



## Hurto Simple

Por **Mauricio Macagno**

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

### INTRODUCCION

El delito de hurto se encuentra previsto en el art. 162 del Código penal argentino y puede definírsele, en línea con su texto y en relación con el robo del art. 164 –que no es más que un hurto calificado por el empleo de medios violentos<sup>1</sup>-, como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, cometido sin violencia física en las personas o fuerza en las cosas. De manera que confluyen un aspecto positivo –el apoderamiento- y dos negativos –la inexistencia de violencia contra las personas o de fuerza en las cosas-<sup>2</sup>, que dan fisonomía a esta hipótesis delictiva.

La figura básica de este delito se halla regulado, como adelantamos, en el citado art. 162, mientras que el art. 163 contempla una serie de tipos agravados del hurto. Una excepción es el abigeato o hurto de ganado que fuera autonomizado en un capítulo 2 bis por la ley 25890, pero que no deja de tratarse de una modalidad agravatoria del hurto simple, caracterizado por los bienes objetos del apoderamiento ilícito.

Este comentario se centrará en el hurto en su figura básica o hurto simple.

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el derecho penal hebreo, el trato hacia los ladrones fue piadoso, tendiendo las penas a su resocialización; los hurtos eran sancionados con pena de multa o indemnizaciones dado que se entiende que los bienes fueron entregados al pueblo por Jehová para su administración. Esta visión

<sup>1</sup>Cfme., NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos contra la propiedad*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 45.

<sup>2</sup> De este modo, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, “Hurto”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XIV, p. 628; TOZZINI, Carlos A., *Los delitos de hurto y robo. En la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, p. 115. De manera similar definían el hurto los arts. 437 inc. 1° del Código penal español de 1848 y 530 inc. 1° del Código penal español de 1870, aun cuando exigían ánimo de lucro en el autor. Ceñido a la letra de la ley, lo define NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 47.



social de la propiedad es la que hace que determina el tratamiento clemente de quienes hurtaran o robaran por estimar que ello sucedía a consecuencia de necesidades insatisfechas cuya responsabilidad era de la comunidad<sup>3</sup>. Técnicamente, la Biblia distingue el hurto<sup>4</sup> del robo<sup>5</sup> sobre las mismas bases actuales, es decir, el primero se perpetraba sin violencia, imponiendo en ambos casos a sus autores la restitución del objeto sustraído más una multa, salvo que no pudiera hacerse cargo de la indemnización, circunstancia que lo hacía pasible de verse privado de su libertad: “El ladrón hará completa restitución; si no tiene con qué, será vendido para pagar lo robado”<sup>6</sup>.

El derecho penal romano, denominaba *furtum* a la apropiación de la propiedad ajena, incluyendo en él a ciertas conductas que no se corresponden con el hurto en su conceptualización moderna, puesto que, como enseña Mommsen<sup>7</sup>, literalmente *fur* significa “el que lleva algo y *furtum*, la sustracción y lo sustraído”. En este sentido, por ejemplo, se consideraba un caso de *furtum* al hurto violento o robo aun cuando se lo incluyera entre las coacciones para su persecución punitiva; del mismo modo, integraban dicha categoría la apropiación de bienes de los dioses o *sacrilegium*, y de los bienes del Estado o *peculatus*. Conceptualmente, consiste este delito en la apropiación de una cosa mueble ajena, con el fin de logra un enriquecimiento patrimonial propio y con perjuicio de un tercero<sup>8</sup>.

El hurto de cosas privadas se reprimía con la pena capital en épocas del derecho de guerra de la República, pero con la ley de las Doce Tablas fue cambiando hacia la devolución de lo sustraído y el pago de una indemnización, por influencia del derecho ateniense y de manera similar a lo que sucedía en el derecho hebreo<sup>9</sup>.

En el derecho castellano-indiano<sup>10</sup>, el Fuero Real distinguía distintos tipos de hurto; según el lugar de comisión, podía ser en camino, en la iglesia o casa, y de acuerdo con el valor de lo sustraído, diferenciaba si el monto era mayor o menor a cuarenta maravedíes. Usualmente se multaba a quien cometiera hurtos o se castigaba con azotes; pero la multa impaga se castigaba con la pérdida de una oreja o de un puño. En caso de hurtos en casa o en una iglesia, la pena podía llegar hasta la muerte,

<sup>3</sup> SCHWAB, Martín A. I., *Manual de derecho penal hebreo*, p. 264. Por tal motivo, como explica este autor en p. 267, la Biblia exime de pena a quien hurtare para saciar el hambre.

<sup>4</sup> Éxodo, cap. 20, vers. 15; Deuteronomio, cap. 5, vers. 19.

<sup>5</sup> Levítico, cap. 19, verss. 11 y 13.

<sup>6</sup> Éxodo, cap. 22, vers. 3.

<sup>7</sup> MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, p. 457, a quien seguimos en este tema.

<sup>8</sup> MOMMSEN, Teodoro, ob. cit., p. 458.

<sup>9</sup> MOMMSEN, Teodoro, ob. cit., p. 465 y s.

<sup>10</sup> LEVAGGI, Abelardo, *El derecho penal argentino en la historia*, p. 94 y ss.



del mismo modo que en el caso del asaltante de caminos reincidente, que generalmente se mutaba por una pena arbitraria.

De acuerdo con las Partidas de Alfonso X, el Sabio, “*furto es malfetria que fazen los omes que toman alguna cosa mueble agena encubiertamente sin placer de su señor, con intencion de ganar el señorío o la possession, o el uso de ella*”<sup>11</sup>. Cuando el hurto era manifiesto se penaba con la devolución de la cosa o su valor más cuatro tantos, y si era encubierto, dos tantos en vez de cuatro. Se aplicaban azotes y escarmiento público pero no mutilaciones o muerte, salvo el caso de ladrones conocidos. Se agravaba el hurto cometido en caminos, en el mar, con ingreso con fuerza en una vivienda, en lugar religioso o santo, o el realizado por un oficial real respecto del tesoro a su cargo de los impuestos encargado de cobrar, y tuvo una consideración particular del abigeato.

Estas normas se mantuvieron vigentes en nuestro territorio hasta la codificación del derecho penal patrio, dictando los estados provinciales, no obstante, distintas regulaciones por las cuales se aumentaban las penas en cantidad y gravedad como respuesta punitiva para hacer cesar estos delitos contra la propiedad<sup>12</sup>.

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El proyecto de Código penal redactado por Carlos Tejedor distinguió al hurto del robo<sup>13</sup>, por lo cual, cuando el mismo se convirtió en el Código penal de la provincia de Buenos Aires en 1877, estableció en su art. 321 que “*el que cometa hurto sustrayendo clandestinamente la cosa de otro, sin concurrir ninguna de la circunstancias de los artículos anteriores, será castigado con prisión de uno a tres años*”, con lo que se imponía una definición por exclusión de las modalidades propias del robo. No obstante, según el art. 322 la pena se reducía a arresto de uno a tres meses “*cuando el valor de la cosa hurtada no exceda de cien pesos fuertes*”.

En el proyecto de Código penal de 1881 redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García que llegó a ser el Código penal de la provincia de Buenos Aires, el hurto es definido como “*la sustracción fraudulenta de una cosa mueble*”<sup>14</sup> en el art. 317 aplicándose pena de

<sup>11</sup> Partida VII, tít. XIV, ley I. V., en *Los códigos españoles concordados y anotados*, t. IV, p. 363.

<sup>12</sup> V., LEVAGGI, Abelardo, ob. cit., p. 197 y ss.

<sup>13</sup> Tít. VIII, *De los delitos contra la propiedad particular*, capítulo I, *De los robos y hurtos*, arts. 316 a 325.

<sup>14</sup> La introducción del término “fraudulento” tendría su fundamento en el pensamiento de los juristas romanos que sí definían al hurto. De esta opinión, TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 36. Tejedor exige expresamente la *contrectatio fraudulosa* como configuradora del hurto con cita de la legislación romana. V., TEJEDOR, Carlos,



prisión media. La prisión mayor se reservaba a los hurtos cometidos con escalamiento o efracción, para el que se cometiera empleando llaves falsas o las verdaderas obtenidas fraudulentamente<sup>15</sup>, mientras que el valor de lo hurtado era considerado una circunstancia agravante o atenuante de la sanción penal<sup>16</sup>.

El art. 193 del Código penal de 1887, primer digesto nacional en virtud de la ley 1920, regulaba el hurto del siguiente modo: *“El que cometa hurto sustrayendo clandestinamente una cosa de otro, sin concurrir ninguna de las circunstancias de los artículos anteriores, será castigado: 1) con arresto de un mes a un año, si el valor de la cosa hurtada no excede de quinientos pesos; 2) con prisión de uno a tres años, si el valor de la cosa hurtada excede de quinientos pesos”*.

