta normativa legal aplicable está vigente muchos de sus artículos fueron derogados y/o modificados, ninguna de estas modificaciones han tenido alcance al LIBRO SEGUNDO, TITULO XII, DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD, CAPITULO I, HURTO. En el cual se hace una observación minuciosa, y se puede contemplar los siguientes artículos relacionados con el tema de los Servicios Básicos y Públicos:

Artículo 326°.- (HURTO)

El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena, incurrirá en reclusión de un mes a tres años.

La pena será de reclusión de tres meses a cinco años, en casos especialmente graves cuando el delito fuere cometido:

1. *Con escalamiento o uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa, objeto de la sustracción.*
2. *Con ocasión de un estrago o conmoción popular.*
3. *Aprovechándose de un accidente o de un infortunio particular.*
4. *Sobre cosas de valor artístico, histórico, arqueológico o científico.*
5. *Sobre cosas que se encuentran fuera del control del dueño.*
6. *Sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.*
7. *Sobre cosas de una iglesia o de otro edificio o local en los que se profesa culto religioso.*

Artículo 330°.- (SUBSTRACCION DE ENERGIA)

El que sustrajere una energía con valor económico, usándola en beneficio propio o de un tercero, incurrirá en multa de treinta (30) a cien (100) días.

Análisis Legal.- En tiempo de aplicación del Nuevo Código Penal Boliviano han detectado varios casos, que revisten gran relevancia, en los que ha existido alteración de conexiones clandestinas por tanto ilegales, que afectan no solo a los proveedores en detrimento de su propia economía, sino también a la sociedad en su conjunto, ya que por la cual se ocasiona deficiencia en el servicio brindado por los proveedores; es por eso que el Estado debe garantizar su normal aprovechamiento ante personas que de manera inescrupulosa hurtan dichos servicios básicos a través de conexiones clandestinas e ilegales, vulnerando de esta manera preceptos constitucionales, como la inclusión del derecho a los servicios básicos como derecho fundamental de las personas y de cada individuo de la sociedad, establecida en nuestra actual C.P.E.

Por tanto es función del Estado el defender y precautelar, siendo necesario crear un mecanismo jurídico para sancionar estos actos y hechos delictivos, como lo son las conexiones clandestinas e ilegales objeto de la presente investigación, para lo cual y así poder dar cumplimiento a lo emanado por la Constitución Política del Estado; de esta

manera puedan perseguir y de cierta forma así prevenir actos y hechos delictivos como son las conexiones clandestinas y por tanto ilegales, a cuyo efecto se las denomine con el nomen juris **HURTO DE SERVICIOS BÁSICO Y PÚBLICOS**.

CAPITULO V

5. PROPUESTA DE MECANISMO LEGAL, MEDIANTE UN PROYECTO DE LEY

5.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

En tiempos de la aplicación del Nuevo Código Penal Boliviano en nuestro contexto socioeconómico y jurídico se han detectado varios casos, que revisten gran relevancia, en los que ha existido alteración en cuanto al uso de los servicios básicos y públicos, por medio de conexiones clandestinas por tanto ilegales, sin respetar y vulnerando de manera flagrante los preceptos constitucionales así como lo establece en sus Art. 20 numerales I al III de la Constitución Política del Estado, al referirse sobre los derechos de acceder a los servicios básicos en general, pero en específico a aquellos que son de primera necesidad para la satisfacción de necesidades como son estos a todo individuo habitante y estante de este estado.

Estos hechos ilícitos se han hecho evidentes a toda la opinión pública del país por los medios orales, escritos, y televisivos, por lo que esta situación ha preocupado enormemente a la Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional de Bolivia,

Realizando un exhaustivo examen de las previsiones contenidas en el Libro Segundo, Título XII, Delitos Contra la Propiedad, Capítulo I del Código Penal Boliviano, ha llegado a evidenciar la existencia de un vacío legal en esta norma general, referida principalmente sobre el delito de Hurto, en la cual se observa deficiencias y lagunas respecto al mismo.

