

El delito de hurto y sus agravantes en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación

Por Rubén E. Figari.

Sumario: 1.- Sobre la rúbrica y el bien jurídico protegido. 2.-La cuestión en la doctrina nacional. 3.- Hurto. 3.1.- Hurto campestre. 3.2.- Abigeato. 3.3.- Hurto de mercaderías transportadas. 3.4.- Hurto de vehículos motorizados dejados en la vía pública o lugares de acceso público. 3.5.- Hurto de bienes provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos o cualquier otro perteneciente al patrimonio cultural de la Nación. 3.6.- Hurto de bienes de valor científico, histórico, cultural o religioso. 3.7.- Hurto calamitoso. 3.8.- Hurto con ganzúa, llave, instrumento semejante o artificio técnico. 3.9.- Hurto con escalamiento. 3.10.- Hurto calificado por la función.

El Anteproyecto de reforma integral al Código Penal ha cambiado la rúbrica en el Título VII, denominándola “Delitos contra el patrimonio”, sustituyendo de esta manera al Título VI “Delitos contra la propiedad” imperante en el Código vigente, pero esto no ha sido lo único sino que se han incorporado dentro de dicho título otros capítulos que no están en el actual.-

En efecto, el Capítulo I trata sobre el “Hurto” (art. 140, figura base y sus agravantes); el Capítulo II “Robo” (art. 141, figura base y sus agravantes); el Capítulo III “Extorsión” (art. 142); el Capítulo IV “Estafas y otras defraudaciones” (art. 143, figura base, art. 144 “Otras defraudaciones”, art. 145 “Defraudaciones agravadas”, art. 146 “Defraudaciones menores”, art. 147 “Defraudación en la práctica deportiva”, art. 148 “Cheques”); el Capítulo V “Usura” (art. 149); el Capítulo VI “Delitos contra los derechos intelectuales” (art. 150); Capítulo VII “Delitos contra la propiedad de marcas y designaciones” (art. 151); Capítulo VIII “Delitos contra derechos conferidos por modelos y diseños industriales” (art. 152); Capítulo IX “Delitos contra derechos conferidos por patentes y modelos de utilidad” (arts. 153 y 154); Capítulo X “Insolvencias punibles” (art. 155 “Cesación de pagos fraudulenta”, art. 156 “Insolvencia fraudulenta”, art. 157 “Actuación fraudulenta en el proceso concursal”, art. 158 “Favorecimiento ilegal de acreedores”); Capítulo XI “Usurpación” (art. 159 “Despojo, alteración y turbación”, art. 160 “Usurpación de aguas”); Capítulo XII “Daños” (art.

161) y Capítulo XIII “Disposiciones generales” (art. 162 “Supuestos de no punibilidad”, art. 163 “Personas Jurídicas”).-

Como se apreciará el texto vigente tiene ocho capítulos, contando los capítulos dos bis – abigeato – y cinco bis – usura – en tanto que el Anteproyecto contabiliza trece capítulos.-

Por razones de espacio en esta ocasión sólo me voy a referir a las modificaciones que se han producido en el Capítulo I, es decir al hurto y sus agravantes.-

1.- Sobre la rúbrica y el bien jurídico protegido.

El artículo 14 de la Constitución Nacional consagra, entre otros, el derecho a la propiedad y en este plano y en atinencia a los derechos que respecto aquélla se le reconocen a las personas existe una discusión ideológica, pues la propiedad ha sido considerada como una creación legal – derecho subjetivo de los que ya poseen – de una entidad disímil a los restantes derechos humanos como derechos naturales de todas las personas ⁽¹⁾. Así, la Corte Suprema en cuanto al concepto constitucional de propiedad le reconoce un desarrollo superior ⁽²⁾ que en el ámbito de los derechos reales, debido a que no se agota con el derecho de dominio y sus derivaciones, de modo tal que, en uno de sus tantos fallos sobre este tópico, se ha sostenido que el término propiedad tal como se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional comprende todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya sea que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos ⁽³⁾. En concordancia con el Art. 14, el 17 establece la inviolabilidad de la propiedad, las condiciones requeridas para su expropiación y otras pautas que allí se designan. Pero aquí no se define tampoco lo que es la propiedad, cosa que sí lo hace el Código Civil en el Art. 2312 ⁽⁴⁾. De modo tal,

¹ GELLI María “*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*” 2ª edición, ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 73.

² “El derecho constitucional formal – que reconoce y garantiza el derecho de propiedad – y el derecho constitucional material – que se ha encargado, sobre todo por fuente de derecho judicial, de especificar sus contenidos – asignan al término “propiedad” un concepto que excede en mucho al propio del derecho civil. *Propiedad* en sentido constitucional es más – y mucho más – que propiedad o dominio en la codificación civilista, donde se mueve en torno de los derechos reales” (Cfme. BIDART CAMPOS Germán “*Manual de la Constitución reformada*” t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, ps 117/118).

³ “Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” Fallos 145: 307. Ejemplo citado por GELLI María (ob. cit. p. 74 nota 210.). Pero como éste hay una cantidad ingente de decisiones en este sentido que sería ocioso enumerar. Cabe acotar que en virtud de ciertos acontecimientos por todos conocidos a partir de las crisis económicas se vulneraron derechos adquiridos en materia patrimonial alegando situaciones de emergencia.

⁴ Art. 2312 C.C “Los objetos y materiales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman “bienes”. El conjunto de los bienes de una persona constituye su “patrimonio””.

que para la interpretación de esta norma constitucional rigen los mismos principios a los cuales acudió el tribunal cimero.-

Sin duda, las disposiciones de ambas normas se complementan, pues el Derecho constitucional se orienta a que a la propiedad se la considere desde el punto de vista de la propiedad adquirida, debido a que quien la invoca ya es propietario de algún bien, esto lo revela el Art. 14 al consignar entre los derechos subjetivos el de usar y disponer de “su” propiedad, y esto es acompañado por la declaración del Art. 17 afirmando que “la propiedad es *inviolable*, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley” (5).-

Desde la óptica del Derecho Penal, Soler considera que la expresión patrimonio aparece como más conveniente, empece, señala que se incurre en un error al referir el concepto de propiedad al de dominio, tal como el definido por el Código Civil, porque en nuestro derecho existe una noción jerárquicamente superior, por ser constitucional, de acuerdo con lo cual esa expresión tiene un significado positivo y vigente mucho más amplio en consonancia con el art. 17 de la Constitución Nacional dentro del cual no solamente están comprendidos los derechos dominiales, sino también – de acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema de Justicia – los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa, etc. En tal sentido, se habla de un derecho de propiedad como un verdadero *derecho* que ejerce el sujeto con relación a cada uno de los bienes que están en su patrimonio. De ello se deduce que, en este caso, el sentido del título es semejante al que en muchos otros casos usa la ley, cuando se refiere al derecho vulnerado y no a la cosa o al bien mismo que es término de este derecho, ya que el patrimonio no es un derecho así como no lo es la persona: “Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos” (Vélez Sarsfield en la nota al art. 2312 del C.C.). Añade, que tal vez la expresión “patrimonio” podría ser impugnada como teóricamente inconveniente por exceso, porque dada la abstracción de su concepto, dentro de él deben considerarse contenidos no sólo los bienes y las cosas sino también las deudas (6). Refiere que esta

⁵ BIDART CAMPOS Germán (ob. cit. p. 116); *In extenso*, sobre los contenidos del derecho de propiedad.

⁶ Tal como figura en la nota al Art. 3228 del C.C. que alude al patrimonio del difunto, con los cual se incurre en un exceso cuyo origen puede rastrearse en la legislación romana primitiva. “A lo cual contesta MOLINARIO que se trata de un argumento falaz porque así como no es delito aumentar el activo ni disminuir el pasivo, sí lo es, en cambio, disminuir el activo o aumentar el pasivo, esto es, “producir un aumento de las deudas. Mas, tampoco ello es así, puesto que aumentar las deudas sólo tiene relieve en cuanto sirve para ocultar el activo, esto es, alterar la realidad del patrimonio” (Cfme. TOZZINI Carlos “*Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*” 2ª edición actualizada, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p.88, citando a MOLINARIO Alfredo “*Los delitos*” t. II, texto y

clase de delitos no consiste en alterar simplemente el patrimonio de otro, en modificarlo, sino en disminuirlo, en alterar la relación interna al patrimonio mismo entre el activo y el pasivo. “Hablando en términos muy generales, consisten siempre en quitar o disminuir un crédito (derecho) o en poner o aumentar una deuda (obligación). No son, pues, delitos contra el patrimonio sino contra la parte activa de él, en definitiva, contra *derechos*, contra el derecho del sujeto a que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria. A ese derecho, en cuanto está referido a los elementos que componen el patrimonio, es al que la Corte Suprema interpretando el art. 17 de la C.N., le llama derecho de propiedad. Por otra parte, esa relación entre el concepto penal de propiedad y el concepto constitucional, mucho más amplio que el concepto civilista, no es una particularidad de nuestra legislación, y ya Manzini, comentando el C. Italiano de 1890 encontraba en el Art. 49 del Estatuto la definición jurídica amplia de este concepto de propiedad. La ley se refiere, por lo tanto, a ese concepto amplísimo de propiedad; dentro de la protección están comprendidas, según sea la figura delictiva, tanto el dominio propiamente dicho, en el sentido civilista, como otros derechos reales, y hasta la simple posesión y la tenencia como situaciones (hechos). Por otra parte, algunas figuras abarcan derechos personales de carácter patrimonial” (7).-

Fontán Balestra indica que con respecto a este problema en el sistema jurídico argentino todo radica en el sentido que se dé a la palabra “propiedad”, porque si se le asigna el civilístico más limitado que la identifica con el derecho real de dominio resulta estrecha para denominar el título en que se agrupan las infracciones penales a consideración. Para el caso, pone como ejemplo el hurto impropio del art. 173 inc. 5º, la quiebra fraudulenta, modalidades de la usurpación del Art. 181 y todas las figuras contenidas en el título que se refieren a créditos o derechos de otra naturaleza. Es así que en unos casos es la cosa propia la que se quita o se daña, en otros, el despojo o la turbación recae sobre la posesión o tenencia, mientras que en un tercer grupo se tipifica la lesión de derechos personales. De allí, que el título resulta limitado sólo cuando se lo entiende con el significado que se ha señalado más arriba. En cambio, si se le asigna el contenido que le da el Art. 17 de la Constitución Nacional, jerárquicamente superior, el

preparado y actualizado por AGUIRRE OBARRIO Eduardo, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, p. 193, nota 10).

⁷ SOLER Sebastián “*Derecho Penal argentino*” t. IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 158; CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge “*Derecho Penal. Parte Especial*” t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 421.

concepto resulta sensiblemente más amplio y comprensivo de todos los delitos reunidos en el título VI del libro II del C.P. manteniéndose la correlación y armonía en el orden jurídico. Por otra parte, ha sido la interpretación reiterada de la Corte Suprema de la Nación que entiende comprendidos dentro del concepto de propiedad, los créditos, derechos personales y aún bienes inmateriales (⁸).

Núñez – quien modifica su posición sustentada en “Delitos contra la propiedad” – si bien sigue a Soler en lo atinente a que el derecho penal no debe estar incondicionalmente ligado a los conceptos e instituciones del derecho civil sobre el patrimonio, por lo que la propiedad, como bien jurídico, tiene que ser extraída de la Constitución, no puede identificarse la propiedad como derecho constitucionalmente garantizado y la propiedad como bien protegido penalmente (⁹) ya que esto último sólo alude a bienes de naturaleza económica, en tanto que la primera abarca bienes que no obstante son propiedad en el sentido constitucional, tal es el caso de las adquisiciones procesales frente a leyes nuevas, la cosa juzgada y los derechos de familia, carecen de protección penal por no poseer naturaleza económica. Por consiguiente, para el maestro cordobés, la propiedad, como bien penalmente tutelado, está constituida por los bienes susceptibles de apreciación pecuniaria – cosas u objetos inmateriales (derechos, Art. 2312 del C.C. y su nota) – que, sin ser inherentes a ella, jurídicamente pertenecen a una persona física o moral. “Ellos son propiedad de una persona como cuando el Derecho se los atribuye a título de tenencia, posesión o dominio (o propiedad en el sentido del C.C. Art. 2506, nota 8) o de otro derecho real; o de derecho personal de índole civil o de otro carácter (los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien público o el derecho a cobrar una multa como denunciante, nota 9); o a otro título jurídicamente válido (el derecho al embargante, nota 10); o a título de expectativa reconocida legalmente, como es el lucro cesante cierto (C.C. Art. 1069) (cuya pérdida es un daño patrimonial desde el punto de vista civil, nota 11); o a título de cualquier otra facultad jurídica cuyo ejercicio puede mejorar el estado de la fortuna de una persona (C.C. Art.

⁸ FONTÁN BALESTRA Carlos “*Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*” t. V, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 448; CREUS Carlos - BOUMPADRE Jorge (ob. cit. p. 422); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “*Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*” t. II, 2ª edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 321; NÚÑEZ Ricardo “*Delitos contra la propiedad*” Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 7; DONNA Edgardo “*Derecho Penal. Parte Especial*” t. II-B, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, ps. 8/9; MARUM Elizabeth en BAIGUN David – ZAFFARONI Eugenio (dirección), TERRAGNI Marco, (coordinación) “*Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*” t. 6, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 32/33; ARCE AGGEO Miguel - BAÉZ Julio (directores) ASTURIAS Miguel (coordinador) “*Código Penal. Comentado y anotado. Parte especial*”, t. II, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2013, p. 480.

⁹ NÚÑEZ Ricardo “*Tratado de Derecho Penal*” t. IV, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1989, p. 164, nota 6.

964) (derecho a una sucesión o a hacer valer la prescripción de una deuda, nota 12)”⁽¹⁰⁾. Finalmente, señala que entre las personas y un objeto apreciable pecuniariamente debe mediar una relación jurídica particular, en virtud de la cual el sujeto puede invocar una pertenencia particular respecto del objeto; pertenencia reconocida por el Derecho que permite, por un lado, rechazar como inherentes a la propiedad las meras expectativas de enriquecimientos futuros, y, por otro lado, aceptar las que inclusive se originan en un título ilícito, como sucede, por ejemplo, con la tenencia o la posesión ilegítima del ladrón, del estafador o del receptor, los cuales gozan de protección jurídica frente a terceros, que, a su vez, no gocen del derecho de recobrar el objeto, tal como lo determinan los arts. 2552, 2355, 2364 y sgtes., 2469 y 2470 y su nota del C.C.⁽¹¹⁾.-

Sugiere Tozzini, al comentar lo expuesto por Núñez, que resulta claro para éste que al no existir identidad total entre el contenido de la propiedad garantizada por la C.N. y la propiedad como bien jurídico penalmente protegido, este último se sustenta más restrictivamente sobre la posibilidad de hecho de gozar de los bienes sobre los cuales se puede invocar una pertenencia particular o posesión⁽¹²⁾.-

Advierte Muñoz Conde que en el estudio de los delitos patrimoniales se observan términos usados en otras ramas del derecho, especialmente en el Derecho privado y ello ha motivado en la doctrina una polémica en torno a cómo deben ser entendidos dichos conceptos, esto es, si en el sentido originario que ostenta en el Derecho privado, limitándose el Derecho penal a sancionarlos – teoría sancionatoria del Derecho penal –; o bien de modo independiente, con un significado distinto al que tienen en otras ramas del derecho – teoría autónoma del Derecho penal –. “La primera teoría parte del carácter sancionatorio del Derecho penal, dejando la exclusiva competencia del Derecho civil a la determinación del significado de los términos que se refieren al Derecho privado. No considera, por tanto, las exigencias particulares del Derecho penal, que obstaculizan la recepción pura y simple de los conceptos delineados en el Derecho privado. Pero tampoco la otra teoría es convincente, porque no puede

¹⁰ Idem (ob. cit. p. 164).

¹¹ Idem (ob. cit. p. 166 y nota 17).

¹² TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 93); “En este Título del Código Penal es objeto de protección penal la *propiedad común* sobre cosas y derechos mientras que la *propiedad especial* sobre las obras del espíritu, los inventos, los descubrimientos y las marcas, constituyen la materia de leyes especiales: ley 11.723 referida al régimen penal de protección de la propiedad científica, literaria y artística; ley 111 de protección a las patentes de invención; y la 22.362 que protege las marcas” (Cfme. LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique “*Notas al Código Penal argentino. Parte Especial*” t. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995, p. 290).

afirmarse *a priori* que los conceptos elaborados en otras ramas del Derecho no tengan ninguna validez para el Derecho penal. Se trata de un *problema de interpretación* que se debe resolver caso por caso. El punto de partida debe ser la aceptación de esos conceptos tal como vienen elaborados del Derecho privado. Es necesario, sin embargo, que tales nociones sean de nuevo examinadas a la luz de las normas jurídicas penales y comprobar las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si de dicho examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del Derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones que sean indispensables para evitar los resultados citados. Operándose así, no se invade el campo del Derecho privado y se evitan las confusiones terminológicas que tanto dificultan la solución de los problemas jurídicos” (13).-

Si bien, la solución brindada por Muñoz Conde resulta conciliadora, en mi concepto, se puede afirmar que el legislador penal utilizando la palabra “propiedad” no ha querido referirse exclusivamente al derecho real que consagra la ley civil en el mentado Art. 2506, sino que ha sido empleado con un sentido técnico jurídico más amplio, más abarcativo del conjunto de bienes e intereses patrimoniales. Ello significa que no sólo protege la relación de “dominio” que hay entre la persona y la cosa en virtud de la cual ésta se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de la primera, sino que supera ello y alcanza a los demás derechos reales consagrados, tales como, el condominio, usufructo, uso y habitación, servidumbres activas, hipoteca, prenda, anticresis, como también los derechos personales y las vinculaciones de hecho entre la persona y la cosa como es el caso de la posesión y la tenencia (14).-

“En este sentido, cabe decir que tan amplio es el concepto de los fines de la tutela penal, que para nada interesa la naturaleza de la tenencia o posesión de que goza la persona, pues el señorío de hecho que esa relación sujeto - objeto genera no puede ser arbitrariamente turbado o desposeído, si ello ocurriese el afectado tendrá acción judicial para ser mantenido en su posesión (art. 2469 del C.C.). Por ello es que no tiene aplicación en el derecho la máxima “el que robó a un ladrón tiene cien años de perdón” ... Por tanto resulta más correcto decir que los delitos agrupados en el título VI del C.P. protegen el *conjunto de bienes de una persona, (física o jurídica) que incluye las cosas*

¹³ MUÑOZ CONDE Francisco “*Derecho Penal. Parte Especial*” Undécima edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, ps. 305/306.

