

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS



ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL DELITO DE
ESTAFA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LIMA, 2021”**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR:

CRUZ CHAVEZ EDUARDO MARTIN

ORCID: 0000-0002-2439-0504

ASESOR:

MG. PANTIGOZO LOAIZA MARCO HERNÁN

ORCID: 0000-0001-6616-0689

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN “DERECHO PENAL, CIVIL Y
CORPORATIVO”**

LIMA, PERÚ

FEBRERO, 2022

Resumen

El presente trabajo de investigación tuvo por finalidad identificar la influencia del principio de la proporcionalidad de la pena en el delito de estafa en el Distrito Judicial de Lima. Donde demostraremos que efectivamente como lo señalamos el principio de proporcionalidad de la pena tiene una incidencia positiva en la determinación de la pena en los delitos contra el patrimonio en su modalidad de Estafa. Para el desarrollo de la presente investigación se ha utilizado el enfoque cuantitativo el mismo que nos permitirá analizar la parte dogmática en la que se funda el principio de proporcionalidad de la pena, dentro del concepto que recogen los señores Magistrados del Distrito Judicial de Lima, quienes viene aplicando en el contenido de las resoluciones que emiten.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad de la pena, Delito de estafa, Engaño

Abstract

The purpose of this research work was to identify the influence of the principle of proportionality of the sentence in the crime of fraud in the Judicial District of Lima. Where we will demonstrate that effectively, as we pointed out, the principle of proportionality of the penalty has a positive impact on the determination of the penalty in crimes against property in its modality of Fraud. For the development of the present investigation, the quantitative approach has been used, which will allow us to analyze the dogmatic part on which the principle of proportionality of the sentence is based, within the concept that the Magistrates of the Judicial District of Lima collect, who has been applying to the content of the resolutions they issue.

Keywords: Principle of proportionality of the sentence, Crime of fraud, Deceit

Tabla de contenido

Resumen.....	iii
Abstract.....	iv
Introducción	1
Antecedentes Internacionales.	4
Desarrollo del tema. Bases teóricas.....	7
Jurisprudencia:	16
Marco Teórico:.....	20
Conclusiones.....	54
Aporte de la investigación.....	56
Recomendaciones	60
Referencias Bibliográficas	61

Introducción

Es común pensar que el derecho penal es el responsable de la protección de bienes jurídicos, por esta razón en nuestro ordenamiento jurídico encontramos ciertos tipos penales que protegen el patrimonio, en este mismo orden de ideas, identificamos en sentido general que patrimonio es todo valor de estimación pecuniaria. En esta ocasión nosotros hemos tratado el delito de Estafa, que es uno de los ilícitos de mayor incidencia delictiva dentro de los delitos contra el Patrimonio, delito que se configura en la realidad concreta cuando el agente haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que éste, en su perjuicio, se desprenda de su patrimonio, entregándolo en forma voluntaria al sujeto activo, en su directo beneficio o de un tercero.

El otro tema abordado, fue el Principio de Proporcionalidad de las Penas, que determina la prohibición de exceso en cuanto al establecimiento de las sanciones, pues estas deben ser proporcionales al daño o delito ocasionado. Este principio debe ser comprendido desde tres directrices: a) Idoneidad, la pena debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido; b) Necesidad, se mide en función a la necesidad de la aplicación de una sanción; y c) Proporcionalidad, debe realizarse un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y la finalidad perseguida, de tal manera que se vislumbre si la pena es acorde a la defensa del bien jurídico protegido que da origen a la restricción.

El principio de proporcionalidad es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, se deben identificar los bienes penalmente protegidos, y los comportamientos penalmente represibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporcionalidad entre la conducta punible y la pena con la que se intenta su prevención, con este trabajo nos encargaremos de demostrar la relación directa entre el delito de estafa y el principio

de proporcionalidad de las penas en el Código penal vigente, en el Distrito Judicial de Lima.

Antecedentes nacionales e internacionales

Antecedentes Nacionales.

Rodríguez (2017) en su tesis titulada “*Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre penalización de los delitos en la provincia de Trujillo*”, sostiene que es preciso y necesario analizar las sentencias condenatorias debido a que en algunos casos, la pena no es aplicada bajo el principio de proporcionalidad; sin embargo, los operadores de justicia están obligados a trabajar bajo este principio. Es por ello que dicho principio es importante para evitar la sobre penalización en ciertos delitos. Su investigación se desarrolló bajo un enfoque descriptivo simple a través del método científico, deductivo e inductivo aplicando el fichaje con una colaboración de 18 sentencias condenatorias, como resultado en la mayoría de casos no se había aplicado el principio de proporcionalidad.

Además señala que en el trabajo se ha investigado el principio de proporcionalidad desde el punto de vista de la dogmática penal, la legislación penal y la jurisprudencia penal. Esto ha permitido analizar adecuadamente las sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, provincia de Trujillo, durante los años 2014 y 2015, cuyo objetivo general es demostrar que la aplicación del principio de proporcionalidad es una alternativa a la sobre penalización de los delitos, como lo ha establecido la jurisprudencia penal peruana en determinados casos. Además, como objetivos específicos: analizar las sentencias condenatorias con la finalidad de identificar la aplicación del principio de proporcionalidad, explicar las ejecutorias supremas y las sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre el principio de proporcionalidad y

advertir a los operadores jurídicos la aplicación de principios del Derecho Penal.

La presente investigación se llevó a cabo analizando una muestra de treinta sentencias condenatorias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, provincia de Trujillo, durante los años 2014 y 2015, y ejecutorias supremas que nos han permitido establecer adecuadamente la determinación judicial de la pena. Esto demostró que sólo diez sentencias condenatorias se aplicó correctamente el principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre penalización de los delitos de robo agravado, violación sexual, entre otros.

Asimismo, se concluyó que en gran medida los Juzgados Penales Colegiados de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, provincia de Trujillo, durante los años 2014 y 2015, no han aplicado el principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre penalización de los delitos; que el sistema de tercios es básicamente legalista y no se aplica el principio de proporcionalidad en sentido material, y que la sentencia casatoria N° 335- 2015 Del Santa es un gran avance para la aplicación de penas por debajo del mínimo legal.

Finalmente, se recomendó mayor casuística en donde se aplique el principio de proporcionalidad, no sólo en los delitos de violación sexual, sino también en los delitos de robo agravado, extorsión, homicidios simples y calificados, violencia y resistencia contra la autoridad, entre otros. Además, la creación del artículo 45-B que establezca expresamente las atenuantes privilegiadas como la tentativa, responsabilidad restringida, complicidad secundaria, entre otros, pero indicado los límites mínimos legales para imponer la pena.

La autora **Ramírez (2016)** en su investigación de optar el grado de Maestro que lleva como título *“La Desproporcionalidad de la Pena en el Delito de Violencia contra la*

autoridad en su Forma Agravada”, responde a la necesidad de determinar si en sanción penal fijada por el legislador en la Ley y aplicada concretamente por el juzgador es proporcional al bien jurídico protegido en el delito de Desobediencia contra la Autoridad en su forma agravada. En este sentido, la formulación de nuestro problema fue el siguiente: ¿De qué manera el artículo 367 del Código Penal que sanciona el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada contiene una pena desproporcionada?, para lo cual proponemos la siguiente hipótesis : Siendo que el inciso 3) del segundo párrafo del artículo 367 del Código Penal, sanciona el delito de violencia contra la autoridad en su forma agravada con una pena superior a la que corresponde a delitos con bienes jurídicos de mayor relevancia social y jurídica, contiene una pena desproporcionada. En este orden de ideas, nos abocamos al estudio de la Doctrina y Legislación para demostrar dicha hipótesis, dado que se han aplicado sentencia de prisión efectiva.

De esta manera se ha logrado concluir que la pena que establece el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho. En este sentido no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito.

Antecedentes Internacionales.

El autor **Alfaro (2017)** en su tesis doctoral titulada *“El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la Jurisprudencia constitucional de Costa Rica”*, tiene como objetivo explicar su método de aplicación y los alcances respectivos, ya que existen casos con limitaciones de derechos

fundamentales, del principio de proporcionalidad, ya que tiene una alta presencia en las sentencias; sin embargo, observamos que hay actos que son declarados como desproporcionales. El principio de proporcionalidad va de la mano con el principio de razonabilidad, un claro ejemplo son los jueces en Estados Unidos que permiten el análisis y control de dicha razonabilidad.

Señalando además que en los últimos años la Sala Constitucional de Costa Rica ha recurrido, cada vez con mayor frecuencia, al uso del principio proporcionalidad para la fundamentación de sentencias en procesos de protección de derechos fundamentales o en la resolución de acciones de inconstitucionalidad. Esa tendencia ha suscitado toda una serie de discusiones en diversos planos, al punto de criticar el contenido jurisprudencial que atiende al uso de dicho principio. Incluso, es posible afirmar que el principio de proporcionalidad ha tomado fuerza en la jurisprudencia constitucional producto de su propia “popularidad”, popularidad que a su vez proviene de sentencias que trascienden a la sociedad civil por medios de la prensa, que hacen eco de medidas o actos declarados “desproporcionales” por parte de la Sala Constitucional.

La constatación de la que se acaba de dar cuenta, ha puesto en evidencia que los operadores jurídicos desconocen la razón de ser y el contenido real de este principio en materia de derechos fundamentales, el cual, en palabras del referente latinoamericano en el tema, Carlos Bernal Pulido, cumple la funcionalidad de estructurar el procedimiento de interpretación del contenido de los derechos fundamentales. Sin embargo, en la jurisprudencia costarricense, tal finalidad no siempre ha estado del todo clara para quienes utilizan el citado principio.