Que, el hurto de servicios básicos y públicos tal el caso de los servicios de energía eléctrica, agua potable, telecomunicaciones, etc., cuya aprovisionamiento también es considerado un Derecho Humano, es vulnerado, ya sea por la mala educación ciudadana,

que afecta al aprovisionamiento de las personas que si acceden a dichos servicios de forma licita, pero sobretodo afecta económicamente a las empresas ya sean privadas o públicas, que obstaculizan un adecuado funcionamiento operativo, administrativo y financiero que da acometida a estos servicios para con la sociedad.

Fomentar la cultura del pago y frenar el hurto de los servicios básicos son las razones que deben impulsar a incluir políticas para sancionar e implementar mecanismos legales para sancionar este tipo de actos. Considerándose la propuesta es importante porque ayudará a controlar las instalaciones clandestinas y a reducir la brecha existente entre el agua que se entrega a las ciudades y la que se cobra, como asimismo la cantidad de energía eléctrica que es destinada a conexiones clandestinas, lo cual es un daño para la sociedad.

No solo basta con sancionar dichas actitudes delictivas como un hurto simple, y es necesario crear un articulado exclusivamente la cual sancione la actitud típica como tal, y no solamente en los casos de quebrantamiento y de escases.

Realizando una observación empírica del desenvolvimiento de denuncias realizadas sobre el Hurto de Servicios Básico y Públicos, la falta de tipicidad del mismo; se ha evidenciado que se ha presentado en el país dentro de la administración de justicia estos graves problemas que demuestran estos graves problemas que demuestran que las disposiciones vigentes en el art. 326 Hurto del Código Penal Boliviano, resulta insuficiente, existiendo un vacío legal con referencia a lo ya mencionado como es el Hurto de Servicios Básico y Públicos. Por este motivo, resulta ineficaz la norma, imponiéndose de forma imperativa la complementación de este artículo con la creación de un nuevo artículo (326 Bis.), que tipifique y sancione como hecho punible, a todo acto o hecho ilícito e ilegal de conexiones clandestinas, por tanto hecho delictivo, de esta manera reforzara la protección y garantizar el normal aprovechamiento de los Servicios Básico y Públicos, que considerando que no se encuentra tipificado en el Código Penal Boliviano, dándole la debida seriedad que le corresponde y ante todo evitar la impunidad de este tipo de hechos ilícitos, por tanto hechos delictivos.

5.2. PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY

ANTEPROYECTO DE LEY LEY DE TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE HURTO DE SERVICIOS BÁSICOS Y PÚBLICOS

LEY No.

JUAN EVO MORALES AYMA:

**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE
BOLIVIA**

Por cuanto la Honorable Asamblea legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:

CONSIDERACIONES:

Considerando:

Considerando, que es función fundamental del Estado el de garantizar el aprovisionamiento adecuado de los servicios básicos de suministro de agua potable, energía eléctrica, gas domiciliario y telecomunicaciones.

Considerando:

Considerando, que es importante garantizar los servicios básicos enunciados como bienes jurídicos, de importancia para la sociedad. se tiene como objetivo específico el fortalecimiento de normativa necesaria para que los servidores públicos encargados de la seguridad y su bienestar de la sociedad como lo son: Ministerio Público y su brazo operativo - Policía Boliviana Nacional a través de la Fuerza Especial de Lucha Contra el Crimen - FELCC y su respectiva división (División Delitos Contra la Propiedad), cuenten con una normativa legal adecuada para la persecución penal de aquellas

personas que infrinjan esta disposición legal a través de conexiones clandestinas que dan paso al hecho delictivo de Hurto de Servicios Básico y Públicos.

Considerando:

Que, el Hurto de estos servicios básicos y públicos, repercute en la calidad de dichos servicios, afectando al conjunto de la sociedad.

Que, es deber fundamental del Estado dar la protección jurídica ante acciones de Hurto de dichos servicios, tal el caso de conexiones clandestinas.

Que, se debe sancionar, a quienes incurran en actos ilícitos, que afecten los servicios básicos y públicos, para garantizar el adecuado acceso a los mismos en condiciones de equidad e igualdad.

Considerando:

Que, es importante garantizar la seguridad jurídica de las empresas privadas y públicas, que ofrecen servicios básicos y públicos; mediante la tipificación del Delito de Hurto de Servicios Básicos y Públicos a través de sanciones de tipo penal como mecanismo de protección y prevención ante estos actos y hechos delictivos de conexiones clandestinas de servicios básicos y públicos.