¹⁴ FIGARI Rubén “*Hurtos*”, 2º edición, corregida y ampliada, Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005, ps. 42/43; Idem “*Delitos de índole patrimonial*” t. I, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2006, p. 24 .

(mueble e inmuebles) y los objetos inmateriales (derechos) susceptibles de valor económico, que sin ser inherentes a ella, jurídicamente le pertenecen, que de acuerdo al art. 2312 del C.C. se denomina patrimonio (resulta sumamente ilustrativa la nota del Art. 2312 del C.C., que aclara el contenido material del patrimonio)” (15).-

Dado el hecho de que la Comisión ha optado por la rúbrica “Delitos contra el patrimonio” viene al caso poner sobre el tapete nuevamente el debate en el marco doctrinario con referencia a si las expresiones “propiedad” o “patrimonio” son las más adecuadas. Se observa que en algunos proyectos de Código Penal posteriores al vigente se ha utilizado la mencionada rúbrica, por ejemplo, en los Proyectos de 1937 de Coll – Gómez (16), 1941 de Peco (17), 1951 de De Beneditti (18) y el de 1953 (19), pues según los partidarios de la segunda denominación, ésta es más amplia, más precisa y que mejor se adecua a los delitos contenidos en el Título VI.-

2.- La cuestión en la doctrina nacional.

A favor del concepto de “patrimonio” se ha dicho que el legislador, con la palabra propiedad no ha querido referirse exclusivamente al derecho real a que hace alusión el Art. 2506 del C.C. (20), sino que lo ha empleado en un sentido más amplio – como se ha visto – comprensivo del conjunto de bienes e intereses patrimoniales. Por ende, debió sustituir aquella denominación por una más apropiada como la de “delitos

¹⁵ SÁNCHEZ FREYTES Alejandro “*Delitos contra la propiedad*” en “*Estudio de las figuras delictivas*” CARRERA Daniel, (director), t. II-A, Ed. Advocatus, Córdoba, 1994, p. 13.

¹⁶ En la Exposición de Motivos se aduce que: “Para responder a las exigencias de una mayor precisión científica, llamamos a estos delitos “contra el patrimonio” y no “contra la propiedad” como lo hace el código actual” (Cfme. ZAFFARONI Eugenio - ARNEDO Miguel “*Digesto de Codificación Penal argentino*”, t. IV, Ed. A-Z editora S.A., Madrid, 1996, p. 621)

¹⁷ En la Exposición de Motivos, Peco manifiesta: “Las disposiciones de este título muestran la impropiedad de la denominación del código vigente. No sólo se ataca el derecho de propiedad, en la acepción del derecho civil o en su significado académico, sino también el derecho de posesión y aún la mera tenencia de la cosa, hasta los derechos pecuniarios y los bienes inmateriales de valor económico. Todos los bienes jurídicos que forman parte del patrimonio de una persona son objeto de la tutela penal. En consecuencia, la denominación más exacta no es la que la reduce al bien jurídico más importante como el de la propiedad, sino el que la extiende a todos los bienes que la componen. Al igual de los códigos penales de Suiza, Italia, Uruguay, Brasil y del proyecto argentino de 1937 lo intitulamos *Delitos contra el patrimonio* y no *Delitos contra la propiedad*, como todos los precedentes nacionales desde el proyecto Tejedor hasta el código vigente...” (Cfme. Idem, ob. cit. t. V, p. 220)

¹⁸ El mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, en lo que respecta esta cuestión se dice: “...Si bien la Constitución nacional asigna al término propiedad amplia y genérica significación, atendiendo al uso común del lenguaje ha parecido que la denominación delitos contra el patrimonio, que adopta el Proyecto, es la más adecuada para calificar un conjunto de normas que tienen en mira todas aquellas formas de conducta que llevan a una alteración de los respectivos patrimonios de los sujetos activo y pasivo del delito...” (Cfme. Idem, ob. cit. t. VI, ps. 15/16)

¹⁹ El título VI habla de los “Delitos contra los derechos patrimoniales” y se distinguen los delitos contra la propiedad y otros derechos reales, los delitos contra el patrimonio en general y los delitos contra la propiedad inmaterial.

²⁰ Art. 2506 C.C: “El dominio es el derecho real dentro del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

contra el patrimonio”, expresión ésta con la que se obtiene no sólo una precisión de técnica jurídica, sino también que es la que más conviene para la interpretación de los tipos penales contenidos en el Título VI. Así, con la referencia a la opinión de que el patrimonio comprende tanto el activo, formado por los bienes que posee la persona, y el pasivo, integrado por las obligaciones y deudas, a los fines de la tutela penal el pasivo no es tenido en cuenta: el derecho penal defiende intereses y, por lo tanto, la protección se acuerda al sujeto activo de la relación jurídica contra el obligado ⁽²¹⁾.-

Asimismo, y mucho antes, se decía que no todos los hechos contemplados en el Código Penal argentino y en el Título de los “Delitos contra la propiedad” son lesivos del derecho a que tal denominación se refiere. Consiguientemente, resulta inadecuada por su aparente desarmonía con el criterio seguido por el mismo Código para la clasificación de los delitos, según el cual ha de tenerse en cuenta la naturaleza del bien a cuya tutela se quiere proveer. La expresión “delitos contra la propiedad”, referido a hechos que no lesionan, exclusivamente, el derecho de propiedad, sino también, otros derechos reales o personales, no es admisible, aunque se haya intentado justificarla aduciendo que el concepto de propiedad, en el campo de la legislación penal, es comprensivo de todos esos derechos. No se alcanza a ver por qué, cuando un determinado *nomen iuris* corresponde a una institución bien definida en sus caracteres y en sus límites, haya de empleársela para señalar otras instituciones ⁽²²⁾.-

Afirma Buompadre que dada la diversidad estructural que presenta el Título VI del C.P., se aprecia que existen delitos cuyo bien jurídico tiene directa relación con el derecho de propiedad, pero existen otros que afectan a diferentes valores patrimoniales, tales como la posesión, la tenencia, el derecho de crédito, el derecho de uso, etc. ⁽²³⁾ y, de esta manera se invoca la figura del hurto impropio (Art. 173 inc. 5º, del C.P.) para demostrar la inconveniencia de la denominación “propiedad”, ya que es precisamente en este delito en el que se pone en evidencia el contrasentido de castigar como delito contra la propiedad, al dueño de la cosa que la sustrae del poder de un tercero que la posee

²¹ URE Ernesto “*El delito de apropiación indebida*” Ed. Ideas, Buenos Aires, 1943, ps. 20 y 22 citado por BUOMPADRE Jorge “*Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia*” 2ª edición, actualizada y aumentada, Ed. Mave, Buenos Aires, 2008, p. 31, nota 7.

²² GÓMEZ Eusebio “*Tratado de Derecho Penal*” t. IV, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, ps. 7 y sgtes. citado por BUOMPADRE Jorge “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 33/34).

²³ En igual sentido, MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 309) “Por otra parte, ni siquiera en los delitos patrimoniales más clásicos se protege exclusivamente la propiedad, pues hay otros muchos en los que se protegen otro tipo de derechos reales, o sólo la posesión, o derechos de crédito. Por eso, ya incluso con la anterior rúbrica – “delitos contra la propiedad” – se proponía por la doctrina sustituir el término de propiedad por otro más amplio capaz de servir de bien jurídico común a todo el conjunto de relaciones reales y obligaciones de carácter económico que se protegen en el Título XIII (del C.P. español)”.

legítimamente, o aquellos casos de daño a la cosa propia – estafa de seguro (Art. 174 inc. 1º del C.P.) –, ejemplos que demuestran que mediante estos delitos no siempre se lesiona el derecho de propiedad ya que en todos estos casos el sujeto activo es el propietario de la cosa ⁽²⁴⁾.-

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Integral del Código Penal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (M.J.D.H.N.) se ha consignado la rúbrica de “Delitos contra la propiedad” aunque se le adosa los cometidos contra el “Orden económico” en estos términos: “El Título VII referido a la propiedad y el orden económico (en el que se ha optado por mantener la tradicional designación de “delitos contra la propiedad” no obstante la preferencia de la doctrina por la designación de “patrimonio”), se inserta siguiendo la gradación del Código vigente, a continuación de los tipos destinados a proteger la libertad. Se ha construido un corpus bivalente integrado por propiedad y orden económico, influidos, sin duda, por la idea de que en la realidad social los delitos contra la propiedad acompañan generalmente conductas que lesionan el orden económico, lo cual no significa ignorar, a la hora de la interpretación, la diferencia entre ambos conceptos”.-

El Anteproyecto adecuadamente se pronuncia por el título de “Delitos contra el patrimonio” y posteriormente en el Título VIII habla de los “Delitos contra el orden económico y financiero” en los que agrupa el Capítulo I “Fraudes al comercio, a la industria y al consumo” (art. 164, agiotaje, art. 165, balance o informa falso y otras irregularidades, art. 166, desviación de clientela, art. 167, desabastecimiento); Capítulo II “Delitos contra la competencia” (art. 168, distorsión de la competencia); Capítulo III “Delitos contra el control aduanero” (art. 169, contrabando, art. 170, contrabando de estupefacientes y elementos peligrosos); Capítulo IV “Delitos contra el control de divisas” (art. 171, operaciones ilícitas); Capítulo V “Ocultación y financiamiento ilícitos” (art. 172, lavado de activos de origen ilícito, art. 173, financiamiento de delitos de sanción obligatoria); Capítulo VI “Delitos contra los mercados financieros” (art. 174, suministro o uso de información privilegiada, art. 175, manipulación del mercado y oferta engañosa, art. 176 intermediación y captación irregular o no autorizada, art. 177, registro irregular de operaciones financieras, art. 178, cohecho financiero, art. 179, personas jurídicas).-

²⁴ BUOMPADRE Jorge “*Delitos ...*” (ob. cit. p. 36).

En la oportunidad de requerirse la opinión de varios juristas, investigadores y académicos para aportar algunos datos sobre la Parte Especial, sugerí un rótulo semejante al del Código español, “Delitos contra el patrimonio y contra el orden económico”, que es en lo que en definitiva se ha adoptado, aunque en dos títulos para abarcar la mayor cantidad de tipos penales que no solamente contemplen el perfil “propiedad”, y asimismo incorporar artículos de leyes especiales.-

3.- Hurto.-

En el Anteproyecto los elementos configurativos del hurto (art. 140) son los mismos que en el Código vigente sólo que en la figura base se aumenta la pena mínima a seis meses, dejando intacto el máximo – dos años – o multa de cinco a cincuenta días. La otra singularidad es que en el mismo texto, en otro punto, se agregan las agravantes, elevando la pena a un máximo de seis años de prisión pero se disminuye la mínima de un año a seis meses de prisión⁽²⁵⁾. No se alcanza a comprender acabadamente porqué se recorta el mínimo de la agravante a seis meses de pena – tipo básico –, cuando los intereses en juego en el catálogo de agravantes son muy diversos y de cierta trascendencia, salvo el caso de que se tenga en cuenta el mayor rango de la escala penal.-

“1. Será reprimido con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o multa de CINCO (5) a CINCUENTA (50) días, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena (26).

²⁵ CARLES Roberto “Cuadro comparativo. Penas del Código Penal vigente y penas propuestas por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma” en “Revista de Derecho Penal y Criminología” año IV, nº 4, mayo, 2014, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p.223

²⁶ 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”.

Art. 163: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1. Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos; 2. Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; 3. Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida; desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; 4. Cuando se perpetrare con escalamiento; 5. Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. 6. Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público”.

Art. 163 bis. “En los casos enunciados en el presente Capítulo, la pena se aumentará en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando quien ejecutare el delito fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”.

Capítulo 2 bis: Abigeato

Art. 167 ter: “Será reprimido con prisión de dos a seis años el que se apoderare ilegítimamente de una o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos

2. El máximo de la pena será de SEIS (6) años de prisión cuando:

a) El hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos.

b) Se tratare de una o más cabezas de ganado mayor o menor, que se encontrare en establecimientos rurales, o en ocasión de su carga, transporte, escalas o entrega en destino.

c) Fuere de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio, en ocasión de su carga, transporte, escalas o entrega en destino.

d) Fuere de vehículos motorizados dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.

e) Fuere de un bien proveniente de yacimientos arqueológicos o paleontológicos o, cualquier otro perteneciente al patrimonio cultural de la Nación.

f) Fuere de bienes de valor científico, histórico, cultural o religioso.

g) Se cometiere aprovechando las facilidades provenientes de un accidente, desastre, conmoción pública o infortunio particular del damnificado.

h) Se hiciere uso de ganzúa, llave, instrumento semejante o de artificio técnico, falsos o verdaderos, hallados o apoderados, o en cuya tenencia se hubiere entrado por error, que hicieren operar un ingenio mecánico o electrónico.

i) Se perpetrare con escalamiento.

j) Fuere cometido o facilitado por un funcionario público, con motivo o en ocasión del ejercicio de su cargo”.

rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto. La pena será de tres a ocho años de prisión si el abigeato fuere de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte”.-

Art. 167 quáter: “Se aplicará reclusión o prisión de cuatro a diez años cuando en el abigeato concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164. 2. Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal. 3. Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos. 4. Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal. 5. Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión. 6. Participaren en el hecho tres o más personas”.

Art. 167 quínto: “En caso de condena por un delito previsto en este Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descriptas en el artículo 167 quáter inciso 4, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos a diez veces del valor del ganado sustraído”.

Al no existir diferencias entre el texto proyectado y el vigente en el tipo básico, todo el cúmulo de análisis e interpretaciones que se han hecho sobre el particular hasta ahora conservan su vigencia.-

Sobre el punto 1 del art. 140 en la Exposición de Motivos se argumenta que: “El inciso primero tipifica el hurto simple con la fórmula tradicional del vigente artículo 162. Dado el valor de la cosa, que puede ser completamente dispar, al igual que la lesión patrimonial individual en cada caso, y que el texto proyectado no admite pena de prisión inferior a seis meses, se considera necesario prever la pena de multa en forma alternativa, que supliría la actual pena inferior a seis meses de prisión”.-

Uno de los temas más relevantes se asocia al tipo objetivo del ilícito y más propiamente a las teorías que se han ido desgranando a través del tiempo hasta llegar a la que se adecua a nuestro ordenamiento.-

Pero en el seno de nuestra doctrina se han erigido dos vertientes totalmente antagónicas que tradicionalmente han ocupado a nuestros autores. En efecto, se encuentran la teoría del desapoderamiento, seguida por Núñez y la teoría de la disponibilidad cuyo principal expositor es Frías Caballero que luego atrajo a varios publicistas a su favor.-

El núcleo de la cuestión en la *teoría del desapoderamiento* en la consumación del hurto está expuesta bajo los siguientes cánones: el hurto se consuma en la medida que el acto de apoderamiento del autor ha privado a otro de la posesión corporal de la cosa, lo que acontece cuando ésta ya no es portada o conducida por la víctima y ni está en la esfera de custodia del agraviado o en el ámbito de su tenencia simbólica. De esta manera la propiedad ajena ya se encuentra lesionada de manera perfecta porque la tenencia de la cosa ya no existe más, puede darse una mayor o menor perfección de la tenencia que puede influir en la restitución, no así en la lesión patrimonial ya perfeccionada. Núñez afirma que si la cosa está en manos del sujeto pasivo, basta con quitarla, y si está en su esfera de custodia o vigilancia, es suficiente con la acción de extraerla de ella (²⁷).-

En las antípodas se encuentra la *teoría de la disponibilidad* enarbolada por Frías Caballero (²⁸). Sucintamente se sostiene que el verbo “apoderarse” exige justamente el efectivo apoderamiento del bien por parte del agente, la consolidación de un poder

²⁷ NUÑEZ Ricardo “Tratado...” (ob. cit. ps. 179 y sgtes.)

²⁸ FRIAS CABALLERO Jorge “La acción material constitutiva del delito de hurto” en “Temas de Derecho Penal” Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970, ps. 118 y sgtes.

eficaz sobre la cosa y la posibilidad de realizar sobre ella actos de disposición, aunque sea por un breve lapso en el entendimiento que el delito está integrado por dos fases ejecutivas muy diferentes: la privación – el desapoderamiento de la cosa – con indiferencia del medio por el cual se logra y por la otra, la toma efectiva de poder por parte del ladrón, circunstancia que requiere o exige un desapoderamiento de la víctima. Pero es menester aclarar, que en la medida que ese traspaso de poder efectivo esté en condiciones reales de ser impedido, la lesión no es perfecta: estaría en un proceso de consumación. “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 éste ha obtenido el poder de disponer materialmente de ella, aunque sea por unos breves instantes” (29).-

De hecho la adopción de alguna de las dos corrientes expuestas *ut-supra*, tiene una severa incidencia en la conceptualización de la tentativa, pues en último caso ésta tendría lugar cuando el agente no consigue el apoderamiento o cuando éste se da, no llega a tener la disponibilidad mínima requerida para la consumación. Tal como liminalmente expresa Donna se trata de un concepto normativo que se estructura no en base a un hecho físico, sino a la idea de sacar o quitar el dominio sobre la cosa y tenerlo para sí, con lo cual el concepto abarca y soluciona tanto el problema del delito tentado como consumado (30).-

La mayoría de la doctrina se ha inclinado por la teoría de la disponibilidad que es la que encuentra mayor adecuación al dispositivo penal vigente y por ende al correlativo del Anteproyecto, pues por contar con una flexibilidad o adaptabilidad a las diversas situaciones de hecho que se pueden encontrar, se erige en el instrumento para solucionar aquéllas (31).-

El apoderamiento debe ser ilegítimo, lo cual resulta una afirmación un tanto obvia, no obstante se trata de justificar dicha situación no solamente por la discusión del término apoderarse, sino para señalar en forma inequívoca el carácter ilegítimo del apoderamiento como un elemento del tipo objetivo, abarcando el dolo y pudiendo dirimirse la cuestión en caso de error, mas nada se alteraría si se obviara dicho calificativo, pues es sabido sobradamente que la apropiación de la cosa total o

²⁹ Idem (ob. cit. p. 127).