Por su parte **Jiménez (2017)**, en su trabajo de investigación para optar el grado de Doctor

titulada “El Principio de Proporcionalidad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes Penales en Guatemala” explicó que el principio de proporcionalidad representa la democracia y tiene gran relación en el ámbito penal como las penas, muchas veces surge una gran tensión en la legislación penal y derechos fundamentales. Cabe resaltar que se debe respetar el Estado de Derecho en el que se vive, por ende es necesaria la protección de dichos derechos, pero en la legislación guatemalteca no se cuenta con el mecanismo para predeterminar las penas de una manera proporcional porque su Constitución Política no lo establece explícitamente.

En el Estado de Derecho, los derechos fundamentales no revisten sólo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional o de prestaciones efectivas, la faceta de derechos de protección, que exigen conductas positivas del poder público que los garanticen frente a sus propias actuaciones y frente a las acciones de terceros. Desde este punto de vista, toda ley penal aparece como una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales. Por esta vía se sostiene entonces que el legislador penal no sólo puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad de sus medidas (por ejemplo, la vulneración del derecho de libertad a causa de una pena exagerada), sino también porque la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales que se lo ordenan.

De lo anterior se puede concluir que la facultad del legislador para restringir derechos en desarrollo del *ius puniendi*, no es ilimitada. El legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que aparecen así como el fundamento y límite

del poder punitivo del Estado.

Desarrollo del tema. Bases teóricas

Marco Histórico:

Donna (2001. 256). Afirma que: El fraude fue castigado no sólo por el Derecho Romano, de donde, en principio, proviene como figura de los Derechos modernos, sino que también se encontraba legislado en otros países. La ley babilónica de Hammurabi (s. XX a. c), el Avesta Persa, el libro del profeta Amos, el Corán, el Código de Manú, tenían penas severas, en algunas de estas legislaciones, la de muerte. En Roma los antecedentes son el crimen furti, el crimen falsi y el stellionatus.

a) El crimen furti era un concepto amplio del furtum, que englobaba cualquier forma de atentado en contra del patrimonio ajeno, sobre todo el cometido mediante fraude. De modo que furtum, tanto podía ser la apropiación indebida como la sustracción del uso, la violación de la posesión, mediante astucia y engaño.

b) El crimen falsi representaba un conglomerado inorgánico de especies criminógenas diferentes, que dificultaba la determinación de sus elementos. Las falsedades monetarias, documentales, testamentarias, cuyo objeto de lesión era la fe pública, determinaron que el falsum fuera un delito público. Otros delitos se relacionaban con la falsedad, y referentes a contenidos patrimoniales, tenían como elemento común la modificación de la verdad. Se requería un elemento subjetivo del dolo.

c) El stellionatus era un crimen extraordinario, no definido por el Derecho Romano, creado en el siglo II (d.c); comprendía las lesiones patrimoniales fraudulentas no previstas

anteriormente. Carrara afirmaba que la referencia al *stellio*, que era un reptil con colores indefinibles por su variabilidad frente a los rayos del sol, se había hecho por la naturaleza incierta de este delito, que fluctuaba entre la falsedad y el hurto, y por la índole ambigua y astuta que este animal habría tenido. Los casos que entraban en el *estelionato* eran los de vender o permutar una cosa ya obligada a otro, transferir la cosa ya donada al hijo, entregar prendas ajenas. Pero en todo caso el *estelionato* tenía un carácter patrimonial, y por ende privado, de manera que era menos severamente penado que el crimen.

En síntesis, el objeto del delito era el patrimonio; se consumaba con el efectivo daño patrimonial. La tentativa era impune y se exigía un elemento subjetivo del dolo, dirigido a la lesión del patrimonio. En la Edad Media la doctrina creó un nuevo *falsum*, en el que se incluyeron casos de fraude patrimonial.

El *estelionato* tuvo carácter subsidiario, de modo que el *estelionato* medieval, debido a esta confusión de figuras, resultó ser algo distinto a la estafa romana y a la actual.

Los elementos eran determinados con dificultad por la doctrina y el objeto de discusión era el dolo, la modificación de la verdad y el daño. Es la ciencia alemana la que diferencia el fraude de la falsedad. Feuerbach y Wächter definen la falsedad en el siglo XIX, y en 1820 y 1837 Cuccumus aclara el concepto de fraude: "Objeto de fraude no era, según él, el patrimonio en sentido económico, de la víctima, sino la facultad intelectual de ella; para la falsedad no era necesaria la producción del daño, encontrándose el fundamento racional de su incriminación en la lesión de un derecho social, la fe pública". Con el tiempo se fijó el *estelionato* romano diferenciándose de la falsedad.

En verdad, y este punto es importante, la diferenciación posteriormente, la legislación penal

del siglo XIX acepta los criterios modernos en materia de estelionato y admiten los dos elementos: del engaño y del daño patrimonial.

Principio de proporcionalidad de la pena:

Bernal (2014.55). Sostiene que el surgimiento del principio de proporcionalidad como concepto propio del Derecho público europeo se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la ilustración. Como es bien sabido, la visión del mundo propugnada por esta doctrina concebida por el hombre como ser dotado de libertad, un atributo que le pertenecía desde antes de la conformación de las asociaciones políticas.

Beccaria (1982.138). Alega que en favor de la proporcionalidad de las penas cuya principal doctrina fue recogida luego por art. 8° de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano, además, el principio de proporcionalidad se desarrolló notablemente durante este periodo en el Derecho de policía de Prusia.

Mayer. (1940. 31). Sostiene que por efecto de la confluencia de todas las circunstancias, los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto se ensamblaron en un único concepto jurídico, que comenzó a conocerse con el nombre de principio de proporcionalidad en sentido amplio o de principio de prohibición del exceso y adquirió en Prusia el rango de principio del Derecho de la policía.

Bernal (2014.59). Señala que a partir de su consolidación en el derecho prusiano de policía, el principio de proporcionalidad ha conocido una incesante expansión en el derecho público europeo, que lo ha llevado a convertirse en un criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales comunitarios.

Fue así como a lo largo de todo el siglo XX, este principio comenzó a aplicarse en las vías más variadas del Derecho administrativo alemán.

El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo era el fin último del ejercicio de todo poder político y de que cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debía ser proporcionada. A esta circunstancia se sumó la creación de una jurisdicción administrativa independiente, que se valió de manera asidua del principio de proporcionalidad para fundamentar la anulación de las medidas coercitivas que limitan en exceso los derechos individuales.

Desde el final de la segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas. Su aplicación ha proliferado de país en país y se ha difundido a lo largo de diversos campos del Derecho Administrativo. La legislación francesa y Alemana lo aplican continuamente para controlar la legalidad de sus actos administrativos, en especial la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales.

Sandulli. (1995. 360). Sostiene que en el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como un criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los administrativos.

Fassbender. (1998.52). Señala que el principio de proporcionalidad ha venido desempeñando

durante las últimas décadas en el Derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Derecho comunitario los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo recurren con asiduidad a este principio en sus sentencias. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas se emplea para enjuiciar la legalidad de las medidas estatales que intervienen en el libre tránsito de mercancías y de trabajadores a través de los países miembros, para dilucidar los conflictos de competencia que se presentan entre los Estados y las instituciones comunitarias y para decidir sobre la admisibilidad de las intervenciones de las instituciones comunitarias en los derechos fundamentales.

Retortillo. (1998.251). Señala que la continua aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia comunitaria y en las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos humanos ha sido uno de los factores más determinantes de su expansión hacia los más disímiles sectores de los ordenamientos jurídicos europeos. De esta forma, se ha generado un proceso de convergencia inducida entre los sistemas jurídicos de los países de Europa, no solo en los ámbitos del Derecho administrativo y Constitucional, sino también en áreas tales como las del derecho del trabajo.

Aleinikoff (1987.943). Señala que el principio de proporcionalidad ha evolucionado y se ha difundido de manera similar en el ámbito del Derecho constitucional. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha sido precursora en la aplicación de este principio en el control de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. En el campo de aplicación más representativo de este principio en la jurisprudencia del Tribunal germano es el de los derechos fundamentales. La tendencia en la que el principio de proporcionalidad constituye la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control constitucional sobre los actos que intervienen en los derechos fundamentales.

Michael. (2001.866). Sostiene que la doctrina alemana contenida en estos casos ha sido reiterada y complementada por un sin número de sentencias posteriores. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, toda la intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los sub-principios de la proporcionalidad debe ser declarada inconstitucional. Dicha jurisprudencia ha sido emulada por otros tribunales europeos: el francés, el italiano, el portugués, el austriaco, el húngaro, el checo, el esloveno, el de Estonia y el Español y por la jurisdicción suiza. El sometimiento de las intervenciones estatales en los derechos fundamentales al principio de proporcionalidad ha encontrado algunos reconocimientos constitucionales expresos. Entre ellos es pertinente mencionar, además el art. 52.1 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el art. 28.3 de la Constitución de Berna de 1993. Y el art. 18.2 de la Constitución Portuguesa.

García. (1959. 138). Hizo hincapié oportunamente en la trascendencia de la decisión del Tribunal supremo español la fundamentación de la sentencia en la cual se señala que “una extraordinaria importancia en el orden de los principios, por cuanto supone un auténtico juicio sobre la proporcionalidad de medios afines, proporcionalidad que se hace jugar como un límite verdadero de la potestad reglamentaria”. A partir de este momento el autor señala, que toda reglamentación administrativa que restringiese libertades y que no fuese proporcional o congruente con las finalidades perseguidas tendría que ser declarada ilegal.

Torno. (1975. 607). Señala que la doctrina contenida en la sentencia de 20 de febrero de 1959 fue reiterada por otras decisiones judiciales posteriores, proferidas aun en tiempos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la mayor parte de dichas sentencias guardaban relación con el examen de legalidad de las infracciones y las sanciones administrativas.

Barnés. (1994. 531). Señala que es uno “de los principios estelares para el control sustantivo de la discrecionalidad administrativa”. El propio Tribunal Supremo ha señalado que la sorprendente difusión de este principio a lo largo y ancho de su jurisprudencia administrativa se explica en cuanto se trata de un principio en general del Derecho, que resulta vinculante para la administración pública en virtud del artículo 103.1 de la Constitución Española, y por el hecho de que la proporcionalidad de las actuaciones administrativas es un imperativo constitucional que se deriva del artículo 106.1 de la Constitución Española.