Que, respetando la primacía de la Constitución Política del Estado sobre todas las leyes, por lo tanto se basará principalmente en los principios de “Derechos Fundamentales y Garantías”, como son el Derecho al uso universal y equitativo a los Servicios Básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, consagrados en el Artículo 20 numerales I al III y el Artículo 13, Artículo 14: II a III, Artículo 20, Artículo 109: I a II, Artículo 115: I a II, Artículo 175: I, (3), Artículo 180: I y el Artículo 225: I de la Constitución Política del Estado Plurinacional, Ley de 07 de febrero de 2009.

Considerando:

Que, por lo expuesto es deber primordial de la Asamblea Legislativa del Estado Plurinacional, complementar el artículo 326 (Hurto) del Nuevo Código Penal Boliviano,

Ley N° 1768 de 10 de Marzo de 1997, a través de la creación de un artículo específico que es el artículo 326 Bis. (Hurto de Servicios Básico y Públicos).

POR TANTO:

La Honorable Asamblea Legislativa Plurinacional del Estado Boliviano

DECRETA:

Artículo 1°.- (Objeto).- La presente ley tiene por objeto incorporar la figura de hurto de servicios básicos y públicos de energía eléctrica, como delito contra la propiedad.

Artículo 2° (Modificaciones).- Modifíquese en el Libro Segundo, Título XII, Capítulo I, el Artículo 236, de la ley N° 1768, quedando redactado con el siguiente texto:

ARTÍCULO 326°.- (HURTO).

El que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble ajena, incurrirá en reclusión de un mes a tres años.

La pena será de reclusión de tres meses a cinco años, cuando el delito fuere cometido:

- 8. Con escalamiento o uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante, para penetrar al lugar donde se halla la cosa objeto de la sustracción.*
- 9. Con ocasión de un estrago o conmoción popular*
- 10. Aprovechándose de un accidente o de un infortunio particular*
- 11. Sobre cosas de valor artístico, histórico, arqueológico o científico,*
- 12. Sobre cosas que se encuentran fuera del control del dueño,*
- 13. Sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento. A excepción de los servicios básicos, sancionados en el artículo 326 bis.*
- 14. Sobre cosas de una iglesia o de otro edificio o local en los que se profesa culto religioso.*

Artículo 3° (Incorporaciones a la Ley N° 1768).- Incorpórese el Artículo 326 Bis, al código Penal Boliviano, Ley 1768, la misma que queda redactado con el siguiente texto:

Artículo 326 Bis.- El que se apoderare ilegítimamente de los servicios básicos de energía eléctrica, agua potable, alcantarillad y telecomunicaciones, por medio de conexiones clandestinas, incurrirá en reclusión de seis meses a cinco años.

Para fines de su promulgación y vigencia, remítase a conocimiento del Órgano Ejecutivo.

Dada en la sala de sesiones del Órgano Legislativo Plurinacional del Estado Boliviano.

Fdo. Presidente Cámara de Senadores

Fdo. Presidente Cámara de Diputados

Fdo. Senador Secretario

Fdo. Diputado Secretario

POR TANTO, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia

Fdo. JUAN EVO MORALES AYMA
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL
DE BOLIVIA

**CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES**

CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto en la presente investigación se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Por nuestra parte, podemos señalar que, la protección penal de bienes obedece a la necesidad de garantizar, socialmente (significancia social), los derechos esenciales del hombre y, en el ámbito de lo personal (significancia personal), los que le son inherentes, así como, aquellos que va adquiriendo en el ámbito de lo material (propiedad, posesión), de su situación civil de su cultura y costumbres, por lo tanto, no se puede plantear, de manera general, qué bienes son disponibles y cuáles no, ya que existen bienes jurídicos irrenunciables como la vida y otros que pueden ser renunciables dentro de cierto límite, ya que su disponibilidad obedece, como se mencionó, a factores de distintos órdenes.
- De la gama tan amplia de bienes que el hombre tiene protegidos a través del derecho penal, existen algunos que no son disponibles por las razones que a continuación se mencionan:
 - Sobre la naturaleza del bien sujeto a disponibilidad es claro, como venimos sosteniendo, que, el consentimiento no puede operar para todos los intereses tutelados por el Derecho, sino, solamente, con relación a algunos de ellos, para lo cual, el principio de la naturaleza unitaria de la antijuridicidad puede servir de criterio rector, en el sentido de que, únicamente, se podría disponer de aquellos bienes que, afectando intereses privados, no tengan repercusión en el ámbito social por la afectación que sufriría la norma de cultura.
- Consiste el delito de hurto en el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, ajena en todo o en parte, que, a diferencia del robo, es realizado sin fuerza en las cosas, ni violencia o intimidación en las personas. El hurto se considera falta o delito en función del valor económico de lo hurtado.