La tarea reformista continuó con el proyecto de Código penal de 1891 en el cual el hurto era definido como *“el que, con ánimo de lucro, se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”*, contemplándose para su autor la pena de seis meses a dos años de penitenciaría<sup>17</sup>, con lo que se subsanaban los casos de apoderamiento sin clandestinidad que no contemplaba el Código de 1887. El hurto se castigaba con pena de uno a cuatro años de penitenciaría en los casos en que lo hurtado fueren cosas custodiadas en establecimientos públicos, cuando fueren objetos de viajeros; también cuando fuere un abigeato o un hurto rural, cuando fuere abusando de la confianza o *“con auxilio de un doméstico o dependiente de la casa”*; del mismo modo se agravaba la sanción cuando el hurto fuera en caso de infortunio particular o en caso de desastre o conmoción o se cometiera utilizando gonzos, llaves falsas o verdaderas sustraída o hallada y *“cuando se perpetrare con escalamiento”*<sup>18</sup>.

En el año 1906 se presentó un nuevo proyecto de Código penal que suprime la distinción que hacía el Código vigente desde 1887 según el valor del bien hurtado, definiendo el hurto de igual modo que el actual art. 162, incluso con igual pena<sup>19</sup>. A diferencia de la ley proyectada en 1891, no hacía mención alguna al fin de lucro del autor. Se preveía como supuestos agravatorios el abigeato, el hurto rural, el cometido con abuso de confianza o con la colaboración de un dependiente de la

---

*Curso de derecho criminal*, Primera parte: leyes de fondo, 2ª ed., Librería de Cl. M. Joly, Buenos Aires, 1871, p. 280.

<sup>15</sup> Art. 318.

<sup>16</sup> Arts. 319 y 320.

<sup>17</sup> Art. 197.

<sup>18</sup> Art. 198.

<sup>19</sup> Art. 177.



casa, cuando se llevare a cabo en caso de desastre, conmoción o infortunio particular, o se empleare ganzúas, llaves falsas o verdaderas sustraída o hallada o escalamiento<sup>20</sup>.

El Código de 1921 recibe las disposiciones de los arts. 162 y 163 del proyecto de 1917, dejando la primera para la figura básica del hurto o hurto simple, y la siguiente para los hurtos agravados que, originariamente se legislaban en cuatro incisos: el abigeato y el hurto rural; el hurto calamitoso o aprovechando un infortunio particular; el que se realizare con ganzúa, llave falsa o un instrumento semejante o con llave verdadera sustraída o hallada, y el que se hiciera con escalamiento.

Con posterioridad al año 1922 en que comenzara a regir el actual Código penal, se presentó el proyecto redactado por Eusebio Gómez y Jorge Coll donde se dejaba atrás la rúbrica “*Delitos contra la propiedad*” por “*Delitos contra el patrimonio*” y regulaba al hurto de la siguiente manera en su art. 213: “*Se impondrá prisión de un mes a un año, el que se apoderare de una cosa mueble o de una energía económicamente apreciable, total o parcialmente ajena*”. Con este texto se introducían las energías entre los objetos del hurto, treinta años antes que la ley 17.711 reformara el art. 2311 del Código Civil y le aplicara la legislación relativa a las cosas. Las circunstancias agravatorias se enumeraban en el art. 214.

En el año 1941, el profesor de la Universidad Nacional de La Plata y diputado nacional José Peco presentó su proyecto de Código penal, de corte peligrosista, donde el art. 142 disponía: “*Al que sustrajere una cosa mueble, total o parcialmente ajena, apoderándose de ella en beneficio propio o de un tercero, se le aplicará privación de la libertad de tres meses a tres años. La sanción podrá elevarse hasta seis años si el delito revelare particular peligrosidad en el autor*”. La sustracción de “*una energía con valor económico*” encontraba su represión punitiva en el art. 144.

Isidoro De Benedetti dio a conocer su proyecto en 1951. Entre los delitos contra el patrimonio, el art. 232 se refería al hurto: “*Al que se apoderare de una cosa mueble o de una energía susceptible de apreciación económica, total o parcialmente ajenas, se impondrá prisión de uno a cuatro años. Se entenderá que el apoderamiento se ha consumado cuando la cosa o la energía hubieren sido sustraídas a la custodia de su poseedor*”. Los tipos agravados se enlistaban en el art. 233.

El proyecto de 1960, fruto de la labor de Sebastián Soler, también entre los delitos contra el patrimonio, mantuvo la fórmula actual del hurto en su art. 207, destinando el art. 208 a los hurtos

---

<sup>20</sup> Art. 178.



agravados, innovando al introducir hipótesis de hurtos atenuados en el art. 209, sancionados con prisión de hasta un año o multa de hasta sesenta días *“si la cosa ha sido sustraída con el fin de hacer uso momentáneo de ella y ha sido inmediatamente restituida; ..., si el hecho consistiere en el apoderamiento de alimentos u objetos de escaso valor, para proveer a una necesidad propia o de un familiar”*. La disposición atenuante no resultaba de aplicación cuando el hurto fuere calamitoso o en caso de infortunio particular del damnificado, cuando se utilizare ganzúa, llave falsa o instrumento particular o llave verdadera sustraída, hallada o retenida, o mediante escalamiento.

El decreto ley 17.567 en 1968 al reformar el Código penal mantiene el texto del hurto simple, variando algunos aspectos de las figuras agravadas<sup>21</sup>. El decreto ley 21.338 del gobierno de facto, en 1976, reformó la ley penal de fondo manteniendo intacto el tipo básico del hurto, al igual que lo hizo el proyecto de Código penal de 1979. Ya en democracia, la ley 23.077 suprimió las reformas del gobierno cívico-militar sin trocar la fórmula legal del delito analizado.

## BIEN JURÍDICO

El título “Delitos contra la propiedad” parece resumir cualquier problema sobre la delimitación del bien jurídico que resulta lesionado por el delito analizado, no obstante, es necesario efectuar algunas precisiones que demuestran el desacierto de esa primera impresión.

En primer lugar, debe recordarse que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha identificado a la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando toda discusión sobre el punto<sup>22</sup>. Así ha explicado que el art. 17 CN “ampara todo aquello que forma el patrimonio del habitante, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales”<sup>23</sup>, aclarando en otro precedente que “[e]l término ‘propiedad’, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como la dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que

<sup>21</sup> V., TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 66 y ss.

<sup>22</sup> Cfme., TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 88.

<sup>23</sup> CSJN, “*Storani de Boidanovich, Victoria e hijos*”, Fallos 184:137.



intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’<sup>24</sup>.

Se ha precisado con relación al hurto, al igual que en el caso del robo, que la propiedad que se pretende resguardar con el tipo penal es la propiedad de las cosas muebles, pero ello no implica que con el apoderamiento el derecho se destruya, puesto que éste existe en la medida que la cosa subsiste<sup>25</sup>. De allí que se concluya que la tenencia de las cosas muebles es el bien jurídico lesionado por el proceder ilícito del agente.

Para Núñez, por ejemplo, “lo genéricamente ofendido por el hurto es la *propiedad*, pero no en el sentido de propiedad o dominio como derecho real, sino como *patrimonio*, a cuyo contenido corresponde la tenencia de las cosas muebles, que dentro del género propiedad es lo específicamente ofendido por el hurto”<sup>26</sup>, lo que encuentra reminiscencias del pensamiento de Carrara para quien el hurto viola la posesión natural de la cosa por oposición a la civil<sup>27</sup>.

La creación de una posesión distinta de la civil, en el sentido de un poder de hecho sobre la cosa, no hace más que reducir la posesión civil al *corpus* prescindiendo del *animus* y de que dicho poder resulte de la materialización real de un derecho<sup>28</sup>, con lo cual, en general, se llega a considerar acriminable la conducta de quien se apodera ilegítimamente de la cosa en poder de quien la obtuvo también antijurídicamente, como es el supuesto del ladrón que hurta lo sustraído por otro ladrón<sup>29</sup>.

Frías Caballero, representante de la posición mayoritariamente arraigada en la doctrina y jurisprudencia vernácula, propone por ello dejar de lado el término posesión para no confundirlo con el concepto civilista, reconociendo que “el objeto de tutela penal consiste en una situación de hecho, en un poder fáctico que vincula a la persona con la cosa” que lo tiene tanto el legítimo propietario como quien lo obtuvo de modo ilícito. “Ese vínculo físico se extiende no sólo a las cosas muebles con las que se halla en contacto inmediato, sino a las que se hallan dentro de la llamada esfera de

<sup>24</sup> CSJN, “*Bourdieu, Pedro Emilio*”, Fallos 145:307. Estos conceptos son reproducidos en los fallos “*Tejedurías Magallanes S.A.*”, Fallos 312:1656, voto de los Dres. Enrique Petracchi y Jorge Bacqué, y en los votos del Dr. Carlos Fayt en “*San Luis, provincia c/ Estado Nacional*”, Fallos 326:417 y “*Bustos, Alberto R. y otros*”, Fallos 327:4495, donde aclara que los derechos patrimoniales protegidos por el art. 17 constitucional deben ser “apreciables en dinero”.

<sup>25</sup> DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. II-B, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 26.

<sup>26</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de derecho penal*, t. IV, Lerner, Córdoba, 1989, p. 170.

<sup>27</sup> CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, vol. IV, Depalma, Buenos Aires, 1946, § 2105; “tan cierto es esto –dice el Maestro de Pisa–, que el poseedor civil puede resultar, en ciertos casos, culpable de hurto, si sustrae la cosa al poseedor natural”, supuesto que en nuestro derecho encuentra anclaje en el art. 173 inc. 5º CP.

<sup>28</sup> Cfme., FRÍAS CABALLERO, Jorge, *El proceso ejecutivo del delito*, 3ª ed., Livrosca, Caracas, 1996, p. 229.

<sup>29</sup> Por todos, DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 26.



custodia (domicilio, campo cercado), o de vigilancia (por sí o por medio de terceros: peones, sirvientes), o, en fin, dentro de la esfera de actividad patrimonial, e incluso a las que están expuestas a la ‘fe pública’..., siempre que ostenten de alguna manera, por el lugar, por la índole del objeto, o por la forma en que se hallan, signos manifiestos del señorío físico de alguien y que no son, por consiguiente, cosas perdidas”<sup>30</sup>.

Contrariamente, Maggiore sostuvo que para reprimir al ladrón que hurte a otro ladrón era necesario trasladar arbitrariamente al campo penal los criterios de la *actio spoli* del derecho civil, lo cual es consecuente con su idea de que la propiedad es el bien jurídico objeto de la norma penal, mientras que la tenencia “*está protegida únicamente de modo secundario y subordinado*”<sup>31</sup>. Así es que el jurista italiano afirma que “es contradictorio que la misma norma que acrimina el hurto, ampare al ladrón a quien le quitan las cosas robadas el propietario de ellas o un extraño. Castigar al que le sustrae al cómplice del crimen (*socius criminis*) la porción que le correspondía en la división del botín, sería transformar la ley punitiva en encubridora, pues le ayudaría al ladrón a asegurarse el provecho de su delito. Para evitar este absurdo ético y jurídico no tenemos sino un camino: considerar que el hurto cometido por un extraño en perjuicio del ladrón, no lesiona el derecho de este, sino el del propietario. En efecto, este, por el segundo hurto, ve negado otra vez de su derecho (de propiedad y de posesión) y comprometida la posibilidad de recuperar sus cosas; por lo cual él, y solo él, es el sujeto pasivo del delito”<sup>32</sup>.

## TIPO OBJETIVO

### I) La conducta típica: el apoderamiento

En el plano histórico se han elaborado distintas teorías acerca de la configuración de la conducta reprimida por el hurto y su consumación, muchas de las cuales sólo poseen dicho valor y

<sup>30</sup> FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob. cit., p. 231.

<sup>31</sup> MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho pena. Parte especial*, vol V, Temis, Bogotá, 1972, p. 14.

<sup>32</sup> MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 16. Insiste con ello en p. 21.





ninguna aplicación práctica, puesto que en rigor se corresponden a distintos momentos en los que puede descomponerse el *iter criminis*<sup>33</sup>.

Someramente pueden distinguirse las siguientes<sup>34</sup>:

- Teoría de la *attrectatio*, o del mero tocamiento de la cosa: Según esta teoría, el hurto se vería consumado cuando el agente hubiere puesto sus manos sobre la cosa mueble a hurtar, lo cual concluiría en calificar como consumados actos propios de una tentativa, o peor aún, actos sumamente vagos y equívocos que no necesariamente resultan finalmente dirigidos al apoderamiento. Dicha teoría se justificaba en el derecho penal romano que desconocía la noción de tentativa, por lo que se hacía necesario anticipar la consumación hasta el momento mismo en que se tocaba la cosa sin que fuera imprescindible llevársela<sup>35</sup>.

- Teoría de la *aprehensio rei*, o de la simple captación material del objeto (tomarlo con las manos), merece similares críticas que la anterior debido a su vaguedad. En palabras de Núñez, “admite la existencia del hurto sin que concurra una violación completa de la posesión e, incluso, a pesar de que el despojo del propietario sea imposible”<sup>36</sup>.

- Teoría de la *amotio*, o de la mera remoción, consistente en mover la cosa, fue la idea seguida por Carrara para quien “el hurto está consumado tan pronto como el ladrón, puesta la mano sobre el objeto que quería robar, lo removió con este fin del lugar en que el propietario lo había colocado”<sup>37</sup>. En Argentina, la sostuvieron Moreno (h), González Roura, Malagarriga y Eusebio Gómez. El último de los autores citados, comparando nuestro art. 162 con el art. 402 del Código italiano de 1889, que aludía a que la cosa fuera sacada del lugar donde se encontraba, dijo que la teoría aplicable era la de la *amotio* y que nuestro digesto no requería “para que el apoderamiento se opere, la sustracción de la cosa de la esfera de la custodia del dueño. Mucho menos podría interpretarse como expresión de que sea suficiente la simple *aprehensio* del bien que es objeto del delito... La lesión patrimonial, consistente en la privación de tales derechos, existe desde que la

<sup>33</sup> MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 23.

<sup>34</sup> Seguimos en este punto a FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob.cit., p. 234 y ss.

<sup>35</sup> Cfme., SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. IV, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1978, p.166; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, ob. cit., p. 650.

<sup>36</sup>NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 95; FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob. cit., p. 239, menciona un fallo de la Cámara Federal de Bahía Blanca de 16/7/1941, que al fundar la consumación del delito en el art. 2382 del Código Civil derogado por el cual “*la posesión de cosas muebles no consintiendo el actual poseedor la transmisión de ellas, se toma únicamente por el acto material de ocupación de la cosa, sea por hurto o por estelionato...*”, “conduc[e] teóricamente a la *aprehensio*”.

<sup>37</sup> CARRARA, Francesco, ob. cit., § 2019.



remoción opera, porque desde entonces la privación es efectiva, sin que la situación varíe por el hecho de que pudiera ser momentánea”<sup>38</sup>.

Teoría de la *ablatio*, o del traslado o transporte de la cosa: supuso un paso adelante más respecto de la simple remoción, pudiendo distinguirse una posición con un sentido meramente espacial y físico que reclama que la cosa fuera sacada de la habitación donde se encontraba, de las dependencias, de la casa o de sus adyacencias, según distintas opiniones; y un enfoque que destaca sus aspectos ideológicos, que tuvo su origen en las ideas de Pessina quien exigía para completar la *ablatio* que la cosa fuera quitada de la “esfera de actividad” de su legítimo detentador<sup>39</sup>. Este concepto, fue sufriendo variaciones utilizándose otros tales como “esfera de custodia”, “de vigilancia”, “de poder”, “de disposición”, etc. En nuestro país, la doctrina mayoritaria mantiene esta visión (así Soler, Núñez, Jiménez de Asúa, Frías Caballero, García Zavalía, Carnelli, Creus, entre otros), y la jurisprudencia plenaria de la Cámara del Crimen de la Capital la adoptó en 1948<sup>40</sup> al resolver que “la sola remoción de la cosa ajena no basta para consumir el delito de hurto”.

Las teorías de la *illatio*, consistente en poner a buen recaudo el objeto del hurto y de la *locupletatio*, o del aprovechamiento del bien por parte del sujeto activo, son modalidades de la *ablatio* que no son defendidas porque supondrían dejar en la impunidad un sinnúmero de casos lesivos del patrimonio<sup>41</sup>. Adviértase, por ejemplo, que si el hurto se perfecciona recién cuando el bien es puesto a buen recaudo en un sitio seguro –*illatio*–, significa como correctamente se ha apuntado, que si el agente lo deja en un lugar inseguro, se deshace del mismo o lo entrega a un tercero, el delito no se consuma. Pero si el hurto se configura plenamente apenas el sujeto activo alcanza efectivamente un provecho cierto de la cosa apoderada –*locupletatio*–, “como si fuera importante o significativo para el propietario la consideración del devenir teleológico que se propuso obtener el delincuente, al desposeer”, se dejaría a un lado que el despojo antijurídico ya se concretó independientemente de tal finalidad<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> GÓMEZ, Eusebio, “El momento consumativo del hurto”, *Revista de derecho penal*, año 4, n° 4, Ediar, Buenos Aires, 1948, p. 333. La Cámara del Crimen de la Capital mantuvo vigente esta posición entre 1911 y 1948. Cfme., FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob. cit., p. 239.

<sup>39</sup> V., FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob. cit., p. 236.

<sup>40</sup> LL, 52-561.

<sup>41</sup> DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 30.

<sup>42</sup> VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge E., “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 35, fasc. 3, Madrid, 1982, p. 695.



Con fundamento en nuestra ley penal, la doctrina argentina se ha dividido en tres grupos o enfoques distintos en relación a cuál ha de ser la acción material constitutiva del hurto y, con ello, la determinación de su consumación.

Así, la *teoría del desapoderamiento*, desarrollada por Ricardo Núñez, sostiene que ante la imposibilidad de que coexistan simultáneamente dos poderes sobre la misma cosa, la consumación del hurto se produce con el desapoderamiento. “El *desapoderamiento* de la víctima –enseña el jurista cordobés- se produce cuando ha sido *despojada* de la cosa que poseía. La consumación de este despojo determina el momento consumativo del hurto, y se realiza una vez que el perjudicado ha sido *privado* de la cosa<sup>43</sup>”, con lo cual no es necesario ningún acto posterior de parte del ladrón, salvo que así lo requiera la modalidad empleada o el objeto sustraído.

Por lo general, explica Núñez, es exigible la remoción de la cosa, pero sin que ello sea una condición indefectible puesto que el desapoderamiento se comete también con la consumación no precedida de la remoción<sup>44</sup>, como es el caso de quien consume el bien hallado en la casa ajena. Un ejemplo de suma claridad de este autor, que deja manifiesto su pensamiento, es el caso de la persona que lleva consigo la cosa, que “es privado de ella tan pronto como le es quitada por la acción del ladrón, aunque la recobre de inmediato, porque es indiferente el tiempo que dure el despojo, siempre que haya existido, aunque sea por un instante”: “El carterista pasa de la tentativa al hurto consumado tan luego como la cosa ha ido a parar a sus manos, aunque continúe en lucha con la víctima para evitar que este la recobre”<sup>45</sup>.

La *teoría de la disponibilidad o del apoderamiento* ha sido seguida mayoritariamente por nuestros autores (Soler, Jiménez de Asúa, Tozzini, Creus, Lopez Rey, García de Zavalía, Donna, etc.) y por la jurisprudencia.

Sebastián Soler indica que el término “apoderarse” de nuestro art. 162 CP, importa una noción compuesta de un acto material y un propósito, consistiendo “en poner bajo su dominio y acción una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro”<sup>46</sup>. El apoderamiento es, entonces, un concepto jurídico y no material. Cuando nuestra ley establece el “apoderamiento” como núcleo del tipo penal, enseña Soler, “hace referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa

<sup>43</sup>NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 100. La cursiva en el original.

<sup>44</sup>NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 101 y s.

<sup>45</sup>NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 103 y nota 162.

<sup>46</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 171.



estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor”, sin que obste a ello la circunstancia de que la persona no lo posea directa e inmediatamente, si las cosas poseen signos de su pertenencia ajena. Concluía el jurista en que apoderarse “no es solamente *sustraer*, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del *propio* dominio de hecho”<sup>47</sup>.

De modo que el apoderamiento está integrado por la sustracción o desapoderamiento de la cosa que estaba en poder de la víctima, más la adquisición de dicho poder por parte del autor, consumándose el hurto cuando se consolida este poder en cabeza del agente con exclusión de su anterior titular. El ejemplo del perro que espanta el ladrón para apoderarse del mismo, es un delito tentado pese al desapoderamiento de su dueño, en la medida en que no se ha podido consumir ningún acto dispositivo sobre el mismo<sup>48</sup>. En el supuesto del carterista que brindaba Núñez como ejemplo de un delito consumado, en la posición de Soler, era meramente tentado.

En la misma línea de pensamiento, Frías Caballero concuerda en otorgar al verbo típico un contenido real y jurídico, donde “apoderarse significa una toma efectiva de poder sobre la cosa ajena mediante la cual se desapodera a la víctima, violándose de este modo el interés jurídico protegido: la incolumidad del vínculo de hecho entre las personas y las cosas que de algún modo detentan; vínculo efectivo que implica el poder de disponer libremente de ellas sin la intervención de terceros”. Aun cuando el bien jurídico resulte menoscabado con el desapoderamiento, en la medida en que el traspaso del poder efectivo sobre la cosa pueda ser impedido por la víctima, la autoridad u otra persona que acuda en su auxilio, el hurto no se consuma; el desapoderamiento no es más que un *prius* lógico imprescindible para el apoderamiento pero no suficiente. Pero una vez transcurrido este momento, el delito se encuentra irrevocablemente consumado a pesar de que el autor del hurto no haya podido disponer de la cosa o porque eso le fuera impedido por su aprehensión<sup>49</sup>.

Creus y Buompadre sostienen que la “ley se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y de otro subjetivo”; el desapoderamiento a quien poseía la cosa quitándola de su esfera de custodia (aspecto objetivo), y el apoderamiento que importa la posibilidad de efectuar actos materiales de disposición. El desapoderamiento sin apoderamiento podrá constituir una tentativa de hurto<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 174, la manuscrita en el original.

<sup>48</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 175 y 178.

<sup>49</sup> FRÍAS CABALLERO, Jorge, ob. cit., p. 256 y s.

<sup>50</sup> CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, p. 426. Del mismo modo, DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 35.



Una tercera posición es la ensayada más modernamente por Marcelo Sancinetti, denominada teoría de la mera disponibilidad, quien parte de poner en crisis la necesidad del desapoderamiento para lograr el apoderamiento típico. “Si el tipo legal dice: ‘*el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena*’; y no: ‘*el que desapoderare a otro de una cosa, apoderándose de ella*’, entonces, no es un elemento del tipo *privar a alguien de una relación de hecho que tiene con la cosa, sino lograr el autor tal relación de hecho* (con independencia de que la cosa estuviera bajo el poder de otro, o no)”<sup>51</sup>. De este modo arriba a la conclusión de que lo esencial es la disposición del agente sobre la cosa, pero no el acto de desapoderar a la víctima de la misma, pudiendo incluir entre los hurtos aquellos supuestos donde la cosa objeto del proceder ilícito había sido previamente desapoderada por un tercero. De allí que la apropiación de cosa perdida del art. 175 inc. 1° CP, deba ser, en realidad, considerada una forma de hurto atenuado y no una modalidad defraudatoria, solucionando el problema del hurto del auto previamente hurtado o robado con fundamento en el contenido subjetivo del autor concreto al momento de la apropiación<sup>52</sup>: si el autor conocía que el automotor que se apropia en la vía pública había sido previamente sustraído a su dueño, debe aplicarse la norma del art. 175 inc. 1° CP; si desconocía que el rodado en la vía pública estaba perdido para su propietario por haber sido sustraído, se aplica el hurto agravado del art. 163 inc. 6° CP; mientras que si se desconoce el carácter de público del lugar donde se sustraer el vehículo, y que éste está perdido, la solución se halla en el art. 162 CP.

## II) La cosa

Objeto del apoderamiento es una cosa. De acuerdo con el art. 16 del Código Civil y Comercial, son *cosas* los bienes materiales susceptibles de valor económico<sup>53</sup> quedando los bienes que no son cosas como entidades que pueden ser el centro de otras actividades delictivas<sup>54</sup> pero no de

<sup>51</sup> SANCINETTI, Marcelo A., “La apropiación de cosa perdida como hurto atenuado. A propósito del plenario ‘Adrián González’ y la concurrencia de agravantes y atenuantes”, en SANCINETTI, Marcelo A., *Sistema de la teoría del error en el Código penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 204. La manuscrita en el original. Este artículo fue publicado originalmente en *Doctrina Penal*, año 7, n° 26, 1984, ps. 293-331.

<sup>52</sup> SANCINETTI, Marcelo A., ob. cit., p. 221.

<sup>53</sup> De manera similar, con sustento en el art. 2311 CC anterior a la reforma de la ley 17.711, se definía a la cosa como un objeto corporal susceptible de tener un valor; así, NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 172. Luego de la reforma citada, el nuevo texto del art. 2311 CC definió a las cosas como “*objetos materiales susceptibles de tener un valor*”. Sobre estas variaciones, v. DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 39 y s.

<sup>54</sup> HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo, “Comentario a los arts. 1 a 18”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 47 destacan que “en la economía se ha verificado, en las últimas décadas, un



hurto. De modo que el bien para ser objeto del hurto debe comprender ambas condiciones: materialidad y valor económico, lo que ya había sido señalado en vigencia del art. 2311 CC luego de la reforma de la ley 17.711<sup>55</sup>.

Que posea materialidad significa que la cosa tenga un lugar en el espacio, con lo que la materia puede ser sólida, líquida o gaseosa<sup>56</sup>.

En relación con la energía, la reforma al Código civil de la ley 17.711 en 1968 había agregado un segundo párrafo que prescribía que “*las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*”. Lo cual había llevado a algunos autores y jueces a extender esta norma al Código penal en la inteligencia de que la cláusula civil hacía aplicable a la energía aquellos tipos penales cuya acción recayera sobre cosas, como es el caso del hurto. Tozzini pone el acento en que la reforma de 1968 a la ley civil puso un fin al debate acerca de la posibilidad de que la energía pueda ser hurtada, ya que lo que ponía un límite a tal pretensión era la “corporalidad” exigida por el art. 2311 CC para considerar un bien como cosa. A partir de entonces, la “materialidad” aludida y la extensión legal del segundo párrafo ponían el punto final<sup>57</sup>.

En contra de esta idea, incluso con posterioridad a la sanción de la ley 17.711, Soler expresaba que reconocer la materialidad de la electricidad como lo hace la física moderna<sup>58</sup> y con ello, adjudicarle el carácter de cosa a los fines del hurto, por ejemplo, no solucionaba los problemas que suscitaban otras energías, como la magnética, calórica o la cinética: “El que ocultamente conecta la correa de su polea a los ejes de la fábrica de su vecino –ejemplificaba-, llevándose movimiento, hace algo perfectamente semejante al hecho del que conectó un cable”<sup>59</sup>.

“No se puede perder de vista –expresaba- que la figura que estamos considerando va tan íntimamente vinculada con la idea de cosa material, que la polémica tradicional acerca del momento consumativo nos está confirmando que las cosas de que aquí se trata son aquellas aprehensibles, corpóreas, separables o separadas, transportables por sí mismas, como fuentes, sí se quiere, de energía. Pero el que el calor producido por otro saca movimiento o electricidad, o el que de la

---

fenómeno de desmaterialización, por el que los grandes negocios no se refieren ya a cosas, sino a ‘intangibles’, a valores económicos no materiales –como, por ejemplo, los derechos sobre determinada idea útil para la producción de bienes y servicios–, lo que también ha sido regulado en el digesto unificado civil y comercial.

<sup>55</sup>Cfme., TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 146; DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 40.

<sup>56</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., p. 173; DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 40.

<sup>57</sup>TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 147 y s.

<sup>58</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 188, nota 67.

<sup>59</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 189.



electricidad producida por otro saca calor o movimiento, no se apodera de una cosa mueble ajena; no usurpa la posesión que aquél tiene sobre la cosa”. La idea contraria, refiere, concluye en una aplicación analógica de la ley, de allí la regulación específica en otros países y en los proyectos de código penal de 1937, 1941 y el redactado por el propio Soler de 1960.

En la actualidad, el citado art. 16 CCyC, en una fórmula similar al art. 2311 CC, estipula que “*las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*”, de manera que la situación no ha variado demasiado, sosteniéndose desde el derecho civil que la nueva versión de la ley no implica transformar en cosas a la energía<sup>60</sup>. Por “energía” deben comprenderse las distintas formas de su producción (eléctrica, eólica, nuclear, solar, térmica, vegetal, animal, etc.)<sup>61</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a pesar de no haberse pronunciado expresamente sobre el punto, ha dirimido cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales de la órbita federal y ordinaria en virtud de procesos sustanciados por el delito de hurto de energía, convalidando indirectamente la posición que la admite como cosa<sup>62</sup>.

También es una exigencia legal que la cosa, para ser tal, posea un valor económico. La doctrina civilista, en su mayoría, con base en el mencionado art. 2311 CC sólo fijaba que la cosa para ser tal, debía ser un objeto material “*susceptible de tener un valor*”, sostuvo que dicho valor no era otro que el económico<sup>63</sup> dado que Vélez Sársfield, en la nota al art. 2312 CC apuntaba que “[e]l ‘patrimonio’ de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes”. No obstante, algún sector minoritario entendió que era posible considerar como cosas las que poseen solo valor afectivo.

Centrándose su determinación en el valor de uso o cambio con sustento en las notas de Vélez Sarsfield al art. 2312 del Código civil, ya que los bienes como tales debían sufragar una necesidad, uso o placer del ser humano, pudiendo así ingresar a su patrimonio para enriquecerlo, algunos penalistas entendieron que dentro de tales servicios al hombre se hallaban tanto los de valor

---

<sup>60</sup>Afirma esta interpretación, VÍTOLO, Daniel R., “Principios generales del título preliminar del nuevo código”, LL 2016-C-720.

<sup>61</sup> HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo, ob. cit., p. 47.

<sup>62</sup> V., CSJN, “*Empresa Edenor S.A. s/ hurto de energía eléctrica*”, Fallos 318:1655; “*Jofré, Héctor R. en representación de la empresa Edenor s/ hurto*”, Fallos 316:2509. De todos modos, es la posición mayormente receptada por nuestros tribunales.

<sup>63</sup> V., sintéticamente, CIFUENTES, Santos (Dtor.), *Código civil comentado y anotado*, 2ª ed., t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 372.



económico como afectivo, histórico, científico, moral, etc., así como las cosas que solo tuvieran un valor representativo como es el caso del cheque<sup>64</sup>.

Pero el mencionado art. 2311 CC sólo fijaba que la cosa para ser tal, debía ser un objeto material “*susceptible de tener un valor*”, lo que admitía extender con fundamento en la nota del art. 2312 CC que autorizaba distintos enfoques, a un valor afectivo. El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 16 establece que “*los bienes materiales se llaman cosas*” sin aludir expresamente que la cosa como tal debe poseer un valor y mucho menos económico. No obstante, el “*valor económico*” que adjudica la primera parte de la cláusula a los bienes integrantes del patrimonio autoriza a sostener ese requisito, no permitiendo las extensivas interpretaciones que se hacía con la ley derogada<sup>65</sup>. Es correcta la indicación que han realizado algunos comentaristas de la vigente ley civil y comercial de fondo de que por comprender los bienes de la persona algunos como el cuerpo humano y sus partes, o los de carácter comunitario o colectivos, la alusión al carácter económico de todos los bienes no era apropiada, pero sí es imprescindible tal valor económico o pecuniario respecto de las cosas puesto que son objetos de derechos subjetivos (derechos personales o reales) que, como tales, integran el patrimonio del sujeto<sup>66</sup>. De manera que debe rechazarse la pretensión de atribuirles un valor distinto al económico.

Una cuestión que no ha sido definida, al menos en la ley penal de fondo, es el problema de las cosas cuyo mínimo o insignificante valor no importan un significativo detrimento del patrimonio de la persona afectada por el hurto. En otros términos, la acción dañosa no cubre una exigencia de mínima afectación del bien jurídico que se trate para fundar el ejercicio de la acción penal por parte del Estado o de quienes resultaron sus damnificados, aun cuando fuerza reconocer que desde una óptica eminentemente positiva y naturalística la afectación mínima o insignificante importa ya una injerencia sobre el bien jurídico<sup>67</sup>.

Específicamente en relación con el delito estudiado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la aplicación de este principio dogmático, rechazándola de plano, en el

<sup>64</sup>TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 152.

<sup>65</sup> Categórico en ello, VÍTOLO, Daniel R., ob. cit., p.720.

<sup>66</sup> PÉREZ PEJIC, Gonzalo, “Comentario a los arts. 225 a 256”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 362.

<sup>67</sup> Critica esta teoría por contradictoria DONNA, Edgardo A., *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 3ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 284. Dice el autor: “La afectación del bien jurídico existe o no existe, se da o no se da. En esto no hay ‘medias tintas’. Por más mínima que sea la lesión es indudable que en alguna medida el bien jurídico ha sido vulnerado”.





precedente “*Adami, Leonardo E. y otro*”<sup>68</sup>, sin que hasta la fecha haya vuelto a expedirse acerca de la cuestión.

En el caso, se acusó a los dos imputados del hurto de tres “farolitos” de plástico de un automóvil, de lo que fueron absueltos por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones por entender que la pena conminada legalmente resultaba irrazonable en relación con la afectación al bien jurídico que supuso el hecho juzgado. La Corte, por el contrario, aclaró que el tipo penal del art. 162 CP “protege la propiedad en sentido amplísimo” y que los “farolitos” satisfacen el concepto de cosa exigido por la norma. “En consecuencia, de la manera como se encuentra legislado el hurto, cualquiera que sea la magnitud de la afectación del bien tutelado que resulte como consecuencia del apoderamiento ilegítimo, en tanto no se prevén grados ni límites, hace que la conducta quede comprendida en el referido art. 162. La insignificancia sólo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de tal carácter. Es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial, sino a la violación al derecho de propiedad, aspecto que es relevante sólo a los fines de graduar la pena”<sup>69</sup>.

No podemos compartir lo decidido por nuestro Máximo Tribunal de la Nación. En primer lugar, cabe recordar que no cualquier lesión a un bien jurídico, o su puesta en peligro, determina por esa sola razón su represión punitiva. De otro modo, ciertos comportamientos con esa entidad y que, resultan socialmente útiles o no merecen una repulsa social, deberían ser penados como delitos. Un mínimo de racionalidad se impone no sólo en el ámbito legislativo, sino que es necesario en la labor de la agencia judicial. La exigencia del art. 19 constitucional de una lesión de un bien jurídico no puede soslayar el principio de razonabilidad de los actos de gobierno –legislativos como judiciales–, donde una afectación mínima de un interés ajeno sirva de fundamento para una condena. El conflicto intersubjetivo, para ser relevado por el sistema penal, conforme el principio de *ultima ratio*, tiene que poseer una especial trascendencia que signifique un desorden de las pautas sociales de convivencia<sup>70</sup>.

Por otra parte, y en línea con el principio de proporcionalidad, debe existir un equilibrio entre la intervención penal y la gravedad de la afectación al bien jurídico o, como bien explica Terradillos Basoco, una “adecuación valorativa entre la entidad del bien jurídico afectado y la entidad del

<sup>68</sup> *Fallos* 308:1796, sent. 25/9/1986.

<sup>69</sup> Consid. 3°. De igual opinión, CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 430.

<sup>70</sup> Adscribimos de este modo a la posición sustancialista, aun cuando debe concederse que el enfoque procesal es el lugar donde mayor desarrollo encontró esta idea. No obstante, desde la legislación procesal no se hace más que reconocer que no existe substrato conflictivo para el ejercicio de la acción penal.



ataque, por un lado, y respuesta penal, por otro”<sup>71</sup>. De modo que el daño infligido como sanción punitiva debe ser proporcional –lo que no significa idéntico- al daño ocasionado en el bien jurídico, decayendo la gravedad de la sanción en atención a la menor afectación. En este análisis no puede valorarse sólo la importancia comunitaria del bien o interés objeto del tipo penal, sino también las consecuencias jurídicas y la forma de incidencia sobre el mismo<sup>72</sup>. Esta exigencia, además, halla reconocimiento supralegal en la prohibición de aplicar penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>73</sup> y encuentra sólidos fundamentos en la norma del art. 44 del Código Penal por la cual se exime de pena al delito imposible<sup>74</sup>. Por tales razones, castigar con un mínimo de un mes de prisión a quien se apodera de un fósforo ajeno para encender un cigarrillo resulta irrazonable y desproporcionado, y de aplicarse dicha sanción, resultaría también cruel e inhumano.

De modo que el insignificante valor de la cosa objeto del hurto torna atípica<sup>75</sup> la conducta de quien se apodera ilegítimamente de la misma. Con todo, lo indicado no es la solución propiciada legislativamente ya que se ha recurrido a la insignificante afectación del bien jurídico como criterio de oportunidad o pauta de disponibilidad de la acción penal sobre el cual luego de encabalga la desvinculación procesal del imputado, y no como causa de atipicidad de la conducta, como sucede con los Códigos procesales penales de las provincias de Buenos Aires (art. 56 bis inc. a); Chubut (art. 44 inc. 1°), Santa Fe (art. 19 inc. 2°), Mendoza (art. 26 inc. 1°), Tucumán (art. 5 bis inc. 1°) y la ley 27.063 que regula un nuevo digesto procesal para la Nación<sup>76</sup> (art. 31 incs. a y b). Las facultades estatales para incluir criterios de oportunidad en sus digestos formales fueron convalidadas por la incorporación del inciso 5° al art. 59, CP, por la ley 27.147, que los contempla como causa de extinción de la acción penal, “*la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*”.

<sup>71</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan M, *Sistema penal y Estado de Derecho. Ensayos de derecho penal*, ARA Editores, Lima, 2010, pág. 135. De igual opinión, ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 472.

<sup>72</sup> Así, CARBONELL MATEU, Juan C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 202.

<sup>73</sup> Arts. 5 D.U.D.H.; 5.2 C.A.D.H.; 7 P.I.D.C.P.; 37.a) C.I.D.N., y 16 Conv. Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>74</sup> CORNEJO, Abel, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 56.

<sup>75</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., B de f, Montevideo, 2005, p. 518.

<sup>76</sup> Suspendida su implementación al momento de redactarse este comentario.



### III) La calidad de mueble

Otra exigencia legal es que la cosa, además de satisfacer los requisitos del art. 16 CCyC, debe ser mueble.

El art. 227 CCyC, define las llamadas cosas muebles por su naturaleza, del siguiente modo: “*son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa*”. Es decir, un rasgo distintivo de las cosas muebles es su movilidad, que puede ser autónoma –“*por sí mismas*”–, como en el caso de los semovientes, o en los casos de cosas que carecen de tal autonomía, si son desplazables en el espacio en virtud de una “*fuerza externa*”, como una taza, una cartera, un automóvil, etc.

Como se ha hecho notar, las cosas objeto del delito de hurto son aquellas que pueden ser movilizadas, es decir, las que pueden ser separadas fácticamente del patrimonio de su titular e ingresadas al del autor o de un tercero, sin variar su forma o sustancia<sup>77</sup>. Este criterio de transportabilidad o desplazamiento de la cosa hizo posible sostener la inclusión en el grupo de cosas susceptibles de ser hurtadas, a los inmuebles por representación y por accesión según la categorización del Código civil que no se adaptaba a la letra del art. 162 CP y a la esencia del ilícito penal.

Los primeros, que hacían alusión a aquellos “*instrumentos públicos o privados de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis*” (art. 2319 CC), se fundaban en una ficción tenazmente criticada por la doctrina civilista, que condujo a su supresión definitiva del Código Civil y Comercial<sup>78</sup>. En cambio, se mantiene la segunda categorización de *cosas inmuebles por accesión* en el art. 226 CCyC definiéndolas como “*las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario*”. “*No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario*”.

Las cosas inmuebles por accesión son, en su naturaleza, cosas muebles adheridas al inmueble y consideradas de esta clase por el CCyC pero que no obsta a su hurto cuando son separadas

<sup>77</sup>TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 156.

<sup>78</sup>Sobre ello, v. PÉREZ PEJCIC, Gonzalo, ob. cit., p. 369 y s.



previamente y así permiten su desplazamiento<sup>79</sup>, recuperando así la calidad de cosa mueble por su naturaleza. La fuente de agua una vez retirada del fondo sobre el cual ha sido ubicada, puede claramente ser hurtada.

De igual modo, el art. 225 CCyC, al establecer el concepto de inmueble por naturaleza, incluye al suelo, a las cosas a él incorporadas “*de una manera orgánica y las que se encuentran bajo suelo sin el hecho del hombre*”, pero, en rigor, fuera de la adhesión que los integra, la clasificación debe desecharse cuando se extrae alguno de sus elementos puesto que dejan de ser inmuebles para pasar a ser cosas muebles. “Lo que ‘hoy’ está inmovilizado, podrá mañana movilizarse o ser movilizado y entonces habrá dejado de ser ‘inmueble’”<sup>80</sup>. Tal es lo que sucede con las capas de tierra extraídas en una excavación, o los vegetales adheridos al terreno que son extraídos o las piedras preciosas desenterradas, que son cosas muebles pasibles de ser hurtadas. El agua separada de su curso natural o de la napa freática es cosa mueble a los fines del art. 162 CP, mientras que permaneciendo en su lecho puede ser objeto del delito de usurpación de aguas del art. 182 CP.

#### IV) Ajenidad de la cosa

El art. 162 CP exige que la cosa mueble objeto del apoderamiento sea total o parcialmente ajena.

La cosa es *totalmente ajena* cuando el agente no tiene ni una parte ideal de ella en comunidad con sus propietarios; y es *parcialmente ajena*, cuando se posee una parte indivisa de ella, como condómino o comunero hereditario. En las sociedades, si éstas constituyen una persona distinta de sus socios, las cosas a ella perteneciente son ajenas para todos y cada uno de ellos<sup>81</sup>. El caso del propietario de la cosa propia que la sustraiga del poder de un tercero, puede caer en los márgenes del art. 173 inc. 5° CP.

En concreto, el hurto reclama que la cosa mueble sea de aquellas que no pueden ser adquiridas por la aprehensión de persona capaz con intención de adquirir el dominio sobre las mismas en el momento de tomarlas<sup>82</sup>. De allí que las cosas sin dueño o *res nullius*, no pueden ser

<sup>79</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 191

<sup>80</sup> PÉREZ PEJCIC, Gonzalo, ob. cit., p. 366.

<sup>81</sup> TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 159.

<sup>82</sup> CAUSSE, Federico – PETTIS, Christian R., “Comentario a los arts. 1926 a 1972”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. V, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 77.



hurtadas porque cualquiera puede apropiarse de ellas, como es el caso de los animales que son objeto de la casa y de la pesca (art. 1947, inc. a), ap. II, CCyC), salvo que lo cazare en el interior de un inmueble ajeno sin autorización de su dueño, y no ser trate de un animal herido mientras es perseguido por el cazador (art. 1948 CCyC). Del mismo, quien pesca en aguas de dominio público o en otras aguas pero con la autorización pertinente, adquiere el dominio de lo que capture o extraiga (art. 1949 CCyC), con lo cual, tomar tales animales no resultaría de ningún modo aprehensible por el tipo penal estudiado.

Del mismo modo, también son consideradas cosas sin dueño pasibles de apropiación por cualquier persona, “*el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos*” (art. 1947, inc. a), ap. III, CCyC). En lo que respecta a los enjambres es de su dueño y cuando el mismo se traslada hacia otros inmuebles, el titular pierde su calidad “*si no lo persigue o cesa en su intento*”. En el primer caso, puede hurtarse, no así en el segundo, donde “*pertenece a quien lo tome*” (art. 1950 CCyC).

Las cosas abandonadas o *res derelictae* son aquellas cuyo dueño voluntaria y unilateralmente se desprendió materialmente con intención de no retomar su posesión y propiedad. En razón de haber operado la extinción absoluta de dominio, la cosa puede ser apropiada por cualquiera<sup>83</sup>, de manera que tampoco pueden ser hurtadas (art. 1947, inc. a), ap. I, CCyC).

Dado que para ser considerada abandonada una cosa es necesario que el desprendimiento de su titular sea voluntario, deben excluirse todos aquellos casos donde el mismo no sea voluntario, como cuando la cosa se encuentra perdida, cuando hubo desinterés de parte de su dueño o cuando la pérdida fue involuntaria<sup>84</sup>. El Código Civil y Comercial expresamente prohíbe la apropiación de cosas muebles no registrables perdidas (art. 1947, inc. b), ap. I) por cuanto la cosa perdida pertenece a una persona con poder de señorío (art. 1882 CCyC) sobre ella, pero no de hecho<sup>85</sup>. Similar es la situación de la cosa extraviada, en la que el dueño la mantiene bajo su poderío pero momentáneamente desconoce su ubicación.

Por tales razones es que las cosas perdidas o extraviadas pueden ser hurtadas<sup>86</sup>, no obstante, al ser encontradas por el autor del apoderamiento se produce un desplazamiento hacia la figura de la apropiación indebida del art. 175 inc. 1° CP.

<sup>83</sup> Cfme., ARRAGA PENIDO, Mario O., “Cosas muebles perdidas”, en *La Ley*, diario de 16/6/2017, p. 1.

<sup>84</sup> CAUSSE, Federico – PETTIS, Christian R., ob. cit., p. 77.

<sup>85</sup> ARRAGA PENIDO, Mario O., ob. cit., p. 1.

<sup>86</sup> Por todos, SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 195



El Código Civil y Comercial dispone que la cosa se considerará perdida si pose algún valor (art. 1947, inc. b), ap. I), salvo que se probara que ha sido abandonada, con lo cual, la apropiación es legítima y, con ello, cae la tipicidad del apropiador. También son susceptibles de apropiación “*los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno*” (art. 1947, inc. b), ap. II); “*los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos*”, es decir, que los abandone (art. 1947, inc. b), ap. III), y los tesoros (art. 1947, inc. b), ap. IV) sobre los cuales pesa un régimen particular (arts. 1951 a 1954 CCyC).

## SUJETO ACTIVO

La fórmula legal del art. 162 CP –“*el que*”- prescribe un *delicta communia* donde cualquier persona a la que la cosa objeto de su accionar ilícito le resulte total o parcialmente ajena podrá ser su autor.

Se excluye de la universalidad de posibles autores a quienes se hallen en la tenencia, posesión o propiedad de la cosa mueble, sea en calidad de copropietario, socio, coheredero, usuario, usufructuario, comodatario, depositario, acreedor prendario y todo aquel que tenga una tenencia material, supuestos en los que la apropiación puede configurar una defraudación de los arts. 173 incs. 2 o 5, o 175 incs. 1, 2 o 3 del Código penal<sup>87</sup>. Más esta imposibilidad de hurtar la cosa mueble que se tiene o posee de parte de quien reconoce una parcial ajenidad, no se mantiene cuando tal tenencia o posesión no existe, como claramente resulta de la letra del precepto.

El hurto admite todas las formas de autoría y participación, incluso se ha puesto de manifiesto que quien pide a un tercero que le alcance una cartera ajena que se lleva consigo, actúa como autor mediato de hurto debido al error de tipo del tercero<sup>88</sup>.

## SUJETO PASIVO

En relación al sujeto pasivo del delito, tanto la doctrina como la jurisprudencia usualmente distinguen entre la víctima del acto de apoderamiento, es decir, de quien fue privado del poder

<sup>87</sup> V.MAGGIORE, Giuseppe, ob. cit., p. 17; TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 122.

<sup>88</sup> DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 49.



material que mantenía sobre la cosa, del damnificado, que es quien ve reducido su patrimonio por tal ataque<sup>89</sup>. Lo cual, no necesariamente ha de coincidir en la misma persona.

Se ha sostenido, no sin críticas<sup>90</sup>, que pueden ser sujetos pasivos del hurto quienes tienen la cosa bajo su poder en virtud de una apropiación ilegítima o viciada por error, abuso de confianza, clandestinidad, compulsión, fraudulencia o caso fortuito<sup>91</sup> puesto que el aspecto de la propiedad que se lesiona con el ilícito es la relación física o tenencia que vincula a la cosa con su titular, pero no la propiedad de la misma, de la que carece el simple tenedor.

## MEDIOS DE COMISIÓN

De acuerdo con la letra del art. 162 CP, es indistinto<sup>92</sup> el medio o modo que se emplee para lograr el apoderamiento de la cosa mueble ajena o parcialmente ajena, siempre y cuando sea idóneo para ello, y en la medida en que el medio o modo no encuentren una tipificación autónoma en alguna de las hipótesis del art. 163 CP, como son los casos de los hurtos agravados por el empleo de una ganzúa o instrumento similar, o en el que se utiliza el escalamiento (art. 163 incs. 3 y 4 CP). Exigencias tales como la “fraudulencia” que reclamaba el Proyecto de 1881 o la “clandestinidad” del apoderamiento que habían impuesto los Códigos penales de la provincia de Buenos Aires de 1877 y de la Nación de 1887, son ajenas a la disposición actual.

Es posible realizar el apoderamiento de manera directa o indirectamente o mediata, sirviéndose el autor para ello de un inimputable, un animal o algún tipo de artilugio que no signifique el empleo de fuerza o medios violentos. No es exigible la clandestinidad, como lo hacía el Código penal de 1887.

## TIPO SUBJETIVO

Es un tipo penal doloso que requiere del autor el conocimiento de los elementos típicos, incluidos los normativos (como la ajenez de la cosa y la ilegitimidad del apoderamiento)<sup>93</sup> ya que,

<sup>89</sup> Por todos, NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 53.

<sup>90</sup> V. nota 32.

<sup>91</sup> V., TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 124.

<sup>92</sup> Por todos, DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 35.

<sup>93</sup> Cfme., CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 433.



de lo contrario, no existiría un pleno apoderamiento de la cosa mueble que es objeto del accionar delictivo. Estas características típicas hacen admisible solo el dolo directo<sup>94</sup>.

A pesar de que nuestro Código penal no realiza alusión alguna al ánimo de lucro como lo hacía el Proyecto de 1891, o a una finalidad determinada en el autor del hurto, el empleo del término “apoderarse” le otorga “cierta fisonomía subjetiva” en palabras de Soler: no puede existir apoderamiento sin el conocimiento de la ajenidad de la cosa, y que tampoco puede ser apropiada por cualquiera, dado que el apoderamiento consiste “en el acto voluntario mediante el cual se trae a la propia esfera de poder una cosa que se sabe ajena, desplazando voluntariamente de la custodia al propietario de ella”<sup>95</sup>. Es decir, desapodera para apoderarse, de manera que si la intención del agente es destruir la cosa, la acción es captable por el delito de daño, mientras que si el apoderamiento tiene por fin la realización de una broma, la conducta es atípica<sup>96</sup>.

Esta voluntariedad del apoderamiento, como se afirma, hace incompatible este delito con un dolo eventual<sup>97</sup> a pesar de que algún autor aisladamente así lo haya sostenido.

La creencia errónea de que la cosa es propia torna impune la acción por el error de tipo, ya que ni siquiera el error vencible encuentra soporte punitivo en una figura culposa<sup>98</sup>.

## I) El hurto de uso

En la doctrina y jurisprudencia nacional se ha discutido si el denominado hurto de uso o *furtum usus* encuentra su lugar en la letra del art. 162 del Código Penal, es decir, la sustracción de la cosa ajena para servirse de ella y restituirla inmediatamente sin la intención de apropiársela para sí<sup>99</sup>.

Para un sector, el hurto de uso no queda atrapado por el tipo penal del art. 162 CP. Según Gómez, uno de sus integrantes, el elemento psicológico del apoderamiento “no consiste, únicamente, en la conciencia de infringir una norma y en la voluntad de violarla; requiere, además, el *animus rem sibi habendi*”<sup>100</sup>, es decir, la voluntad de ser dueño de la cosa que no se aprecia en el hurto de uso. En

<sup>94</sup> DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 50.

<sup>95</sup> SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 200.

<sup>96</sup> DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 50.

<sup>97</sup> Así, CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 433.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José M., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., s/d, Madrid, 1975, p. 367, para quien “la problemática del error tiene suma trascendencia en el hurto, porque no es punible la comisión culposa”.

<sup>99</sup> CARRARA, Francesco, ob. cit., § 2038.

<sup>100</sup> GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, p. 78. Del mismo modo, PESSAGNO, Hernán A., “El hurto de uso y la legislación argentina”, LL-36-822.





la doctrina española, por ejemplo, en una opinión que puede sumarse a este grupo de juristas nacionales, Rodríguez Devesa afirma que “es consustancial con el concepto de apropiación la intención de que sea permanente o definitiva. Una apropiación que sólo se pretende por un tiempo determinado es una *contradictio in terminis*”<sup>101</sup>.

En cambio, otros sostienen justamente lo contrario. Carnelli<sup>102</sup> observa que el texto de la figura penal no significa que el apoderamiento exija implícitamente el ánimo de adueñarse de la cosa, ni ello puede pretenderse como un dolo específico no escrito, de allí que quien sustrae la cosa con el fin de utilizarla y luego devolverla incurre en el delito de hurto puesto que con el uso ya se está en posesión de la misma.

De la misma idea Núñez<sup>103</sup> explica que “la intención de apoderarse de la cosa no requiere el propósito de tener la cosa indefinidamente. Basta que el autor intencionalmente haya desapoderado de su cosa a su dueño *para poseerla momentáneamente*. Por esto constituye hurto el desapoderamiento de la cosa para usarla y restituirla”. El apoderamiento de la cosa temporariamente breve, cuando se hace con dicha intención y ejercer sobre la misma actos de disposición, como lo es usarla, vulnera el vínculo de poder que al ligaba con su poseedor y consume el hurto, sin que tenga ningún relieve desinclinador lo que el agente después haga con esa cosa objeto de su accionar<sup>104</sup>.

## ANTI JURIDICIDAD

### I) La ilegitimidad del apoderamiento

La referencia legal a la “ilegitimidad” del apoderamiento alude, sin dudas, a la no justificación del acto de desplazar la cosa mueble de la esfera de custodia ajena y la posibilidad cierta y concreta de desplegar actos de disposición. Según se ha explicado, excluye la fórmula legal los casos donde el agente puede ejercer derechos sobre la cosa objeto de su accionar en clara alusión expresa en el tipo penal al ejercicio de un derecho como causa de justificación<sup>105</sup>.

A pesar que doctrinariamente se ha defendido la inclusión de este término en el tipo objetivo, como exigencia de que el dolo debe abarcar el conocimiento de la ilegitimidad del apoderamiento, no

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José M., ob. cit., p. 366.

<sup>102</sup> CARNELLI, Lorenzo, “El hurto de uso en la doctrina y en la legislación”, LL-36-Secc. Doctr.-86.

<sup>103</sup> NÚÑEZ, Ricardo C., *Delitos...*, p. 115.

<sup>104</sup> TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 171.

<sup>105</sup> Cfme., CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 428.



es menos cierto que, como apunta Donna, “nada cambiaría con la exclusión del término, ya que la apropiación de la cosa ajena sin consentimiento del dueño o tenedor sería típica”<sup>106</sup>.

## II) El hurto famélico

Más allá de que respecto del delito de hurto funcionan plenamente las distintas causas de justificación, es usual mencionar entre los apoderamientos de cosas ajenas justificados, al denominado “hurto famélico”<sup>107</sup> que, como se ha destacado críticamente, posee un nombre bastante impropio porque en realidad quien está famélico es el autor y no el hurto.

Si bien el calificativo alude al hambre que padece quien lleva adelante el hurto, en rigor, “se sustraen bienes para subvenir a necesidades acuciantes de supervivencia”<sup>108</sup>, con lo que se abarcan también los sufrimientos por frío o falta de abrigo, propio o de un tercer (padre que se apodera de un pan para alimentar a un hijo, como es el recordado caso de Jean Valjean de la novela de Víctor Hugo, *Los miserables*). Por provenir de una causa fisiológica que pone al individuo en la disyuntiva de proporcionarse el alimento o abrigo, o sucumbir él o un tercero, o verse afectado de alguna manera grave (enfermedad, por ej.), se justifica la acción típica contra la propiedad de otra persona. Como todo caso de estado de necesidad justificante, el ordenamiento jurídico admite como legítima la sobrevivencia del bien de mayor valor (vida del hambriento) en detrimento del menos valioso (propiedad de la cosa mueble ajena)<sup>109</sup>.

## CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En línea con la posición mayoritaria (teoría del apoderamiento o de la disponibilidad), para considerar consumado el hurto el apoderamiento debe completarse, es decir, que su autor debe poseer la posibilidad cierta y concreta, aun cuando momentánea, de ejercer actos de disposición sobre la cosa mueble sustraída a su tenedor<sup>110</sup>. Ello no significa que los haya concretado

<sup>106</sup> DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 37. Ya GÓMEZ, Eusebio, ob. cit., p. 29, criticó el empleo de esta fórmula legal por “redundante, porque el hecho de apoderarse legítimamente de una cosa, no puede ser constitutivo de delito alguno. La ilegitimidad es de la esencia de todos los hechos previstos”.

<sup>107</sup> Clásico en la materia es el artículo de PEREDA, P. Julián, “El hurto famélico o necesario”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 17, fasc. 1, Madrid, 1964, ps. 5-28.

<sup>108</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El delito de hurto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 139.

<sup>109</sup> V., TOZZINI, Carlos A., ob. cit., p. 165; DONNA, Edgardo A., ob. cit., p. 51.

<sup>110</sup> Por todos, CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 432.



objetivamente, sino que haya creado las condiciones para así llevarlos a cabo, sin que su no realización lo deje en grado de tentativa.

Si el agente no creó tales condiciones pese a haber desapoderado de la cosa a su titular, el hurto quedó tentado, por no haberse configurado el apoderamiento típico, del mismo modo que sucede cuando la acción que inequívocamente conducía al principio de ejecución del hurto, esto es, al desapoderamiento, queda trunca por razones ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Es fundamental, entonces, que la cosa haya salido de la esfera de custodia o de poder del tenedor de modo que éste no pueda reingresarla a ella, por sí mismo o por la intervención activa de terceros (autoridad policial, vecinos, testigos del delito, etc.), desapoderándolo y, de consuno, que el agente haya tenido la posibilidad cierta y concreta -no meramente conjetural- de realizar actos de disposición sobre la misma, lo que variará de acuerdo con las circunstancias de cada caso (modalidad empleada, cosa objeto del ilícito, actos desplegados por la víctima o terceros, oportunidad temporal en que éstos se desarrollen, etc.). Por ello es que sólo es posible fijar una conceptualización amplia sin precisiones que deben ser buscadas por el intérprete ante cada hipótesis fáctica que se le plantee.



## BIBLIOGRAFÍA

- **ARRAGA PENIDO, Mario O.**, “Cosas muebles perdidas”, en *La Ley*, diario de 15/6/2017, p. 1.
- **BLASCO FERNÁNDEZ DE MÓREDA, Francisco**, “Hurto”, en Enciclopedia jurídica Omeba, t. XIV, Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 627-672.
- **CARBONELL MATEU, Juan C.**, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- **CARNELLI, Lorenzo**, “El hurto de uso en la doctrina y en la legislación”, *LL-36-Secc. Doctr.-86*.
- **CARRARA, Francesco**, *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, vol. IV, Depalma, Buenos Aires, 1946.
- **CAUSSSE, Federico – PETTIS, Christian R.**, “Comentario a los arts. 1926 a 1972”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. V, Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 58-96.
- **CIFUENTES, Santos (Dtor.)**, *Código civil comentado y anotado*, 2 ed., t. IV, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- *Código penal de la provincia de Buenos Aires*, Imprenta de la penitenciaría, Buenos Aires, 1877.
- **CORNEJO, Abel**, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- **CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge E.**, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.
- **DONNA, Edgardo A.**, *Derecho penal. Parte especial*, ts. I, 3ª ed., y II-B, 2ª ed., Rubinza-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- **FRÍAS CABALLERO, Jorge**, *El proceso ejecutivo del delito*, 3ª ed., Livrosca, Caracas, 1996.
- **GARCÍA ARÁN, Mercedes**, *El delito de hurto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- **GÓMEZ, Eusebio**, “El momento consumativo del hurto”, *Revista de derecho penal*, año IV, n° 4, Ediar, Buenos Aires, 1948, ps. 329-342.
- *Tratado de derecho penal*, t. IV, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- **HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo**, “Comentario a los arts. 1 a 18”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 5-49.
- **LEVAGGI, Abelardo**, *El derecho penal argentino en la historia*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.
- *Los códigos españoles anotados y concordados*, t. IV, Madrid, Antonio de San Martín Editor, 1872.
- **MAGGIORE, Giuseppe**, *Derecho penal. Parte especial*, vol. V., Temis, Bogotá, 1972.



- **MIR PUIG, Santiago**, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Montevideo, B de f, 2005.
- **MOMMSEN, Teodoro**, *Derecho penal romano*, trad. de Pedro Dorado Montero, Temis, Bogotá, 1976.
- **NÚÑEZ, Ricardo C.**, *Delitos contra la propiedad*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951.
- *Tratado de derecho penal*, t. IV, Lerner, Córdoba, 1989.
- **PEREDA, P. Julián**, “El hurto famélico o necesario”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 17, fasc. 1, Madrid, 1964, ps. 5-28.
- **PÉREZ PEJCIC, Gonzalo**, “Comentario a los arts. 225 a 256”, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián (Dtores.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, t. I, Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 360-428.
- **PESSAGNO, Hernán A.**, “El hurto de uso y la legislación argentina”, *LL-36-822*.
- *Proyecto de código penal para la República Argentina trabajado por encargo del gobierno nacional por el doctor don Carlos Tejedor*, parte segunda, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1867.
- **RODRIGUEZ DEVESA, José M.**, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., s/d, Madrid, 1975.
- **SANCINETTI, Marcelo A.**, “La apropiación de la cosa perdida como hurto atenuado. A propósito del plenario ‘Adrián González’”, en SANCINETTI, Marcelo A., *Sistema de la teoría del error en el Código penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, ps. 197-241.
- **SCHWAB, Martín A. I.**, *Manual de derecho penal hebreo*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2014.
- **SOLER, Sebastián**, *Derecho penal argentino*, t. IV, 3ª ed., TEA, Buenos Aires, 1978.
- **TEJEDOR, Carlos**, *Curso de derecho criminal*, Primera parte: leyes de fondo, 2ª ed., Librería de Cl. M. Joly, Buenos Aires, 1871.
- **TERRADILLOS BASOCO, Juan M.**, *Sistema penal y estado de derecho. Ensayos de derecho penal*, Ara Editores, Lima, 2010.
- **TOZZINI, Carlos A.**, *Los delitos de hurto y robo. En la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2002.



- 
- **VALENCIA MARTÍNEZ, Jorge E.**, “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código penal colombiano”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 35, fasc. 3, Madrid, 1982, ps. 693-704.
  - **VITOLLO, Daniel R.**, “Principios generales del título preliminar del nuevo código”, *LL* 2016-C, ps. 700-723.
  - **ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro**, *Derecho penal. Parte general*, 1ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2000.