Aguado. (2014.32). Señala que, en el artículo 8º de la Declaración de derechos del hombre (1789), se decía “la Loi doit étblir quedespeines strictement nécessaires”. El principio de proporcionalidad debe, en gran medida, su formulación actual al Tribunal constitucional alemán (BVerfG). En los últimos años también ha sufrido un importante desarrollo, siguiendo la formulación del Tribunal Constitucional alemán, en la jurisprudencia constitucional de algunos países de Latinoamérica, como el Perú, Colombia, Brasil o Costa Rica.

Marco Legal:

El marco Legal de la presente investigación estuvo basado en los siguientes dispositivos legales:

La Constitución Política del Perú año 1993

Artículo 200º (...)

Una Ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende (...).

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Bernales. (1999. 834). Señala que el artículo 200° en su penúltimo párrafo señala que cambia la concepción que existía en el país respecto de la situación de las garantías que defienden derechos, durante la vigencia de los estados de excepción, en la actualidad la Constitución establece que dichas garantías permanecen habilitadas. Sin embargo, una vez interpuestas en relación con derechos que han sido recortados por el estado de excepción.

Con respecto a este último párrafo de la Constitución señala que el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo del derecho. La razonabilidad tiene que ver con la vinculación que pueda establecerse entre la causa de la declaración del estado de excepción y los hechos que rodean al sujeto. Si encuentra que es razonable la privación del derecho, declara infundada la garantía interpuesta. Si la privación del derecho fuera arbitraria declarará fundada en todo o en parte la acción.

La proporcionalidad tiene que ver con el cuánto, es decir, si la dimensión de la vulneración del derecho es adecuada a la circunstancia.

Respecto a la proporcionalidad declarará infundada la garantía y en caso contrario la declarará fundada en todo o en parte.

Rioja (2016. 901). Sostiene que, la forma de operar de este par conceptual razonabilidad y proporcionalidad implica advertir que la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de la forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en

relación a la finalidad y efectos de la medida considerada entre los medios empleados y la finalidad perseguida. En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento de una razón o base que se justifique el tratamiento diferente.

Desde nuestro punto de vista el principio de proporcionalidad ha sido elaborado para poder contener los excesos en los que se pueda incurrir al momento de juzgar a una persona; e imponer una sanción que esté acorde a los actos y hechos cometidos enmarcándolo en un delito que se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento legal.

Código Penal de 1991.

Capítulo V. Estafa y Otras Defraudaciones Artículo 196°. Estafa

El que procura para sí un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

Bramont Arias (1998. 348). Sostiene que, el objeto material sobre el que recae el delito de estafa puede ser cualquiera de los elementos integrantes del patrimonio ya sean bienes muebles, inmuebles, derechos reales o de crédito.

Incluso, puede tener como objeto la prestación de servicios, siempre que ostenten una valoración económica.

Los elementos que constituyen la estructura típica de la estafa son:

1° Engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta: se ha definido el elemento, acertadamente, a través de la siguiente metáfora “el estafador alarga la mano, no para coger los bienes como ocurre con el ladrón, sino para que la víctima se lo ponga a su alcance”.

2° El error existe cuando se produce un falso conocimiento de la verdad, que es producto del engaño y que a su vez, motiva la disposición patrimonial perjudicial.

3° Acto de disposición patrimonial: el error debe llevar a la víctima a una disposición patrimonial. Es decir, debe haber un acto voluntario, aunque con un vicio del consentimiento, provocado por el engaño y el error.

Jurisprudencia:

1. El delito de estafa, se entiende consumado cuando el sujeto pasivo al ser inducido o mantenido en error por el sujeto activo; realiza el acto de disposición patrimonial que provoca el daño en el patrimonio; esto es, se consuma con el perjuicio a partir del cual el desvalor del resultado adquiere su plenitud.

R.N. N° 3344-03 Ayacucho (14-09-2014). (Normas Legales 2005, p 113).

El delito de estafa se define como el perjuicio patrimonial ajeno, causado mediante el engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induciendo o manteniendo en error al agraviado, procurándose así el estafador, un provecho económico para sí o para otro; además el engaño y el error deben producirse antes de la disposición patrimonial.

Artículo 196 A.- La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.

3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Jurisprudencia:

“Al respecto, no puede interponerse que los alcances y efectos de la existencia de una obligación dineraria, nacida de un contrato, y con la concurrencia de ciertos elementos, tales como objeto lícito, causa lícita, capacidad y consentimiento, resulte igualmente aplicable a la figura penal de la estafa, la cual excluye la mera existencia de una relación jurídica contractual, para englobar otros elementos, tales como el subjetivo, plasmado en la existencia de dolo y ánimo de obtener un provecho indebido; y el objetivo, plasmado en la existencia de la inducción a error y de un daño. En ese sentido, resulta importante tener en cuenta que el caso de una condena penal por delito de estafa, no se privilegia la obligación convencional, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, con son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados”. (Exp. N° 05589-2006-PHC/TC-Puno, fj.8).

Artículo 197°.Casos de defraudación.

La defraudación será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa cuando:

1. Se realiza con simulación de juicio o empleo de otro fraude procesal. Consideramos que,

en la mayoría de los casos, el engañado será el juez, en tanto que el perjudicado será una persona distinta. En estos casos existe un supuesto de verdadera autoría mediata. El engañado puede ser la parte contra quien se sigue el proceso; en cualquier caso, el engaño ha de referirse al proceso.

2. Se abusa de firma en blanco, extendiendo algún documento en perjuicio del firmante o de tercero.

En este inciso se tipifica un supuesto de abuso de confianza, más que una defraudación; de ahí que algunos autores denominen esta figura como estafa impropia”, en la medida que no exige engaño para configurar esta modalidad de defraudación. Sin embargo, si se sostiene que el engaño es necesario para configurar ese tipo de defraudación, no podría incluirse en este inciso el supuesto en el que el documento en blanco ha sido entregado al autor del delito para rellenarlo, o aquél en el que el documento haya sido puesto bajo custodia del autor, sin encargarle que lo complete; sino un acto de confianza del sujeto pasivo.

3. Si el comisionista o cualquier otro mandatario, altera en sus cuentas los precios o condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubiera hecho.

El comportamiento consiste en alteración de las cuentas o las condiciones del contrato. La alteración debe entenderse como una modificación de las condiciones reales del contrato estipulado entre las partes.

El delito se consuma cuando se cause el perjuicio, ya sea el mandatario o a un tercero, por la alteración de las cuentas o de las condiciones de los contratos.

4. Se vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados

y cuando se vende, grava o arrienda como propios los bienes ajenos.

Estamos frente a casos especiales de defraudación que el legislador ha considerado oportuno tipificar de manera expresa. No son circunstancias agravantes del delito de estafa, conclusión que se deduce de la misma penalidad asignada a estos casos, la cual constituye una pena inferior a la prevista para el delito de estafa.

El engaño consiste en vender o gravar un bien como libre cuando no es así, ya sea por ser litigioso, bienes sobre los cuales hay un proceso judicial para determinar la titularidad de su propiedad o de su posición, embargado sobre el que recae una medida judicial en un determinado proceso gravado bien sobre el que recae un derecho real de garantía.

El Título Preliminar del Código Penal, artículo VIII Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones.

La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

Jurisprudencia:

Que el principio ne bis in ídem material tiene conexión con los principio de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición del exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la Ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal vigente, establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que solo puede sancionar

conductas que se encuentran tipificadas previamente. (Acuerdo Plenario N°1- 2007/ ESV-22).

Marco Teórico:

Aspectos Preliminares

La obtención de un beneficio ilícito, el incremento del acervo patrimonial de una persona, así como hacerse de una suma determinada de dinero, puede provenir también de otra clase de conductas, que ya no pueden ser calificadas como de “apropiación”, puesto que la víctima entrega voluntariamente el bien al agente. Lo particular en este caso, son los medios de que se vale el autor, para lograr el desplazamiento del bien a su esfera de custodia, son métodos vedados, en el sentido de su naturaleza fraudulenta, al verse de ardid, engaño, mentira, etc., para poder convencer a su potencial víctima. Se atenta también contra el patrimonio, en la medida que como resultado del evento típico, el sujeto pasivo ve mermado de forma significativa su patrimonio, al exigir el tipo penal genérico del artículo 196°, la producción del perjuicio de un tercero.

Punto importante a saber, es que en este tipo de injustos, existe una zona de no muy clara delimitación, con el cumplimiento de las obligaciones jurídico- civiles, con la presencia de ciertos contratos, que también pueden provocar efectos nocivos en el acervo patrimonial de una persona.

Estafa Definiciones

Durigon. (2016). Sostiene que: la estafa puede definirse en pocas palabras como el delito consistente en una "defraudación" causada mediante un "ardid o engaño". La doctrina ha

intentado precisar con mayor profundidad este concepto, ocupándose de buscar una definición más abarcativa para este delito. ([Https: //books.google.com.pe](https://books.google.com.pe)).

Salinas. (2015. 260). Define el delito de estafa de la siguiente manera: el delito de estafa se configura en la realidad concreta cuando el agente haciendo uso del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta induce o mantiene en error al sujeto pasivo con la finalidad de hacer que este, en su perjuicio, se desprenda de su patrimonio o parte de él y le entregue en forma voluntaria en su directo beneficio indebido o de un tercero.

La configuración de la estafa requiere la secuencia sucesiva de sus elementos o componentes; esto es, requiere primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprenda del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su beneficio ilegítimo o de un tercero. En concreto, el delito de estafa no es la suma de aquellos componentes, sino exige un nexo causal sucesivo entre ellos, comúnmente denominado relación de causalidad ideal o motivación. Si en determinada conducta no se verifica la secuencia sucesiva de aquellos elementos, el injusto penal de estafa no aparece. Aquí no funciona el dicho matemático: el orden de sumandos no altera la suma. Se altera el orden sucesivo de sus elementos, la estafa no se configura.