³⁰ DONNA Edgardo “*Delitos contra la propiedad*” 2º edición actualizada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 34

³¹ *In extenso* Idem (ob. cit. ps. 33/36; BUOMPADRE Jorge “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 43/50); TOZZINI Carlos (ob. cit. ps. 95/99); FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 57/70)

parcialmente ajena sin consentimiento del dueño o tenedor, constituye una conducta típica del ilícito ⁽³²⁾.-

Qué es lo que se sustrae? Una *cosa*, para ello hay que recurrir al Código Civil, más precisamente el art. 2311 que define las cosas como los objetos materiales susceptibles de tener un valor con el aditamento de que las “disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de tener un valor” – párrafo agregado por la ley 17.711 –. Y *cosa mueble* la define el art. 2318: “Son cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles” ⁽³³⁾. Este principio de transportabilidad como lo dice el mismo artículo sufre excepciones por la accesoriedad – art. 2316 C.C –, representatividad – art. 2317 C.C. – o por su destino – arts. 2320 y 2322 del C.C. –. Es así que para el fuero penal el principio de transportabilidad tiene vigencia sin excepciones pues no solamente quedan comprendidas en la noción de cosa mueble los casos en que ella es transportable por una fuerza propia o externa, incluyéndose los inmuebles por carácter representativo y accesorio, sino también aquellos bienes en los que el propio sujeto activo los ha convertido en transportables separándolos del inmueble al cual estaban adheridos y los semovientes. De manera que lo realmente trascendente es que la cosa sea aprehensible y trasladable, que pueda ser separada del patrimonio por una persona e incorporado al patrimonio de otra.-

Las cosas muebles a que se han hecho alusión *ut-supra* deben tener un *valor* patrimonial para ser relevantes a los fines de la tipificación del ilícito. Dicho valor no necesariamente tiene que ser económico sino que también reviste el carácter de tal el de naturaleza afectiva. Señalan Creus -Buompadre que el valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con el valor económico, en cuanto éste se entienda como valor de uso o cambio; la cosa que puede carecer de valor para cualquier persona que no sea su propietario, pero en cuanto éste actualmente incorporado a su patrimonio, tiene valor patrimonial; ello resuelve cualquier cuestionamiento que plantee en orden a la entidad de valor económico de cambio; el nulo e ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le

³² DONNA Edgardo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 37)

³³ El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (media sanción) en el art. 227 define a las cosas muebles como las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.

quita el carácter de objeto del delito (³⁴). En definitiva el mayor o menor valor de la cosa será una circunstancia determinante para la evaluación de la pena.-

Sin embargo, últimamente ha cobrado trascendencia tanto en la doctrina como en varios supuestos jurisprudenciales – no exento de controversia – la reducción y hasta la eximición de la pena en ciertos casos donde los bienes sustraídos son calificados de insignificantes en relación a la vulneración del bien jurídico protegido (³⁵).

Esta circunstancia ha sido captada por el Anteproyecto en el art. 19 al hablar de la “exención y reducción de la pena” 1- “Exención de la pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes”. En la Exposición de Motivos se vierten expresiones significativas sobre la cuestión, en efecto: “Cabe observar que en el derecho penal de un estado constitucional de derecho –como el nuestro – todos los mínimos de las escalas penales deben considerarse indicativos, o sea, que el juez debe respetarlos sólo en la medida en que en el caso concreto no violen principios constitucionales, como la proporcionalidad y la culpabilidad, es decir, que se correspondan con el contenido ilícito del hecho (grado de lesión o peligro para el bien jurídico) y con el de reprochabilidad al autor por el hecho (culpabilidad). Ninguna norma inferior a la Constitución puede obligar al juez a imponer una pena que en el caso concreto viole los principios de aquélla, conforme a la regla elemental de supremacía constitucional: no usurpa el juez la función del legislador, sino que evita que el legislador usurpe la del constituyente. No obstante, la doctrina apegada a una tradición importada de estados legales de derecho – a la que hemos hecho referencia antes – y una jurisprudencia aún más temerosa frente a la letra de la ley ordinaria y a las amenazas políticas y mediáticas a los jueces, suelen resistirse a veces dramáticamente a reconocer este principio elemental. El Ministerio Público tiene por norma apelar toda sentencia que observe la regla constitucional y los tribunales colegiados temen el linchamiento mediático y de políticos oportunistas, con lo cual un primario criterio que parece obvio para cualquiera que sostenga la necesidad de mantener la jerarquía de la pirámide normativa, directamente no se aplica en casi ningún caso. Es bueno hacer notar que en la legislación comparada, el código alemán de 1974, por ejemplo, opta por prescindir en general de los mínimos, para dejar mayor amplitud de criterio al juez y, el caso de *insignificancia*, se ha enunciado precisamente en la doctrina de ese origen. Por tal razón se ha considerado necesario incluir en la ley,

³⁴ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p.)

³⁵ FIGARI Rubén “Otra vez sobre el principio de insignificancia” en www.ijeditores.com.ar

o sea, en el propio Código Penal, los supuestos en que debe realizarse este principio, a efectos de adecuar las sentencias a la naturaleza de nuestro Estado. Para eso, en este artículo se proyecta abarcar un conjunto de supuestos de diferente naturaleza jurídica, que pueden provocar exención de pena o imposición de ésta por debajo del mínimo de la escala legal, sin pretender un enlistado exhaustivo, pues resulta imposible imaginar todos los supuestos en que la pena en concreto pueda resultar desproporcionada incluso en su mínimo grado. De cualquier manera, se proyecta con la esperanza de haber abarcado, al menos, los casos más comunes...

1. **Insignificancia.** El único caso en que el juez estaría obligado a prescindir de la pena es el del inciso 1º de este artículo. Tal como se señaló al comienzo y se consagra como principio general derivado de la Constitución, la lesión o el peligro para el bien jurídico es un requisito fundamental para la imposición de una pena. Pero no cualquier lesión o peligro cumplimentan ese requisito en los casos concretos, sino sólo los que alcancen un grado de mínima relevancia, porque el poder punitivo del Estado no se habilita para conflictos baladíes ni, incluso por razones prácticas, la justicia penal puede desperdiciar recursos para atender infracciones que apenas rozan los bienes jurídicos o que, más que lesiones o peligros, implican simples molestias. En este sentido, el llamado *principio de insignificancia* ha sido sostenido en la doctrina y varias veces receptado por la jurisprudencia, pero no se ha generalizado y no falta cierto criterio obtuso que insiste en justificar la punición de hechos insignificantes, con su consabido resultado de desprestigio, ridiculización y gasto para la justicia penal. Otras veces, aún peor, se lo ha desechado con argumentos autoritarios, como que el derecho no puede tolerar la más mínima molestia a un bien jurídico, lo que acerca el argumento poco menos que a la insólita tesis de las *ventanas rotas*. El hurto de la *gorrita*, el *sandwich federal* y la privación ilegal de libertad por el chofer de colectivo que llevó al pasajero hasta doscientos metros más allá de la parada, no son casos de laboratorio, sino lamentables y penosas – también ridículas – decisiones de nuestros tribunales. La mayor crítica de la opinión pública a la justicia penal es su selectividad. Pues bien, cuando se produce la punición de un hecho insignificante, no se hace otra cosa que estimular y dar base para nuevas críticas en función del defecto de selectividad, que con estas decisiones alcanza su mayor grado de evidencia. Muchas de estas conductas insignificantes pero que son susceptibles de causar algunas molestias, podrían hallar ubicación en un orden sancionatorio de menor gravedad o cuantía que el penal, como puede ser el administrativo o el contravencional, pero como es obvio, eso no es materia del Código

Penal, que en este aspecto debería limitarse a señalarle a las competencias provinciales y administrativas que deja estas conductas libradas a su decisión sancionatoria. Quede claro, pues, que si en la mayoría de los casos no se trata de conductas dignas de encomio, el derecho posee resortes sancionatorios adecuados en otras ramas jurídicas para ocuparse de ellas, sin hacer que la potestad punitiva del Estado quede en ridículo”.-

Concordante con esto debe aclararse que el art. 43 del Anteproyecto determina cuáles son las acciones públicas dependientes de instancia privada. “1- Son acciones públicas dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: ...d) Hurto simple (artículo 140 inciso 1º)...2- En tales casos se procederá a formar causa sólo si mediare denuncia de la persona directamente ofendida o de sus representantes legales. Los menores podrán formular denuncia desde los diez y seis años...”. En la Exposición de Motivos se dan amplias explicaciones respecto al aumento de los delitos que pasan a ser acciones públicas, pero dependiente de instancia privada: “El primer inciso de este artículo enumera los casos de acciones dependientes de instancia privada. Se amplía el elenco vigente en forma considerable, dado que se ha considerado importante revalorar la intervención de las personas ofendidas, siguiendo la corriente dominante en la legislación comparada y los reclamos de la doctrina. A lo largo del tiempo se han explicado de diversa manera las inclusiones en este listado, en especial en el supuesto de los delitos sexuales, en que se ha entendido que tiende a evitar una doble victimización o una lesión a la honra o al pudor de la víctima. Más allá de la relativa validez de algunos de los fundamentos dados por la doctrina, en la propia ley vigente y en los diversos casos que se han incluido, las razones claramente son otras. En definitiva, la razón valedera para todos los supuestos es priorizar la voluntad del ofendido por sobre un supuesto o real interés del Estado, que muchas veces se confunde autoritariamente al ser mencionado como *interés de la sociedad*. La intervención de oficio del estado en conflictos en los que nadie lo ha llamado, no deja de ser un acto que siempre conlleva cierto carácter autoritario, que extrema la *confiscación de la víctima*, lo que lejos de representar una tutela o defensa de intereses supuestamente sociales, no pasa de ser una intervención abusiva en la esfera de las decisiones personales de quien ha sufrido las consecuencias lesivas del conflicto. La voluntad de ejercer o de testimoniar poder punitivo por parte del Estado, enunciada como ratificación de la vigencia de la norma o de otro modo cualquiera, no puede nunca perjudicar al lesionado más que el delito mismo ni potenciarle al extremo su sufrimiento o impedirle que resuelva el conflicto satisfactoriamente para su persona o intereses. Al igual que en la

legislación vigente, la acción dependiente de instancia privada requiere en el anteproyecto la denuncia del ofendido o de sus representantes legales...”.-

Otros ingredientes consabidos para que el delito se configure es el hecho de que la cosa mueble debe ser *ajena*, es decir no propia ni susceptible de apropiación u ocupación y puede ser parcialmente ajena. Quedan fuera de este contexto las denominadas *res nullius*, es decir, las que carecen de dueño, que no pertenecen a nadie y por lo tanto cualquiera puede apropiarse de ellas, por ej. los animales salvajes, los peces de los mares y ríos y lagos navegables, las cosas que se encuentren en el fondo de los mares y ríos, etc.; las *res derelictae*, o sea las abandonadas por su dueño para que se apropie el primero que la encuentre, por ej. las dejadas frente al domicilio para que la recoja cualquier persona y las *res perditae*, las cosas que están perdidas para su dueño, pero cuya propiedad, posesión o tenencia no ha sido abandonada, ni objetiva ni subjetivamente. En este caso, la apropiación del objeto configura el delito previsto en el art. 175 inc. 1º del C.P. (³⁶). De hecho el consentimiento del sujeto pasivo que tenga aptitud para autorizar, elimina la tipicidad del hecho.-

Al margen de los elementos ya mencionados, se debe hacer referencia a la *ilegitimidad*, que para algunos está referida a la antijuricidad de la conducta en cambio otros lo consideran como un elemento del tipo. Señala Tozzini que el requisito de la ilegitimidad del hecho, que, por sí, se relaciona con el concepto de la acción típica del autor puede ser también una genuina característica del tipo si este concepto aparece puesto por el legislador como atributo de una circunstancia de hecho, tal como ocurre con la ilegitimidad del apoderamiento requerida en los arts. 162 y 164 del C.P., la cual debe estar abarcada por el dolo del tipo, es decir, el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo (³⁷), por lo tanto se está en presencia de un elemento normativo que está abarcado por el dolo del hecho, el cual resulta perjudicado por el error, aún imputable, y por la duda sobre la existencia de un consentimiento.-

Pero el concepto abarca un aspecto objetivo que hace a la conducta del autor y uno subjetivo con la consiguiente exigencia de que el sujeto obre a sabiendas de que ese acontecimiento es ilegítimo. En esto la doctrina no presenta fisuras.-

El sujeto activo puede ser cualquier persona con excepción de aquél que se halle en la tenencia, posesión o propiedad de la cosa, y como se ha dicho *ut-supra* puede tratarse de una cosa parcialmente ajena, por lo tanto el sujeto activo es factible que sea

³⁶ BUOMPADRE Jorge “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 56/57)

³⁷ TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 138)

el copropietario, el socio, coheredero, usufructuario, usuario, comodatario, depositario, acreedor prendario y todo aquél que tenga sobre la cosa una tenencia sometida a su propio poder de disposición material.-

El sujeto pasivo también puede ser cualquier persona que detente la posesión o tenencia de una cosa total o parcialmente ajena y puede serlo aunque la tenga bajo su poder por un acto de apropiación ilegítima o viciado por error, abuso de confianza, clandestinidad, compulsión, fraudulencia o caso fortuito.-

De hecho se trata de un delito doloso de dolo directo.-

En cuanto a la consumación y tentativa vale remitirse a lo dicho en oportunidad de explayarse sobre las teorías expuestas – las del apoderamiento y de la disponibilidad –. Se dijo que teniendo en cuenta que el delito contiene dos fases ejecutivas, delineadas atinadamente que son el desapoderamiento de la cosa y toma efectiva de poder sobre la misma por parte del ladrón, recién en ese punto se puede considerar como consumado el delito y en tanto el traspaso del poder efectivo a las manos del sujeto activo esté en condiciones reales de ser impedido, la lesión no está consumada. Es así que se da esta circunstancia si el sujeto activo puede disponer materialmente de ella aunque sea por unos breves instantes.-

3.1.- Hurto campestre.

En las agravantes de la figura básica del hurto, el máximo de la pena se eleva a seis años de prisión, conservando el monto mínimo de seis meses de la misma pena.-

En el caso del hurto campestre el Anteproyecto conserva idéntica redacción que el Código vigente – así también se expresa en la Exposición de Motivos –, de modo que, tal como ocurrió con el tipo de hurto – también inmodificable – rigen las mismas consideraciones que han efectuado la doctrina y la jurisprudencia hasta el presente. De modo que se va hacer un somero comentario.-

Este dispositivo recibió la reforma de la ley 25.890 agregándole como otra circunstancia punible el hurto de los productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares dejados en el campo y convirtiendo al abigeato en un capítulo autónomo – 2 bis con los artículos 167 ter, quater y quince –.-

En tal sentido en su oportunidad, el Mensaje del Poder Ejecutivo enviado al Congreso de la Nación sobre este tópico expresaba: “Se propone modificar el texto vigente del artículo 163 inciso 1º, desagregando el delito de abigeato de las restantes modalidades delictivas contempladas en este precepto legal (v.gr.: hurto campestre, de maquinarias o instrumentos de trabajo y de alambre u otros elementos de los cercos).

Ello, como se dijo, a efectos de conferirle un tratamiento unificado al fenómeno delictivo bajo análisis. Además incorpora en este nuevo precepto el apoderamiento de productos agroquímicos, fertilizantes u otros elementos similares. Asimismo, en el caso de hurto de alambres u otros elementos de los cercos se suprime la condición de “causando su destrucción total o parcial” toda vez que ésta genera problemas interpretativos a la hora de delimitar la aplicación de esta figura y la de robo”.-

Se ha considerado que la norma al hablar de “productos”, tal expresión se cohonesto con la de los “frutos”, pero, como posteriormente se va a ver, la discordancia se produce al determinar si la expresión comprende solamente a los productos vegetales, que son los producidos por la tierra y se separan de la misma o si también el concepto es abarcativo de los minerales.-

El art. 2329 del C.C. habla de los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa, los cuales forman un todo con ella. La nota a dicho artículo menciona que los frutos no son accesorios de las cosas. Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia; producto de la cosa son los objetos que se separan o se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, como las piedras sacadas de una cantera, o el mineral sacado de las minas. Ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario pero sí en cuanto al derecho del usufructuario.-

El art. 2424 del C.C. alude a que son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza. Los frutos que no se producen sino por industria del hombre o por la cultura de la tierra, se llaman frutos industriales. Son frutos civiles las rentas que la cosa produce.-

En realidad la noción de productos tal como lo enuncia la fórmula penal no se corresponde con el concepto civil, pues como se ha visto hace una distinción con los frutos naturales, pero desde la óptica penal se abarcan ambos conceptos, aunque en esto discrepa Fontán Balestra, quien entiende lo contrario (³⁸).-

Núñez considera que se debe tratar de productos vegetales porque son los que se separan del suelo quedando excluidos los productos minerales que se sacan o se extraen del suelo y los productos animales que no se separan del suelo, pues mientras en las

³⁸ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V, p. 502) siguiendo a ODERIGO Mario quien advierte que el concepto no corresponde al de “producto” usado por el Código Civil, sino al de frutos naturales (“Código Penal Anotado”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957 nota 747).

explotaciones agrícolas es necesario dejar los productos en el campo, no acontece lo mismo con las explotaciones mineras, lo cual en realidad implica una negligencia ⁽³⁹⁾. Así también lo piensa Fontán Balestra ⁽⁴⁰⁾.-

En cambio Soler entiende que no existe razón alguna para considerar los productos minerales que son verdaderamente productos, como excluida de esta protección: “A nuestro juicio resulta infundado excluir a ciertos productos de la protección acordada por la ley indistintamente a todos los productos. Por otra parte, la razón de la tutela reforzada vale tanto para las industrias agrícola - ganaderas como para las explotaciones minerales de ciertas clases de yacimientos en los cuales, como en una salina, los productos son separados del suelo y dejados en esa situación algún tiempo antes de ser transportados” ⁽⁴¹⁾.-

Parece ser adecuada esta última posición que no hace distinción entre productos vegetales y minerales, ya que se debe tener en cuenta que el fundamento de la protección estriba no tanto en el aspecto de la naturaleza de aquéllos, sino en el lugar o situación de desprotección en que se encuentran: “dejados en el campo” ⁽⁴²⁾.-

A tal extremo consideré importante la no distinción entre productos vegetales y minerales que en oportunidad de aportar mi contribución a la Parte Especial propuse el siguiente texto: inc. 1º ***“Cuando el hurto fuere de productos vegetales o minerales separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo o de alambres u otros elementos de los cercos”***.-

Queda fuera de la disposición todo aquello que no es un producto del suelo, como la miel de las colmenas o los productos de los animales por ejemplo, el guano ⁽⁴³⁾.-

Tal como la norma lo prescribe, los productos deben encontrarse en el campo y separados del suelo mediante cosecha o extracción, al momento de la sustracción. Dicha separación debe ser por obra del hombre – de quien tiene derecho a hacerlo – y no de la

³⁹ NUÑEZ Ricardo *“Tratado...”*, (ob. cit. t. IV, p. 194).

⁴⁰ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 502).

⁴¹ SOLER Sebastián (ob. cit. t. IV, p. 214); TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 196); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 435); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 61); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 62); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p.363).

