

LA ACCIÓN MATERIAL CONSTITUTIVA DEL DELITO DE HURTO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO*

JORGE ENRIQUE VALENCIA M.

Juez Tercero Superior de Cali. Profesor universitario

A la memoria de mi padre

I. GENERALIDADES

1) Podría parecer, *prima facie*, superfluo cualquier estudio tendente a examinar la acción física constitutiva del tipo penal del hurto. Empero si reparamos en la descripción de la forma actual y su contraste con la fórmula primitiva ("apoderar" por "sustraer"), no resulta del todo desacertado intentar unas ligeras anotaciones sobre el punto y conocer el trasfondo de la reforma.

2) Ni precisión ni pulcritud terminológicas se advierten de antiguo en las varias legislaciones que han elaborado la imagen del núcleo rector del modelo legal. Las múltiples formas lingüísticas utilizadas por los códigos para referirse a un mismo tipo de acción ponen de manifiesto, además de escasa uniformidad, una pobre técnica penal. Indistintamente —y el acopio puede no ser agotado por nosotros— se habla de 'sustraer', 'tomar', 'adquirir', 'quitar', 'asir', 'arrebatar', 'despojar', 'llevar', 'privar', 'apropiar', 'apoderar', y otras más, como si tales expresiones afectadas de imperfecciones, tradujeran una misma y exacta noción y no fuesen susceptible de distinción tanto en el campo lexicográfico como en el estrictamente penal. Aun para el profano, un celoso concepto de pureza le obligará a escamotear, diferenciar y reprobar el parentesco más o menos próximo pero excluyente de los vocablos integrantes de la serie.

3) A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del derecho romano se palpa en las obras de los glosadores, posglosadores y prácticos quienes, sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción, fenómeno curioso que aún pervive, sin posibilidades de conciliación y menos aún de encaje sistemático. Desde el descenso hasta el detalleroso y desabrido y la interpretación poco afortunada de los textos originales, se ha escrito abundante literatura que constantemente se

depura, sin hallar precisión ni en el *factum* histórico ni en las fuentes primigenias. Baste decir modernamente —y nada hay de exageración en esto— que algún autor¹, entre el ayer remoto y el presente incierto encontró tantas clasificaciones y subclasificaciones, que perfectamente podría escribirse un desproporcionado tratado sobre la materia²; bien que, creemos, sería de suyo asombroso encontrar hoy en día un solo criterio que estuviese fuera del foco de influencia de aquellas etiquetas doctrinarias.

4) Una primera hipótesis, imbuida de ese sentido simbolista que caracterizó al derecho romano y que solo se recuerda por razones de carácter histórico, o si se prefiere, académico —*contractatio* o mejor *adtrectare*—, entiende perfeccionado el delito y producido el apoderamiento en el acto mismo en que el agente toma o coge la cosa mueble ajena. Encarna, si bien se ve, una tutela harto exagerada del derecho de propiedad, tan caro a las instituciones latinas, y una protección desmesurada, por lo absoluta, a la tenencia ajena. El hecho de poner la mano sobre la cosa en manera alguna quebranta la posesión ni tal acción vulnera derechos subjetivos. Tan insegura interpretación, abdicativa de los buenos principios, es unánimemente rechazada por la doctrina actual. Cáusticamente afirmó JUAN P. RAMOS que de ella se hace mención en los textos "al solo efecto de recordar una de tantas teorías existentes en la materia del apoderamiento"³. Olvídase, sin embargo, en el juzgamiento y repudio que contemporáneamente se hace del criterio —y esto con algún afán reivindicativo—, que la tentativa era inconcebible en el *antiquus ius romanum* y que en tales circunstancias sus leyes y acciones se anticipaban a proteger la posesión ajena, bastando solo un fugaz contacto físico con la cosa para que la acción se entendiera consumada, sin necesidad de llevársela.