Peña (2013.233). Señala que: no hay objeción alguna en la doctrina especializada que el delito de estafa ataca al patrimonio de una persona, la suma de valores que se ve mermada, luego que la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia. Se dice que el concepto de patrimonio emerge demandando por estafa y son las propias exigencias de la estafa el desarrollo que alcanza esta

figura delictiva. De ahí la necesidad imperativa de analizar el concepto de patrimonio que tiñe y configura la estafa.

Arroyo de las Heras (2005.16). Sustenta que: el concepto de origen germánico según el cual estafa requería un perjuicio patrimonial, recayente sobre la víctima o sobre otra distinta, logrando mediante el engaño y obrando el autor con ánimo de lucro, ya fuera propio o ajeno, siendo indispensable que el engaño, esencia misma de la infracción, fuera antecedente y causante, de suerte que la mendicidad, falacia o maquinación sean las determinantes del perjuicio patrimonial, estimándose necesaria, además, una relación de causalidad o nexo causal entre el engaño y el perjuicio ocasionado.

Donna y De la Fuente (2004. 256). Sostienen: que para que el delito de estafa se perfeccione es necesario que exista el acto de disposición, el mismo que además debe generar el perjuicio patrimonial en el sujeto pasivo o en un tercero.

Martínez (2003.120). Sostiene que: el delito de estafa es una forma fraudulenta de obtener provecho ilícito en perjuicio del patrimonio ajeno. Para efectos de tipicidad, es importante identificar la forma de despojo, para lo cual juegan papel importante la conducta del agente, la de la víctima; el dolo antecedente, concomitante, y subsiguiente. De esto puede resultar que estafas aparentes, son hurtos, cuando jurídicamente no hubo disposición patrimonial, sino simple entrega de la cosa, bien, servicio o beneficio. La relación de la cosa con su tenedor y la capacidad de disposición patrimonial, son determinantes para tipificar la estafa. La estafa es un engaño en el tráfico jurídico, con consecuencias patrimoniales.

Bien jurídico

Peña. (2009.235). Sostiene que, no hay objeción en la doctrina especializada que el delito de

estafa ataca el patrimonio de la persona, la suma de valores que se ve mermada, luego de la acción engañosa provocada por el autor, que genera el desplazamiento del acervo patrimonial a su esfera de custodia.

Bajo. (1993.442). Sostiene que, el concepto de patrimonio emerge demandado por la estafa y son las propias exigencias de la estafa el desarrollo que alcanza esta figura delictiva. De ahí la necesidad imperativa de analizar el concepto de patrimonio que tiñe y configura la estafa.

Muñoz. (1991.359). Señala que, es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, bienes muebles o inmuebles, derechos, etc., que puede constituir el objeto material del delito.

Bustos. (1986.225). Indica que, se trata de un bien jurídico complejo a diferencia de los hurtos y los robos, la estafa puede atacar cualesquiera de los derechos subjetivos que se comprendan en el aspecto global entendido como patrimonio.

Bramont-Arias torres (1998.346). Señala sobre el Bien jurídico protegido es: El patrimonio de las personas se constituye en el bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 196° del Código Penal vigente, de esta manera específica se protege la situación de disponibilidad que tienen las personas sobre sus bienes, derechos o cualquier otro objeto, siempre que tal situación tenga una protección jurídica de relevancia económica.

Tipicidad Objetiva:

Peña. (2009.237). Señala que: Sujeto activo: el tipo penal en cuestión no exige una cualidad funcional, para ser considerado autor de efectos penales; de todos modos, cabe especificar que solo puede serlo la persona psico-físico considerada, quien a través de

una actividad engañosa, engendra un error en la psique de la víctima, a fin de que esta efectúe el desplazamiento patrimonial.

Sujeto Pasivo: no se exige una cualidad específica para ello, debe ser el titular del patrimonio sobre el cual incide los efectos perjudiciales de la conducta penalmente antijurídica. Se dice en la doctrina solo ha de tutelar el patrimonio de los particulares, pues cuando atenta contra el erario público, el radio de tipicidad penal se rige por los ilícitos penales que vulneran la administración pública, en su faz patrimonialista (peculado, malversación de fondos, colusión, etc.).

El engaño: se le define como la desfiguración de lo verdadero o real capaz de inducir a error a una o varias personas. La expresión engaño designa la acción o efecto de hacer creer a alguien, con palabras o cualquier otro modo, algo que no es verdad.

El engaño, constituye el medio por el cual se sirve el agente para provocar el desplazamiento patrimonial de forma voluntaria, pero viciada, por parte de la víctima. Importa el falseamiento de la realidad, es decir, los hechos que son revestidos de un determinado ropaje para dar aparecer ciertas características de las cosas, que no coinciden con su verdadera naturaleza.

El engaño es la falta de la verdad en lo que se dice, o hace de modo bastante para producir error e inducir el acto de disposición patrimonial; esto quiere decir, que el engaño deber ser idóneo y suficiente para agrandar el error en el psique del sujeto pasivo y así, provocar el desplazamiento del objeto material.

En este orden de ideas en cuanto al engaño, este supone una determinada simulación o maquinación por parte del sujeto el que tiene que tener aptitud suficiente para inducir a error al otro, siendo que lo decisivo en el engaño es dar de cualquier modo concluyente y

determinado la apariencia de verdadero a un hecho falso; por otra parte, el engaño de la estafa ha de ser anterior al error y disposición patrimonial, de modo que si esta se produce antes del engaño, tampoco habrá estafa. (Por resolución superior de 10 de julio de 1997).

Salinas: (2015.269). Indica que en España el legislador identifica a este mecanismo fraudulento como el “engaño bastante”, tal como se advierte de la lectura del tipo penal de estafa previsto en el Código Penal español. Es por esa razón que los tratadistas explican lo concerniente al engaño no definiendo al ardid o la astucia.

La astucia: es la simulación de una conducta, situación o cosa, fingiendo o imitando lo que no se es, lo que no existe o lo que se tiene con el objeto de hacer caer en error a otra persona. El uso de nombre supuesto o el abuso de confianza son formas en las cuales el agente actúa con astucia.

El ardid: es el medio o mecanismo empleado hábil y maliciosamente para lograr que una persona caiga en error.

Peña. (2009.247). sostiene que, el error: tal como se desprende de la redacción normativa del artículo 196º del Código Penal, debe provocar un “error” en la persona del sujeto pasivo, a fin de que esta proceda a la disposición patrimonial.

Soler. (1969.350). Quien dice que no hay estafa, así como no lo hay sin ardid, cuando mediante alguna maniobra se logre un beneficio indebido. El error es un conocimiento viciado de una realidad, una falsa representación de la realidad, consecuencia del engaño que motiva el acto dispositivo. Es un vicio en el que incurre el sujeto pasivo, a quien adquiere nociones e ideas deformadas sobre una cosa, sobre un proceso cualquiera, de modo que una es la verdad y otra su apariencia.

Bustos. (1986. 227). Señala que no hay estafa, a pesar de que haya error, si este proviene de las creencias, valoraciones, costumbres o usos propios del sujeto, salvo que se lleven a cabo maquinaciones especiales para crear en cualquier persona una idea falsa de la realidad. Entonces, el error, al cual se encuentra sometido el sujeto pasivo, es producto de un engaño, cuando el agente incidió de forma positiva en los juicios que han de valorarse en la esfera decisoria, al haberse creado una imagen deformadora de la realidad, configurando una falsedad que no se corresponde con la realidad de las cosas.

Valle. (1987 .189). Sostiene que el papel que el error juega dentro del tipo penal de estafa es doble. De una parte, no solo debe ser consecuencia de un engaño, sino que la caracterización típica de éste va a depender de su capacidad para producir error. Pero es que, además, el error debe motivar la disposición patrimonial perjudicial.

La aparición del error, va a determinar si es que el engaño tuvo la suficiente idoneidad, para poder crear una aptitud de lesión para el bien jurídico, puesto que seguidamente debe exteriorizarse la disposición patrimonial, que en definitiva provocará el perjuicio, como resultado inherente al delito de estafa. De esta forma, no cabe duda, el error cumple la función restrictiva de las conductas engañosas típicamente relevantes.

Salinas (2015.272). Afirma que: el error para que tenga relevancia en el delito de estafa debe haber sido provocado o propiciado por la acción fraudulenta desarrollada por el agente.

El error

El error debe surgir inmediatamente a consecuencia del acto fraudulento. Si no hay acción fraudulenta de parte del agente, es imposible hablar de error y menos estafa. En suma, la falsa representación de una realidad concreta por parte del agraviado debe haber sido consecuencia

inmediata del acto fraudulento exteriorizado por el agente. Debe verificarse una relación de causalidad entre el mecanismo fraudulento y el error. En ese mismo sentido, si el error no es generado por algún fraude, sino por ignorancia o negligencia de las personas, no es posible la estafa.

“El error como elemento del tipo penal de estafa, juega un doble papel: primero, que debe ser consecuencia del engaño, dependiendo su relevancia típica si es que este es suficiente para alterar los elementos del juicio que dispone la víctima para comprender la intención dolosa del agente; y segundo, debe motivar la disposición patrimonial, lo que permitirá verificar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, generando la posibilidad de negar la imputación objetiva del resultado directamente provocado por disposición patrimonial, si es que el error, lejos de ser causa del comportamiento engañoso, aparece como consecuencia de la propia negligencia o falta de cuidado del sujeto”. (Resolución del 14 de setiembre de 1998/Expediente N° 1354-98, Vargas/Baca).