⁴² FIGARI Rubén *“El delito de abigeato y sus conexidades”* Ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, p. 258; ARCE AGGEO Miguel (ob. cit. t. II p. 493)

⁴³ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 62).

naturaleza⁽⁴⁴⁾, pero no se estará en presencia de la agravante si la separación es llevada a cabo por el mismo autor de la sustracción, o por un cómplice, al sólo efecto de la sustracción. Los frutos caídos de una planta como consecuencia de una tormenta pueden ser objeto de hurto⁽⁴⁵⁾. Si bien en este caso no será de aplicación la agravante, sí lo es si los productos así separados del suelo han sido juntados, amontonados o apilados por su tenedor y dejados en el campo, para su posterior traslado o utilización⁽⁴⁶⁾.-

Finalmente, con respecto al párrafo “dejados en el campo”, se requiere que el bien objeto de protección haya sido “dejado en el campo”, vale decir, en un sitio carente de protección o custodia por parte del hombre, y ello radica, más que en la naturaleza de la cosa, en el lugar donde se encuentra o en su situación, debido a que su dueño, tenedor o encargado no puede ejercer una inmediata custodia o vigilancia. Sobre este tópico ya hacía hincapié Carrara⁽⁴⁷⁾.-

Por “campo” debe entenderse todo terreno ubicado fuera del radio poblado o lugar habitado, o sus dependencias, o recintos inmediatos, siendo indiferente que se trate de campos abiertos o cercados y los productos no tienen que tener una custodia o vigilancia directa o inmediata del hombre. No se encuentran custodiados los productos resguardados por otros medios que no sean la vigilancia directa del hombre, como por ejemplo, el empleo de perros guardianes. Cabe consignar que el tipo se aplica aunque los productos estén en galpones, en la medida que éstos se encuentren en el campo sin vigilancia directa del hombre y que no sean dependencias o recintos inmediatos del lugar habitado. Tampoco se requiere, como lo solicitaban los Proyectos de 1891, 1906 y 1917, que los bienes hubiesen sido dejados en el campo por necesidad⁽⁴⁸⁾.-

La norma del inc. 1° del art. 163 hace alusión también a la sustracción de: “máquinas, instrumentos de trabajo... dejados en el campo...”.-

Cabe especificar que la figura está referida a todo tipo de maquinaria o instrumento, sean mecánicos – tractores, arados, rastras, cosechadoras – o de cualquier otra naturaleza – guadañas, hoces, puntales, lonas, etc. – que están destinados

⁴⁴ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 62); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 63); CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 435) quienes aluden que la separación debe ser una obra humana es deducible al coordinar los conceptos de “separados” y “dejados” lo que señala una dirección estrictamente voluntaria.

⁴⁵ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 436); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 364).

⁴⁶ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 364).

⁴⁷ CARRARA Francesco *“Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”* t. VI, Ed. Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1996, § 2076.

⁴⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 192/193).

específicamente a la producción, separación, recolección, extracción de los productos del suelo, se trate ellos de naturaleza vegetal o mineral – vagonetas, perforadoras, etc. –. La agravante no alcanza a aquellos vehículos, como por ejemplo, camionetas o camiones, que si bien pueden estar afectados al trabajo rural no están destinados a la explotación agrícola o mineral. En este caso sería de aplicación la agravante contenida en el inc. 6° o en el art. 167 inc. 4°, según se trate de un hurto o un robo ⁽⁴⁹⁾. No se califica el hurto del lazo o la montura del arriero, capataz o cuidador del rebaño, dejados en el campo ⁽⁵⁰⁾. Tampoco se califica cuando se trata de objetos que, aunque se utilicen con motivo u ocasión de la producción, separación, recolección, cosecha o extracción de los productos del suelo, no son máquinas ni instrumentos para realizarlo, como por ejemplo, los vehículos de transporte personal o los materiales utilizados en las viviendas provisorias de los trabajadores ⁽⁵¹⁾.-

La sustracción que comprende la agravante puede ser también de carácter parcial, por ejemplo apoderarse de la batería de uno de los vehículos mencionados o de la bomba inyectora de una cosechadora o tractor ⁽⁵²⁾.-

La calificante requiere que tales maquinarias o instrumentos hayan sido dejados en el campo. Remarcan Creus - Buompadre que: “Dándose tal circunstancia, no importa la razón de ser de la dejación: puede originarse en una necesidad (p. ej. no haber podido mover la maquinaria del lugar por acontecimientos naturales u obstáculos de otra índole), en razones de la explotación misma (máquina que no se puede trasladar una vez instalada), por comodidad en la realización de la explotación (arado que se desengancha para seguir la tarea al día siguiente en el mismo lugar), aún por culpa del propio tenedor o de un tercero (instrumento olvidado en el lugar de la explotación)” ⁽⁵³⁾. Al hablar como en los otros casos de las cosas o bienes dejados en el campo, desde luego que si los mismos se encuentran alojados en galpones cerrados o sitios inmediatos a lugares habitados, la agravante no funciona.-

Se ha incorporado mediante la reforma que se mencionó *ut-supra* el hurto de “... productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares...” con lo cual se actualiza la norma en el sentido de que últimamente esta naturaleza de productos es

⁴⁹ Idem (ob. cit. p. 194); FIGARI Rubén “*Hurtos...*” (ob. cit. p. 128).

⁵⁰ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 365).

⁵¹ AROCENA Gustavo “*La represión del abigeato y de otras actividades conexas según la ley 25.890*” en “*Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*”, ABOSO Gustavo (coordinador), Ed. B y F, Buenos Aires -Montevideo, 2005, p. 251 citando a NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 194).

⁵² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 194), DONNA Edgardo (ob. cit. p. 62), TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 197), BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 63/64), CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 436).

⁵³ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 436/437).

utilizada en forma habitual y constante para elevar el rendimiento de los campos, potenciando su rentabilidad.-

En los productos “agroquímicos” se comprenden los productos químicos de uso agropecuario y productos fitosanitarios definidos como: “Cualquier sustancia o mezcla de sustancias destinadas a prevenir, controlar o destruir cualquier organismo nocivo, incluyendo las especies no deseadas de plantas o animales, que causan perjuicio o interferencia negativa en la producción, elaboración o almacenamiento de los vegetales y sus productos. El término incluye coadyuvante, fitorreguladores, desecantes y las sustancias aplicadas a los vegetales, antes o después de la cosecha, para protegerlos contra el deterioro durante el almacenamiento y transporte” (54). Ello tiene su correlato, por ejemplo, con el art. 2 de la Ley Provincial Bonaerense 10.699/88 de Agroquímicos.-

Los fertilizantes, son aquellos productos destinados a obtener mayor rendimiento en la tierra para aumentar su productividad.-

Al utilizar el vocablo “otros insumos similares” se deja abierta la posibilidad a otros productos que requiera la industria agrícola. Tal como ocurre con los otros supuestos analizados anteriormente, éstos también tienen que estar “dejados en el campo” fuera del radio poblado, alejado del sitio habitado y del cuidado o la vigilancia del tenedor de las cosas o de un tercero que ejerza la custodia directa por él.-

La última hipótesis consignada en el inc. 1º del art. 163 hace alusión a: “... o de alambres u otros elementos de los cercos”.-

El fundamento de tal agravante no tanto estriba en la naturaleza de los elementos sustraídos sino en cuanto a la función de cercamiento la cual no se trata únicamente de limitar una propiedad, sino que radica en la protección simbólica que cumplen los cercos. “El alambrado sirve para la conservación y custodia del inmueble: si éste no se encuentra protegido por medio de esas líneas materiales de separación, el cuidado de los animales propios se dificulta, y la protección contra invasiones ajenas se hace difícil. Una forma de atentar contra esa propiedad consiste en destruir los cercados, de manera que puedan penetrar fácilmente al campo animales ajenos que se alimentan en él” (55).-

Con el hurto de los alambres u otros elementos de los cercos se deja de cumplir la función específica de manera que se vulnera la seguridad y la riqueza ganadera y

⁵⁴ Disposición 119/2007. Dirección Nacional de Fiscalización Agroalimentaria (D.N.F.A.). Sistema Federal de Fiscalización de Agroquímicos y Biológicos (SIFFAB). Ampliación del alcance de sus acciones. Responsabilidades y objetivos. Sustitución del anexo de la res. 500/2003 (S.E.N.A.S.A.). (19/07/2007 B.O. 24/07/2007 - ADLA 2007-D- 3862) Apéndice II.

⁵⁵ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 63) citando a MORENO (h) Rodolfo “*El Código Penal y sus antecedentes*” t. V, Ed. H.A Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 115.

agrícola. “La razón de esta protección más rigurosa de la tenencia de la cosa mueble ajena, es el interés en la función rural de los cercos. Esta función del cerco no es la de fijar los términos o límites de los fundos, sino la relativa a la seguridad de la riqueza ganadera agrícola. Donde quiera que el cerco esté destinado a cumplir esta función el hurto de sus elementos podrá ser calificado, aunque, por su ubicación, no se pueda decir que está en el campo” (⁵⁶).

El hurto no se califica si el apoderamiento recae sobre alambres u otros elementos que en definitiva debilitan el cerco, siempre y cuando éste continúe cumpliendo su función de cercamiento, separación, protección. De la misma manera se debe adoptar este temperamento cuando el desapoderamiento tiene por objeto alambres u otros elementos destinados a la construcción de un cerco, pero que todavía no están incorporados a éste, o sobre elementos que pertenecieron a un cerco y fueron sustituidos por otro o era de un cerco ya destruido, en este caso se trataría de un hurto simple.-

En la acepción “cercos” quedan comprendidos todo tipo de ellos, ya sean alambrados, pircas, cercos de ramas, de palo o pique, etc.. Estrella - Godoy Lemos al adherir a esta posición añaden que cuando la ley utiliza la conjunción disyuntiva “u” – usada como “o” para evitar el hiato – que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más cosas, cuando dice “... alambre u otros elementos de los cercos” se está refiriendo no sólo a los demás elementos que componen un cerco de alambre, sino también a cualquier otro elemento con el que alternativamente con alambre, se puede construir un cerco, sean piedras, ramas, maderas, palos o cualquier otro material (⁵⁷). En contra Núñez quien considera que la ley no se refiere a cualquier especie de cerco, sino a los construidos con alambre u otros elementos (postes, varillas, torniquetes y puertas) (⁵⁸).

⁵⁶ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 195); TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 198). Sin embargo, RAMOS parecería entender que los alambres de los cercos también requieren estar en el campo, aunque ello no está claramente afirmado (Cfme. RAMOS Juan “*Curso de Derecho Penal*” t. IV, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1952, p. 22). En cambio, sí lo sostiene categóricamente SOLER Sebastián, para quien el motivo del agravante radica también en la situación en que se encuentran los cercos campestres (Cfme. SOLER Sebastián ob. cit. p. 215). “Tiene que tratarse de un cerco campestre... que, a la vez, en el momento del hecho, esté cumpliendo o pueda cumplir la función de cerramiento y, al menos simbólicamente, la de seguridad; el hurto de elementos de cercos ya destruidos, de tal manera que cuando se produce el apoderamiento no cumplen esa función, como el de los que únicamente están destinados a acotar, pero no a encerrar o asegurar, constituye hurto simple” (Cfme. CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 438).

⁵⁷ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. t. II, p. 367); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 438) ya que no se le puede otorgar, a la mención ejemplificativa del alambre que trae la ley una extensión tal que excluya del objeto típico todo otro cerco que no sea de ese material.

⁵⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 195).

De hecho con la redacción actual y la que sigue el Anteproyecto, el hurto se califica con el apoderamiento de los alambres u otros elementos del cerco, con prescindencia de que éste sea destruido total o parcialmente o no, tal como lo entendía la anterior configuración de la norma. La simple destrucción total o parcial del cerco, sin apoderamiento de sus elementos configura el delito de daño (art. 183 C.P.) y si la destrucción se produce con el empleo de fuerza en las cosas para apoderarse de los elementos del cerco destruido se aplicará la norma del art. 167 inc. 4º del C.P. (⁵⁹).

3.2.- Abigeato.

En esta agravante el Anteproyecto produce un vuelco fundamental en el tratamiento de la figura de abigeato. En efecto, se vuelve a los cánones anteriores con algunos ingredientes incluidos por la ley 25.890 en cuanto al mantenimiento del vocablo “establecimientos rurales” y la situación “en ocasión de su carga, el transporte, escalas o entrega en destino”. Por lo demás elimina el capítulo autónomo – 2 bis – del código vigente y en la Exposición de Motivos los miembros de la Comisión escuetamente dicen que el inc. b) corresponde al vigente artículo 167 ter. La pena queda establecida en prisión de seis meses a un máximo de seis años. Se eliminan las agravantes contenidas en el actual art. 167 ter último párrafo y los casos de los incs. 2º y 3º del art. 167 quáter se regirán por las disposiciones del concurso de delitos, el supuesto del inc. 1º se traslada al art. 141, punto segundo inc. f), con una pena de prisión de tres a doce años. El inc. 5º del actual art. 167 quater tendrá la pena del hurto calificado o del robo calificado y el caso del inc. 6º tendrá la pena del robo calificado cuando también se configure el supuesto del inc. 1º (⁶⁰).

El Anteproyecto conserva en la primera parte del inciso la tradicional fórmula del apoderamiento ilegítimo de un animal – una o más cabezas de ganado mayor o menor – y se conservan los agregados impuestos por la ley 25.890 con respecto a que deben encontrarse en establecimientos rurales, o que el hurto se perpetre en ocasión de su carga, transporte, escalas o entrega en destino.-

Resulta adecuado puntualizar que el apoderamiento del bien – ganado mayor o menor – que se encuentra dentro de los límites del establecimiento rural y que es sacado del mismo, puede ser perpetrado por cualquier medio, sea cargándolo sobre sí el sujeto activo, por arreo o utilizando un medio de locomoción.-

⁵⁹ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 438); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 70); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 66); LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal (ob. cit. p. 209).

⁶⁰ CARLES Roberto (ob. cit. p. 224)

La locución “ganado” hace referencia a cuadrúpedos domésticos de cierta alzada que habitualmente conforma una grey o rebaño y deben ser de una especie doméstica de cierta talla (especies vacunas, caballar, asnal, mular ⁽⁶¹⁾, también especies ovinas, caprinas y porcinas ⁽⁶²⁾), de modo que quedan excluidas las aves de corral o cuadrúpedos menores, tales como, conejos, nutrias, perros, los animales de caza salvajes que crecen y se desarrollan espontáneamente en el campo ⁽⁶³⁾ y aquéllos que no son para carga o carne, vale decir, que el apoderamiento de estos animales, sea en el campo o dentro de un establecimiento rural, constituye hurto simple ⁽⁶⁴⁾.-

También, de acuerdo al diccionario de la lengua castellana, se define la voz en cuestión como un “conjunto de bestias mansas de una especie que apacientan y andan reunidas”.-

Asimismo, la especificación de “ganado mayor o menor” hace alusión a animales de acuerdo a su alzada, que es una medida tomada en el animal desde el piso hasta la cruz – parte más alta del lomo – .-

En su momento la ley 25.890 había introducido en el art. 77 del Código Penal vigente la definición del término “establecimiento rural” que comprendía todo inmueble que se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de tambo, granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante. Esta definición no ha cambiado en el texto del art. 63, punto 4, inc. h).-

Tal definición adoptada por la ley 25.890 deviene del Código Rural de la Provincia de Buenos Aires ⁽⁶⁵⁾ que dice en su art. 2: “A los efectos de este código se entiende por establecimiento rural todo inmueble que, estando situado fuera de los ejidos de ciudades o pueblos de la provincia, se destine a la cría, mejora o engorde del ganado, actividades de granja o cultivo de la tierra, a la avicultura u otras crianzas, fomento o aprovechamiento semejante”.-

⁶¹ Ganado mayor.

⁶² Ganado menor. VILLADA Jorge “*Abigeato. Las nuevas figuras de la ley 25.890*” Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 20 nota 10 incluye entre éstos a las vicuñas y llamas.

⁶³ FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 136); “*El hurto campestre, el abigeato sus agravantes y normas conexas (ley 25.890)*” en el Dial.com DC528; “*El delito de abigeato y sus conexidades*”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2012, ps. 94/95; AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 260); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 108/109); GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides “*Delitos contra la propiedad consistentes en apoderamientos ilegítimos de muebles o el uso de coacción*” en “*Derecho Penal. Parte Especial I. Dogmática (interpretación)*” BALCARCE Fabián (director), Ed. Lerner, Córdoba, 2007, p. 396; D’ALESSIO Andrés (director), DIVITO Mauro (coordinador) “*Código Penal comentado y anotado. Parte Especial*”, t. II, 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 635; ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 480) entre otros.

⁶⁴ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 109).

⁶⁵ Ley 1.081/83 modificada por las leyes 10.462, 11.477, 12.063, 12.257 y 12.608 y el Decreto Reglamentario 3347/84.

Con la enunciación que incorpora la ley 25.890 del “establecimiento rural”⁽⁶⁶⁾ – concepto jurídico inexistente hasta este momento – se trata de consolidar una mayor precisión en el término y de esta forma se considera que aquél está referido a todo inmueble destinado a la cría⁽⁶⁷⁾, mejora⁽⁶⁸⁾ o engorde⁽⁶⁹⁾ de ganado⁽⁷⁰⁾ – con los alcances que se le han dado más arriba a este término –, actividades de tambo⁽⁷¹⁾, granja o cultivo de la tierra⁽⁷²⁾, a la avicultura u otras crianzas⁽⁷³⁾, fomento o aprovechamiento semejante⁽⁷⁴⁾.-

⁶⁶ Lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión, que tiene que ver o que hace a lo que se relaciona con el campo y en las labores propias de éste. (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal “Notas...” ob. cit. p. 141).

⁶⁷ Reproducción y crianza, como el hecho de alimentar, cuidar o cebar animales (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

⁶⁸ Procurar su perfección o acrecentamiento, de manera que los animales pasen de un estado a otro mejor. También se puede relacionar con el mejoramiento de la raza o la salud de los animales enfermos (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

⁶⁹ Dirigido a hacer que el ganado engorde, es decir cebar, dar de comer para elevar su peso (Cfme. Idem ob. cit. p. 143).

⁷⁰ “El sentido literal posible de la referencia a la cría de animales, debe definirse en el contexto de la otras dos actividades mencionadas por la disposición legal [mejora y engorde]. Lo que determina que deba entenderse por tal, toda tarea relacionada con la actividad de reproducción natural o artificial de los animales. A su vez constituyen actividades de mejora o engorde del ganado, aquéllas que se relacionan con su alimentación y cuidado. Más específicamente, las mejoras se relacionan con la perfección o acrecentamiento del ganado conduciéndolo de un estado a otro mejor (salud, raza), mientras que el engorde consiste en el cuidado y cebamiento destinado a que los animales dejen de ser flacos y se vuelvan gordos. Lo que determina que quedan fuera de la fórmula legal las actividades de aquellos establecimientos ocupados en temas diferentes a la agricultura - ganadera y avicultura. Como acontecería, por ejemplo, con la actividad minera o la piscicultura” T.S.J, Sala Penal “Stefanoni Pablo p.s.a. partícipe secundario de abigeato agravado reiterado - Recurso de casación” 19/02/08, Foro de Córdoba, nº 130, año XIX, abril 2009.