5) Según otra teoría, que trata de concretar el momento de integración del hurto —la *amotio*—, este solo se verifica cuando la cosa es removida de lugar a lugar, siendo el acto material subsiguiente al desapoderamiento el que hace que la acción quede perfeccionada, sin que importe distinguir —como es de rigor— si el bien salió o no del radio de influencia de su legítimo poseedor. Piensa CARRARA —principal animador del planteamiento— que consistiendo el hurto en la violación de la posesión, aparece claro que cuando el delincuente se apropia de la cosa que estaba en poder de otro, la violación existe sin más, sin que sea necesario que el apoderamiento se prolongue, ni mucho menos que el agente se haga dueño de la cosa. Insiste el maestro en sostener que es absurdo buscar la consumación en la adquisición del dominio por parte del ladrón, porque como nunca se adquiere el dominio de la cosa hurtada, todos los delitos de hurto serían siempre tentados y jamás consumados. Por ello —concluye— si se prescinde de este primer momento de la remoción, que presenta la violación de la posesión, no se sabe dónde encontrar una

¹ JORGE FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, págs. 307 y ss.

² Y con certitud que aún quedaría material para intentar similar hazaña.

³ Citado por EUSEBIO GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, pág. 63.

* Este trabajo ha sido publicado en el *Anuario de derecho penal y ciencias penales* del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid, vol. de 1982, págs. 693-703.

teoría que defina el momento consumativo del hurto⁴. No parece fácil, pese a su elevado origen, demostrar la conveniencia y practicidad del criterio, pues la usurpación de la posesión en materia penal no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente no se apodera del mismo, en tanto el legítimo poseedor de la cosa prolongue en el tiempo y en el espacio la expectativa de su autoridad y señorío. El ladrón debe hacer algo más que remover la cosa. Por lo demás, como magistralmente anota SOLER, CARRARA deforma la realidad porque nadie hace consistir el delito de hurto en la adquisición de dominio sobre la cosa, sino solamente en la adquisición de poder, y lo que se discute es si ello se logra por el mero hecho de tocar las cosas⁵.

6) Se cita también la teoría de la *illatio rei* que, al igual que las anteriores, aparece desactualizada y sin mayor anclaje científico. Según la tesis, el delito alcanza su perfección cuando el ladrón lleva la cosa a lugar seguro *eo loco quo destinaverit fur*, lo que significa que si el agente la deja en paraje incierto o inseguro, o se deshace de ella, o se la entrega a un tercero, tal acción desnaturaliza la consumación del delito.

7) Otra elaboración —la *locupletatio*—, tan exagerada e inconsistente como sus precedentes, exigía que el autor alcanzara, efectivamente, con la incautación, un provecho cierto del objeto, como si fuera importante o significativo para el propietario la consideración del devenir teleológico que se propuso obtener el delincuente al desposeer. La lesión jurídica al patrimonio del agraviado se cumple con el despojo antijurídico, independientemente de la mira finalística. Basta enunciarla —así opina GÓMEZ— para comprender el absurdo que envuelve y cómo su aceptación importaría dejar impune, en incontables casos, el hecho material de la violación de la posesión en que el hurto consiste⁶.

8) Acaso, por último, sea la doctrina de la *ablatio* la que mejor se acomoda a la estructura dogmática actual, y la que mejor penetra en la propia naturaleza del delito. Según tal punto de vista no basta para la perfección de la acción que el hurtador remueva la cosa del lugar donde se encuentra o se desplace físicamente con ella, si en uno u otro caso no logra colocarla fuera de la esfera de protección o custodia del tenedor, ni logra eliminar todo signo o vestigio de dominio. En palabras de SOLER esta es la teoría más científica, ya que no solamente atiende al manejo material de la cosa por el autor, sino a la ofensa completa del bien penalmente protegido, esto es, a que la tenencia o posesión corporal de la cosa sea aniquilada⁷.

⁴ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, §§ 2017-2021, Bogotá, Edit. Temis, 1974.

⁵ Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pág. 190.

⁶ EUSEBIO GÓMEZ, *opus cit.*,

⁷ Cfr. SEBASTIÁN SOLER, *opus cit.*, pág. 179.