El acto fraudulento exteriorizado por el agente puede servir para mantener en error a la víctima. Se configura cuando sabiendo el agente de que una persona tiene una falsa representación de la realidad, realiza un acto fraudulento con capacidad suficiente para hacer que aquella no salga de su error y de ese modo se desprenda de su patrimonio.

Disposición patrimonial

El Perjuicio

Perjuicio: una vez provocado el error, provocado por el engaño utilizado por el agente, se verificará si tal error originó que la víctima se desprenda en su perjuicio de parte o el total de su patrimonio.

Peña (2013). Indica que, disposición patrimonial es el acto por el cual el agraviado se desprende o saca de la esfera de su dominio parte o el total de su patrimonio y lo desplaza y entrega voluntariamente al agente. En doctrina, se grafica este aspecto afirmando que el estafador alarga la mano, no para coger la cosas como ocurre con el ladrón, sino para que la víctima se las ponga a su alcance. La víctima a consecuencia del error provocado por el acto fraudulento, en su directo perjuicio, hace entrega o pone a disposición del agente su patrimonio. El elemento perjuicio por disposición patrimonial resulta fundamental en el delito de estafa.

El perjuicio debe significar una merma del acervo patrimonial del sujeto pasivo, una lesión a sus activos, bienes o derechos, desde una comparación ex – ante; de tal manera, que debe ser susceptible económicamente, importante a efectos, de que el juzgador puede fijar un monto por un concepto de reparación civil, proporcional a los efectos perjudiciales de la conducta penalmente antijurídica. El perjuicio, como elemento típico de la estafa estriba, pues en la diferencia de valor entre lo que se le atribuye al autor, merced al acto de disposición y lo que la víctima recibe a cambio.

Si siguiéramos a toda consecuencia, la concepción “personal” del patrimonio, en virtud de la cual se postula que el objeto de tutela son legítimas expectativas del titular del bien, conforme al uso o empleo que éste persiga, el perjuicio no habríamos de estimarlo económicamente, sino de acuerdo a las expectativas frustradas de su titular pues pese a haber recibido un bien con otras características, pero de igual valor económico tendría que reputarse su configuración típica.

El desprendimiento patrimonial origina automáticamente perjuicio económico de la víctima,

esto es, disminución económica de su patrimonio. No hay desprendimiento patrimonial sin perjuicio para el que lo hace. Y menos habrá perjuicio sin desprendimiento patrimonial por parte de la víctima haciéndole que se desprenda de su patrimonio y se lo entregue a su favor o de un tercero.

Si como consecuencia del error provocado por actos fraudulentos, el sujeto pasivo hacer entrega de bienes que pertenecen a otra persona, se configura lo que se denomina “estafa Triangulo”, la misma que se configura cuando el autor engaña a otra persona con la finalidad de que esta le entregue un bien perteneciente a un tercero.

El perjuicio debe acaecer de forma inmediata, como consecuencia directa de la disposición patrimonial; pues si éste aparece mucho tiempo después, podría resultar que éste no sea consecuencia del supuesto error en que incurrió el sujeto pasivo, sino un factor sobreviniente.

Tipo subjetivo del injusto

Tipicidad Subjetiva:

Es una conducta típicamente dolosa. No es posible la comisión culposa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar todos los elementos típicos objetivos con la finalidad de obtener un provecho ilícito. Esta última intención conduce a sostener que parte del dolo, en el actuar del agente se exige la presencia de otro elemento subjetivo que viene a constituir el ánimo de lucro. Este elemento subjetivo aparece de modo implícito en el tipo penal.

Si por el contrario, el agente con su actuar no busca lucrar o mejor dicho, no busca obtener un beneficio patrimonial indebido, el delito no aparece, así en la conducta se verifique la concurrencia de algún acto fraudulento, del error, del perjuicio ocasionado por el

desprendimiento patrimonial.

Antijuridicidad:

La conducta típica objetiva y subjetivamente será antijurídica cuando no concurra alguna causa de justificación. Habrá antijuridicidad cuando el agente con su conducta obtenga algún beneficio patrimonial que no le corresponde. Si por el contrario se llega a la conclusión de que el autor obtuvo un beneficio patrimonial debido o que le correspondía, la conducta no será antijurídica, sino permitida por el derecho. Esto ocurrirá por ejemplo con aquella persona que haciendo uso del engaño hace caer en error a una persona que se resiste a cancelarle por los servicios prestados, logrando de ese modo que esta se desprende de determinada suma de dinero y le haga entrega.

Culpabilidad:

Una vez determinada que la conducta es típica y antijurídica, corresponderá verificar si el actor es imputable, es decir, si le puede ser atribuida penalmente la conducta desarrollada. También se verificará si el agente tuvo oportunidad de conducirse de acuerdo a ley y no cometer el delito y finalmente, se verificará si aquel, al momento de actuar su conducta estaba prohibida.

Si, por el contrario, se verifica que el agente actuó en la creencia errónea que tenía derecho al bien o a la prestación atribuida mediante el acto de disposición, se excluiría la culpabilidad, toda vez que es perfectamente posible que se presente la figura del error de prohibición, situación que será resuelta de acuerdo de acuerdo al segundo párrafo del artículo 14° del Código Penal.

Tentativa:

Al ser un delito de resultado y de actos sucesivos es factible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa. Si el agente con su conducta aún no ha llegado a obtener el provecho económico indebido que persigue y es descubierto, estaremos ante supuestos de tentativa. Hay tentativa cuando el agente luego de haber provocado el error en su víctima por algún acto fraudulento, se dispone a recibir bienes de parte de aquel y es puesto al descubierto su actuar ilegal. O también, cuando después de haber recibido los bienes de parte de su víctima es descubierto cuando aún no había tenido oportunidad de hacer disposición del bien y de ese modo obtener provecho económico, etc.

Consumación:

El delito de estafa se perfecciona o consume en el mismo momento que el agente obtiene el provecho económico indebido. Esto es, se consume una vez que el sujeto activo incrementa su patrimonio con los bienes o servicios, recibidos de parte de su víctima. El incremento patrimonial puede traducirse por la posesión de los bienes o por el producto de los mismos al ser estos dispuestos.

Delitos de estafa agravados:

Por la Ley N° 30076 publicada en el diario El Peruano el 19 de agosto del 2013, se incorporó al Código Penal el Artículo 196-A, el cual recoge varias circunstancias que de presentarse en la estafa, esta se convierte en agravada. En efecto el citado artículo tiene el siguiente contenido:

Artículo 196-A. La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.

Salinas (2015.276). Señala que, el delito de estafa se agrava, es decir, la conducta del agente es más reprochable penalmente y por tanto, es merecedor de mayor pena cuando se verifican las siguientes circunstancias:

Estafa en agravio de menores de edad: la agravante se configura cuando el agente comete la estafa en agravio de menores de edad.

No existe mayor discusión en cuanto al considerar menores de edad a las personas que tienen edad por debajo de los dieciocho años. Así está previsto en el inciso 2.º del numeral 20º del Código Penal, en el artículo 42º del Código Civil y en el artículo 1º del Texto Único Ordenado del Código de Niños y Adolescentes.

La agravante se materializa cuando el agente dirige los actos engañosos en contra de un menor. El término “agravio” implica no solo el desmedro o merma patrimonial, sino también

un direccionamiento de la violencia o la amenaza que afecta directamente al menor. El agravio tiene dos dimensiones concurrentes:

a) la acción y efecto de la violencia y la amenaza, b) el desmedro económico

El agente debe conocer o darse cuenta que ésta ejecutando la estafa en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer tal circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14° del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, él o los autores sólo serán pasibles de sanción penal a título de Estafa simple.

Estafa en agravio de personas con discapacidad: se agrava la estafa cuando la víctima es discapacitada. Se configura cuando el agente comete estafa sobre una persona que sufre la incapacidad física, mental o sensorial.

Salinas (2015.277). Sostiene que, persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para realizar alguna actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad.

Se justifica la agravante, toda vez que el agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no ponen en peligro el logro de su finalidad, que es obtener un provecho patrimonial por medio de la conducta.

Estafa en agravio de mujeres en estado de gravidez: también se agrava la conducta delictiva de estafa y por tanto el autor o autores y partícipes merecen mayor pena, la víctima – mujer de la estafa se encuentra en estado de gestación, es decir, esperando que se produzca el nacimiento de un nuevo ser que lleva en su vientre. Una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el momento mismo en que se produce la anidación del nuevo ser en el útero de la madre hasta que se inician los intensos dolores que evidencian el inminente nacimiento.

La agravante se justifica por la propia naturaleza del periodo que atraviesa la agraviada. Periodo en la cual se pone más sensible.

Estafa en agravio de adulto mayor: esta conducta se agrava cuando la víctima pertenece al grupo de adultos mayores. La agravante aparece cuando la víctima de la estafa es un adulto mayor que de acuerdo al artículo 2° de la citada ley, se entiende como tal a todo aquel que tiene 60 o más años de edad. Sin duda puede ser hombre o mujer.

Salinas (2015.279). Indica que la acción debe ser engañosa debe ser directa y en contra del sujeto pasivo adulto mayor y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si la conducta engañosa fue dirigida contra otra persona y solo resulto mermado el patrimonio del adulto mayor, la agravante no se verifica. También es posible que el agente, por error, actué con la firme creencia que su víctima no es un adulto mayor, en tal caso es factible invocarse el error de tipo previsto en el numeral 14° del Código Penal.

Con el concurso de dos o más personas: los sujetos que se dedican a estafar, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su ilícito, pues, con la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las defensas que normalmente tiene la víctima sobre bienes radicando en tales supuestos el fundamento político criminal de la agravante.

El concurso debe ser en el hecho mismo de la conducta engañosa, no antes ni después, en esa línea, no opera la agravante cuando un tercero actúa como cómplice, tampoco cuando un tercero induce o instiga al autor para que estafe a determinada persona.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la estafa con el concurso de dos o más personas, solo puede ser cometida por autores o coautores. Considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho.