- El hurto de servicios básicos, ocasiona grandes pérdidas económicas a los proveedores de dichos servicios, además de que esta situación afecta en la calidad de servicios de quienes de verdad acceden a los mismos de forma lícita.
- Dentro del análisis de la normativa que protege los bienes jurídicos y las garantías constitucionales, estas protegen a los servicios básicos además de garantizar su suministro, donde al respecto en caso de las conexiones ilegales o clandestinas vulneran un adecuado acceso al mismo.

Estos aspectos hacen que sea necesaria la creación de mecanismos jurídicos que sancionen el hurto de los servicios básicos mediante conexiones clandestinas, ya que por una parte afecta a un bien jurídico y por la otra alteran el adecuado funcionamiento de dichos servicios, perjudicando a l resto de los usuarios.

RECOMENDACIONES.

Las recomendaciones que la investigación amerita son las siguientes:

- Apoyar la iniciativa para amparar y que sirva para que los abonados que hurten servicios básicos no reincidan
- La única forma de poner un freno, es el juicio penal y las medidas coercitivas; y aunque no lo observa como la salvación de los problemas, “al menos hará pensar dos veces a quienes hurten dicho bien jurídico”.
- Las medidas penales al menos infundirán miedo y bajarán los índices de hurto de energía eléctrica, agua potable y telecomunicaciones, ya que son las mas vulnerables.
- Que en el caso de las defraudaciones en el sector surge una duda: si considerar, o no, como servicio público la operación de las terminales de servicios de energía eléctrica, agua potable y telecomunicaciones.
- Los problemas más graves en el hurto de agua potable son las conexiones c que afectan a terceros, tal el caso de las viviendas de sus vecinos que producen humedad en los suelos y producen debilitamiento de muros y cimientos.
- En el caso de las telecomunicaciones y energía eléctrica, donde hay muchos mecanismos de defraudación, donde por el daño no solo se pague de forma civil y sea con reclusión para el infractor porque, ahora existen sanciones que incluyen prisión, pero también hay derecho a fianza.

Partiendo de lo expuesto es que recomiendo la puesta en marcha o la búsqueda de mecanismos jurídicos y políticas para que este tipo de bienes sea protegido y sancionado por la vía penal bajo el denominativo de hurto de servicios básicos, tal cual se plantea en el capítulo V de la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA.

- Álvarez García, Francisco Javier. “Bien jurídico y Constitución”. Cuadernos de política criminal. No. 43, Madrid, 1991.
- Antón Oneca, José, Derecho Penal, Segunda edición. Anotada y corregida por Hernández Guijarro, José y Beneytez Merino, José, Edit. Akal/Iure Madrid, 1986.
- Antolisei, Francesco. “Il problema del bene giurídico” en Rivista Italiana di Diritto Penale, Edit. Giuffre, Milano, 1939.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, Principios de derecho penal. Parte General, segunda edición. Edit. Akal, Madrid, 1990
- Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial. Edit. Ariel, Barcelona, 1982
- COUTURE, Eduardo J.: Vocabulario Juridico, Editorial: DEPALMA, Bogota, 2000.
- Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón. Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Madrid, 1988.
- Cossio, Carlos: La valoración jurídica y la ciencia del derecho, 2da. ed., Arayú; Buenos Aires – Argentina, 1954. Fontan Balestra, Carlos: Derecho Penal, Parte Especial, Temis, 1992.
- Creus, Carlos. Ideas penales contemporáneas, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1985.
- González Ferrer, Campo Elías. Tipo e injusto. Publicación del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Panamá, Panamá, 1979
- Gottl Heinecio J. Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta. Traducción Don Luis de Collantes, revisada de nuevo por Don Vicente Salva, 2da. Edición, tomo primero, París, Librería de Don Vicente Salva, 1847.
- Ibarra Mares, Alberto: Introducción a las finanzas públicas, Cartagena de Indias Colombia, Diciembre 2009.

- Jescheck Hans, Heinrich. Tratado de derecho penal, parte general. Traducción y adiciones de derecho penal español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Volúmen primero. Editorial Bosch, Barcelona 1981.
- Jiménez Huerta, Mariano. La antijuridicidad. Imprenta Universitaria, México 1952.
- Lledó, Ignacio: Servicios básicos, Responsabilidad social Compartida, Septiembre 2008.
- Maurach, Reinhart. Tratado de derecho penal, traducción de Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962
- Manuel Ossorio: DICC. DE CIENCIAS JURÍDICAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Editorial: HELIASTA, Argentina, 2002
- Mezger, Edmund: Derecho Penal - Parte General, Editorial bibliográfica Argentina, Argentina, julio 1958.
- Mezger, Edmundo. Tratado de derecho penal. Parte general, Cárdenas Editores, México, 1980
- Muñoz Conde, y García Arán, Derecho penal. Parte general, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993
- ORTIZ ANDERSON, Cesar: El hurto y su evolución histórica, septiembre de 2008.
- Nuñez Ricardo C.: Manual de derecho penal. Parte general, 4ta. Ed., Buenos Aires – Argentina, 1999.
- Palma Alvarado, Daniel: Ladrones: Historia social y cultural del Robo, Facultad de Filosofía y Humanidades - Universidad Alberto Hurtado, Santiago – Chile, 2008.
- Quintero Olivares, Gonzalo, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición. Edit. Marcial Pons, Madrid 1989
- Sala Juan Dr. El litigante Instruido o El Derecho puesto al alcance de todos. Compendio México 1840.
- Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1986.

- Schopenhauer, Arthur, La Sabiduría de la Vida, en torno a la filosofía. Editorial Porrúa, S.A. 2da. Edición, México 1991
- Stella, Federico. “La teoría del bene giurídico. Fatti inoffensivi conformi al tipo”, en Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale, Milano, 1973.
- Vela Treviño Sergio, Antijuridicidad y justificación, Edit. Trillas 2a edición, México, 1986.
- Welzel, Hans. Derecho penal, parte general, traducido por Fontan Balestra y Friker, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956

NOTICIAS PERIODÍSTICAS CONSULTADAS:

- Agencia de noticias GAIA: Malas conexiones y robos, factores que inciden en el derroche de electricidad, La Paz, octubre 27 de 2011.
- Los Tiempos: Denuncian supuesto robo de energía en El Arenal, Santa Cruz – Bolivia, febrero de 2012.
- La Razon: La mala señal de cable se debe al robo de materiales; ciudades, La Razón - Micaela Villa - La Paz, jueves 09 de junio de 2011.
- Serrano Raul: ¿Delito? o ¿contrabando? Piratería parabólicas vulneran autorización de la ATT; Conexiones: Nota de Prensa en revista Energy Press, Lunes, La Paz, 18 de Junio, 2012.
- El Diario: Regularizarán conexiones clandestinas de agua potable; Nacional: Epsas y Fejuve, La Paz, 10 de octubre de 2008.
- El sol de Santa Cruz: Roban luz y tv cable; nota: Revista de economía de Santa Cruz, 22 de octubre de 2012.
- GMALP: Cavan zanjas en la Sagárnaga para revisar las conexiones de los servicios; Boletín Informativo: La Paz, may. 11/2012 (SIM/GAMLPL).

NORMATIVA JURÍDICA CONSULTADA:

- Gaceta Oficial de Bolivia, Constitución Política del Estado Plurinacional, Ley de 07 de febrero de 2009.
- Gaceta oficial de Bolivia, Código Penal, Ley 1768, ley de 10 de marzo de 1997.

ANEXOS