II. LA ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA LEGAL, NACIONAL Y EXTRANJERA

1) El actual Código Penal colombiano en su art. 349 define el hurto diciendo que “el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de uno a seis años”. Utilizan idéntica fórmula a la del verbo rector patrio los códigos penales del Estado de Veracruz-Llave⁸, Italia⁹, Argentina¹⁰, México¹¹ y Perú¹².

2) El Código Penal español, texto refundido en 1973, con las reformas de 26 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976, en su art. 514 dice que son reos de hurto “los que sin ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño”. De estirpe hispánica en la fórmula implementada por el Código Penal de Honduras (art. 512), exhibiendo también tal característica los derogados estatutos punitivos de Guatemala (art. 401) y El Salvador (art. 469). El más que centenario Código Penal boliviano —hoy sin vigencia— cayó también bajo la influencia del español, con ligeras alteraciones conceptuales, sin que se advierta en su contexto mayor originalidad ya que fue una copia al carbón del hispánico de 1822. Así, estatuyó que “Comete hurto el que quita o toma para sí o para otro lo ajeno fraudulentamente, sin fuerza ni violencia contra las personas o las cosas”¹³. Lastimosamente no tenemos a la mano los códigos de tales países en su versión actual.

⁸ Art. 173. “Al que se apodere de una cosa total o parcialmente ajena mueble sin consentimiento de quien pueda disponer de la misma conforme a la ley, con ánimo de dominio, lucro o uso, se sacionará de la manera siguiente:

“I. Si el apoderamiento fuere con ánimo de dominio o de lucro y el valor de lo robado no excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de un mes a cinco años y multa hasta de cinco mil pesos. Si excediere de cincuenta mil pesos, con prisión de tres a siete años y multa hasta de diez mil pesos.

“Para estimar la cuantía del robo se atenderá únicamente al valor del cambio de la cosa robada. Si este no pudiere determinarse o por su naturaleza no fuere posible fijar su valor o cantidad, se aplicará de un mes a cuatro años de prisión y multa hasta de seis mil pesos; y

“II. Si el apoderamiento de la cosa se realizó con ánimo de uso, se impondrá prisión de un mes a tres años y multa hasta de cinco mil pesos. Además el responsable pagará al ofendido, como reparación del daño, el doble del alquiler o arrendamiento de la cosa usada”.

⁹ Art. 624. “El que se apodere de una cosa mueble ajena, sustrayéndosela al que la retiene, con el fin de sacar provecho de ella para sí mismo o para otro, será castigado con reclusión hasta por tres años y con multa de trescientos a cinco mil liras”.

¹⁰ Art. 162. “Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”.

¹¹ Art. 367. “Comete el delito de robo el que se apodera de una cosa mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley”.

¹² Art. 237. “Al que se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, sustrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciaría no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes”.

¹³ Art. 621.

3) Hablan de "apropiar" los códigos penales de Puerto Rico¹⁴ y Chile¹⁵. De "sustraer", el nuevo Código Penal de Cuba¹⁶ y el brasilero de 1940¹⁷.

III. INTERPRETACIÓN DOGMÁTICA DE LA ACCIÓN MATERIAL

1) Con profusión de razonamientos y juicios dos corrientes básicas pretenden explicar, *de iure condendo*, la objetividad material del delito, punto que dicho sea de paso aún se discute por los buenos autores: la primera, auspiciada por FRÍAS CABALLERO¹⁸ y difundida, entre otros, por RAFAEL GARCÍA ZAVALÍA¹⁹ y el que fuera distinguido juez de la Cámara Criminal de Buenos Aires, ERNESTO J. URE²⁰, denominada "teoría de la disponibilidad" o "de la posibilidad física de disponer", sostiene que el delito está consumado cuando en algún instante existe en manos del autor la perspectiva cierta de disponer materialmente del bien, aun por escasa fracción de segundos. El carterista —dice FRÍAS— no perfecciona el hurto quitando la cosa. Mientras forcejee con el dueño o sea perseguido llevándola consigo, el delito no está consumado pues en momento alguno ha consolidado el poder físico de disponer de ella,

¹⁴ Art. 165. "Toda persona que ilegalmente se apropie sin violencia ni intimidación de bienes muebles, pertenecientes a otra persona, será sancionada con pena de reclusión por un término que no excederá de seis meses o multa que no excederá de quinientos dólares, o ambas penas, a discreción del Tribunal".

¹⁵ Art. 432. "El que sin la voluntad de su dueño o con ánimo de lucrarse se apropie cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto".

¹⁶ Art. 380. "1. El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a tres años.

"2. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años:

"a) si, como consecuencia del delito, se produce un grave perjuicio;

"b) si el hecho se ejecuta por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado o banda;

"c) si el hecho se comete en vivienda habitada.

"3. Si el hecho se realiza con la participación de menores de 16 años de edad, la sanción es de privación de libertad de cuatro a doce años.

"4. En igual sanción a la prevista en el apartado 2 incurre el que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.

"5. Si el objeto del delito son bienes de la propiedad socialista, estatal o cooperativa, o de instituciones sociales o de masas, o de bienes de propiedad personal, al cuidado de una entidad económica estatal, la sanción es:

"a) de privación de libertad de uno a cuatro años en el caso del apartado 1;

"b) de privación de libertad de cuatro a diez años en los casos de los apartados 2 y 4;

"c) de privación de libertad de cinco a catorce años en el caso del apartado 3".

¹⁷ Art. 155. "Hurto es sustraer para sí o para otro cosa ajena mueble".

¹⁸ JORGE FRÍAS CABALLERO, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1962.

¹⁹ *El apoderamiento en el delito de hurto*, La Ley, t. 52, pág. 761.

²⁰ Fallo publicado en el apéndice de la obra *La acción material constitutiva del delito de hurto*, ya citada, págs. 71 a 81.

ni se ha extinguido totalmente la disponibilidad del sujeto pasivo²¹. Desarrollando tales planteamientos expone: "...pero mientras el traspaso del poder efectivo (no el mero desplazamiento de la cosa) a las manos del ladrón *está en condiciones reales de ser impedido*, la lesión no es perfecta; estará en trance de consumarse pero no está consumada. El objeto de tutela está, en cambio, totalmente aniquilado, cuando en presencia o no del que tenía la cosa, ese poder de hecho ha pasado al ladrón, lo que ocurre solamente cuando este ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por breves instantes"²².

La otra tendencia, conocida como la teoría del desapoderamiento, hace resaltar el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella la acción material del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado, mediando intención del delincuente de apoderarse de la cosa ajena. La influencia de NÚÑEZ ha sido evidente. Así, dice el maestro que el hurto se consuma tan pronto un acto de apoderamiento del delincuente ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa. Esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado o en el de su tenencia simbólica. Logrado esto por el autor —continúa—, desde el punto de vista de la ofensa propia del hurto la propiedad ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba —la tenencia de la cosa— ya no la integra más. La mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por el autor sólo está en relación con el grado de posibilidad de restitución de la tenencia usurpada, pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta²³.

2) En el medio, y en complaciente maridaje que jamás se expuso a la crítica científica, se asimilaron las nociones de "apoderamiento" y "sustracción". La técnica juridicopenal y los buenos principios quedaron relegados a un segundo plano. La lectura de sus obras nos muestra que la casi totalidad de autores colombianos se desentiende del problema dogmático y con singular unanimidad destacan el pacífico cauce doctrinal acotado²⁴, con la solitaria excepción de ARENAS²⁵, quien se ciñe escrupulosamente a la literalidad del núcleo rector consignado en el texto.

²¹ Cfr. FRÍAS CABALLERO, *opus cit.*, pág. 40.

²² *Ibidem*, págs. 38 a 39.

²³ RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, Parte especial, t. v, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, pág. 181.

²⁴ Entre otros, JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *Delito contra la propiedad*, 3ª ed., Bogotá, Editorial Diario Jurídico, 1957, pág. 28; HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Editorial Temis, 1963, págs. 57 y 66; LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, Parte especial, t. v, Bogotá, Editorial Temis, 1974, pág. 561; LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, *Derecho penal especial*, Bogotá, Editorial Temis, 1965, págs. 494 y 495; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. iv, Bogotá, Editorial Temis, 1975, pág. 81.

²⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, Imprenta Antares, 1962, pág. 218.

3) En el examen de la cuestión la jurisprudencia de la Corte Suprema tampoco estuvo afortunada, al menos en una etapa inicial de su pontificado. Así, en sentencia del 8 de octubre de 1940, dijo: "Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predicán igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción"²⁶. El criterio es refrendado por la Corte en casaciones del 8 de octubre de 1946²⁷ y del 12 de junio de 1955²⁸. Para indignación de algunos juristas pero con una mejor visión del asunto, la Corte expresó en memorable decisión: "De acuerdo con el concepto general de los comentadores, no basta la simple aprehensión material de la cosa, pero tampoco es necesario que el ladrón la haya trasladado a un lugar seguro o que se haya apoderado de ella; con lo primero no puede decirse que haya habido apoderamiento del bien; pero cuando se realizan esos otros actos, ya se ha ejecutado antes el de tomarlo para sí con ánimo de hacerlo propio y ha quedado excluida de hecho la posesión del dueño o de quien a nombre de este la tenía, sin que sea indispensable el lucro efectivo, pues basta el propósito de tenerlo"²⁹. Antes o después de la vigencia de este criterio, la Corte expuso la buena doctrina en las casaciones del 18 de marzo de 1949, 20 de febrero y 12 de junio de 1951, y 21 de mayo de 1956.

4) El delito-tipo de hurto bajo la dogmática vigente, examinado el verbo rector, núcleo de tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferentemente la conducta ejecutiva del autor del despojo antijurídico de la cosa, estableciéndose así el límite entre la perfección y la tentativa del acto. De todas maneras la configuración de la acción típica furtiva se descompone en dos estadios: activo el uno (poder de disposición), pasivo el otro (desposesión del objeto). Cuando una y otra fase convergen en la plenitud de su densidad antijurídica se integra necesariamente la noción del delito.

5) Para la estructuración de la conducta ejecutiva no basta que el derechohabiente pierda la cosa y el agente la detente por un largo o breve intervalo. Hácese necesario la disponibilidad corporal y efectiva del objeto por parte del hurtador, lo que traduce el elemento subjetivo de antijuridicidad. El concepto de "apoderar" implica algo más que la acción física, externa u objetiva de remover o quitar. Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad real de disponer de la cosa) y no el de desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto), define la acción típica. Así, el agente del delito que es descubierto por el damnificado, la autoridad o un tercero, en el momento mismo de evacuar el inmueble donde agotó el latrocinio, ciertamente que ve

²⁶ "G. J.", t. LXI, pág. 489.

²⁷ "G. J.", t. LXXX, pág. 796.

²⁸ "G. J.", t. LXIII, pág. 207.

²⁹ Con buen provecho pueden consultarse, en su orden, en la "G. J.", t. LXV, pág. 741; t. LXIX, págs. 199 y 754 y t. LXXXII, pág. 653.

obstaculizado el curso del ciclo criminoso y frustrada la perspectiva de disponer del bien ajeno. Igualmente la mucama que se apodera de joyas de su patrona, escondiéndolas en su habitación sin poderlas sacar de tal lugar contra sus propios deseos de hacerlas suyas, carece de la libre disponibilidad de disfrute. De similar manera el ladrón que es detenido en situación concomitante al hecho, o aquel que siendo perseguido por la propia víctima es alcanzado y sometido a la autoridad, tampoco tiene, a pesar del contacto físico con la cosa, capacidad fáctica de disposición. O sea que, a pesar de la flagrancia de estos supuestos y de estar en idéntica línea de ataque contra el patrimonio, el delito no se perfecciona mientras el delincuente no posea la disponibilidad potencial, así sea fugaz y transitoria, de someter el objeto a su autoridad y control más allá del acoso de trabas o impedimentos que perturben el ejercicio de actos posesorios. Solo cuando el agente, superado el desplazamiento, goce de un poder de hecho o de una facultad de disposición que le permita ejercer un señorío material sobre la cosa, no empece lo circunstancial o momentáneo que este sea, podrá hablarse de un delito consumado y no tentado.

6) El tipo penal no se perfecciona por el acto de sustracción o detención del objeto, con intención el ladrón de hacerlo suyo, ni puede decirse, como lo hace el admirado maestro de Córdoba, que en tal evento la propiedad ajena está lesionada de manera perfecta³⁰. No, el injusto solo alcanza su plenitud fenoménica y jurídica cuando el autor, mediante la materialización de la acción antijurídica —llámese aprehensión, despojo, desplazamiento, extracción, sustracción, apropiación o apoderamiento—, incorpora la cosa a su patrimonio soslayando las cautelas, precauciones y seguridades dispuestas por su propietario para prevenir el desposeimiento, con ánimo de asumir la posesión y de quedarse definitivamente con ella. Si subsiguientemente a la apropiación nada ni nadie pone en peligro su prepotencia y albedrío, la acción es perfecta.

7) A los efectos dichos carece entonces de fuste el acto de quitar, arrebatar, desposeer, remover, coger, separar y otros de contenido análogo, si el autor, pese a la lesión patrimonial producida, no logra quebrantar del todo la posesión ajena ni consolidar un poder fáctico autónomo, ni desembarazarse de la observación y vigilancia a que es sometido por la víctima; o si, en últimas, no logra situar el bien fuera de la esfera de influencia y resguardo del dueño o propietario. La tendencia de la cosa debe aparejar para el hurtador una real capacidad de opción y libertad que le permita sin interferencias ni estorbos, privilegiadamente, por sí y ante sí, ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien; posibilidad que correlativamente pierde el derechohabiente, ya que resulta imposible admitir que una misma cosa se pueda hallar simultáneamente bajo el poder exclusivo de dos individuos. No parece lúcido sostener, pues, que el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas alrededor de la cosa o superar la esfera de poder de quien ejerza autonomía sobre la misma. En tales supuestos se produce ciertamente un resultado

³⁰ NÚÑEZ, *opus cit.*, pág. 181.

típico penal —tentativa—, mas no una lesión efectiva al concreto interés individual o colectivo tutelado por el legislador en el tipo modelo legal. Califica-se así el desvalor de la acción y no el resultado objetivo del comportamiento.

8) Que el agente detente materialmente el bien, por breve o largo tiempo, es cuestión que carece de mayor importancia en la estructura penalística del tipo si no ha logrado superar la “esfera de custodia” o de “disposición” o de “vigilancia” o de “poder” o de “actividad patrimonial” impuesta por el propietario sobre la cosa para avalar objetivamente el señorío que tiene sobre ella. A la ley penal lo que le interesa, por encima de referencias o condiciones de tiempo, es que el autor pueda disponer del objeto comportándose de hecho como su verdadero dueño, sin nudos ni tropiezos que entraben el ejercicio de su actividad ilícita, aun por tiempo limitado. Del criterio sugerido participa un querido y recordado maestro español cuando insuperablemente escribe: “Quede eso sí, bien claro, que para que el hurto se consume, resulta suficiente que el autor del delito goce, aunque sea por una mínima fracción de tiempo, de la posibilidad de disponer de lo hurtado en la forma enunciada. Si aprovecha o no tal posibilidad es intrascendente el efecto. Que consumir un delito es cosa distinta de agotarlo, como ha puesto de relieve la moderna dogmática jurídicopenal”³¹.

9) Si debido a inexistencia del objeto material, el ladrón no alcanza el apoderamiento de la cosa, no empece el agotamiento de actos idóneos e inequívocos enderezados a la ofensa del derecho protegido, la acción solo es punible en aquellas legislaciones en que tal comportamiento encuadra en una descripción típica (tentativa imposible). No es el caso de nuestro Código, si bien siguiendo el pensamiento positivista de la peligrosidad, el Código de 1936 la consagraba en su art. 18. No constituye por tanto conducta típica la del autor que, con intención de hurtar, irrumpie en domicilio ajeno en la creencia de encontrar objetos y mercaderías cuando tal lugar está deshabitado de tiempo atrás. Esta imposibilidad de comisión —apunta certeramente JIMÉNEZ HUERTA— no se da cuando la inconsumación del delito es debida, más que a una impracticabilidad de naturaleza estable, a una circunstancia contingente, meramente causal episódica, como acontece cuando el ladrón introduce su mano en el bolsillo del traje del sujeto pasivo considerando erróneamente que en dicho bolsillo llevaba el dinero que portaba en el izquierdo, o cuando la víctima precavidamente cambió el dinero de bolsillo al darse cuenta de la sospechosa proximidad del ladrón³².

10) La noción de apoderar —lo dicen los maestros— es una noción compuesta que, como toda acción, requiere una objetividad y un aspecto subjetivo. La primera se alcanza cuando el sujeto ha tenido la posibilidad de disponer de la cosa, sin que interese examinar que efectivamente lo haya hecho. El aspecto subjetivo requiere que haya querido disponer u obtener la disponibi-

lidad que efectivamente adquiere mediante el apoderamiento, sin entrar a averiguar si alcanzó o no el grado de disponibilidad que se propuso. O, lo que es igual: si el autor alcanza con la desposesión el contenido de la voluntad finalista, cualquiera que sea el efecto perseguido o *animus lucrandi* (notoriamente las finalidades de uso, goce, enajenación o disfrute), resulta inocuo determinar la realidad teleológica de tales propósitos pues que se estaría exigiendo una ultrafinalidad cuya obtención no haría más que agotar una conducta consumada. Subordinar la consumación del delito —escribe JIMÉNEZ HUERTA— a que el agente tenga la ocasión de usar, gozar o vender la cosa, es pretender condicionar la perfección del delito a una posibilidad futura inmediata innecesaria para su integración³³.

11) Aprovechando la estadia del profesor argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en nuestra ciudad³⁴, inquirimos su opinión acerca de este supuesto: ¿Cuál es la situación jurídicopenal del sujeto que tras apoderarse de un reloj es alcanzado por el propio ofendido, y en el forcejeo por recuperar la cosa, el primero, contrariado por tal actitud, la arroja al suelo con la intención de destruirla o inutilizarla? Por escrito nos dejó la siguiente respuesta que, sin comentarios —pues nos identificamos con su pensamiento—, trascribimos *ad pedem litterae*:

“La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad (aunque fuera fugaz y pasajera y no aprovechada por el sujeto activo) de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que esta no puede reducirse a la mera posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otra más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.), no puede considerarse que el delito se haya consumado, entre otras cosas porque en esas circunstancias por lo general no solo no se ha consumado el apoderamiento sino ni siquiera el desapoderamiento previo (la sustracción). Si un sujeto remueve un objeto frágil y es perseguido a la carrera por el propietario y cuando se percata de que lo van a prender arroja el objeto al piso y así lo destruye o lo daña, no hay un hurto consumado (no sustrajo, desde que la cosa no salió nunca del todo de la esfera de custodia y, por ende, menos puede considerarse que se apoderó). En tal caso hay un concurso real de tentativa de hurto y daño consumado (no hay una unidad de conducta, sino una mera unidad de circunstancias; la unidad de conducta no existe porque no existe el elemento unificante psicológico necesario que es una única resolución criminal, sino dos: la de hurtar, y, al verla frustrada, recién [sic] surge una segunda decisión criminal, que es el dolo de daño)”.

³³ Cfr. MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *opus cit.*, pág. 80.

³⁴ De paso nuestros públicos agradecimientos al ilustre jurista, quien con generoso desprendimiento dictó en Cali y Popayán interesantes y muy sustantivas conferencias sobre aspectos del derecho penal contemporáneo.

³¹ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, pág. 654.

³² MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mexicano*, t. IV, México, Editorial Porrúa, S. A., 1973, pág. 80.