Estafa en agravio de pluralidad de víctimas: se verifica la agravante cuando el agente por un solo acto engañoso o por varios actos fraudulentos, perjudican a varias personas. Basta verificar una pluralidad de sujetos pasivos de la estafa para calificarla como agravada. Antes de la modificación efectuada por la Ley N° 30076, cuando como consecuencia de la estafa se perjudicaba a una pluralidad de personas, se consideraba como delito masa y el autor era sancionado por lo dispuesto en el artículo 49° de Código Penal. Sin embargo con esta modificatoria producida, el hecho solo será estafa agravada y el autor será sancionado con la pena establecida en el tipo penal 196-A.

Con ocasión de compraventa de vehículos motorizados: se materializa la circunstancia agravante cuando el agente utilice el engaño en la compra o venta de cualquier vehículo motorizado. Se excluyen de la agravante los vehículos que no funcionan a motor.

Con ocasión de compraventa de bienes inmuebles: de igual modo se verifica la agravante cuando el agente hace uso del engaño en la compra o venta de cualquier inmueble. Se busca proteger a miles de ciudadanos que son perjudicados en sus expectativas patrimoniales por

los estafadores. La agravante se justifica pues aparte de hacer que la víctima se desprenda de su patrimonio, esta se queda hasta sin vivienda.

Estafa para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o crédito: esta agravante se verifica cuando el agente utiliza los actos engañosos para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro y crédito que tiene la víctima, con el objetivo final de sustraer los dineros existentes en las agencias bancarias y financieras. La agravante se justifica debido que el agente aparte de utilizar el engaño hace uso de otros mecanismos o actos fraudulentos para defraudar a sus víctimas. Además por poner en riesgo el sistema financiero, pues ante tanta defraudación por medio de las tarjetas de ahorro o crédito que se otorgan en el sistema financiero para facilitar sus actividades, puede llegar un momento que las personas tengan miedo de obtener ese tipo de tarjetas por miedo a ser estafados.

Penas:

Bramont (1997.179). Sostiene que: El rasgo distintivo del Derecho Penal viene dado por la aplicación de las penas. La pena viene a ser una manifestación directa del poder punitivo Estatal, se aplica siempre y cuando se haya afectado un bien jurídico, no viene a ser otra cosa que, una formalización de la violencia, para la aplicación de una pena debe haberse configurado un delito, y este se da cuando la conducta humana puede ser calificada como típica, antijurídica y culpable, además, deben haberse respetado los mecanismos procesales que rigen el debido proceso como garantía de la administración de justicia. La pena no es parte del delito sino una consecuencia de éste.

Mir (1990.9). Indica que: “La pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.

Características de las Penas.

Bramont (1997.179). La aplicación de la pena a una persona debe reunir ciertas características:

a) Personal: el proceso penal ha de haber investigado y juzgado a una persona determinada, el juzgamiento por tanto, es personal, y lo que se persigue es, la rehabilitación y reincorporación del individuo a la sociedad. No cabe, bajo ninguna circunstancia que otra persona reemplace al sentenciado porque, al que se quiere rehabilitar es a éste.

b) Proporcional: la pena que se imponga debe tener un correlato lógico con el delito que se ha cometido, tal como lo señala el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el cual señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho...”. Para la correcta aplicación de este principio se debe tener en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 45°, el cual señala:

Artículo 45°. Individualización de la pena

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el Juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.

2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

- a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
- b) Cuando concurran circunstancias de agravación y atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c) Cuando concurran únicamente circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.

3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio superior;
- b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

Artículo 46°- A. Circunstancia agravante por condición del sujeto activo Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el Artículo 29° de este Código.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

c. Legal: La pena antes de su aplicación debe ser conocida, encontramos aquí una de las manifestaciones del Principio de Legalidad, que en el art. II del Título Preliminar del Código Penal señala:

“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la Ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

Esto debe ser complementado con el Principio de Ejecución Penal establecido en el art. VI del Título Preliminar, que señala:

“No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

Clasificación de las Penas:

Bramont (1997.181).Sostiene que existen diversos criterios para la clasificación de las penas.

A continuación se presentan las más importantes:

a. Según su naturaleza, pueden ser:

Corporales: se basan en el castigo físico hacia la persona que ha cometido el hecho

reprochable. Este tipo de pena no es aceptado por la doctrina moderna, sin embargo, existen comunidades pequeñas que tienen sus propias reglas y costumbres en donde el castigo físico al delincuente tiene un carácter central.

Infamantes: son aquellas que afectan el honor del delincuente, es decir, lo estigmatizan.

Privativa de la libertad: están destinadas a limitar la libertad ambulatoria del sujeto de una manera rigurosa. Este tipo de pena está recogido en el art. 29° del Código Penal, donde se señala que:

Artículo 29°. Duración de la pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

Restrictivas de la libertad:

Limitan la libertad ambulatoria de la persona de una manera menos rigurosa. Nuestro Código Penal las regula en el art. 30°:

Artículo 30°: Pena restrictiva de la libertad

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso.

Código Penal. (2017). En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

Un ejemplo claro de este tipo de pena la encontramos en el delito de narcotráfico art. 303°,

donde se señala que el extranjero luego de cumplir su pena será expulsado y prohibido de reingresar al país.

Penas limitativas de derechos: Este tipo de pena priva de ciertos derechos al sujeto que se le impone. Nuestro Código Penal establece:

Artículo 31°. Las penas limitativas de derechos son:

1. Prestación de servicios a la comunidad;
2. Limitación de días libres; e
3. Inhabilitación.

Al respecto debemos decir que los dos primeros casi no se aplican debido a una falta de reglamentación adecuada; en cambio el tercer caso es muy común y tiene una gran variedad de efectos que son señalados en el art. 36° del Código, pueden privar de derechos políticos, sociales y profesionales.

Pecuniarias:

Este tipo de pena afecta al patrimonio del condenado y, debe estar de acuerdo a la capacidad económica de la persona. Nuestro Código señala el sistema de días multa, el cual según el art. 41°. La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días- multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

b. Según su gravedad:

Nuestro Código Penal hace la distinción entre delitos y faltas. En el caso de los delitos las penas son más graves que en las faltas.

c. Según su autonomía: De acuerdo a este criterio, existen dos clases:

c.1. Principales: son las que la Ley determina para un caso en específico y cuya imposición no dependa de otra pena.

c.2. Accesorias: su aplicación depende de una pena principal, ya sea porque la ley lo dispuso así o porque el juzgador lo ha dispuesto para el caso que ha juzgado.

Pena Privativa de libertad:

Consiste en privar de su libertad a una persona, entendiendo libertad referida al carácter ambulatorio, es decir a la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, esta medida sólo se da cuando el sujeto ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave.

Penas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración: Respecto a la duración mínima de la pena privativa de libertad, el Código consigue eliminarla en gran parte con su conversión en multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la exención de la pena los servicios a la comunidad, limitación de días libres.

Suspensión de la ejecución de la pena.

Nuestro Código Penal la establece en su art. 57° esta medida tiene como presupuesto básico el hecho de que el sujeto debe ser condenado a una pena privativa de libertad.

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

- 1) Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.
- 2) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.
- 3) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual. El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384° y 387°”.

Reserva de fallo condenatorio

Esta medida está regulada entre los arts. 62° del Código Penal, y tiene como presupuesto para su aplicación que, el sujeto se responsable de haber cometido un delito.

Artículo 62°. Reserva del fallo condenatorio. Circunstancias y requisitos.

El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

Principio de Proporcionalidad de las Penas

Lopera. (2006. 172). Señala que el principio de proporcionalidad en el pensamiento penal aparece vinculada ante todo a la idea de correspondencia entre la gravedad de la sanción penal y la de los hechos castigados. Así entendido este principio presenta un contenido reducido, si se compara con la formulación más amplia que alcanzará posteriormente en la doctrina penal pues, por un lado tan sólo orienta la selección y aplicación de las consecuencias jurídicas ligadas a la comisión de un delito, más no interviene en la previa elección de los objetos de tutela penal ni de las conductas objeto de incriminación.

Bernal. (2014.170). Establece que el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que recorre desde la norma directa estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita, en otras palabras el principio de proporcionalidad se aplica cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental.

Ferrajoli. (1986. 25). Sostiene que, este principio no nos dice nada acerca de cuándo y cómo prohibir, sino que más bien se refiere al cómo (y más propiamente al cuánto) castigar. Por otra parte, no exige que la sanción penal sea idónea o necesaria para alcanzar finalidad alguna, sino tan sólo que su efectividad no supere la gravedad del delito al que se vincula como consecuencia jurídica.

Principio de proporcionalidad:

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenado por intereses públicos predominantes” (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal).

También llamada Prohibición en Exceso, consiste en la búsqueda dentro del sistema penal de un equilibrio entre el Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de derecho.

Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según al grado de culpabilidad y al perjuicio socialmente ocasionado.

El Tribunal Constitucional señala que este principio “impone al legislador (...) que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer” (Núm. 197, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC). Con ello, se complementa con el principio de culpabilidad ya que limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad. La jurisprudencia nacional afirma que:

“El Derecho Penal peruano reconoce al Magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad, en atención al principio de la proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal; por el cual la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido”.

En otro caso: “La graduación de la pena debe ser el resultado del análisis crítico jurídico de la prueba aportada, en razón de la naturaleza del ilícito y la responsabilidad del agente en su comisión, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere”.

Este principio tiene un doble destinatario: el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Con relación al primero, se debe de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito; y con relación al segundo, las penas que impongan los jueces al autor del delito

han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste.

Sin embargo, esta práctica es usual en el tipo de respuesta que el Estado peruano realiza.

Este principio está dirigido a las agencias judiciales a fin que en los casos de leyes represivas dictadas por la presión de los diferentes sectores sociales (sin consulta como respuesta demagógica, etc.), estén prestos a agotar la crítica del texto legal a la luz de los demás principios minimistas a fin que, de ser necesario, se dicte la inconstitucionalidad del dispositivo legal.