⁷¹ Actividad referida con la leche que puede ser de vaca o de cabra. Productor, por ordeño, sea que aquel producto se comercialice total o parcialmente, sea que, a su vez, el mismo establecimiento pueda transformar a aquel producto en otros, como quesos, mantecas u otros derivados. (Idem ob. cit. p. 144). Cabe apuntar que el Código alimentario argentino (art. 34) dispone: “Entiéndase por tambos, los establecimientos que poseen animales de ordeño cuya leche se destina a abasto o industria, no considerándose como tal la tenencia de animales cuya leche se destine al exclusivo consumo de su propietario en el sitio de su obtención. Esta circunstancia no exime a éste de las obligaciones que sobre sanidad animal e higiene general establece el presente, pudiendo intervenir la autoridad competente cuando lo considere necesario”. IRIARTE considera que la amplia extensión que se le ha querido dar al concepto de tambo en la ley 25.890, no sólo incluye, por ejemplo, los tambos propiamente dicho, sino todos los lugares donde se practica tal actividad, de este modo, no se sigue el concepto restringido de “tambos” que contiene el Código alimentario argentino (Cfme. IRIARTE Ignacio “Reforma al abigeato. El derecho penal como ilusión de seguridad (Un poco de reflexión político - criminal y análisis dogmático)” ADLA 2004 - E- 6554. No obstante, AROCENA entiende que: “... la alusión de la ley 25.890 a todo inmueble que se destine a actividades de tambo, y la propia connotación del término “tambo” – referido a los establecimientos ganaderos destinados al ordeño de vacas y a la venta, generalmente al por mayor de su leche –, impide que pueda incluirse en su denotación a todos los lugares donde simplemente se practique tal actividad, pero ella no sea el destino específico – aunque no necesariamente exclusivo y excluyente de toda otra finalidad – del establecimiento”. (Cfme. AROCENA Gustavo ob. cit. p. 244).

⁷² Fundo de relativa extensión, a manera de gran huerta, que se caracteriza por una múltiple actividad relacionada con los animales domésticos, sean de cabeza mayor o menor, aunque no en gran cantidad; igualmente, con aves y sus productos naturales y con ciertos animales que son objeto de consumo, como pueden ser los conejos. No impide que, como conjunto de actividades, la granja pueda ser destinada en parte al cultivo de la tierra para la producción de hortalizas u otros alimentos (Cfme. LAJE ANAYA Justo

El denominador común que contienen las disposiciones de varios Códigos rurales de provincia es que el establecimiento rural se debe encontrar fuera del ejido de las ciudades o pueblos de la provincia. Pero esta circunstancia no se encuentra en la disposición del art. 77, es decir, que la ley no exige que el establecimiento rural esté ubicado en el campo, no obstante que la connotación “rural” esté asociada con el “campo”. “Un establecimiento rural puede ser el que se encuentra en el campo, como el campo mismo donde se encuentran los animales; puede estar en una zona rural como no estarlo porque, a pesar de que lo rural se relaciona con el campo, nada impide que ese establecimiento rural se encuentre dentro del ejido municipal, y por ello se halle situado dentro de un lugar poblado; sigue siendo pues, un establecimiento rural... La ley dice establecimiento rural, pero no dice establecimiento de campo situado en el campo; tampoco dice establecimiento rural situado en el campo, y tampoco dice “*establecimiento rural dedicado al ganado*” (75). Por lo que hay que concluir que lo decisivo es el destino que se le da al inmueble y no el lugar donde se encuentra (76).-

Laje Anaya se pregunta ¿Qué pasará cuando, por sí solo, el animal hubiese dejado el establecimiento rural y hubiese pasado a otro campo pero que no es un establecimiento rural? Aunque se puede decir que se encuentra en el campo, sin protección de ninguna naturaleza, el hurto no será calificado; solamente será un hurto simple, por la sencilla razón de que no se encontraba dentro de un establecimiento rural, sino fuera de él. Lo que ocurre es que en el sistema actual de abigeato, las cosas se han

- LAJE ROS Cristóbal “*Notas al Código Penal argentino. Reformas. Actualización*” Ed. Alveroni, Córdoba, 2006, p. 144.

⁷³ Esto está referido a los criaderos de pollos – también se pueden incluir otro tipo de aves – y con respecto a otras crianzas se alude, por ejemplo a los criaderos de iguanas, ranas, nutrias o conejos. Queda al margen la piscicultura porque el sentido de la disposición se circunscribe al medio terrestre (Idem ob. cit. ps. 144/145).

⁷⁴ Esta última mención resulta sumamente vaga, por lo que se hace menester darle algún contenido más preciso, lo cual, a título de ejemplo podría comprender a actividades dedicadas a la producción o reproducción de lombrices, caracoles o a la actividad relacionada con la miel, por medio de colmenas (Idem ob. cit. p. 145).

⁷⁵ LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. ps. 24/25); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 112); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 246); ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 483); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78); FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 138) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 102).

⁷⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78). PASTORINO Leonardo citando a VIVANCO Antonino refiere que éste se esfuerza en distinguir los vocablos *rural* y *agrario*, y para ello recurre a la etimología, pero también al sentido con el que se los utiliza en las distintas lenguas romances. Por ello da al primero un concepto espacial y estático que identifica el espacio no urbano y al segundo un sentido productivo, económico y dinámico que luego se vinculará más aún a una determinada técnica de producción. (Cfme. ROMERO Roxana “*Incidencia de la reciente reforma penal en el Derecho Agrario: abigeato y otros hurtos campestres, ley n° 25.890*” en “*Derecho agrario*”, p. 221 citando a PASTORINO Leonardo “*Derecho agrario y ambiente en la evolución dogmática argentina*” en “*Revista del Colegio de Abogados de La Plata*” n° 59, p. 229).

dado vuelta: *a mayor protección privada, mayor protección de la ley; a menor defensa privada, igual protección de la ley...*” (77).-

De hecho, que la circunscripción de la calificante se reduzca a un ámbito determinado como es el “establecimiento rural” se ha realizado en base a los sectores rurales importantes que se encuentran en las principales provincias ganaderas, pues, el establecimiento requiere, por definición, una cierta infraestructura o acondicionamiento para la actividad que se desarrolla lo cual también implica la existencia de un cercamiento para deslindar un establecimiento del otro, pero con ello, paradójicamente el legislador restringe la posibilidad de comisión del delito en sí, ya que, si una cabeza de ganado mayor o menor se encuentra fuera de dichos lindes, por ejemplo a la vera del camino, el hecho caería en un hurto simple (78). También, cabe otra posibilidad, cual es, la del pastor de cabras, típico de la zona serrana, que trashuma de un lugar a otro buscando pastaje para sus animales y que, desde luego, se encuentran a campo abierto, ya que en ese caso no se puede hablar de establecimiento alguno, de modo que el hurto de alguna cabra, será simplemente el hurto del art. 162 (79).-

Ante estos cuestionamientos de significación y en consonancia con lo aludido por Laje Anaya propuse para este inciso el siguiente texto: *“Cuando el hurto fuere de ganado mayor o menor que se encontrare en establecimientos rurales o dejados en el*

⁷⁷ LAJE ANAYA Justo *“Delitos...”* (ob. cit. ps. 26/28). “...Desde la vigencia de la ley de reformas, el hurto se agrava por el objeto. Si bien el lugar tiene su importancia, ese lugar debe ser un establecimiento rural... Lo mismo da que se halle con custodia, o sin ella. Si el lugar no responde a esta categoría, el abigeato es hurto simple, así la res pudiera encontrarse, al momento del apoderamiento, dejada en el campo. Por el contrario si el animal se encuentra custodiado en ese establecimiento, por ejemplo, en el interior de un establo cercano, en el interior de un galpón, se halla dentro de un corral o en la clínica veterinaria del establecimiento, la calificante será objeto de aplicación; no ya por una menor defensa privada, sino tan sólo porque fue hurtado de un establecimiento rural... Todo parece indicar que la fuente extranjera del art. 167 ter, es el art. 163 del Código paraguayo de 1997, que en ese lugar reprime al abigeato. La disposición establece: “El que hurtara una o más cabezas de ganado mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en *campo abierto*, será castigado con pena privativa de libertad hasta 10 años”. La diferencia es clara, porque el hurto se agrava cuando el apoderamiento ha recaído en un animal que al momento del hecho, se encontraba en campo abierto, lo cual hace que no necesariamente, la res debe encontrarse en un establecimiento rural, o que ese campo abierto debe pertenecer a un establecimiento de ese carácter” (Cfme. LAJE ANAYA Justo - LAJE ROS Cristóbal *“Notas...”* ob. cit. p. 240).

⁷⁸ FIGARI Rubén *“Hurto...”* (ob. cit. p. 139) y *“El hurto campestre...”* en el Dial.com DC528; *“El delito...”* (ob. cit. ps. 106/107). En contra GALLINO para quien no se requiere un determinado tipo de tecnología o infraestructura ni tampoco la presencia de cercamiento (Cfme. GALLINO Sebastián en BAIGUN David- ZAFFARONI Eugenio (directores) (ob. cit. t. 6 p. 431)

⁷⁹ Se menciona el caso de sustracción de varios caballos o mulas, destinadas a acarreo o transporte de minerales, desde una planta de extracción de tales objetos, que aunque se hallen en el campo y en zonas absolutamente alejadas – como suelen estar las minas, donde resultan sumamente indispensables para esa clase de explotación – al no tratarse de establecimiento rural sino minero o industrial, la conducta queda inmersa en el de hurto simple de semovientes (Cfme. VILLADA Jorge ob. cit. p. 25). O el caso de la sustracción de una mula o asno utilizados en una fábrica de ladrillos o cortadero (Cfme. LAJE ANAYA Justo *“Delitos...”* ob. cit. p. 25).

campo, o en ocasión de su transporte en el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto”.-

Ello responde a la redacción que sobre ese particular contiene el Código Penal Paraguayo en su art. 163: “El que hurtara una o más cabezas de ganado mayor o menor, de un establecimiento rural, granja, quinta, casa o en *campo abierto*, será castigado...”. Entonces, se puede dar la situación de que el hurto se agrava cuando el apoderamiento ha recaído en un animal que al momento del hecho, se encontraba en *campo abierto*, lo cual lo hace que no necesariamente, la res debe encontrarse en un establecimiento rural, o que ese *campo abierto* debe pertenecer a un establecimiento de esa naturaleza.-

En cuanto a la circunstancia del apoderamiento del ganado en ocasión de su carga, transporte, escala o entrega en destino se puede adunar juntamente con Iriarte que siempre se había entendido que debía protegerse con mayor intensidad a la carga transportada, atento a que muchos tramos de las rutas son despoblados y, por lo tanto, sin posibilidad de control policial; la única protección es el propio transportista, quien además, está obligado a dejar su vehículo sin vigilancia directa cuando hace sus escalas; sin embargo, no se entiende por qué esa “protección” debe ser mayor cuando se trate de ganado ⁽⁸⁰⁾. Esta situación tiene su punto de contacto con inciso referido al hurto de mercadería u otras cosas transportadas.-

Pero la ley no efectúa distinción alguna en cuanto al medio de transporte, por lo que puede ser cualquiera – terrestre, aéreo, marítimo o fluvial, aunque no sea un medio específicamente destinado al transporte de ganado –.-

La frase “en ocasión de su transporte” significa en ocasión de su traslado de un lugar a otro y el lapso está dado desde el momento en que se carga el ganado en un transporte hasta el lugar de su destino o entrega, es decir hasta la finalización del viaje o del paso del ganado de poder del transportista. En ese ínterin quedan incluidas las escalas que se realizan durante el trayecto – paradas –, previstas o no ⁽⁸¹⁾.-

Laje Anaya - Laje Ros estiman que el animal no es transportado cuando es llevado de un lugar a otro arreándolo ⁽⁸²⁾ o cuando es tirado por otro animal ⁽⁸³⁾.

⁸⁰ IRIARTE Ignacio “*Reforma al abigeato. El Derecho Penal como ilusión de seguridad (Un poco de reflexión político-criminal y análisis dogmático)*” ADLA 2004 - E - 6554.

⁸¹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 83 nota 186).

⁸² En igual sentido GAVIER Ernesto - RIVERA Euclides (ob. cit. p. 396); DONNA Edgardo (ob. cit. p. 84); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 266); VILLADA Jorge (ob. cit. p. 24); FRANCESCETTI Gustavo “*La Reforma Penal impuesta por la ley 25.890. Tipificación de afectaciones al proceso productivo y comercial ganadero*” en “*Derecho agrario*”, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2005, p. 239; FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. p. 141) y “*El hurto campestre...*” en el Dial.com DC528; “*El delito...*” (ob. cit. p. 110)

⁸³ LAJE ANAYA Justo “*Delitos...*” (ob. cit. p. 30).

Asimismo, no interesa que todos los animales que se debían cargar se hubiesen efectivamente cargado, puede ser que el hurto recaiga en lo que se ha cargado, es decir, cuando la carga es parcial. También, señalan que los animales que no se hayan cargado aún, toda vez que se encuentren dispuestos en el lugar donde se cargará en el medio que los ha de transportar, empuce el delito deberá ser considerado igualmente como abigeato, si ese lugar se encuentra dentro de un establecimiento rural.-

3.3.- Hurto de mercaderías transportadas.

El Anteproyecto en este inc. c) guarda el mismo concepto que la norma actual imbricada en el art. 163 inc. 5º – así se expresa en la Exposición de Motivos, salvo algunas mínimas diferencias en la redacción, de allí que todo lo dicho, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se aplique.-

Para definir la palabra “mercadería” el Anteproyecto en el art. 63, punto cuatro inc. e) utiliza la misma definición contenida en el actual art. 77 – se designa toda clase de efectos susceptibles de expendio – agregándose “las divisas”.-

El dispositivo de la ley vigente fue incorporado por la ley 23.468 de 1986 y no encuentra precedentes en el Derecho argentino y tampoco en el extranjero tal como está redactado.-

Si bien de los antecedentes legislativos se puede concebir que el legislador quiso reprimir la modalidad delictiva desplegada por los denominados “piratas del asfalto” cuya actividad consiste específicamente en los hurtos y robos en perjuicio de los transportes motorizados que llevan mercaderías por las rutas del país, aunque la interpretación del texto excede dicha modalidad porque la sanción alcanza a que se vulnere la norma mediante cualquier medio utilizado – no necesariamente terrestre - y por ende el lugar de comisión del hecho puede ser no solamente en las rutas ⁽⁸⁴⁾.-

El fundamento de la agravante se finca en la especial protección que requieren ciertas cosas que dadas las circunstancias se encuentran a disponibilidad del sujeto activo quien actúa sin mayor interferencia y es así que esta agravante no se basa en razón de las mercaderías o cosas en sí mismas, que ya tienen su tutela en el art. 162 del C.P., sino en virtud del lugar en que se hallan y el momento en que se comete el accionar ilícito, lo cual como es obvio, funciona como impedimento para que la vigilancia sea más acendrada.-

⁸⁴ Ver TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 221/22) que analiza los Antecedentes Parlamentarios

La acción consiste en apoderarse de mercaderías (art. 77, párrafo 5° del C.P. vigente y art. 63 punto cuatro, inc. e) que agrega “divisas”) u otras cosas muebles (arts. 2311, 2318 y 2319 del C.C.)⁽⁸⁵⁾ transportadas por cualquier medio. “Vale decir, que no toda mercadería o cosas muebles son objeto de tutela a título de agravante, sino sólo aquéllas que se encuentren, en el momento en que se ejecuta la acción típica, en situación de “transportadas”. Sin embargo, tal como está redactada la norma, la consumación del delito exige, además, un elemento cronológico, es decir, que el hurto se cometa “entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. Se trata de un tipo penal de los llamados de formulación casuística, completo acumulativo”⁽⁸⁶⁾.-

Quedan descartadas de la agravante el hurto de las pertenencias del conductor, como así también el medio de transporte utilizado⁽⁸⁷⁾, o las cosas que ya se hallan estibadas o almacenadas en el depósito para su traslado, pues la ley hace referencia a un proceso de traslado en los momentos y lugares indicados por la norma. “... Esta peculiar modalidad agravada del hurto alude a un proceso dinámico, el movimiento de la cosa, mientras que el delito tipo, en la generalidad requiere un proceso estático”⁽⁸⁸⁾.-

No tiene relevancia que las cosas sean transportadas por su propietario o por terceros a cargo de aquél y en el supuesto en que el mismo transportista sea quien se apodera de la carga confiada, algunos sostienen que el hecho se enmarca en la figura en cuestión concurriendo idealmente con defraudación (art. 173 inc. 2° del C.P.), en tanto que otros advierten que la conducta implicada se encuadra en administración fraudulenta.-

La norma positiva determina que el transporte puede ser realizado “por cualquier medio”, ello implica el terrestre, aéreo, marítimo o fluvial y el medio puede ser motorizado o no. Algunos utilizan una interpretación más estricta que requiere que solamente el transporte tiene que ser motorizado, tal como lo exige expresamente el apartado segundo del inc. 1° del art. 163, aunque el inc. 5° que se comenta no habla de

⁸⁵ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 58), CARRERA Daniel P. “Hurto de mercaderías u otras cosas muebles transportadas” JA 1987 - II - 595, BREGLIA ARIAS Omar “Las últimas reformas al Código Penal en los delitos de hurto, robo y encubrimiento” JA 1987 - III -846.

⁸⁶ BUOMPADRE Jorge “El hurto de cosas ...” (ob. cit. p. 830)

⁸⁷ Si para hurtar la carga, se hurta el medio que las transporta, entonces se aplica la calificante en relación a lo primero, y se aplica, el hurto del medio de transporte a condición de que se trate de un vehículo con carga, dejado en la vía pública, o lugares de acceso público. Pero la concurrencia de ambas agravantes no agrava a su vez la pena del hurto calificado, sin perjuicio de que genéricamente ese *plus* sirva para individualizar la pena (Cfme. LAJE ANAYA Justo “Estudios de Derecho Penal” t. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 665).

⁸⁸ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 59)

ello. En tal sentido se expide Tozzini. Asimismo no parece fundamentado que se excluya de la agravante el transporte a pie o por medio de animales o artefactos que, si bien sirven para transportar cosas, no han estado en la finalidad de la norma su represión, por ejemplo, el carro de supermercado, el bicicleta de reparto, etc., tal como lo explicita Buompadre ⁽⁸⁹⁾. Esto es así pues la ley sin ninguna limitación habla de transporte “por cualquier medio” y la agravante no está sustentada en el medio utilizado sino en la condición de la carga ⁽⁹⁰⁾ y no al lugar donde se comete el hurto ⁽⁹¹⁾.-

Por la alocución “*momento de carga*” debe entenderse el proceso que implica la carga propiamente dicha que consiste en la secuencia que va desde que comienzan las actividades hasta en la que la cosa es definitivamente introducida o colocada en el transporte.-

El “*destino*” es el momento en que se arriba al lugar preestablecido como finalización de la travesía y por “*entrega*” se entiende cuando la cosa es puesta en manos del recepcionista, sin perjuicio que ambos momentos puedan coincidir.-

La expresión “*ocasión de las escalas*” está comprendida como el tiempo en que el medio de transporte que lleva las mercaderías estaciona o permanece estático en lugares de pertenencia pública o privada destinado generalmente para las empresas de transporte para reabastecer los vehículos y permitir el descanso a los pasajeros (escalas) ⁽⁹²⁾.-

Se agrava la figura cuando la sustracción de mercaderías se produzca cuando ellas están depositadas en el puerto de destino, pero aún no entregadas a su destinatario, pero no será de aplicación cuando aquélla se encuentre depositada en el puerto para ser trasladada, pero aún no ha comenzado a ser cargada ⁽⁹³⁾. Esta opinión en cierta forma colisiona con lo antes expuesto por Buompadre cuando se refería a un proceso dinámico.-

De hecho que si se utiliza violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la figura ya constituye un robo y caerá en alguna de sus agravantes.-

3.4.- Hurto de vehículos motorizados dejados en la vía pública o lugares de acceso público.

⁸⁹ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 59)

⁹⁰ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 342)

⁹¹ LAJE ANAYA Justo- LAJE Sebastián- LAJE ROS Cristóbal- LAJE ANAYA Celina (ob. cit. ps. 389/90).

⁹² BUOMPADRE Jorge “*El hurto de las cosas ...*” (ob. cit. p. 831)

⁹³ ESTRELLA Oscar- GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 350)

El Anteproyecto conserva la actual redacción, sólo que le agrega la circunstancia de que los vehículos sean “motorizados” con lo que se cierra la discusión sobre sí aquéllos que no lo son, como las bicicletas, quedaban comprendidos en la agravante, ahora claramente el hurto de tales artefactos constituye un hurto simple.-

El texto del actual inc. 6° en el art. 163 es incorporado por la ley 24.721 del 18/11/96 la que deroga el controvertido decreto-ley 6582/58 ratificado por la ley 14.457 que castigaba muy severamente los tipos delictivos previstos en sus arts. 33/39. Es así que esta redacción tiene sus antecedentes en el Proyecto de 1960 y en las leyes *de facto* 17.567 y 21.338.-

Soler mencionaba que una de las razones agravantes es semejante a la que funda la agravación del abigeato, esto es, un principio común tantas veces invocado de la necesidad de reforzar la tutela jurídica cuando menor es la tutela de hecho y la facilidad proporcionada por la cosa misma para el éxito de la sustracción, la consolidación del dominio furtivo y hasta la impunidad⁽⁹⁴⁾.-

El decreto-ley 6582/58 limitaba la represión penal a la sustracción de los “automotores” en tanto que la ley que reintroduce la inc. 6° es más amplia pues abarca a los “vehículos” con la condición que se encuentren en la vía pública o en lugares de acceso público.-

En la inteligencia de Laje Anaya, en términos generales un vehículo, es aquél que sirve para el transporte de pasajeros o cosas. “Pero esta generalidad no queda comprendida dentro de la figura, porque no todo vehículo es susceptible de ser dejado en la vía o en lugares de acceso público”, anota, que en tal sentido no es imaginable que pueda comprenderse a los buques, ni a los aviones en semejante situación⁽⁹⁵⁾.-

Es importante recurrir a la ley 24.449 de tránsito y seguridad vial que en el Título I – Principios básicos – capítulo único en el art. 5 se efectúan unas definiciones a los fines de dicha ley. En tal sentido el *automóvil* (a) consiste en “automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido el conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que exceda los mil kilogramos de peso”; *bicicleta* (g) “vehículo de dos ruedas que es propulsado por mecanismos con el esfuerzo de quién lo utiliza pudiendo ser múltiple de hasta cuatro ruedas alineadas”; *camión* (j) “vehículo automotor para transporte de carga de más de 3500 kilogramos de peso total”; *camioneta* (k) “automotor para transporte de carga de hasta 3500 kilos de peso total”;

⁹⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 230)

⁹⁵ LAJE ANAYA Justo “*Los vehículos que califican el hurto*” LL - C - 1999

carretón (l) “vehículo especial, cuya capacidad de carga, tanto en peso como en dimensiones supera la de los vehículos convencionales”; *ciclomotor* (ll) “motocicleta de hasta 50 centímetros cúbicos de cilindrada y que no puede exceder los 50 kilómetros por hora de velocidad”; *maquinaria especial* (n) “todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar”; *motocicleta* (ñ) “todo vehículo de dos ruedas con motor a tracción propia de más de 50 c.c. de cilindrada que puede desarrollar velocidades superiores a 50 kilómetros por hora”; *ómnibus* (o) “vehículo automotor para transporte de pasajero de capacidad mayor de ocho personas y el conductor”; *vehículo automotor* (x) “todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia”.-

Como se anticipó se planteaban algunas cuestiones interpretativas respecto a sí la bicicleta también constituía un vehículo que podía ser incluido en la agravante (⁹⁶).-

Para el diccionario de la Real Academia Española vehículo es “un medio de transporte de personas o cosas”, mientras que bicicleta es descripto como un “velocípedo de dos ruedas de igual tamaño cuyos pedales transmiten el movimiento a la rueda trasera por medio de dos piñones y una cadena”. También otros diccionarios definen vehículo como “cualquier sistema de propulsión autónoma capaz de transportar una carga” y bicicleta como “vehículo de dos ruedas en que el movimiento de los pies se transmite a la rueda trasera mediante una cadena”.

Por lo tanto, mediante el método de interpretación literal de la norma actual no se puede más que concluir que el inc. 6 del art. 163 alcanza a la bicicleta, ya que la misma pertenece al género de los vehículos.-

Hay que señalar que el uso de una bicicleta no implica ineludiblemente que deba ser dejada en la vía pública. Por el contrario la bicicleta por su tamaño, peso y forma es un objeto fácil de guardar dentro de un ámbito privado (y no tan así una moto de grandes cilindradas, por ejemplo).

Actualmente la mayoría de la doctrina y también la jurisprudencia considera la bicicleta como un vehículo de los comprendidos en el inc. 6°. “Si es posible considerar automotor a un elemento que carece de tracción propia como lo es un acoplado, con mayor razón es posible ello, cuando el vehículo es propulsado por mecanismos que dependen del esfuerzo de quién los utiliza. Por ello es que pertenecen a la agravante las

⁹⁶ FIGARI Rubén “El hurto y robo de bicicleta dejada en la vía pública o lugar de acceso público como objeto de controversia” www.ijeditores.com.ar

bicicletas o variedades de ellas...”⁽⁹⁷⁾. Así también lo conceptúan Soler⁽⁹⁸⁾, Fontán Balestra⁽⁹⁹⁾, Tozzini⁽¹⁰⁰⁾, Chiappini⁽¹⁰¹⁾, Donna⁽¹⁰²⁾, Buompadre⁽¹⁰³⁾ y Morin⁽¹⁰⁴⁾.-

Mas, como se dijo más arriba, el Anteproyecto agrega a la palabra vehículo el aditamento “motorizado” por lo cual la discusión anterior resulta ociosa.-

El otro componente de la figura calificante es que el vehículo haya sido “*dejado en la vía pública o lugar de acceso público*”. “Dejado quiere decir sólo, porque el titular se retiró o se apartó de él, sea porque nadie está cerca para cuidarlo. La tenencia simbólica se vuelve real, y entonces ya no concurrirá el delito agravado cuando a pesar de haber sido estacionado el vehículo, éste no se encuentra en situación de dejado”⁽¹⁰⁵⁾. No acontece esto cuando es custodiado por alguien, ya sea su dueño, tenedor o por un tercero, aunque desde el punto de vista administrativo sea posible distinguir entre vehículo detenido y vehículo estacionado (cfme. Ley 24.449, art. 5). En el caso de un automóvil que es sustraído del garaje de la casa donde estaba estacionado o de la cochera a la cual tienen sólo acceso quienes viven en un edificio y allí tienen el lugar para el estacionamiento no se da el caso de la agravante. Por el contrario sí acontece esto cuando el vehículo se considera dejado a pesar de la presencia de los denominados “cuidadores”, que se encuentran en la vía pública quienes sólo se limitan a percibir alguna propina⁽¹⁰⁶⁾ y la situación cambia cuando el vehículo es estacionado en un lugar privado abierto al público, pero no es dejado, por ejemplo en una playa de estacionamiento donde se cobra un servicio y se entrega un ticket para poderlo retirar,

⁹⁷ LAJE ANAYA Justo (ob. cit. p. 17), LAJE ANAYA Justo, LAJE Sebastián, LAJE ROS Cristóbal, LAJE ANAYA Celina (ob. cit. p. 398, 407/8)

⁹⁸ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 230) “A diferencia de la ley anterior derogada, ésta extiende su protección a todo vehículo, aunque no sea motorizado. El hurto de la bicicleta es, pues, calificado, siempre que ella se encontrara librada a la confianza pública”

⁹⁹ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 521) “... si son vehículos la bicicleta o el triciclo, porque disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada y porque no son empujados ni arrastrados”

¹⁰⁰ TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 226)

¹⁰¹ CHIAPPINI Julio “*La bicicleta ¿Es un vehículo a los fines del art. 163 inc. 6° del C.P.?*” LL Litoral 1999 - 280

¹⁰² DONNA Edgardo (ob. cit. p. 85)

¹⁰³ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 60)

¹⁰⁴ MORIN Daniel “*¿La bicicleta como vehículo? Reflexiones sobre el tipo de sustracción de vehículos del inc. 6° del art. 163 del C.P.*” LL 2001 - E -779 y sgtes.

¹⁰⁵ LAJE ANAYA Justo “*Los vehículos ...*” (ob. cit. p. 17)

¹⁰⁶ “No basta que en ese lugar se cobre por dejar el automóvil, y que alguien diga ser el cuidador para que pueda tenerse a ese alguien como custodio de lo dejado, o que ha recibido de manos del propietario la tenencia real. Las palabras no bastan; lo que importa es la *situación jurídica*. Quien deja en las inmediaciones de un estadio su auto para presenciar un partido de fútbol, y paga a quien se dice hallarse autorizado para cobrar, lo que en realidad hace es dejar el vehículo en una esfera de custodia que en *aparencia* se presenta como real, pero que en realidad, no es nada más que una tenencia simbólica” (Cfme. LAJE ANAYA Justo, LAJE Sebastián, LAJE ROS Cristóbal, LAJE ANAYA Celina ob. cit. p. 397)

circunstancia en que el vehículo es objeto de custodia por parte de quién recibe el mismo.-

La vía pública no debe asimilarse, según Laje Anaya, a todo lugar público. A los fines del inc. 6° y del inc. d), es tal, en primer término, la vía pública terrestre, y no la que es por agua, sin que se exija a su vez que un medio acuático pueda ser objeto de hurto simple porque no es un medio terrestre. Se acota que si una lancha o un bote son sustraídos de la vía pública mientras permanecen sujetos o montados en un trailer que tiene por destino esa función es obvio que no se trata de un hurto simple, por el sólo hecho de que no se trate de un medio no terrestre, en realidad son vehículos y habrán sido hurtados de la vía pública. Esta es entendida por Laje Anaya solamente la vía terrestre y no abarca a otras y ello enmarca la calzada y la acera.-

En cambio Buompadre sostiene que vehículo es todo artefacto o medio de traslación que se utiliza precisamente para transporte de personas o cosas y que se desplaza por tierra, aire o agua. En igual sentido se expide Fontán Balestra (¹⁰⁷). Así el primero entiende que la ley protege no solamente a los vehículos rodantes – toda la variedad – sino también a otros de distinta clase o naturaleza, como son los náuticos y los aéreos, siempre que sirvan para transporte de objetos o de gente y sea realizado por fuerzas animales o mecánicas (¹⁰⁸).-

En realidad las aseveraciones que realiza Laje Anaya revisten mayor consistencia ya que si bien la intención del legislador al derogar el decreto- ley 6582/58 que protegía solamente a los automotores, hace extensiva la tutela a todo vehículo, es obvio que los destinados al transporte náutico o aéreo sólo quedan comprendidos en forma excepcional por circunstancias ajenas a su uso habitual y que por tal razón pueden quedar en la vía pública. No se da la agravante si el propietario o tenedor se encuentra a bordo del vehículo o conduciéndolo, pero sí se da la agravante si el vehículo es dejado en la vía pública en marcha.-

Por último, los “*lugares de acceso público*” no son sólo aquellos sitios públicos que se hallan en la vía pública a los cuales se puede acceder para dejar el vehículo (calles, paseos, avenidas, caminos, autopistas), sino aquéllos que sin tener ese carácter cumplen idéntica función y quedan sujetos a una tenencia simbólica, como podría ser eventual y transitoriamente un sitio privado abierto al público (estacionamiento en un aeropuerto, supermercado, feria o exposición). No es lugar de acceso público el taller

¹⁰⁷ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 521)

¹⁰⁸ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 60/61)

donde se deja encomendado un vehículo para reparación ya que se transfiere un poder real a otro poder real y la cosa no queda en una esfera de custodia simbólica sino real.-

En oportunidad de ser consultado – juntamente con otros colegas – propuse la modificación del actual inc. 6° en los siguientes términos: “*Cuando el hurto fuere de vehículos motorizados dejados en la vía pública o lugar de acceso público*”. Que responde al mismo texto del Anteproyecto.-

3.5.- Hurto de bienes provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos o cualquier otro perteneciente al patrimonio cultural de la Nación.

Este inciso recepta una nueva agravante que hace alusión a los bienes provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos u otros pertenecientes al patrimonio cultural de la Nación, por la importancia trascendental que tiene para los fines culturales en general. En la Exposición de Motivos se hace una remisión a la ley 25.743 y por lo tanto a ella hay que dirigirse.-

De acuerdo a dicha ley (art. 2°) forman parte de este patrimonio: “... las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes. Forman parte del Patrimonio Paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales”.-

Por otra parte el art. 5° dispone: “El Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano, dependiente de la Secretaría de Cultura de la Nación, será el organismo nacional competente que tendrá a su cargo las facultades previstas en el artículo anterior del Patrimonio Arqueológico. La protección del Patrimonio Paleontológico estará a cargo del organismo nacional que se establezca conforme con lo previsto por el artículo 55 de la presente ley. Son funciones de cada uno dar cumplimiento a lo siguiente: a) Crear y organizar el Registro Nacional de Yacimientos, Colecciones y Objetos Arqueológicos y el Registro Nacional de Yacimientos, Colecciones y Restos Paleontológicos, con la información que se requerirá a las jurisdicciones locales. b) Crear un Registro Nacional de Infractores y Reincidentes. c) Establecer las correspondientes relaciones de coordinación y colaboración con los organismos competentes en la materia, existentes en las provincias”.-

Con respecto al dominio de los bienes en cuestión el art. 9º establece: “Los bienes arqueológicos y paleontológicos son del dominio público del Estado nacional, provincial o municipal, según el ámbito territorial en que se encuentren, conforme a lo establecido en los artículos 2339 y 2340 inciso 9º del Código Civil y por el artículo 121 y concordantes de la Constitución Nacional”. En sintonía con esto el art. 10 determina que: “Los materiales arqueológicos y paleontológicos procedentes de excavaciones realizadas mediante concesiones o resultantes de decomisos pasarán a poder del Estado nacional, provincial o municipal, según correspondiere, quedando los organismos de aplicación facultados a darle el destino que consideren más adecuado y a fijar los espacios que reúnan los requisitos de organización y seguridad indispensables para su preservación”.-

Con atinencia al registro de los yacimientos hacen un detalle los arts. 11/15.

El Registro Oficial de Colecciones u Objetos Arqueológicos o Restos Paleontológicos está contenido en los arts. 16/22. Las concesiones se regulan detalladamente en los arts. 23/34 y hay ciertas limitaciones a la propiedad particular que se contemplan en los arts. 35/37.-

La misma ley establece sanciones para las infracciones que cometan aquellos que no cumplan con determinadas reglas. Ello está estatuido en el art. 38: “Las transgresiones a lo establecido en la presente ley, serán reprimidas con las siguientes penalidades: a) Apercibimiento. b) Multa: Esta será establecida entre un mínimo de diez por ciento (10%) hasta tres veces el valor del bien o los bienes que hayan motivado la conducta sancionada. El Poder Ejecutivo nacional establecerá en la reglamentación de la presente ley una multa dineraria para los casos donde la determinación del valor del bien sea imposible o dificultoso. Para la determinación de la multa se atenderá a la gravedad de la falta cometida y al carácter de reincidente del infractor. c) Decomiso de los materiales arqueológicos, paleontológicos y/o de los instrumentos utilizados para cometer la infracción. d) Suspensión o caducidad de la concesión. e) Inhabilitación. f) Clausura temporaria o definitiva”.-

Pero además la legislación contempla delitos y penas propios de la actividad. En efecto: art. 46: “Será reprimido de un (1) mes a un (1) año de prisión o de reclusión y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que realizare por sí u ordenare realizar a terceros tareas de prospección, remoción o excavación en yacimientos arqueológicos y paleontológicos”. Art. 47: “Si durante la comisión del hecho descrito en la norma precedente, se produjere un deterioro en los objetos ocasionándose una

pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, se estará incurso en el delito de daño prescripto en los artículos 183 y 184 del Código Penal”. Art. 48: “Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de yacimientos arqueológicos y paleontológicos nacionales e internacionales”. Art. 49: “La tentativa de exportación e importación del territorio nacional de piezas, productos o subproductos arqueológicos o paleontológicos y colecciones arqueológicas o paleontológicas, será pasible de las penas previstas para el delito de contrabando establecidas en los artículos 863 y concordantes del Código Aduanero”.-

Estas son las principales normas que considero que deben tenerse en cuenta para la regulación de esta actividad referida al presente ítem y lo que hace el inc. e) es punir el hurto de los bienes que provienen de los yacimientos arqueológicos o paleontológicos de los que habla la ley en cuestión. Normativa de relevante importancia.-

3.6.- Hurto de bienes de valor científico, histórico, cultural o religioso.

El Anteproyecto incorpora un conjunto de bienes de singular valor – en consonancia con el anterior inciso – que históricamente estuvieron en varios proyectos de Código y en leyes *de facto*. En efecto, el Proyecto de 1891 (art. 198 inc. 1º (¹⁰⁹)), la ley de reformas 4189 de 1903 (art. 22 b) 1º (¹¹⁰)), Proyecto Segovia de 1895 (art. 220 incs. 1º y 2º (¹¹¹)) reeditado en el Proyecto de 1960 (art. 208 inc. 7º (¹¹²)), en las leyes *de*

¹⁰⁹ Art. 198: “Se aplicará penitenciaría de uno a cuatro años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de cosas custodiadas en oficinas, archivos o establecimientos públicos”. La Exposición de Motivos sobre el particular expresa: “...La aplicación de una pena mayor cuando el delito se cometiere en oficinas, archivos o establecimientos públicos, se funda en la consideración del mayor respeto y de la mayor seguridad que es necesario procurar a esos establecimientos por ser mayor o más general del daño que en ellos podía causarse”.

¹¹⁰ Art. 22: “...1º Cuando el hurto fuese de cosas custodiadas en oficinas, archivos o establecimientos públicos”

¹¹¹ Art. 220: “Se aplicará penitenciaría de seis meses a tres años en los casos siguientes: 1º Cuando el hurto fuere de cosas custodiadas en oficinas, archivos, o establecimientos públicos; 2º Cuando fuere cometido en los cementerios, tumbas o sepulcros sobre los objetos que los adornan o protegen, o que se hallan sobre los cadáveres o sepultados con éstos”.

¹¹² Art. 208 “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: ...7º Si el hurto fuere de cosas de valor científico, artístico, cultural, militar o religioso, cuando por el lugar en que se encuentran se hallan destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública”. En la nota se dice que: “...En el inc. 7º reunimos el hurto llamado sacrílego con el objeto de interés científico o cultural, requiriendo siempre que el hecho se perpetre en el lugar (en el templo, en la biblioteca, etc.)”

facto 17.567 (¹¹³) y 21.338 (¹¹⁴), Proyecto de 1979 (art. 214 inc. 8° (¹¹⁵)) y en el Anteproyecto de Código Penal del MJDHN (¹¹⁶).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto con respecto a este inciso expresa: “El apartado anterior no comprende todas las cosas de valor científico, histórico, cultural o religioso: el material para investigaciones genéticas, una cosa de interés histórico oriental, una imagen religiosa venerada pero de factura reciente, etc., sólo analógicamente podrían ser incluidas en el concepto de patrimonio cultural de la Nación, lo que resultaría inconstitucional, por tratarse de una analogía integradora. Por ello se ha considerado necesario su tipificación por separado”.-

A diferencia de los textos que figuraban en los últimos antecedentes, se elimina los bienes de valor artístico y militar y se agrega el de valor histórico, pero no se contempla el lugar en que se encuentran o si en el caso están libradas a la confianza pública. Solamente se hace mención a bienes de valor científico, histórico, cultural o religioso como objetos de un posible hurto calificado o su tentativa, con prescindencia de cualquier otra connotación.-

Son cosas de valor científico, histórico y cultural los objetos de estimación general porque representan manifestaciones importantes de esas ramas del conocimiento y son objetos de valor religioso las imágenes, crucifijos, muebles y ornamentos sagrados, los enseres destinados a la celebración del culto cualquiera sea la religión de que se trate. Al omitir la circunstancia de que estén al servicio o utilidad o reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública, ello no implica que queda descartada esa situación, es más se entiende que los bienes que menciona el inc. f) estén o no expuestos a ser vistos o reverenciados por un número indeterminado de personas es indiferente y en el caso de objetos religiosos pueden estar expuestos o

¹¹³ En el inc. 7° del art. 163 se reedita el texto del art. 208 inc. 7° del Proyecto de 1960. En la Exposición de Motivos se aduce que: “Extendemos la clásica hipótesis del hurto sacrilego a objetos de interés histórico, cultural, etc., pero siempre y cuando estén librados a la confianza pública o destinados a la utilidad o reverencia comunes”.

¹¹⁴ Se reproduce el texto de la ley *de facto* 17.567

¹¹⁵ Art. 214: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 8° Si el hurto fuere de cosas de valor científico, artístico, histórico, cultural, militar o religioso, cuando, por el lugar en que se encuentran, están destinadas al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas o libradas a la confianza pública”.

¹¹⁶ Art. 168: “Agravantes. Se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CUATRO (4) años en los casos siguientes:...inc. i) cuando el hurto fuere de bienes de valor científico, cultural o religioso, los provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos, o pertenecientes al patrimonio histórico del país”. En la Exposición de Motivos se explica que: “También se han incluido aquí la tutela del patrimonio histórico y los bienes culturales. Hemos optado, en esta materia por definir en el hurto agravado el apoderamiento de bienes científicos, culturales, religiosos o de yacimientos arqueológicos o paleontológicos pertenecientes al patrimonio histórico del país”.

dentro de los templos. En síntesis, la protección se puntualiza en la calidad de dichos bienes por su relevancia ínsita con prescindencia del lugar donde se encuentren. El hecho típico se concreta con la mera sustracción de los objetos mencionados en la norma, sin más.-

Personalmente, en mi aporte reduje como lo hacía el Anteproyecto de 2006 en una disposición los incisos e) y f) con el siguiente texto: *“Cuando el hurto fuere de cosas de valor científico, artístico, cultural o religioso, o bienes que provengan de yacimientos arqueológicos, paleontológicos, o pertenecientes al patrimonio histórico del país”*.-

3.7.- Hurto calamitoso.

Aquí el Anteproyecto simplifica la redacción casuística del actual art. 163 inc. 2º pues habla del hurto que se comete aprovechando las facilidades de un accidente, desastre, conmoción pública o infortunio particular del damnificado. Lo cual resulta acertado. La Exposición de Motivos simplemente acota que este inciso corresponde al vigente inc. 2º del art. 163.-

En definitiva se aplican los mismos desarrollos doctrinales y jurisprudenciales actuales.-

En efecto, esta agravante tiene como fundamento la menor defensa que puede proporcionar el sujeto pasivo ante ciertos acontecimientos que desbordan sus previsiones y que en realidad constituyen una especie de catástrofe o desastre y por ende se castiga con mayor énfasis la actitud de quien aprovecha tal circunstancia para apoderarse de los bienes de las víctimas de tales eventos. Son los vulgarmente conocidos como actos “de pillaje”. También se extiende la punición al hurto que se comete aprovechando un infortunio particular. Es decir que se trata de dos hipótesis⁽¹¹⁷⁾.-

“Subjetivamente, quien se aprovecha de las facilidades emergente de estos momentos de perturbación o de desgracia, generalizada o individual para apoderarse ilegítimamente de las cosas de los afectados por estos acontecimientos o situaciones, violando elementales deberes de solidaridad humana, convirtiendo “en ocasión de agravio lo que era de auxilio” de muestra una mayor criminalidad subjetiva”⁽¹¹⁸⁾.-

¹¹⁷ FIGARI Rubén *“Hurto...”* (ob. cit. p. 193)

¹¹⁸ FERNANDEZ de MOREDA Francisco *“Hurto calamitoso”* en *“Enciclopedia Jurídica Omeba”* t. XIV, p. 672; NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 196)

Si bien se ha suprimido la frase “con ocasión” es evidente que ello sigue teniendo en cuenta en el momento del acaecimiento de cualquiera de los accidentes, desastres o conmoción pública, porque ello tiene relación con el “aprovechamiento”, es decir, valiéndose de aquella situación – tendencia especial de autor –. “Con esto se subraya la necesidad no sólo de que exista la mencionada ocasión, sino que es menester también que el acontecimiento haya debilitado la defensa que la víctima habría podido ejercer normalmente sobre la cosa” (119).-

De allí que el hurto cometido luego de transcurrir un tiempo del suceso, vale decir, pasados los momentos de conmoción, confusión o angustia, aunque recaigan sobre cosas sin vigilancia o abandonadas por su dueño como consecuencia del hecho, no es atrapado por la agravante.-

Al *accidente* se le ha quitado la circunstancia actual de que sea ferroviario, de modo que abarca cualquier tipo de accidente sea vial, aéreo, fluvial o marítimo – de hecho así lo había considerado la doctrina, por entender que el primer párrafo del artículo vigente es ejemplificativo – y debe tener características de cierta cuantitatividad en lo referente a las víctimas, de lo contrario se incursionaría en el último párrafo de este mismo inciso – infortunio particular del damnificado –.-

Desastre implica un mal grande, o de vastas proporciones que afecta a muchas personas, lesiona muchos intereses y generalmente resulta de alguna catástrofe (120). El mismo puede ser originado por el hecho del hombre, tal es el caso de un incendio, una explosión, un accidente ferroviario, aéreo o carretero, etc. – en esto se superpone a la anterior situación – o también por fuerzas naturales, ya se trate de terremotos, inundaciones, tornados, epidemias, etc. siempre y cuando que por sus dimensiones traiga como consecuencia una efectiva anulación de las defensas que normal y habitualmente las personas dedican a sus cosas. Por ello el desastre tiene que ser público y alcanzar un número indeterminado de personas o bienes, aunque el hecho pueda llegar a determinarse (p. ej. una catástrofe aérea, ferroviaria o carretera en la que se pueden contabilizar los pasajeros). El desastre no sólo debe tener un contenido estrictamente material que afecte de esa manera al sujeto pasivo del hurto sino que puede también que lo haya afectado moral o psíquicamente y de ese modo provocarle un estado de pánico,

¹¹⁹ TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 204)

¹²⁰ MORENO (h) Rodolfo (ob. cit. p. 117)

temor u otro estado de ánimo similar, que por sus connotaciones, lo distrae de la atención y vigilancia de las cosas (¹²¹).

Conmoción pública consiste en la perturbación en forma violenta de la tranquilidad pública que conlleva una situación de confusión o desorden multitudinario que provoca el hombre o un grupo de éstos, cualquiera sea la motivación (¹²²). Se requiere que esa conmoción general sea intensa y que por ende tenga como resultado un menoscabo de la vigilancia privada de los bienes que haga más propicia la comisión del delito, no lo es una simple aglomeración de personas aunque sea numerosa (p. ej. una manifestación popular, aunque si ésta se desborda y adquiere el carácter de una gran perturbación, ya se estaría ante una conmoción pública).

La doctrina ha considerado que el damnificado se encuentra en un *estado de infortunio particular* por el hurto que ha sido cometido en su desmedro, cuando se encuentra en un estado desgraciado, física – enfermedad, lesión, etc. – o moralmente – desgracia afectiva –, o lo aflige un hecho o acaecimiento de la misma índole lo cual influye sobre la persona que tiene el objeto, con la consiguiente minoración de la vigilancia que ejerce sobre aquél.

Lo verdaderamente relevante en este cuadro es que la persona se encuentre ya o que en el momento del hecho sea víctima física o moral de una desgracia, cualquiera sea ella o su causa, incluso si le es imputable al que la sufre debido a que la circunstancia de la responsabilidad de éste respecto a la causa del infortunio, no excluye ni la mentada minoración de sus posibilidades de defender la cosa ni el valor sintomático del delito. De allí que la imprevisibilidad del infortunio no es condición del agravamiento (¹²³). Por ello, es indiferente que pueda tratarse tanto de una enfermedad de la cual el sujeto es totalmente inocente, como de un estado de inconsciencia por ebriedad voluntaria, excluyéndose el hurto al que duerme, porque dicho estado no es un infortunio (¹²⁴).

Moreno (h), sobre el particular entiende que debe tratarse de una situación imprevista que se haya producido a una persona determinada y agrega que el hurto hecho a un sujeto defectuoso, a quien le falta un sentido o un órgano no es un hurto especial a causa del infortunio que significa el defecto, caso contrario se habrían creado por imperio de la ley situaciones de desigualdad y se tendrían criterios distintos con

¹²¹ FIGARI Rubén “*Hurtos...*” (ob. cit. p. 197)

¹²² ESTRELLA Oscar- GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 339)

¹²³ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. ps. 199/200)

¹²⁴ FIGARI Rubén “*Hurtos*” (ob. cit. ps. 198/200).

referencia a las diversas personas. En cambio, si el delito se ejecutase sobre una persona que estaba dominada por una enfermedad, de un individuo a quién le hubiese acometido un acceso o dado un ataque, el autor sería de hurto especialmente agravado (¹²⁵).

Con respecto a la afirmación que hace Moreno en lo concerniente a que los males crónicos no son considerados como infortunios particulares, ergo como agravante del hurto, Soler responde que no hay razón suficiente a esta forma de limitación, porque lo importante es que se trate de una situación de infortunio por efecto de la cual los bienes del perjudicado quedan expuestos a más eficaces agresiones, y que el ladrón se aproveche de esa situación. “Suele decirse, por ejemplo que en caso de enfermedades crónicas la víctima ha tenido tiempo de tomar precauciones. Pero ¿qué precauciones puede tomar un ciego de que alguien se le acerque y le saque el reloj?. Lo importante es que se establezca la conexión entre la situación objetiva de infortunio y la facilidad derivada de ella para el ladrón” (¹²⁶).

Asimismo, como ya se ha anticipado, la causa puede ser tanto física como moral, en el caso de una persona abrumada por una desgracia de carácter afectivo, como la muerte de un ser querido, en tanto y en cuanto, por tal circunstancias sus bienes aparezcan expuestos a la fe pública, concita la agravante, lo mismo que el caso del que roba o hurta en la casa donde alguien ha muerto, aprovechando la tribulación y la costumbre de permitir la entrada de gente en el domicilio (¹²⁷).

Es controvertida la opinión sobre si se admite la posibilidad de que la persona que ha muerto pueda ser sujeto pasivo del delito cuando ha sido precisamente la muerte el infortunio sufrido y un tercero no lo haya sustituido aún en la tenencia de las cosas que sustrae el agente, porque se ha dicho que el muerto no es ya persona y amén de que el damnificado no puede ser aquél, los efectos pasaron a ser de propiedad o tenencia de los herederos. Comparto la solución afirmativa que da Núñez, pues se respalda en la normativa del art. 185 inc. 2º del C.P. que eximen de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causen: “inc. 2º el consorte viudo, respecto de las cosas de pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro” (¹²⁸).

Otra cuestión que se discute es la referida a si el infortunio particular de la víctima sólo debe afectar a ésta o también a los bienes. Sobre esta temática la

¹²⁵ MORENO (h) Rodolfo (ob. cit. ps. 117/118)

¹²⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. ps. 217/218).

¹²⁷ Idem (ob. cit. p. 218)

¹²⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 200) y TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 208).

jurisprudencia no ha sido muy pacífica desde antaño, pues, por un lado, hubo fallos que entendían que la agravante debía aplicarse también en circunstancias relacionadas con las cosas en particular y no solamente cuando los hechos afectaren a las personas, ya que existen ciertos sucesos o eventos que pueden afectar directamente a los bienes, y de los cuales el actor puede valerse de todos modos al ver disminuidas las defensas sobre las cosas del damnificado, como es el caso de agravar el hurto cuando está rota la vidriera del negocio de la víctima. En tanto, que por otra parte hubo fallos que interpretaron que el suceso desgraciado, o infortunio, debía afectar directamente al sujeto pasivo del hurto, ya que el fundamento de la agravante pone acento en tal circunstancia, debido a que se basa, esencialmente, en el debilitamiento de la defensa que el propietario tenedor ejerce sobre sus bienes, vale decir, que si la defensa es llevada a cabo por el propietario del bien, la única forma de que ésta se vea debilitada es que el infortunio particular haya sido sufrido por la víctima y no por los bienes (¹²⁹).

Pero más allá de las razones que se mencionan como características de la expresión “infortunio particular del damnificado”, se requiere el “aprovechamiento” de la circunstancia que se concretiza en la anterior fórmula, o sea que el tipo debe contener, además del conocimiento del desastre o infortunio, la voluntad de aprovecharse de las facilidades que se derivan de la disminución de la vigilancia, es decir, un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, de tendencia, cuyo efecto es limitar el poder punitivo estatal, al restringir el alcance del tipo, en palabras de Zaffaroni- Alagia - Slokar.-

A tenor de todo lo expuesto anteriormente se puede llegar a la conclusión de que el infortunio particular del damnificado debe estar regido por una causa realmente de trascendencia que supera en todo momento las de una mera contrariedad, de modo que ese infortunio no se puede identificar con cualquier pesar o acontecimiento negativo en la vida de una persona. Por otra parte, se requiere el aprovechamiento de dicha situación por parte del agente, es decir, que éste se prevalezca del evento sufrido por el sujeto pasivo, lo cual revela en aquél un grosero sentimiento de perversidad al aprovechar la circunstancia desventajosa que padece este último en el contexto del evento (¹³⁰).

¹²⁹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 116).

¹³⁰ FIGARI Rubén “¿Cuándo no hay hurto calamitoso por infortunio particular del damnificado?” en “Revista de Derecho Penal y Criminología” LL año 3, n° 4, mayo, 2013.

Bien señalan Breglia Arias - Gauna que el motivo del infortunio del damnificado no alcanza sus cosas, sino que se refiere a su persona y, además debe tener un *grado intenso*; “no es cualquier pesar o acontecimiento negativo”, sino aquél que provoca *un sentimiento de compasión* y, por lo tanto, no es una mera contrariedad (¹³¹).-

En lo personal también propuse simplificar la redacción del presente inciso con el siguiente texto: “*Cuando el hurto se cometiere aprovechando las facilidades provenientes de un accidente, desastre, conmoción pública o infortunio particular del damnificado*”, que es coincidente con el del Anteproyecto.-

3.8.- Hurto con ganzúa, llave, instrumento semejante o artificio técnico.

El Anteproyecto en este inc. h) modifica en algo algunos de los conceptos empleados en el art. 163 inc. 3º del Código vigente pues a los consabidos usos de ganzúa, llave u otro instrumento semejante, se le agrega el de un “artificio técnico”, todos ellos falsos o verdaderos, hallados o apoderados o en cuya tenencia se hubiese entrado por error y que hicieran operar un ingenio mecánico o electrónico. Es decir que se adecua a la norma a las tecnologías vigentes o por venir. La Exposición de Motivos sólo alude a su correspondencia con el vigente inc. 3º del art. 163.-

En primer término, se debe tener en claro que para la aplicación de la agravante de que se trata se debe partir del presupuesto básico de la existencia de un lugar o recinto cerrado, cuya entrada, ya sea puerta, ventana u otra abertura tiene una cerradura con llave echada y aquélla no es cualquier modo de cierre sino que consiste en un mecanismo que se cierra y abre mediante una herramienta o instrumento llamado llave (¹³²), de modo que ha menester que el obstáculo pueda ser superado sin utilizar fuerza, simplemente haciendo funcionar normalmente la llave, de lo contrario se estaría ante un caso de robo y si el lugar o recinto no estuviera cerrado en todas sus dimensiones no se daría la agravante.-

En este inciso queda incluido, no sólo la ganzúa o llave falsa, sino cualquier utensilio – instrumento semejante o artificio técnico – capaz de abrir una cerradura, mecánica, eléctrica o electrónica, sin romperla ni forzarla; y pueden ser consideradas llaves las claves digitales que se pulsan y abren un cierre. Laje Anaya y sus colaboradores asimilan la tarjeta magnética con la llave en el caso por ejemplo de la extracción de fondos en los cajeros automáticos (¹³³).-

¹³¹ BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 102).

¹³² NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 203)

¹³³ LAJE ANAYA Justo, LAJE Sebastián, LAJE ROS Cristóbal, LAJE ANAYA Celina (ob. cit. p. 349)

Ganzúa consiste en un instrumento que dadas sus características está destinado a abrir diferentes cerraduras, haciéndolas funcionar y puede ser de alambre o cualquier otro material, doblado en un extremo a modo de garfio que sin llegar a constituir una llave y utilizado con cierta habilidad sirve para abrir la cerradura pues conduce a hacer funcionar el mecanismo de la misma. Tal como lo manifiesta Fontán Balestra al referir en el mismo sentido que se trata de un alambre doblado para hacer una palanca y correr los pestillos sin que sea relevante la distinción precisa entre *ganzúa* y *otro instrumento semejante*, ya que la ley los equipara como medios aptos para perpetrar el hurto agravado (¹³⁴).

En realidad lo que es determinante en la aplicación de la agravante, no es la naturaleza intrínseca del instrumento utilizado sino su carácter idóneo para abrir la cerradura mediante una maniobra mecánica no violenta, como si se hiciera lo propio con una llave. De allí que no tiene ese carácter un instrumento sólido con el cual se abra la puerta mediante presión para hacer saltar los batientes o el pestillo mismo de la cerradura, pues esas acciones importan fuerza en las cosas y no una habilidad o destreza (¹³⁵). Así consigna Donna que se debe tener presente en todos estos supuestos que la existencia de un daño en la cerradura configura el delito de robo por aplicación de fuerza sobre la cosa y en consonancia con ello la jurisprudencia llegó a la conclusión de que la llamada “yuga” – que es un elemento de metal en forma de “T” utilizado para forzar las cerraduras – es más bien un elemento que sirve para el robo, en estos casos (art. 167 inc. 4° del C.P.), pues con ese elemento se provoca fuerza sobre las cosas (¹³⁶). Empero, y dado que el abrir con una *ganzúa* nunca es tan suave como hacerlo con la llave, no deben considerarse como muestras de fuerza las que pueda dejar la *ganzúa*, ni aún cuando en adelante quede dificultado el uso de la cerradura o se eche a perder, siempre que la apertura se haya realizado en virtud del funcionamiento normal de los pestillos sobre el cerrojo (¹³⁷).

Llave falsa se tiene por tal a aquella que en principio no ha sido destinada para abrir la cerradura por quién tenía el derecho a hacerlo y vendría a ser una réplica de la verdadera, fabricada expresamente con desconocimiento del dueño. Se dice que este concepto está determinado más por su destino que se le da que por su naturaleza física, ya que es llave falsa toda aquella que no está específicamente destinada a abrir una

¹³⁴ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 511)

¹³⁵ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 219)

¹³⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 71/72)

¹³⁷ TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 211)

cerradura determinada, de allí que se ha equiparado a una llave falsa, la llave verdadera que, por ejemplo, el ladrón hizo hacer por su cuenta o que también eventualmente se reservó. Asimismo puede caer dentro de esta configuración la llave de otra cerradura que sirve al ladrón para abrir otra puerta diferente (¹³⁸).

Llave verdadera es aquélla que originalmente utiliza el propietario para abrir la cerradura. “De tal forma será verdadera no sólo la llave expresamente fabricada para la cerradura y que su titular utilice para abrirla, sino también una ganzúa o cualquier otro instrumento semejante que aquél use con esa finalidad. Ninguna llave es verdadera sino en relación a su destino por lo que sólo tendrá ese carácter la llave (o instrumento semejante) que legítimamente haya sido destinado a abrir la cerradura” (¹³⁹). El Anteproyecto suprime la palabra sustraída por la de “apoderado”, se conserva la acción de ser “hallada” y se agrega la circunstancia de entrar en la tenencia por error, es decir, mediante un engaño u ardid.-

Laje Anaya sostiene que no es necesario que ese poder hubiese sido adquirido por hurto, porque aunque éste se cometa por sustracción, la ley se refiere a la llave *sustraída* – tal el texto actual –, pero no necesariamente hurtada, referencia que indica que también sustrae, el que por medio de fraude, logra por engaño que el titular de la esfera de custodia se la entregue (¹⁴⁰). Argumento válido para la redacción imbricada en el Anteproyecto.-

La llave también puede haber sido *hallada*, vale decir, encontrada por el agente o un tercero después de haberla extraviado, perdido u olvidado el tenedor. Resulta irrelevante que el autor o el tercero la haya buscado, o la haya encontrado sin proponérselo. Así por ejemplo se ha entendido que la llave dejada debajo de un felpudo y tomada por el ladrón, califica el hecho, ya que demuestra la voluntad del dueño de que no cualquiera pueda utilizar la llave (¹⁴¹).

El *instrumento es semejante* a la llave cuando sin ser ganzúa, ni llave en sentido estricto es análogo y permite, por su función, como aquélla, la apertura y cierre o sólo lo primero, de cosas que impiden ser abierta sin su empleo o uso. En este sentido, son análogas a la llave, los llamados controles remotos y las tarjetas magnéticas (¹⁴²). Según

¹³⁸ Idem (ob. cit. p. 211)

¹³⁹ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 341)

¹⁴⁰ LAJE ANAYA Justo “*Ganzúa, llave falsa, instrumento semejante, y la llave verdadera sustraída, hallada o retenida, en el delito de hurto*” LL C - 1998 - 1230

¹⁴¹ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 71) citando a CREUS Carlos, TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 213) citando a FONTÁN BALESTRA Carlos

¹⁴² LAJE ANAYA Justo (ob. cit. “*Estudios ...*” p. 651)

Fontán Balestra la distinción entre una ganzúa y otro instrumento semejante carece de importancia, puesto que la ley coloca a ambos en pie de igualdad (¹⁴³). Soler refiere que la semejanza es meramente funcional porque lo importante es el vencimiento del resguardo predispuesto por la cerradura, mediante una maniobra mecánica no violenta (¹⁴⁴).-

El objetivo del uso de los objetos mencionados utilizados en este hurto calificado es el de “hacer operar un ingenio mecánico o electrónico” con lo cual queda comprendido tanto las cerraduras convencionales como las de sistemas electromagnéticas o a control remoto o cualquier otro sistema que pueda aparecer en el futuro.-

En lo que a mí concierne y con el objeto de aggiornar el actual inciso, propuse una redacción quizás un poco más detallada de la que asume el Anteproyecto, pero que en definitiva tiene su punto de contacto con la norma en cuestión: *“Cuando se hiciera uso de ganzúa u otros instrumentos análogos, llaves falsas, tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar, o llave verdadera o dichos artificios tecnológicos que hubiesen sido sustraídos, hallados o retenidos”*.-

3.9.- Hurto con escalamiento.

Esta modalidad conserva la misma característica del texto actual, por ende como en varios casos anteriores, todos los aportes doctrinarios y jurisprudenciales guardan su vigencia. La Exposición de Motivos remite al vigente inc. 4º del art. 163.-

La Real Academia Española define al escalamiento como la “acción o efecto de escalar” lo que equivale a: “1. Entrar en una plaza u otro lugar valiéndose de escalas. 2. Subir, trepar por una gran pendiente o una gran altura. 3. Por ext., entrar subrepticia o violentamente en alguna parte, o salir de ella rompiendo una pared, un tejado, etc.”.-

En realidad el escalamiento lleva implícito el empleo de un esfuerzo, agilidad o artificio por parte del sujeto activo para vulnerar la mayor defensa puesta por el sujeto pasivo que pone para el resguardo de la cosa e implica tanto un ascenso como un descenso al lugar.-

Si bien más arriba se dio una definición de lo que en la lengua castellana significa escalamiento, el Código en realidad no lo define, como ocurre en otras legislaciones, de modo que se debe hacer una interpretación de la norma. Anteriormente

¹⁴³ FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 515)

¹⁴⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 219)

era frecuente la idea de que el escalamiento se realizara por una vía no destinada al efecto. Esto en realidad viene a constituir uno de los requisitos pues no existirá tal situación, por dificultoso que le haya resultado al sujeto activo, si el acceso al lugar se logró por vía destinada a la entrada o por la no destinada, pero sin ascenso o descenso, de ello se deduce que el segundo ingrediente requerido para que haya escalamiento se hace menester la superación de las defensas predisuestas de la cosa, trátase que hayan sido colocadas específicamente para ello o con cualquier otro fin, por ejemplo decorativa, pero que realmente cumplan un resguardo de la cosa de modo que el sujeto activo deba desplegar un esfuerzo o habilidad. “No se calificará el hurto, aún cuando el acceso donde se encuentra la cosa sea por vía no destinada a ello, cuando para lograr ese acceso sólo se requieran simples saltos o descensos que no demanden gran esfuerzo, o que los obstáculos puedan superarse fácilmente, sin esfuerzo o sin despliegue de especial habilidad o destreza” (¹⁴⁵).

Vale decir, que al requerirse ambos requisitos deben quedar excluidos los casos en que se accede a una cosa que está situada fuera del alcance del sujeto activo, por circunstancias que no proponen el indicio de una especial protección por parte del propietario como aquellos otros en los que se utilizan algunos procedimientos que no implican el acceso personal al lugar de la sustracción. Tal sería el caso que *ut-retro* se menciona de la tapia derrumbada, tampoco el caso de verjas decorativas de poca altura, ni cuando se toma algo por una ventana abierta o cuando se utilizan artilugios mecánicos y se sustraen los objetos que se almacenan en la terraza del vecino o cuando se trepa por una fachada para arrancar las rejas de la ventana. De la misma manera no son defensas predisuestas los obstáculos que permiten el paso a través de ellos, como el alambrado de hilos separados o aquéllos cuya función defensiva no se ejerce de un modo concreto y efectivo por voluntad o negligencia del tenedor (¹⁴⁶).

Estas condiciones que deben reunir los obstáculos es una apreciación de una cuestión de hecho que debe analizarse en cada caso en particular y que deberá tenerse en cuenta más que por la intención del propietario al colocar el obstáculo, por su aptitud real defensiva y por el esfuerzo o habilidad del infractor para superarlo (¹⁴⁷). Además

¹⁴⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 345)

¹⁴⁶ DONNA Edgardo (ob. cit. p. 78)

¹⁴⁷ Es importante poner de resalto que la jurisprudencia ha interpretado que no ha menester que para realizar el escalamiento se lleven a cabo maniobras sumamente complicadas o que pongan de manifiesto una especial destreza por parte del agente. “Determinar cuál es la altura o la profundidad apropiadas, así como el esfuerzo realizado a la maña empleada para vencer los obstáculos constituyen cuestiones de hecho que deberán ser apreciadas en cada caso particular” (Cfme. BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 57)

debe haber solución de continuidad en el cercamiento ya que en ese supuesto no habría necesidad de escalar para entrar, por ejemplo, el caso de una tapia o pared parcialmente derrumbada o con un agujero, tampoco deben existir circunstancias que de alguna manera faciliten el ascenso o descenso, ya sea producto de la misma estructura del inmueble o de la negligencia del sujeto pasivo quien deja, por ejemplo, una escalera apoyada.-

Creus - Buompadre explican con una serie de ejemplos que la defensa predisuelta puede consistir en construcciones sólidas, permanentes o temporales, por ejemplo, cerco de chapa de una obra en construcción o de cercos que no permiten el paso a través de él, como ocurre con el alambre tejido y hasta pueden ser vivos, como el cerco de plantas (¹⁴⁸). Tal como dice Soler se deben considerar las cosas no ya desde el punto de vista de la intención protectora del propietario, sino de la diligencia puesta en el sentido de esa protección (¹⁴⁹).-

El escalamiento, según la mayoría de la doctrina, resulta irrelevante a los fines de la agravante que se realice en forma externa o interna pues da lo mismo que se escalen muros u obstáculos que limitan con el exterior de la vivienda o inmueble donde se encuentra la cosa, como si se escalan muros u obstáculos de habitaciones o construcciones internas en la medida de que sea necesario para tener acceso al objeto sujeto de sustracción (¹⁵⁰).-

Donde hay discordancia en la doctrina es respecto a si es necesario que en el escalamiento el cuerpo del sujeto activo penetre al recinto donde se encuentra la cosa. Así, una parte de aquélla estima que esto debe ser así y que no es suficiente con subirse a la pared y desde allí sustraer las cosas que se encuentran en el interior del lugar, por ejemplo, introduciendo un brazo o ayudándose con otro elemento como prolongación de aquél. Esta tesis se enanca en los precedentes legislativos y fundamentalmente en la significación gramatical del vocablo “escalar” que significa entrar (¹⁵¹).-

Otra parte de la doctrina se ampara en el hecho de que aquí existe una diferencia con lo que preveía el inc. 3° cuando hablaba de penetrar al lugar donde se hallaba la cosa, en ese caso no existía ninguna duda para que se registre la agravante, cosa que no

¹⁴⁸ CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 445)

¹⁴⁹ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 226)

¹⁵⁰ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 346), SOLER Sebastián (ob. cit. p. 225), NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 211), CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 447), LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 304), FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 516), BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 99), BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 57)

¹⁵¹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 211), FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 516)

sucede en éste, ya que el mismo sólo requiere ascenso o descenso y es suficiente que se concrete eso por parte del agente, no siendo necesario que penetre al lugar donde se encuentra el bien. Es así, que si aquél subió a la pared o muro y desde allí extrajo los bienes estirando su brazo o ayudado con otro instrumento, el escalamiento se encuentra perpetrado ⁽¹⁵²⁾.-

Derivado de esta cuestión también existe discrepancia con respecto al hecho de si sólo el escalamiento es relevante para calificar exclusivamente en la acción de entrar o también comprende la salida del agente. Es así que algunos entienden que ateniéndose a que el término “escalar” implica “entrar” – introducirse al lugar – y por ende, no salir, en este caso no existiría la calificante del escalamiento ⁽¹⁵³⁾. También adherían a esta posición quienes sostenían la teoría de la *amotio*, ya que consideraban que el escalamiento para salir no calificaba el hecho dado que el hurto ya se había consumado.-

En el otro sendero se encuentran los que entienden que la figura del inc. 4° requiere que el escalamiento sea utilizado para la perpetración del delito, es decir, para consumarlo y si se es coherente con la teoría de la *ablatio* y dentro de ella con la de la “disponibilidad”, ello implica que para la adquisición del poder se hace menester que el sujeto activo debe salir del recinto de donde tomó la cosa y si lo hace escalando ha consumado el delito en la forma agravada. En tal sentido Soler es sumamente claro cuando sostiene que el cerco u obstáculo que defiende la cosa no sólo sirve para impedir que el ladrón llegue a ella sino también para impedir que se la lleve. Esta es la opinión que surge con más consistencia y que es coherente con la teoría de la disponibilidad a la cual adherí, porque el bien debe salir de la esfera de custodia del tenedor y si ese hecho acontece mediante escalamiento, es evidente que se está ante la agravante ⁽¹⁵⁴⁾.-

3.10.- Hurto calificado por la función.

La presente y última calificación equivale al actual art. 163 bis, sólo que los sujetos activos se amplían pues el Anteproyecto hace referencia a “un funcionario

¹⁵² SOLER Sebastián (ob. cit. p. 224), CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 447), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS (ob. cit. p. 347), BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. p. 99), TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 219)

¹⁵³ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. p. 210), FONTÁN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 515), DONNA Edgardo (ob. cit. p. 81) parece seguir esta postura de acuerdo a los antecedentes que cita. BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 57), TOZZINI Carlos (ob. cit. p. 220), DAMIANOVICH de CERREDO Laura (ob. cit. p. 104)

¹⁵⁴ SOLER Sebastián (ob. cit. p. 225), CREUS Carlos – BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 447), BREGLIA ARIAS Omar -GAUNA Omar (ob. cit. p. 99), ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. 348), LAJE ANAYA Justo, LAJE Sebastián, LAJE ROS Cristóbal, LAJE ANAYA Celina (ob. cit. p. 371/74)

público con motivo o en ocasión del ejercicio de su cargo”, en tanto que la actual norma alude a los “miembros integrantes de la fuerza de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”.-

La Exposición de Motivos con respecto al inciso j) dice: “El vigente texto del artículo 163 bis conforme al artículo 2º de la ley 25.816, agrava el hurto cuando el autor del delito fuere miembro de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario, por el mero hecho de serlo. Esta disposición, redactada en esos términos, es claramente discriminatoria, pues califica la conducta sólo por la pertenencia del agente a una función pública determinada. Se supone que la condición de funcionario debe pesar sobre cualquier funcionario y no sólo por pertenecer a una fuerza de seguridad (un juez, un legislador, un militar, se supone que tienen mayor deber frente a la sociedad que un agente policial). Pero, por otro lado, tampoco el puro hecho de pertenecer a una fuerza policial puede calificar una conducta, sino sólo cuando éste haya cometido el hecho con motivo o en ocasión de la función, pertenezca o no a una fuerza de seguridad: un secretario de juzgado o un juez, que aprovechare un allanamiento para apoderarse de un cuadro, no cometería un hurto menos grave que del policía que realizare la misma conducta. En razón de lo expuesto se propone reformular el precepto en la forma proyectada”.-

La norma proyectada al aludir al “funcionario público” necesariamente remite al Título X del Libro Primero “Significación de conceptos empleados en el Código” (art. 63) y en el punto 4º inc. c) lo define con mayor amplitud que el texto vigente: “Con “funcionario público” y “empleado público” se abarca a todo el que participa en forma accidental o permanente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. Se entenderá por “funcionario público de otro Estado” o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquier de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde el Estado ejerza una influencia directa o indirecta”.-

Creo que la redacción de la norma del art. 140, punto 2, inc. j) como la remisión al art. 63, punto 4 inc. c), por su diafanidad me eximen de mayores comentarios.-