Luna (2016). Nos dice que el principio de proporcionalidad o de prohibición de “exceso” implica la existencia de un marco punitivo coherente y basado en una armónica articulación del sistema de penas y medidas de seguridad en el estado que se jacte de ser democrático y aspire a mantener el respeto a la constitucionalidad. Según el autor, este principio contiene dos aspectos principales: la proporcionalidad abstracta que significa que el legislador está prohibido de determinar sanciones desproporcionadas al momento de legislar; y la proporcionalidad concreta, que significa la prohibición del juzgador de imponer penas efectivas desproporcionadas. ([http/. perso.unifr.ch](http://perso.unifr.ch)).

Alexy. (1993.81). Afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio.

Una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla.

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de

optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.

Los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que en sentido estricto una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tienen una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada.

García. (2007.253). Siguiendo la línea de Alexy, se puede afirmar que el principio de proporcionalidad exige examinar la colisión a la luz de los juicios, máximas o sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Mediante el juicio de adecuación o idoneidad se determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro) principio constitucional) solo es constitucionalmente admisible si, efectivamente, tácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).

García (2008.137). Afirma que el principio de proporcionalidad de las penas, como es fácil imaginar por la literalidad de su enunciado, determina, a grandes rasgos, que la gravedad de la pena que se imponga por un hecho delictivo concreto debe corresponderse con la gravedad

y consecuencias del citado hecho y con la culpabilidad del sujeto que comete ese delito. La determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decir y justificar el tipo, extensión y en algunos casos la forma en cómo se va a ejecutar la pena. Este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código Penal que el juez debe observar de manera especial.

Villavicencio (2008.131). Señala que, el derecho penal reconoce al magistrado la potestad de fijar la pena privativa de libertad en atención al principio de proporcionalidad de las sanciones que recoge el Código Penal, señalando que la sanción debe guardar relación con el daño causado y con el bien jurídico protegido. Este principio tiene dos destinatarios: el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Con relación al primero, se debe establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito; y con relación al segundo, las penas que imponga al autor del delito deberán ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste. Es así como el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, la determinación judicial, o la determinación administrativa penitenciaria de la pena. Siendo este principio sobre el cual analizaremos los criterios actuales que rige el marco punitivo vigente para el delito materia de estudio y si las penas están acorde con la realidad social.

El principio de proporcionalidad en la legislación peruana:

Aguado. (2010.258). Sostiene que la importancia del principio de proporcionalidad en el

ámbito del Derecho Penal en el Perú se atisba con la sentencia de 3 de enero del 2003, y se manifiesta en toda su plenitud, años después con la Sentencia de 9 de agosto y 15 de diciembre de 2006, así como la sentencia de 19 de enero de 2007. En estas resoluciones el Alto Tribunal se ha pronunciado sobre la consagración Constitucional, el contenido de constitucionalidad de la actividad de los poderes públicos, en concreto, en materia penal, dando por concluida la época en la que no le había prestado la atención que merecía.

Expediente 10-2002-AI/TC. El Pleno Jurisdiccional resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes, 25.475, 25.708, y 25.880, así como sus normas complementarias y conexas. Se trata de una legislación promulgada por el Gobierno de Emergencia y Reestructuración Nacional antes de la aprobación y entrada en vigor de la Constitución de 1993, considerándose el Tribunal Constitucional competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados conforme a lo dispuesto en la Constitución de 1993 (FFJJ 22 y ss.).

En esta sentencia del Tribunal Constitucional estudia la compatibilidad de la pena de cadena perpetua con el principio de proporcionalidad, con lo cual se pronuncia el Tribunal sobre la consagración de manera expresa sobre el principio de proporcionalidad.

Expediente 003-2005-PI/TC, de 9 de agosto de 2006. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Legislativos, 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. En el mismo se analizaron, entre otras cuestiones, la compatibilidad de la reincidencia prevista en el delito de terrorismo con algunos principios constitucionales, en particular con el principio ne bis in ídem, el principio de culpabilidad, y el de proporcionalidad de las penas.

De esta manera se planteó la previsión de un tratamiento diferenciado respecto a los

beneficios penitenciarios a los condenados por terrorismo, superaba el test de proporcionalidad.

García (2008.131). Indica que: El principio de proporcionalidad exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos.

Principio de proporcionalidad a nivel Constitucional:

San Martín (2012.152). Señala que: La Constitución desempeña un papel determinante respecto a la dogmática penal en la medida en que regula los derechos fundamentales, incorpora normas que directa o indirectamente rigen la materia penal, incluso, contienen directrices de política penal que orientan o delimitan la tarea del legislador ordinario.

La doctrina nacional sostiene que el principio de proporcionalidad se encuentra regulado en el artículo 2° inciso 24 literal D, de nuestra Constitución Política, 1993, literalmente señala lo siguiente:

24° A la libertad y a la seguridad personal en consecuencia: (...)

d. Nadie será procesado ni condenado por un acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la Ley.

El primero de ellos comienza que “nadie será procesado ni condenado”, es decir que, si no cumplen los supuestos establecidos en la norma, a nadie se puede condenar penalmente, ni siquiera abrirle juicio penal. El criterio es aplicable siempre que aquello que se imputa a la persona sea una conducta calificada como infracción punible. No se trata del hecho que para

abrir el proceso penal todo esté comprobado debidamente; en realidad, es en dicho proceso en el que se debe investigar todos los detalles de hecho y de derecho para llegar a la absolución.

Dice a continuación el inciso que nadie será procesado ni condenado “(...) por acto u omisión (...)”. Como se sabe, la conducta originadora de la sanción penal puede ser tanto de acción como de omisión. Un delito acción consiste en la decisión consiente del agresor para la realización de un acto que conduce al resultado dañoso para la víctima. Por ejemplo, disparar un arma contra el cuerpo de otro.

Continúa el literal señalando que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión “(...) que al tiempo de cometerse no éste previamente calificado en la ley (...)”. Este requisito quiere decir que la conducta de una persona sólo puede ser considerada delictiva cuando al momento de ser cometida ya era considerada penalmente sancionable por la ley. Esto es importante porque bien puede ocurrir que la Ley considere delito una acción u omisión con posterioridad a la comisión del acto declarado indebido. En este caso, podría alguien sostener que como esa conducta ha pasado a considerarse delictiva, quien la cometió debiera ahora sufrir una pena. Esta interpretación es errónea, porque equivaldría a aplicar retroactivamente la ley penal cuando el principio es exactamente el inverso: sólo es aplicada retroactivamente cuando favorece al reo. Esto, a su vez, se complementa con aquel otro principio según el cual en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, se aplica la que es más favorable al reo.

Continúa el inciso diciendo que la conducta debe estar previamente calificada en la ley “(...) de manera expresa e inequívoca como infracción punible”. Es parte consustancial de este principio de Derecho penal que la tipificación de delitos no puede ser interpretada

extensivamente y menos por analogía. Ello está expresamente prohibido en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución, de la cual emana, en realidad, la obligación de hacer interpretación estricta. Sostenemos esto, porque este es el sentido de la interpretación penal: en esta rama no se puede hacer interpretación extensiva de las normas que establecen los tipos delictivos.

La parte final del literal dice nadie será “(...) sancionado con pena no prevista en la ley”. Este es otro principio del Derecho penal moderno que la Constitución considera como derecho: *nulla poena sine lege*. Consiste en que no puede aplicarse penas que la ley no haya predeterminado al momento de cometerse el delito. Forma parte de las garantías de los seres humanos, para que no sean sancionados con crueldad o severidad particulares, determinadas *ex post* por alguna razón que no sea la aplicación misma de la ley.

Así mismo la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Precisamente se trata del último párrafo del artículo 200° CP, en el que se dispone que “cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración de estado de emergencia ni de sitio.”

Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Ha establecido el mencionado TC que “el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla

constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”.

Conclusiones

1. Mediante este estudio queda demostrado que existe una relación significativa entre el delito de estafa y el principio de proporcionalidad de las penas, debido a que la comisión de una conducta típica y antijurídica, va a traer como consecuencia la imposición de una pena; sin embargo, esta pena conminada o concreta, no puede ser impuesta de modo arbitrario, sino respetándose el principio de proporcionalidad de las penas, con lo que se ha podido demostrar la relación directa en nuestra tesis.

2. Se demostró que existe relación significativa entre la función punitiva y el principio de proporcionalidad de las penas en el código penal vigente, debido a que la función punitiva del Estado no es absoluta, sino que para identificarse como punibles ciertas conductas y establecerse sanciones, debe tenerse presente determinados límites que se encuentran expresados en forma de principios, uno de ellos es el principio de proporcionalidad, que busca un equilibrio, de modo tal que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente.

3. Asimismo queda comprobado que existe una relación significativa entre la pena con el principio de proporcionalidad de las penas en el Código penal vigente, debido a que la sanción que prevé el legislador en forma abstracta como pena conminada, debe atender a la gravedad del delito atendiendo a la vulneración del bien jurídico protegido; de otra parte, el operador judicial, al graduar la pena concreta igualmente, tomará como referencia el daño en concreto, la culpabilidad del agente, para fijar una sanción proporcional al delito cometido.

4.- Se determinó que existe relación significativa entre el perjuicio y el principio de proporcionalidad de las penas, debido a que el perjuicio en el delito de Estafa es identificable en forma cuantitativa, es por ello, que deberá atenderse a la magnitud del perjuicio, para fijar

la sanción acorde al daño ocasionado, debiendo además hacerse un distingo entre delitos y faltas en atención al daño causado; con lo que se demuestra la relación significativa entre el perjuicio y la proporcionalidad de la pena.

Aporte de la investigación

Como aporte de la presente investigación proponemos el siguiente proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ART. 444° DEL CÓDIGO PENAL REFERIDO A LAS FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO Y EL ART. 196°-A REFERIDO AL DELITO DE ESTAFA EN FORMA AGRAVADA”

EXPOSICION DE MOTIVOS

I. EL OBJETO DEL PROYECTO.

La presente iniciativa legislativa busca adicionar precisiones e incluir criterios establecerse los marcos punitivos para los delitos, debiendo analizarse la coherencia de estos en razón a la importancia de los bienes jurídicos que protegen, pues, es el legislativo quien va a proporcionar los espacios punitivos abstractos para cada delito.

II. FUNDAMENTACION DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA.

Nuestra propuesta es modificar el artículo 444 del código Penal el cual incluye como Faltas contra el Patrimonio a las conductas previstas en el artículo 185°, 205° y 186-A, del Código Penal, que tipifican los delitos de hurto, daños, y hurto de ganado, respectivamente, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepasa una remuneración mínima vital. Desde nuestra perspectiva consideramos que se debería incluir también al artículo 196°, cuando el valor del perjuicio no supera una remuneración mínima vital, esto debido a que este ilícito penal tiene como bien jurídico protegido al Patrimonio, y que es posible identificar la magnitud del perjuicio, usando el criterio cuantitativo al que se ha hecho mención, en cuyo

caso la vulneración del bien jurídico es de menor intensidad, y por consiguiente, merece un trato distinto en función a esta diferencia cuantitativa, ya que estimamos que no es los mismo

una gran estafa con cuantiosos daños y múltiples víctimas, si la comparamos con aquellos casos en los que el daño ocasionado a la víctima es mínimo, en este último caso se trataría de un injusto menor en relación a los delitos; aunque es preciso señalar que entre los delitos y las faltas no existen diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales.

Así mismo consideramos que el artículo 196°-A, también debería ser modificado agregándosele un inciso más, debido a que considerando el criterio cuantitativo relacionado con las remuneraciones mínimas vitales, estimamos que aquellos casos de Estafa en los que se ocasiona un gran perjuicio, mayor a las cien remuneraciones mínimas vitales, deberán ser consideradas como estafas agravadas, debido a que la vulneración del bien jurídico es de gran intensidad, por esta razón, consideramos debe plantearse una modificación legislativa del artículo 196-A incorporándose un inciso relativo a esta consideración.

III.EFECTOS DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA EN LA LEGISLACION VIGENTE.

El delito de Estafa, debe ser incorporado en este catálogo de Faltas contra el Patrimonio, cuando el valor del perjuicio no supera una remuneración mínima vital, esto debido a que este ilícito penal tiene como bien jurídico protegido al Patrimonio.

IV. ANALISIS COSTO. BENEFICIO.

La presente iniciativa no ocasionará gasto al Tesoro Público, porque solo se busca perfeccionar la legislación de nuestro derecho positivo.

De otro lado, la ventaja que ofrece las modificaciones propuestas, es que constituirán un marco legal de efectiva protección de derechos de los ciudadanos que realizan actos jurídicos y otros, y evitar su posible vulneración.

Por ello en base a nuestra investigación, proponemos la siguiente iniciativa legislativa:

MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PROPUESTOS:

Artículo de modificación: artículo 444° del Código Penal

Artículo 444. Faltas contra el patrimonio: El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, 196°, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

La misma pena se impone si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepasa una remuneración mínima vital.

Artículo de modificación: Artículo 196°-A del Código Penal

Artículo 196°-A : La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se realice en agravio de pluralidad de víctimas

Recomendaciones

1. Promover el análisis y discusión en los foros parlamentarios, sobre la importancia del “principio de proporcionalidad” al momento de establecerse los marcos punitivos para los delitos, debiendo analizarse la coherencia de estos en razón a la importancia de los bienes jurídicos que protegen, pues, es el legislativo quien va a proporcionar los espacios punitivos abstractos para cada delito.

2. Incentivar el análisis y discusión entre los operadores jurídicos, sobre la importancia del respeto del principio de proporcionalidad de la pena al momento de establecerse las penas concretas al caso, ya que no bastará la aplicación de las reglas establecidas en el artículo 45° y siguientes, sino que en caso de los delitos contra el Patrimonio, en los que puede cuantificarse el monto preciso del perjuicio, este será también un criterio que deberá tenerse en cuenta.

3. El artículo 444° del Código Penal, incluye como Faltas contra el Patrimonio a las conductas previstas en el artículo 185, 205 y 189 - A del Código Penal, que tipifican los delitos de hurto, daño, respectivamente, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepasa una remuneración mínima vital. En este caso la sanción prevista ya no es la pena privativa de libertad, sino la prestación de servicios comunitarios o multa. Esto se explica debido a que las Faltas lesionan bienes patrimoniales de menor consideración, se fundan en un criterio cuantitativo, y se justifican porque son infracciones de escasa relevancia social.

4. Siguiendo este criterio, recomendamos que el delito de Estafa, debe ser incorporado en este catálogo de Faltas contra el Patrimonio, cuando el valor del perjuicio no supera una remuneración mínima vital, esto debido a que este ilícito penal tiene como bien jurídico

protegido al Patrimonio, y que es posible identificar la magnitud del perjuicio, usando el criterio cuantitativo al que se ha hecho mención, en cuyo caso la vulneración del bien jurídico es de menor intensidad, y por consiguiente, merece un trato distinto en función a esta diferencia cuantitativa, ya que estimamos que no es lo mismo una gran estafa con cuantiosos daños y múltiples víctimas, si la comparamos con aquellos casos en los que el daño ocasionado a la víctima es mínimo, en este último caso se trataría de un injusto menor en relación a los delitos; aunque es preciso señalar que entre los delitos y las faltas no existen diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales.

1. **Acuerdo Plenario N° 1 – 2007/ESV – 22.** Quinto fundamento jurídico del R.N. N°2090-05-Lambayeque.
2. **Alexy Robert. (1993).** *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Traducción de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
3. **Aguado Correa Teresa. (2010).** *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo.* Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia Constitucional N° 8. Palestra Editores Lima.
4. **Ángeles Gonzáles Fernando / Frisancho Aparicio Manuel /Rosas Yataco Jorge. (1997).** *Código Penal Comentado, concordado, anotado y jurisprudencia.* Ediciones Jurídicas, Lima Tomo II y III.
5. **Alfaro Calderón , E. A. (Septiembre de 2017).** El Principio de Proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales: Un estudio sobre su aplicación en la Jurisprudencia constitucional de Costa Rica. Doctorado en Derecho y Ciencia Política. España: Repositorio Universidad Autónoma de Madrid.
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680766/alfaro_calderon_esteban.pdf?sequence=1&isAllowed=y
6. **Barnés. J. (1994).** *El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario y comparado.* En rap, N° 135, p.531.
7. **Bramont – Arias Torres, Luis Miguel, (1999).** *Manual de Derecho Penal –Parte General.* p.179.
8. **Bacigalupo, Enrique. (1984).** Manual de Derecho penal. Parte general. Temis –Ilanud, Bogotá.
9. **Bernal Pulido Carlos (2014).** *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales.* Cuarta edición, Bogotá mayo 2014, p.55.
10. **Blancas Bustamante. Carlos. / Landa Arroyo Cesar/ Rubio Correa,Marcial. (1992).**

Derecho Constitucional General. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.

11. **Chanamé Orbe, Raúl. (2012).** *Diccionario Jurídico de derecho Constitucional*. Novena edición Lima- 2012.
12. **Ejecutoria Suprema del 12 de junio de 2003** en el *Expediente N° 2166- 2001*. Castillo Alva.
13. **Ferrajoli Luigi. (1986).** *Derecho y razón*. Teoría del Garantismo penal. 1era edición traducida por Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, JC. Bayón, J. Terradillos Basoco, R.Cantarero, Madrid, Trotta.
14. **Jiménez Texaj, W. P. (Junio de 2017).** El Principio de Proporcionalidad en el Control de Constitucionalidad de las Leyes Penales. Doctorado en Derecho. Guatemala: Repositorio Universidad de San Carlos de Guatemala.
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_14124.pdf
15. **Grández Castro Pedro. (2010.).** *El principio de proporcionalidad en jurisprudencia del TC peruano*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 8. Palestra editores. Lima.
16. **Habermas J. (1994).** *Faktizität und Geltung*. Frankfurt, 4ª. Edición, 1994,
p. 315 f. (Tiene traducción al castellano de M. Jiménez Redondo como: Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Trotta, Madrid, 1998
17. **Landa Arroyo, Cesar. (2004).** *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores, Lima, p.148.
18. **Mir Puig, S. (2002).** *Derecho Penal- Parte General*. Barcelona, España: Reppertor.
19. **Muñoz Conde. Francisco. (1991).** Derecho Penal. Parte especial, 8ava. Edición, Valencia. Tirant lo Blanch.

20. **Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl, (2013).** *Delitos contra el patrimonio*. Editorial Rodhas SAC. Lima setiembre 2013.
21. **Rodríguez Lozano, E. J. (2017).** Aplicación del principio de proporcionalidad como alternativa a la sobre penalización de los delitos en la provincia de Trujillo. Maestro en Derecho. Trujillo Perú.
22. **Roxin, C. (2004).** Problemas actuales de dogmática penal, 1era ed. Perú. Lima, Perú: Ara.
23. **Salinas Siccha, Ramiro. (2015.).** *Delitos contra el patrimonio*. Quinta edición Instituto Pacífico. Lima mayo 2015.
24. **San Martín Castro Cesar Eugenio. (2012).** *Estudios de derecho procesal penal*, Griley, p.152.
25. **Villavicencio, F. (2008).** *Límites a la Función Punitiva Estatal*. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/10/limites-a-la-funcion-punitiva-estatal/>.
26. **Villavicencio Terreros. Felipe A. (2006).** *Derecho Penal parte general*. Editorial jurídica Griley. Lima – Julio
27. **Villegas, J. (2009).** ¿Qué el principio de intervención mínima? Revista Internauta de Práctica Jurídica. 23, 1-10. Recuperado de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf.