



Hurto Agravado

Por Luis Milei

Art. 163: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º 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.

2º 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 commoción pública o de un infortunio particular del damnificado;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido substrajida, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º 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 realizaran. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º 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.”

I.- Prolegómenos

El tema de los delitos contra la propiedad y, tal vez, específicamente el hurto, impresiona, “*prima facie*”, como inofensivo y hasta trillado, hasta que nos dimos



cuenta, siguiendo a Ortega y Gasset o a Ramón y Cajal (quien lo haya dicho) que, en realidad, no existen temas agotados sino hombres agotados de los temas.

No debe soslayarse que el análisis de los delitos contra la propiedad siempre ocupa una gran cantidad de páginas en la literatura jurídico penal, no sólo por su abultada casuística sino también por la compleja tarea que pesa sobre la doctrina y la jurisprudencia tanto al momento de interpretar el alcance del bien jurídico penalmente tutelado como el del momento consumativo de estos injustos. Para ello, es de medular importancia recurrir a la teoría del delito. En efecto, el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir una aplicación racional de la ley penal en cada caso. Como tal, pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías¹. Teniendo en cuenta lo dicho, este sistema cumple con una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto; y, por otro, entre la ley y los hechos objetos del juicio, ya que cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley². Así, la primera función mediadora debe ser utilizada por el legislador y la segunda por el juez. Y es que siguiendo una línea finalista en lo que a la teoría del delito se refiere, será aquel operador del sistema penal el que deberá valorar, no sólo la función sistemática del tipo objetivo sino también su función conglobante, mediante la cual se afirma la conflictividad que depende no sólo de que el hecho le sea imputable al sujeto como obra propia, sino también de que exista *lesividad*, es decir, una menoscabo o daño a un derecho o bien jurídico ajeno, *lesividad* que puede ser excluida por el principio de insignificancia³, que es aquel que permite no enjuiciar conductas socialmente irrelevantes, garantizando no sólo que la justicia se encuentre más desahogada, o bien menos atosigada, permitiendo también que hechos nimios no se erijan en una suerte de estigma prontuario para sus autores⁴. Y es por esto que es de extrema importancia encuadrar el alcance del bien jurídico que se intenta tutelar.

¹ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 203.

² *Ibidem*, p. 203.

³ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 353. Las palabras “lesividad” y “conglobante” no existen en el Diccionario de la Lengua Española.

⁴ CORNEJO, ABEL, *Teoría de la insignificancia*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, p. 44. Aclaramos que la palabra “prontuario” no existe en el Diccionario de la Lengua Española.



II.-Generalidades

En el Título VI del Libro II de nuestro Código Penal (CP), se tipifican los delitos contra la propiedad. Aquél se encuentra dividido en diez capítulos, a saber: **I. Hurto** (artículos 162, 163 y 163 bis), **II. Robo** (artículos 164, 165, 166, 167 y 167 bis), **II bis. Abigeato** (artículos 167 ter, 167 quáter y 167 quinquies), **III. Extorsión** (artículos 168, 169, 170 y 171), **IV. Estafas y otras defraudaciones** (artículos 172, 173, 174 y 175), **IV Bis. Usura** (artículo 175 bis), **V. Quebrados y otros deudores punibles** (artículos 176, 177, 178, 179 y 180), **VI. Usurpación** (artículos 181 y 182), **VII. Daños** (artículos 183 y 184) y **VII. Disposiciones Generales** (artículo 185)⁵.

En el Código Moreno, el Título de marras sólo contaba con ocho capítulos⁶ que, luego de un trabajo legislativo cuantitativamente importante a través del tiempo, ascendió al número de diez. En efecto, en los últimos veintidós años (a partir de 1987), doce normativas le imprimieron reformas: la ley **23.468**⁷ incorporó el inciso 5 al artículo 163 referido al hurto de mercaderías transportadas; la ley **24.286**⁸ modificó el importe de la multa prevista en los párrafos primero y tercero del artículo 175 bis; la ley **24.441**⁹ incorporó el inciso 14 al artículo 173 sancionando al tenedor de letras hipotecarias que en perjuicio del deudor o de terceros omitiere consignar en el título los pagos recibidos; la ley **24.454**¹⁰ modificó el texto del artículo 181 en lo concerniente al delito de usura; la ley **24.721**¹¹ modificó el texto del inciso 3 del artículo 163 referido al hurto mediante el uso de ganzúa o con llave falsa o llave verdadera sustraída, hallada o retenida e incorporó el inciso 6 al mismo, tipificando el hurto de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público; la ley **25.602**¹² que incorporó el inciso 6 al artículo 174 tipificando el delito de afectación maliciosa del normal desenvolvimiento de establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios o mineros como la destrucción, el daño, el hacer desaparecer, el ocultar o disminuir fraudulentamente el valor de materias primas, productos de cualquier

⁵ Hago mención que en el Código Penal consultado, la palabra “bis” del Capítulo II (Abigeato), se encuentra escrita con minúscula, y en la del Capítulo IV (Usura) con mayúscula. *Códigos Penal, Procesal Penal y Otras Normas Penales*, Editorial Carpetas de Derecho, p. 28 (agosto de 2008) para la primera cita y p.31 (agosto de 2008) para la segunda.

⁶ *Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179*, Valerio Abeledo, Editor – LIBRERÍA JURIDÍCA, Buenos Aires, 1922, ps.85 a 96. También puede consultarse ADLA 1920 – 1940, p. 85.

⁷ ADLA XLVII – A, p. 102 (B.O. 26 – 1 – 1987).

⁸ ADLA LIV – A, ps. 40 y 41 (B.O. 20 – 12 – 1993).

⁹ ADLA LV – A, ps. 296 y 307 (B.O. 16 – 1 – 1995).

¹⁰ ADLA LV – B, p. 1533 (B.O. 7 – 3 – 1995).

¹¹ ADLA LVI – E, p. 6099 (B.O. 18 – 11 – 1996). Esta ley derogó los artículos 33 a 39 del decreto – ley 6.582/58 (ADLA XVIII – A, p. 1083), que fuera ratificado por ley 14.467 (ADLA XVIII – A, ps. 94/95).

¹² ADLA LXIII – C, ps. 2892/93 (B.O. 20 – 6 – 2002). Esta ley derogó la ley 20.840 (ADLA XXXIV – D, p. 3333) de subversión económica.



naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital y, además, conminó pena de inhabilitación para el caso de que el culpable fuere funcionario o empleado público; la ley **25.742**¹³ que modificó el artículo 170 referido al secuestro extorsivo; la ley **25.816**¹⁴ que incorporó los artículos 163 bis y 167 bis agravando las penas para todos los casos de hurto y robo, cuando quienes ejecutaren esos hechos fueren miembros integrantes de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario; la ley **25.882**¹⁵ que modificó el artículo 166 agravando el robo con armas de fuego y atenuándolo cuando la aptitud para el disparo del arma de fuego utilizada no pudiese tenerse por acreditada de ningún modo o se utilizase un arma de utilería; la ley **25.890**¹⁶ que modificó el inciso 1 del artículo 163 e incorporó el Capítulo II bis titulado Abigeato; la ley **25.930**¹⁷ incorporó el inciso 15 al artículo 173 referido a la defraudación mediante el uso de tarjeta de crédito, compra o débito falsificadas, adulteradas, hurtadas, robadas, perdidas u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática; y la ley **26.388**¹⁸ que incorporó el inciso 16 al artículo 173 referido al fraude informático, el segundo párrafo al artículo 183 tipificando el daño informático y el inciso 6 del artículo 184, agravando el daño informático cuando el mismo recaiga sobre sistemas destinados a la prestación de los servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

Sumado a estas reformas, ha menester comentar, finalmente, que el artículo 2 de la ley **24.192**¹⁹ agravó el hurto simple (entre otros delitos), cuando éste se cometiere antes, durante o después de un espectáculo deportivo.

III. El concepto de propiedad

Mucho se ha discutido sobre el alcance del vocablo propiedad utilizado por el legislador en este Título, un debate por cierto no menor, toda vez que tiende a desentrañar el bien jurídico penalmente tutelado por los tipos penales en crisis. En esta dirección se ha expresado que la voz *propiedad* no tiene un concepto unívoco para el

¹³ ADLA LXIII – C, ps. 2599/2600 (B.O. 20 – 6 – 2003).

¹⁴ ADLA LXIV – A, p. 36 (B.O. 9 – 12 – 2003).

¹⁵ ADLA LXIV – C, p. 2851 (B.O. 26 – 4 – 2004).

¹⁶ ADLA LXIV – C, p. 2863 (B.O. 21 – 5 – 2004).

¹⁷ ADLA LXIV – E, ps. 5406/5407 (B.O. 24 – 9 – 2004).

¹⁸ ADLA LXVIII – C, ps. 2281/2283 (B.O. 25 – 6 – 2008).

¹⁹ ADLA LIII – B, 1339.



Derecho sino todo lo contrario, es decir, es utilizado con diversas y distintas acepciones²⁰.

Para tratar de explicar esta cuestión, que por cierto, no es menor, expondremos las posturas desde el derecho penal, el derecho privado y el derecho constitucional.

a) La cuestión de la propiedad en el Derecho Penal Argentino

Del repaso de las posiciones doctrinarias adoptadas por distintos autores, y sin pretender agotarlos, pueden distinguirse, sustancialmente, tres ejes. Por un lado, aquellos que adhieren a que debería cambiarse el nombre del título por el de delitos contra el patrimonio como RAMOS²¹, MOLINARIO²², DONNA²³, TOZZINI²⁴ y D'ALESSIO²⁵. Por otro, se encuentran aquellos que opinan que llamarlos delitos contra la propiedad es correcto, como SOLER²⁶, NÚÑEZ²⁷, FONTÁN BALESTRA²⁸, CREUS²⁹ y DAMIANOVICH DE CERREDO³⁰. Finalmente, ROMERO opina que debería o bien distinguirse entre delitos contra la propiedad, el patrimonio o el orden socioeconómico o rubricarse como delitos contra la propiedad y el patrimonio³¹.

²⁰ DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II – B, Rubinzel – Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 7; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Editorial Revista Jurídica, Buenos Aires, 1937, p. 13; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Talleres Gráficos Emilio Bustos, La Plata, Buenos Aires, 1943, p. 431 y ss.

²¹ RAMOS, JUAN P., *Curso de Derecho Penal (segunda parte)*, Tomo Quinto, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1938, p. 153. La cursiva me pertenece.

²² MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Editorial Revista Jurídica, Buenos Aires, 1937, p. 13; MOLINARIO, ALFREDO J., *Derecho Penal*, Talleres Gráficos Emilio Bustos, La Plata, Buenos Aires, 1943, p. 431 y ss.

²³ DONNA, op. cit., p. 9.

²⁴ TOZZINI, CARLOS A., *Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Lexis – Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 89 y 90.

²⁵ D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal comentado y anotado, Parte Especial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 385.

²⁶ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina (TEA), Buenos Aires, 1973, ps. 157 a 159.

²⁷ NÚÑEZ, RICARDO C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 215.

²⁸ FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Parte Especial, 3º edición, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 377 a 379.

²⁹ CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo 1, 6º edición, 2ºreimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 387.

³⁰ DAMIANOVICH DE CERREDO, LAURA T. A., *Delitos contra la Propiedad*, 3º edición actualizada, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000, p. 43.

³¹ ROMERO, NANCY GLADYS, CAAMAÑO IGLESIAS PAIZ, CRISTINA y LÓPEZ, HERNÁN, *Curso de delitos contra la propiedad. Hurto – Robo – Extorsión*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2008, p. 22.



a.1 La postura de cambio. RAMOS, MOLINARIO, DONNA, TOZZINI y D'ALESSIO

En esta dirección expresa RAMOS que... *la mayor parte de la actividad delictuosa está orientada, precisamente, en el sentido de ataques contra el patrimonio...*, sin efectuar precisiones al respecto. Sin embargo, más adelante aclara que estos delitos... *no afectan derechos tan fundamentales como los delitos contra las personas, pero atentan contra la organización social y económica en una forma tal que hace que toda la legislación sobre ellos, sea, en el fondo, defectuosa...*³². Pareciera confusa la idea de este autor, pero nos inclinamos a colocarla en el primer grupo, toda vez que afirma que el ataque está dirigido al patrimonio, siguiendo los criterios de Civoli, Crivellari, Chaveau y Hélie, Giuriati, Manzini e Irureta Goyena³³.

MOLINARIO, por su parte, dice que... *la denominación con que el código reúne a todos estos delitos contra la propiedad, es, técnicamente, defectuosa...*³⁴. Por un lado, entiende que la definición de dominio que surge del artículo 2506 del Código Civil (CC)³⁵, es la acepción más restringida de la palabra *propiedad* y que, usada en ese sentido, la palabra resulta impropia, toda vez que existen formas de conducta que nada tienen que hacer con el derecho real de dominio cuyo objeto son las cosas que están en el comercio³⁶. Por otro, lo hace echando mano a las siguientes disposiciones del CP: 173 inciso 5 (defraudación por sustracción), 176 (quiebra fraudulenta), 177 (quiebra culpable) y el 181 inciso 1 (usurpación mediante despojo). Respecto de la defraudación por sustracción razona que, en este caso, el derecho de propiedad entendida esta palabra como sinónimo de dominio no sufre lesión alguna ya que quien sustraе la cosa es precisamente su dueño, por lo que entiende que lo que ataca el autor del hecho es otra cosa, es el derecho en virtud del cual el sujeto pasivo del delito tenía legítimamente en su poder la cosa sustraída³⁷.

Refiriéndose al delito de quiebra en sus dos modalidades, fraudulenta y culposa, expresa que tampoco importan un ataque al patrimonio “strictu – sensu” de los acreedores, ya que estas incriminaciones tienen su objetividad jurídica en el derecho que compete a la masa de acreedores a exigir del deudor común que no se altere, en

³² RAMOS, op. cit. p. 153.

³³ *Ibidem*, p. 153, nota (1).

³⁴ MOLINARIO (1937), op. cit. p. 13.

³⁵ Artículo 2506 del CC: *es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*.

³⁶ MOLINARIO (1943), op.cit. p. 432.

³⁷ *Ibidem*, p. 432.



perjuicio de todos o de alguno de ellos, la situación de los bienes que constituyen las garantías de sus créditos³⁸.

En el caso de la usurpación por despojo³⁹, según él, el derecho de propiedad entendido como sinónimo de dominio, no aparecería afectado, toda vez que la posesión y la tenencia son situaciones de hecho que el derecho protege y los otros derechos reales son distintos del dominio de cuya desmembración derivan⁴⁰. Y así concluye que en este caso, el derecho penal protege no sólo la propiedad (como el derecho real más pleno y perfecto que se pueda tener sobre los bienes) sino también todos los derechos susceptibles de apreciación pecuniaria que pueden recaer sobre los bienes de las personas⁴¹.

También expresa que podría sostenerse que la palabra propiedad está tomada, en la ley penal, con el mismo alcance que la emplea el artículo 17 constitucional, donde la propiedad comprendería todos los derechos patrimoniales, pero para MOLINARIO esto no decisivo, aunque la considera exacta⁴², tanto que expresa que... *entre tanto y bueno es dejar constancia de ello, el término “propiedad” empleado por nuestro Código deberá ser entendido en la acepción jurídica que tiene, según lo ha declarado la Suprema Corte, el mismo vocablo en el artículo 17 de la Constitución Nacional...*⁴³.

Luego de estas disquisiciones, y con base en lo normado por el artículo 2312 del CC y lo manifestado por el codificador en la nota del mismo, entiende que el patrimonio es una universalidad jurídica, es decir, una masa abstracta de bienes, independiente y distinta de cada uno de sus componentes, toda vez que pueden salir o entrar distintos bienes de esa masa, sin que por ello ella varíe en su naturaleza. También efectúa un distingo entre patrimonio como universalidad jurídica y como universalidad de hecho. Por un lado, la universalidad jurídica no es susceptible de ser destruida por la voluntad de una persona, en cambio la de hecho puede ser destruida por la voluntad de la misma persona que la creó⁴⁴. En la misma nota del artículo citado, aclara VÉLEZ SARSFIELD, que el patrimonio de una persona es la

³⁸ *Ibidem*, p. 432.

³⁹ El artículo 181 inciso 1 del CP que MOLINARIO analiza estaba redactado de la siguiente manera, expresando que se reprime al que... *con violencia, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituidos sobre un inmueble...*, tal cual la redacción del CP de 1922, op.cit. p. 94. Actualmente reprime al que... *por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la tenencia o posesión de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes...* (texto según ley 24.454, cit. nota 9).

⁴⁰ MOLINARIO (1943), op.cit. p.433.

⁴¹ *Ibidem*, p. 433.

⁴² *Ibidem*, p. 433.

⁴³ *Ibidem*, p. 434.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 434.



universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes.

En base a esto, MOLINARIO hace una distinción entre derechos reales y derechos personales. Para los primeros, expresa que sólo pueden ser creados por ley y que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificar los que el CC reconoce, sólo tendrán valor como derechos personales. Respecto de estos últimos aclara que sólo crean una relación entre la persona a quien el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de tal forma que en esta relación, se encuentran tres elementos: el objeto, el acreedor y el deudor⁴⁵. Asevera además que tanto los derechos reales como los personales están tutelados por el CP. Los primeros a través de las figuras de hurto, robo, extorsión, defraudación y daño. Y que el dominio y el condominio de inmuebles se encuentran tutelados por las figuras que reprimen los hechos que impiden el ejercicio pacífico de su posesión o tenencia por medio de violencia, engaño o abuso de confianza. Y que los derechos personales encuentran protección en disposiciones como la prevista por el artículo 173 inciso 2 del CP (retención indebida)⁴⁶. Finalmente, junto con AGUIRRE OBARRIO, propuso llamar a este Título, *Delitos contra los derechos patrimoniales*⁴⁷.

DONNA también adhiere a la postura del cambio de rúbrica del Título VI del CP, entendiendo que el término *propiedad* adolece de una inexactitud terminológica, y entendiendo que el término patrimonio resulta más adecuado⁴⁸. En este sentido expresa que la noción civil de patrimonio, plasmada en el artículo 2312 del CC, no sería del todo aplicable a los efectos penales, y que es necesario precisar en qué sentido se habla de patrimonio, vocablo que, a veces, tiene un contenido diferente⁴⁹.

Así postula la existencia de cuatro conceptos de patrimonio: el jurídico, el económico, el mixto y el personal⁵⁰.

Define al concepto jurídico de patrimonio, como el conjunto de derechos patrimoniales de una persona y sólo será elemento integrante del mismo aquel que esté reconocido como derecho subjetivo por el orden jurídico⁵¹. Por lo que lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa, por lo que el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos

⁴⁵ *Ibidem*, p. 435.

⁴⁶ *Ibidem*, p.436. La aclaración del nombre del tipo penal nos pertenece.

⁴⁷ MOLINARIO, ALFREDO y AGUIRRE OBARRIO, ALFREDO, *Los Delitos*, Tomo II, Editorial TEA, Buenos Aires, 1966, p. 190.

⁴⁸ DONNA, op. cit. p. 9.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁰ Aclaramos que en la página 10 de su obra hace referencia a tres conceptos pero siguiendo su exposición, en la página 14, letra d) menciona el concepto “personal” de patrimonio.

⁵¹ *Ibidem*, p. 11. Las palabras derechos subjetivos en el original están entre comillas.



por el Derecho Público o por el Privado, y no por las expectativas, ni las cosas que se detenten sin contar con la protección del Derecho, pero sí lo integran las cosas sin de valor económico, pero dotadas de valor afectivo⁵². Según DONNA, esta teoría no resuelve el tema de saber qué derechos deben incluirse en los patrimoniales y, por otro lado, que la pérdida de bienes o derechos sin valor económico podría entenderse como perjuicio patrimonial, de tal forma que cometería estafa quien mediante engaño obtuviera una cosa, a cambio de una contraprestación del mismo valor, atentando contra la libertad de los negocios⁵³.

En lo que respecta al concepto económico, lo define como el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como “derechos”, por lo que lo integrarían no sólo las expectativas sino también las cosas fuera del comercio como las de tráfico ilícito⁵⁴. Teniendo en cuenta este concepto, si un individuo A compró una cantidad determinada de una droga ilícita, y otro, B, se apodera de la misma, ¿B habría cometido un delito? DONNA responde a esta cuestión diciendo que, en este tipo de casos, las propias disposiciones del Derecho colisionarían entre sí, y más aún en el ámbito penal, por lo que sería inaceptable. Además, este concepto sería contrario al de bien jurídico basado en valores reconocidos por la Constitución Nacional, en la medida en que ésta no podría aceptar que lo ilícito tuviera protección directa⁵⁵.

La concepción mixta de patrimonio, entiende a este último como el conjunto de bienes o derechos con valor económico que gozan de protección jurídica, siempre y cuando no contradigan el sistema de valores de la Constitución Nacional y del orden jurídico en general, por lo que se incluyen las cosas, bienes y créditos con valor económico, los derechos reales, personales e intelectuales, la posesión, las expectativas (ganancias futuras), aunque en general se exige que tengan una base jurídica previa y cierto grado de certeza sobre la probabilidad de su verificación⁵⁶.

Por último, el concepto personal de patrimonio, se define como una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Al respecto, DONNA transcribe a ROMERO, quien dice que... *en los delitos patrimoniales no se lesionan cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesionan en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los*

⁵² *Ibidem*, p. 11. Aclaramos que en el original se dice “cosas privadas de valor económico” y no “cosas sin valor económico”. Hacemos esta salvedad y nos permitimos cambiar la letra de lo escrito toda vez que entendemos que al decir cosas privadas de valor económico, puede interpretarse no como la utilización del verbo privar sino como algo personal y particular de cada individuo.

⁵³ *Ibidem*, ps. 11/12. En el original dice “libertad negocial” pero la palabra negocial no se encuentra registrada en el Diccionario de la Real Academia.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁵ *Ibidem*, ps. 12/13.

⁵⁶ *Ibidem*, ps. 13/14.



fines perseguidos con sus actos de disposición... La consecuencia es que el perjuicio patrimonial no reside únicamente en el valor monetario del objeto, sino también en el valor de uso que pueda tener para satisfacer los fines económicos de su propietario, de modo que existe delito cuando se frustra la finalidad perseguida por la víctima...⁵⁷.

DONNA abona la postura que implica que lo tutelado no es el patrimonio en su conjunto como *universitas iuris*, sino que las distintas infracciones a que se hace referencia en el digesto represivo, implican sólo una lesión de alguno o algunos de los elementos que lo componen. De esta forma, entiende que cuando se hace referencia a los delitos contra el patrimonio, en realidad se quiere decir *delitos contra los elementos integrantes del patrimonio*, que afectan algún aspecto de éste⁵⁸.

TOZZINI, citando a nuestro tribunal cimero, expresa que el mismo ha identificado a la propiedad con la totalidad de los derechos patrimoniales, superando de este modo la discusión en torno al empleo de las instituciones de la propiedad, el dominio y el patrimonio, sus significaciones y alcances⁵⁹. Sin embargo, siguiendo a MOLINARIO, entiende que el derecho de propiedad al que se refiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), es aquel que contiene los elementos del patrimonio activo, pero que es más amplio que la institución civil, puesto que comprende no solamente el dominio, sino también otros derechos, inclusive la posesión y la tenencia como situaciones de hecho, y hasta derechos reales personales de carácter patrimonial⁶⁰. Aumentar las deudas (patrimonio pasivo) será delictivo en la medida en que sirva para ocultar el activo, esto es, alterar la realidad del patrimonio⁶¹.

D'ALESSIO, por su parte, entiende que no es la propiedad lo que los delitos tipificados en este Título pretenden tutelar, por lo menos no con los, según él, estrechos alcances que la ley civil define el dominio, sino que se extiende en al sentido amplio que le otorga el artículo 17 de la CN, es decir que se sancionan conductas que afectan a cualquier derecho patrimonial (derechos reales, posesión, tenencia, derechos personales, créditos) y, discrepando con DONNA, hasta la mera pertenencia originada en un título vicioso o ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a tal pertenencia inválida o ilegítima⁶².

a.2) La postura conservadora. SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, CREUS y DAMIANOVICH DE CERREDO

⁵⁷ *Ibidem*, ps. 14/15, citas Nº 28 y 29.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁹ TOZZINI, op. cit. p. 88.

⁶⁰ *Ibidem*, ps. 89/90.

⁶¹ *Ibidem*, p. 88.

⁶² D'ALESSIO, op. cit. p. 385.



En primer lugar, SOLER entiende que el error de querer modificar la voz *propiedad* por la de *patrimonio*, parte del amplísimo uso que se la ha dado a la primera con un sentido técnico idéntico al de *dominio* utilizado por la ley civil⁶³. Sin embargo, el concepto de propiedad es jerárquicamente superior, debido a su inscripción constitucional (artículo 17 CN) y, conforme a ello, mucho más amplio toda vez que así fue interpretado por la CSJN en diversos precedentes. En ellos, nuestro más Alto Tribunal, ha entendido que el concepto de propiedad es aglutinante no sólo de los derechos dominicales, sino también los créditos, los derechos a percibir futuras cantidades, el derecho a percibir una renta equitativa. En este sentido se habla de derecho a la propiedad como un verdadero derecho que es ejercido por el sujeto con relación a cada uno de sus bienes que integran su patrimonio, con lo que se hace hincapié ya no sobre la cosa atacada sino sobre el derecho vulnerado, en la inteligencia de que el patrimonio no es un derecho⁶⁴. Por otra parte, argumenta que la voz *patrimonio* podría ser impugnada por excesiva por abarcar no sólo los activos, sino también el pasivo, es decir, las deudas. Según él, estos delitos no consisten únicamente en alterar el patrimonio de otro, en modificarlo, sino también en *disminuirlo*, esto es, en alterar la relación interna al patrimonio mismo entre el activo y el pasivo. En general, siempre consisten en quitar o disminuir un crédito (derecho) o en poner o aumentar una deuda (obligación). Por ende, concluye que no son delitos contra el patrimonio como universalidad de derechos y obligaciones sino sólo contra la parte activa de él, es decir, contra derechos, contra el derecho del sujeto a que no sea alterado su estado patrimonial sin intervención de su voluntad o en forma arbitraria⁶⁵. Y es a ese derecho, en cuanto está referido a los elementos que componen el patrimonio, al que la CSJN, interpretando el 17 CN, le llama derecho de propiedad⁶⁶.

Por su parte, NÚÑEZ, ni siquiera menciona el tema del patrimonio, pero sí entiende que la propiedad protegida penalmente es distinta de la propiedad garantizada por el 17 constitucional, ya que la primera exige la naturaleza económica de los bienes que la conforman y, la segunda, comprende bienes que no tienen, necesariamente, esa naturaleza, como son las adquisiciones de naturaleza procesal, la cosa juzgada, el derecho de accionar conforme a la ley vigente al momento de interponerse la demanda, la estabilidad de los negocios jurídicos definitivamente finiquitados, el derecho a que el tribunal de alzada no exceda los límites de la jurisdicción concedida por el recurso deducido, los derechos de familia⁶⁷. Así, la propiedad protegida penalmente, puede ser

⁶³ SOLER, op. cit. p. 157.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 158 y su nota Nº 4. SOLER utiliza la voz “dominical”, la que en su cuarta acepción, conforme el Diccionario de la Lengua Española, significa... *perteneciente o relativo al derecho de dominio sobre las cosas....*

⁶⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁶⁷ NÚÑEZ, op. cit. ps. 215/216 y notas Nº 3, 4, 5, 6, 7 y 8.



una cosa o un derecho. Los bienes pueden pertenecer a las personas a título de dominio, posesión, tenencia o de un derecho personal e, inclusive, la relación de propiedad es admisible a los efectos penales si, como sucede con el poseedor o tenedor, su origen es ilícito. Para él, lo que protege el CP y las leyes que lo complementan, es la propiedad común; la especial (inventos, descubrimientos, etc.), constituye objeto de leyes especiales, como la ley de propiedad intelectual⁶⁸.

FONTÁN BALESTRA, haciendo un repaso de las distintas posturas, entiende que si al término *propiedad* se le asigna el sentido que le otorga la ley civil más limitado, que la identifica con el derecho real de dominio, parecería claro que resulta estrecha para denominar el título en crisis ya que existen figuras que afectan créditos o derechos de otra naturaleza, como el hurto impropio del artículo 173 inciso 5º, la quiebra fraudulenta, modalidades de usurpación del artículo 181, etc., todas del CP. En efecto, en unos casos es la cosa propia la que se quita o se daña, en otros, la turbación recae sobre la posesión o la tenencia, mientras que en un tercer grupo se tipifica la lesión de derechos personales. Pero resultará limitado en la medida en que no se le asigne el contenido que le da el artículo 17 de la CN, jerárquicamente superior. En este caso, el concepto de propiedad resulta sensiblemente más omnicomprensivo y así fue interpretado por la CSJN⁶⁹.

En el mismo sentido se expide CREUS, quien no sólo adhiere a la interpretación que la CSJN hace del concepto propiedad mencionado en el 17 constitucional, sino que entiende que la ley penal no vacila en proteger lo que él llama la *pertenencia* que tiene origen en un título vicioso y aún ilícito, frente a terceros sin derecho a poner fin a esa pertenencia inválida o ilegítima, poniendo como ejemplo el hecho de que el ladrón puede ser víctima de apoderamiento cuando se la quita la cosa que él previamente quitó a otro, cuando el que perpetra ese apoderamiento no es el legítimo tenedor anterior de ella⁷⁰. También, coincidiendo con NÚÑEZ, entiende que lo protegido es la propiedad común y no la especial, que es resorte de leyes especiales⁷¹.

DAMIANOVICH DE CERREDO, entiende que el derecho a la propiedad es una afirmación de la potestad del hombre sobre las cosas y que reconoce limitaciones pero sólo aquellas que no lleguen a debilitar la facultad humana de la disposición de los bienes y el derecho a proyectarse sobre las cosas. Según ella, éste es el sentido del término *propiedad* que recoge la ley penal para su tutela como bien jurídico, es decir, la propiedad que protege a través de la incriminación de las diversas conductas del título es el “*derecho de la propiedad*”, constitucionalmente declarado como inviolable, y no meramente el “*derecho de propiedad*” que sólo protege a través de algunas

⁶⁸ *Ibidem*, p. 216.

⁶⁹ FONTÁN BALESTRA, op. cit. ps. 377/378.

⁷⁰ *Ibidem*, ps. 387/388.

⁷¹ *Ibidem*, p. 388.



descripciones típicas. Por ello considera estéril la discusión en cuanto al cambio de denominación del Título VI del CP., si se entiende la voz *propiedad* en los términos constitucionales⁷². Luego de analizar superficialmente los artículos 2312 y su nota, 2506, 2511, 2513, 2514 y 2520 del CC, concluye que lo tutelado no es el patrimonio propiamente dicho ni el derecho de propiedad o dominio, sino *el derecho a la propiedad que en sus múltiples facetas comprende tanto la integridad del patrimonio como el derecho de propiedad propiamente dicho*⁷³.

a.3) La postura atomizada o mixta. ROMERO

Apunta ROMERO que el Título VI del Libro II del CP parte de un error cual es el de agrupar, bajo la misma rúbrica, como si se tratases de delitos similares, figuras muy dispares. Así el hurto, el robo, la usurpación y el daño, son delitos contra la propiedad; que la extorsión, la estafa y otras defraudaciones y la usura, son delitos recomendables para integrar la categoría de delitos contra el patrimonio y que, las quiebras, son delitos societarios recomendables a la categoría de los delitos económicos⁷⁴.

De esta forma, entiende que la rúbrica Delitos contra la propiedad, es criticable desde distintos puntos de vista. En primer lugar, porque no se hace referencia, a pesar de tratarlos en el mismo título, a delitos contra el patrimonio, que están contenidos en él y que son conceptual y dogmáticamente distintos a los delitos contra la propiedad; en segundo lugar, porque no se especifica, a través de los oportunos capítulos, qué delitos son contra la propiedad, cuáles contra el patrimonio y cuáles contra el orden socioeconómico; en tercer lugar, porque los delitos contra la propiedad, debieran ocupar un Título independiente de los delitos patrimoniales, y de los delitos contra el orden socioeconómico, supuesto este último que debiera existir y, en cuarto lugar, si los delitos contra la propiedad se quieren tipificar “junto a” los delitos patrimoniales (lo que es básicamente posible y correcto), la rúbrica general debería ser la de “Delitos contra la propiedad y el patrimonio”⁷⁵.

b) La cuestión de la propiedad en nuestro Código Civil (CC)

Desde la óptica del derecho privado debe hacerse una clara distinción entre tenencia, posesión, dominio, propiedad y patrimonio. Con esta finalidad, es necesario puntualizar algunos conceptos que serán de mucha ayuda, no sólo para la comprensión de los institutos antes mencionados sino también para definir el derecho de propiedad.

⁷² DAMIANOVICH DE CERREDO, op. cit. p. 43.

⁷³ *Ibidem*, ps. 44/45.

⁷⁴ ROMERO, op. cit. p. 21.

⁷⁵ *Ibidem*, ps. 21/22.



Tiene suma importancia desmenuzar los términos *corpus* y *animus domini*. El primero (*corpus*), es la posibilidad de disponer físicamente de la cosa en cualquier momento sin que se requiera el permanente contacto físico con ella⁷⁶. El segundo (*animus domini*) implica no reconocer en otro, fuera de sí mismo, un señorío superior sobre la cosa⁷⁷.

b.I Tenencia

Nuestro CC, en su artículo 2352, expresa que... *el que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho...* De esta forma se establece el concepto de *tenencia* donde, de los elementos analizados anteriormente, sólo se encuentra presente la posibilidad de disposición física (*corpus*) y el objeto (*cosa*), más no el reconocimiento de tener un señorío superior sobre la misma (*animus domini*). Es decir, que mientras el sujeto reconozca la propiedad en otro, tendrá la tenencia de la cosa⁷⁸. Adviértase además, que la simple tenencia se adquiere por la sola tradición de la cosa, es decir, bastando la entrega de la cosa sin ninguna formalidad (artículo 2460 del CC), ya sea por voluntad del poseedor o del tenedor.

La tenencia puede ser clasificada en absoluta y relativa. La primera es la que se presenta con carácter autónomo, desvinculada (*absolutus*) de la posesión, que en puridad no existe toda vez que se trata de cosas imposibles de ser poseídas porque están fuera del comercio. Esta clase de tenencia se da cuando no existe poseedor cuya posesión el tenedor representa, porque la cosa no admite ser objeto de posesión, como las cosas del dominio público del Estado⁷⁹.

La segunda (relativa) se presenta cuando sí existe un poseedor cuya posesión el tenedor representa, que a su vez puede ser interesada, cuando el tenedor tiene interés personal en conservar la cosa para él mismo, toda vez que saca algún provecho, como sucede con el locatario, situación prevista en el artículo 2462 inciso 1 del CC, o desinteresada, cuando el tenedor, careciendo de derecho a usar y gozar de la cosa, no tiene interés en la tenencia, como sucede con el depositario, mandatario o cualquier representante, situación prevista por el artículo 2462 inciso 2 del CC, pero haciendo la salvedad de que al decir la normativa “sin derecho”, se refiere a que no puede usar la cosa, y no que la tenga contra derecho⁸⁰. Y es el artículo mencionado (2462 CC), el

⁷⁶ MARIANI DE VIDAL, MARINA, *Curso de Derechos Reales*, Tomo I, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1997, p. 109.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 110.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 192.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 189.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 192.



que contiene los casos de tenencia, pero cuya enunciación no es taxativa, toda vez que existirá tenencia simple en tanto y en cuanto la situación de que se trate encuadre en la previsión general del artículo 2461 del CC⁸¹.

b.2 Posesión

La posesión se encuentra definida en el artículo 2351 CC, que reza que ... *habrá posesión de las cosas, cuando una persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad...*, definición de la que surge claro el concepto de que en la misma, no sólo existe el objeto (*cosa*) y la posibilidad de disposición física (*corpus*), sino también el no reconocimiento en otro, fuera de sí mismo, de un señorío superior sobre la cosa (*animus domini*).

Y lo cierto es que, para caracterizar la posesión, no interesa si el sujeto es o no dueño de la cosa, sino que basta que se comporte con la cosa como si lo fuera. Es decir, es suficiente con el poder de hecho. Si una persona tiene un libro, lo lleva con ella, lo deja en su casa, lo presta o lo destruye, poco importa a los efectos de la posesión si tiene jurídicamente el derecho de propiedad sobre él, lo que importa es el poder fáctico que ostenta, sin reconocer en otro un derecho mejor⁸².

La posesión puede ser legítima o ilegítima. Ambos conceptos surgen del artículo 2355 del Código Civil. La primera será cuando sea el ejercicio de un derecho real, que se ha constituido conforme a las disposiciones de ese cuerpo normativo; y la segunda, cuando no sea el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad al Código⁸³.

Conforme lo previsto por el artículo 2356 del CC, la posesión ilegítima puede ser de buena o mala fe, toda vez que no tiene sentido hablar de buena o mala fe en la posesión legítima⁸⁴. Será la primera cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, esté persuadido sin que le quepa duda alguna, de la legitimidad de su posesión. Será la segunda en la medida que no exista la primera, es decir, que la mala fe decanta por exclusión⁸⁵. La posesión de mala fe, a su vez, puede ser no viciosa o viciosa. Será la primera cuando el poseedor, en la época de la adquisición haya debido conocer la ilegitimidad de su posesión o haya tenido razones para dudar de ella, como se desprende del artículo 2771 del CC; la viciosa, respecto de las cosas muebles, cuando se haya adquirido por hurto, estelionato o abuso de confianza; y respecto de las inmuebles, cuando fuere violenta, clandestina o por abuso de confianza⁸⁶.

⁸¹ *Ibidem*, p. 193.

⁸² *Ibidem*, p. 108.

⁸³ *Ibidem*, p. 152.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 152.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 154/155.



b.3 Dominio

El concepto de *dominio* se encuentra definido en el artículo 2506 del Código Civil cuando reza que... *es el derecho de real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona...*, siendo el más amplio derecho de señorío que puede tenerse sobre una cosa, es decir, la *plena in re potestas*, el derecho real que confiere la mayor cantidad de facultades que es posible tener sobre un objeto⁸⁷, plasmada en tres *ius* del Derecho romano: el *ius utendi* (derecho de uso), el *ius fruendi* (derecho de goce) y el *ius abutendi* (derecho de disposición).

Ahora bien, conforme el artículo 2524 del CC, el dominio se adquiere por: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción. Sin embargo, se dice que esta enumeración no es completa, toda vez que no figuran otros modos de adquirirlo como la ley, que atribuye la propiedad al poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (artículo 2412 del CC) y la expropiación por causa de utilidad pública⁸⁸.

Existirá apropiación, cuando se aprehenda una cosa con ánimo de hacerse dueño de la misma. La aprehensión aparece definida en el artículo 2374 del CC, donde no es necesario el contacto físico con la cosa sino sólo entrar en la posibilidad de disponer físicamente de ella.

b.4 Propiedad

En palabras de AUBRY y RAU, la *propiedad*, en el sentido propio de esta palabra (dominio), expresa la idea de poder jurídico, el más completo de una persona sobre una cosa, y puede definirse como el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona⁸⁹.

b.5 Patrimonio

No es posible, al menos técnicamente, esbozar una definición de *patrimonio*, sin antes despejar la de cosas y bienes. Y nuestro digesto privado de fondo, dice que las cosas... *son los objetos materiales susceptibles de tener un valor...*, es decir, aquellos que ocupan un lugar en el espacio, que son tangibles y susceptibles de tener un valor, pero entendiendo dicho vocablo ampliamente, es decir, no sólo su apreciación pecuniaria (en moneda corriente, dinero), sino también con idoneidad para desempeñar una función económica o social, esto es, por ejemplo, como objeto de interés histórico

⁸⁷ *Ibidem*, p. 267.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 298.

⁸⁹ *Ibidem*, ps.267/ 268.



o afectivo o de uso, etc. Por ello es que, tal como lo expresa SPOTA, ... *el concepto jurídico de cosa no concuerda en su totalidad con lo económico*...⁹⁰.

En cuanto al concepto de bien, dice el artículo 2312 del Código Civil que... *los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes*.... En este sentido, podría decirse siguiendo a MARIANI DE VIDAL, que para nuestro derecho positivo, la palabra *bien* tiene una acepción amplia donde bienes es la suma de las cosas y los objetos inmateriales susceptibles de valor (que son los derechos) y una restringida que se refiere, exclusivamente, a los objetos inmateriales susceptibles de valor, es decir, a los derechos patrimoniales, por lo que el patrimonio de una persona es el conjunto de cosas y derechos. Sin embargo, aclara que en realidad, no son las cosas las que integran el patrimonio de una persona, sino los derechos sobre ellas, en concordancia con lo que afirma el codificador civil en el apartado 2º de la nota del artículo 2312, cuando expresa que... *el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes...*, y concluyendo, finalmente, que *patrimonio* es una masa de derechos, ya recayeran éstos directamente sobre cosas o no, susceptibles de apreciación pecuniaria, deducidas las cargas que los gravan⁹¹.

b.6 Derecho de Propiedad

Luego de esta revisión, entiendo que estamos en condiciones de plasmar que el derecho de propiedad es el género, identificable con todo derecho subjetivo incorporado al patrimonio, siendo el dominio el derecho de propiedad sobre las cosas. Así lo expresa FREITAS en su *Esboço*: *el dominio (derecho de propiedad sobre las cosas) es el derecho real, perpetuo o temporal, de una sola persona, sobre una cosa propia, mueble o inmueble, con todos los derechos sobre su sustancia y utilidad o solamente su sustancia, o sobre sus sustancia con algunos derechos sobre su utilidad*⁹².

Por lo tanto, cuando se define propiedad desde el derecho privado, no sólo se encuentra el dominio sobre las cosas, sino también los derechos.

c) La cuestión de la propiedad en nuestra CN y en su último intérprete, la CSJN

Nuestra CN menciona la propiedad en los artículos 14 y 17. Sin embargo, luego de su reforma en 1994, se incorporó en el artículo 75 inciso 17 garantizar a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que

⁹⁰ *Ibidem*, p. 15, cita N° 11.

⁹¹ *Ibidem*, ps. 10 y 11.

⁹² *Ibidem*, p. 268.



tradicionalmente ocupan y, en el inciso 22, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, reconociéndoles jerarquía constitucional, y conformando lo que fue adjetivado tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, como “bloque único de legalidad”, “bloque de legalidad”, “bloque de constitucionalidad”, o “bloque de la constitucionalidad argentina”⁹³. En los tratados de marras, la propiedad es mencionada en los artículos XIII segundo párrafo y XXIII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre (DADDH), artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en el artículo 21 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en el artículo 5, d, v, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR) y en el artículo 16, 1, h, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFDM). En este nuevo contexto entiendo que debe ser analizado el problema de la propiedad.

Desde esta perspectiva, pareciera ser que el bloque de constitucionalidad, asimila al concepto de propiedad el de vivienda⁹⁴, es decir, un lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado personas. Sin embargo, parece ser más esclarecedor lo vertido por BIDART CAMPOS. En efecto, el derecho constitucional argentino enfoca la propiedad en el aspecto de propiedad adquirida, toda vez que sus normas presuponen que para poder funcionar, el que las invoque ya sea propietario de algún bien, a tal punto que el artículo 14 constitucional expresa el derecho subjetivo de *usar* y *disponer* de “su” propiedad, declaración acompañada por el artículo 17 que afirma que la propiedad es inviolable y que ningún habitante de la nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley⁹⁵. Y al reputarse como derecho, el mismo conlleva la existencia de un sujeto activo que es la persona, ya sea de existencia visible o de existencia ideal, y otro pasivo ambivalente, toda vez que es por un lado el estado a quien se le dirige la prohibición de violar la propiedad privada, y por otro los

⁹³ “Bloque de constitucionalidad” (conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, cfr. BIDART CAMPOS, GERMAN, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 264); o comunidad normativa en cuyo seno reina la uniformidad jerárquica de normas que la componen, existiendo principios armonizadores de su contenido a los efectos de su interpretación por los operadores constitucionales en general y de su aplicación por los jueces (cfr. MANILI, PABLO L., *El bloque de constitucionalidad*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 339); “Bloque de legalidad” (CSJN, B. 77. XXX. B., R. E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo, considerando 10º, también en Fallos 319:3040); “Bloque único de legalidad” (CSJN, A. 450. XXXII. Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación, considerando 7º, también en Fallos 320:2145); “Bloque de la constitucionalidad argentina” (CSJN, G. 653. XXXIII. Recurso de hecho González de Delgado, Cristina y otros c/Universidad Nacional de Córdoba, Voto del Dr. Petracchi, considerando 2º, también en Fallos 323:2659), entre otros.

⁹⁴ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 3º edición actualizada y ampliada, 3ª reimpresión, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 84.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, GERMAN J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo II, tercera reimpresión, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 116.



particulares, quienes no deben perturbar el uso y ejercicio del derecho que ostenta el sujeto activo⁹⁶.

Desde esta perspectiva, el término propiedad implica mucho más que como se entiende la misma o el dominio en la concepción *ius privatista*. Lleva dicho nuestro más Alto Tribunal que... *las palabras "libertad" y "propiedad", comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en su sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...*⁹⁷.

Forma parte de los contenidos del derecho de propiedad, entre otros, el derecho de dominio y sus desmembraciones, los actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad y los derechos adquiridos e ingresados al patrimonio⁹⁸.

IV.- Conclusión

De este análisis, tal vez un poco extenso, pero entendemos necesario, puede concluirse que la propiedad implica tanto como detentar el poder más absoluto sobre algo intangible (derechos) o tangible (cosas). Cuando ocurre esto último, es decir, cuando recae sobre las cosas, hablamos de dominio, toda vez que para ostentarlo, el que lo hace debe tener sobre la cosa los derechos de uso, goce y disposición, *legítimamente adquiridos*.

De todas las posturas revisadas, entendemos que el bien jurídico tutelado no es la propiedad en sí misma sino la posibilidad que tiene quien ostenta la cosa de disponer de ella. Lo afectado es la relación de disponibilidad que tiene el sujeto con la cosa, más allá del instituto del derecho civil que los vincule. La afectación de la cosa es una consecuencia del ataque a esa relación de disponibilidad. *Es decir, lo atacado y eventualmente lesionado es la universalidad jurídica y su consecuencia es la afectación a la universalidad fáctica.*

V.- Distinción con otros tipos penales

Es interesante tener en cuenta las diferencias que se pueden encontrar entre los tipos penales de hurto, robo, extorsión y estafa. Así, puede formularse la existencia de dos binomios, conforme las características que tienen en común: por un lado el binomio *hurto – robo* y, por otro, el binomio *extorsión – estafa*. Los dos tipos penales que forman el primer binomio, tienen en común el hecho de que es el sujeto activo quien se apodera de la cosa pero, en el primero, mediante clandestinidad y, en el

⁹⁶ *Ibidem*, ps. 116/117.

⁹⁷ “Bourdieu, Pedro Emilio c/Municipalidad de la Capital”, Fallos 145:307 (1925).

⁹⁸ BIDART CAMPOS, op. cit., Tomo II, p. 119.



segundo, mediante fuerza en las cosas o violencia física sobre las personas. Es decir, *es el sujeto activo quien toma la cosa*. Sin embargo, en el segundo binomio, la característica común es que *es el sujeto pasivo quien entrega voluntariamente la cosa al sujeto activo pero con la voluntad viciada*; en la extorsión, por la intimidación de la que es víctima y, en la estafa, debido al ardid o engaño que sufre.

EL DELITO DE HURTO

I.- Concepto

Hurtar, en su primera acepción, significa tanto como *tomar o retener bienes ajenos contra la voluntad de su dueño, sin intimidación en las personas ni fuerza en las cosas*. Hurto, por su parte, es *tomar con ánimo de lucro cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño, sin que concurran las circunstancias que caracterizan el delito de robo*.

De estas definiciones pueden extraerse conclusiones importantes. Si bien es cierto que el verbo hurtar implica tanto tomar como retener bienes ajenos en contra de la voluntad de su dueño, no lo es menos que al momento de definir el hurto, se selecciona, solamente, el verbo tomar, con lo que la acción de retención queda excluida de la definición lingüística. A su vez, tomar implica coger o asir algo con o sin la mano (primera y segunda acepción), como también es sinónimo de quitar o hurtar (décimo quinta acepción). Siguiendo este devenir lingüístico, lo que debe tomarse, debe ser ajeno al tomador, es decir, no le debe pertenecer, pero, a su vez, le debe pertenecer a otro. Esta acción de tomar, debe llevarse a cabo con ánimo de lucro, con voluntad de ganancia o provecho que se saca de algo. Y, por último, no debe realizarse con fuerza en las cosas o intimidación en las personas, circunstancias que caracterizan al robo.

Finalizando este análisis estrictamente semántico, puede pregonarse que, para la lengua española, la definición de hurto se complementa con la del verbo hurtar, toda vez que, si incluimos el verbo retener que sigue a la acción de tomar, podemos llegar a la conclusión que tomar sumado a retener, implica apoderarse, esto es, hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder.

Sin embargo, el legislador argentino, dejó de lado el verbo tomar y el ánimo de lucro, y amplió considerablemente el universo de cosas que podían ser objeto de este delito. En efecto, desde la sanción del Código Moreno, el hurto se define, como lo hace el artículo 162 del CP, inaugurando los tipos penales del Título VI⁹⁹, expresando

⁹⁹ Ver nota N° 5.



que... será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total parcialmente ajena...

A tal punto la ampliación que distintos autores opinan que lo que se protege con este delito, es la tenencia de la cosa contra los actos de apoderamiento realizados por quien no tiene derecho a hacerlo, y no su dominio¹⁰⁰.

II.- Bien jurídico penalmente tutelado

La lesión a la propiedad que conlleva el ataque al bien jurídico, no implica la destrucción del derecho de propiedad, toda vez que el propietario lo sigue siendo antes y después del embate. En realidad, lo lesionado se cristaliza en la lesión de las facultades derivadas de ese derecho y en la imposibilidad de ejercer el poder de señorío que la propiedad implica. En definitiva, el bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad entre el titular y la cosa.

III.- Clasificación de las figuras legisladas

El delito de hurto se encuentra tipificado en tres artículos: 162, 163 y 163 bis. Describen, respectivamente, el hurto simple, los hurtos agravados y una agravante genérica por la calidad del autor, tanto para la figura básica como para las ya agravadas. Sin embargo, no debe soslayarse que el artículo 2 de la ley 24.192¹⁰¹ (Ley de Espectáculos Deportivos), taxativamente, también agrava las figuras simples, tanto de hurto como de robo.

HURTOS AGRAVADOS

Art. 163: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes:

1º 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.

¹⁰⁰ CREUS, op. cit. p. 390.

¹⁰¹ Ver nota N° 19.



2º 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;

3º Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido substraída, hallada o retenida; (Inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 24.721 B.O. 18/11/1996)

4º Cuando se perpetrare con escalamiento.

5º 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 realizaran. . (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 23.468 B.O. 26/1/1987)

6º Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público.”

Como aclaración previa, es imperioso manifestar que lo dicho al tratar el hurto simple, se encuentra oficiosamente incorporado a estos tipos penales, por lo que nos limitaremos al análisis de los elementos, tanto objetivos como integrantes del aspecto subjetivo del tipo distintos, que existan respecto de aquél.

I) **POR LA COSA Y SU SITUACIÓN**

Se analizarán en este apartado los incisos 1º, 5º y 6º del artículo 163 del CP.

a) **El hurto campestre (artículo 163 inciso 1º)**

Este tipo penal tutela el apoderamiento de distintas cosas, pero requiere una sub clasificación. Por un lado los dejados en un determinado lugar y, por otro, los que cumplen una determinada función. En efecto, conforme la redacción que le imprimió a este inciso la reforma operada por la ley 25.890¹⁰², estamos en condiciones de afirmar que para que se perfeccione el tipo penal respecto de ciertos elementos nombrados, éstos deben haber sido dejados en el campo. Estas cosas son los productos separados del suelo, máquinas, instrumentos de trabajo, productos agroquímicos, fertilizantes u otros insumos similares y, respecto de los que cumplen una determinada función, se

¹⁰² Ver nota N° 15.



refiere, exclusivamente, a los alambres u a otros elementos de los cercos. En este orden de ideas entonces, expresa PIÑA que en este inciso se han descripto tres tipos penales¹⁰³: a) *Hurto campestre*; b) *Hurto de maquinaria o implementos* y c) *Hurto de alambres u otros elementos de los cercos, causando su destrucción total o parcial*.

Nos permitimos disentir toda vez que, si bien es cierto que los objetos sobre los que debe recaer la acción de apoderamiento en los supuestos a) y b) son distintos, no lo es menos que, en los mismos supuestos, deben haber sido dejados en el campo, con lo que entendemos que los supuestos de marras pueden ser reunidos en un único tipo penal que puede llamarse *hurto campestre propiamente dicho*. En segundo lugar, y respecto del tipo penal de *hurto de alambres u otros elementos de los cercos*, el tipo penal ya no exige su destrucción total o parcial¹⁰⁴.

a.1) Fundamento de la agravante

La explotación agropecuaria se lleva a cabo en grandes extensiones de tierra, lo que crea una situación de desprotección tanto para el producto de esa actividad como para los instrumentos utilizados para la misma, los que permanecen constantemente lejos de la vigilancia de sus dueños o guardadores, ya que las condiciones apuntadas así lo imponen¹⁰⁵.

a.2) El hurto campestre propiamente dicho

Los elementos que deben ser apoderados para que se configure la agravante son los productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fertilizante u otros insumos similares. Pero todos ellos tienen en común que no basta con que sean esos, sino que, además, deben haber sido dejados en el campo.

a.2.1) Tipo Objetivo

¹⁰³ PIÑA, ROXANA, *Comentario a la ley 25.890. Abigeato*, en Reformas Penales, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, p. 156. Vale la pena aclarar que esta autora expresa que los clasifica conforme la redacción actual, por lo que no logramos comprender por qué incluye el requisito de la destrucción total o parcial de los cercos, máxime cuando en la página 157, punto 3.4. titula el párrafo como *Hurto de alambres o elementos de los cercos*, diciendo a renglón seguido que... *sin embargo existe una notable diferencia entre ambos textos legales. Antes de la reforma se requería que tal apoderamiento produjera la destrucción total o parcial de los cercos, en tanto que la ley 25.890 ha eliminado ese resultado para la aplicación de la agravante...*

¹⁰⁴ Ver nota 108.

¹⁰⁵ DAMIANOVICH, op. cit. p. 81.



a.2.1.1) “*Dejados en el campo*”

Por campo puede entenderse aquel terreno extenso fuera de poblado, es decir, todo lugar alejado de zona urbana o de otro sitio habitado, de gran extensión, a consecuencia de lo cual el legítimo tenedor de la cosa no dispone de la posibilidad fáctica de proteger los objetos, aunque sea de forma mediata¹⁰⁶. Por ello, cuando se hace referencia a esta locución, se entiende que no corresponde la agravante cuando los objetos se encuentran guardados en galpones u otros recintos cerrados¹⁰⁷, sin importar los motivos que ameritaron tal dejación¹⁰⁸.

a.2.1.2) *Productos separados del suelo*

Para que proceda la agravante los productos deben estar separados del suelo en el momento del apoderamiento, es decir, separados de su natural adhesión, ya sea estibados, embalados o sueltos. La separación debe ser una obra humana, que surge del juego armónico de las palabras separados y dejados, ya que *dejados* señala una actitud voluntaria¹⁰⁹. Como bien se expresa, son los productos creados por el propio suelo pero cuya anexión a éste ha terminado por obra exclusiva del hombre, como el producto de las cosechas¹¹⁰.

No hace falta que la separación la haya realizado el legítimo tenedor: quien se aprovecha de la separación realizada por otro, también está en la agravante. No opera cuando la separación la ha hecho el propio agente o cuando se produce por cuestiones distintas a actividad humana, como pueden ser fenómenos naturales, sin perjuicio de incurrir o no en otra agravante¹¹¹.

Cierto es que desde la óptica del derecho privado, existe una distinción entre frutos y productos. En efecto, la nota del artículo 2329 del CC, enseña que *frutos* son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia; en cambio, producto de la cosa, son los objetos que se sacan o separan 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

¹⁰⁶ DONNA, op. cit. p. 51.

¹⁰⁷ FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 423; DONNA, op. cit. p. 51; D’ALESSIO, op. cit. p. 393; TOZZINI, op. cit. p. 190, quien además expresa que no sólo deben haber sido dejados en el campo sino también dentro de él, es decir, dejando fuera del concepto campo, las calles que rodean a esa extensión de terreno; CREUS, op. cit. p. 402.

¹⁰⁸ CREUS, op. cit. p. 402.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 403.

¹¹⁰ DAMIANOVICH, op. cit. p. 82.

¹¹¹ CREUS, op. cit. p. 403.



mineral sacados de las minas (concepto que reproduce en la nota del artículo 2444), concluyendo que, ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario, pero sí en cuanto al derecho del usufructuario. En el artículo 2424 del CC se expresa que los frutos pueden ser naturales, industriales o civiles. Los primeros son producidos espontáneamente por la naturaleza; los segundos, por la mano del hombre o la cultura de la tierra y, los terceros son la renta que la cosa produce. Por otro lado, el artículo 2329 del CC dice que los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa, forman un todo con ella.

Sentado ello, y teniendo en cuenta que el tipo penal no distingue ni mucho menos excluye, deben reputarse incluidos dentro de la tutela penal los minerales, como bien lo expresa SOLER¹¹². Esta línea de pensamiento es seguida por cierta doctrina¹¹³, otros la niegan¹¹⁴ y otros permanecen indiferentes, limitándose a exponer las distintas posturas¹¹⁵.

Por nuestra parte, entendemos que no existe ningún motivo lo suficientemente importante para dejar de lado la tutela de los productos minerales.

a.2.1.3) Maquinarias, otros instrumentos de trabajo y productos agroquímicos

En cuanto a las *maquinarias*, pueden tratarse de tanto las que multiplican mecánicamente o facilitan el despliegue de la fuerza humana (tractores, arados, rastras) como de cualquier otro instrumento que no cumple mecánicamente esa función (guadañas, hoces punitales, lonas)¹¹⁶, en tanto y en cuanto estén destinadas al trabajo campestre, es decir, específicamente destinados a la producción, separación, recolección, extracción de los frutos o productos incluidos los minerales, tutelándose tanto la tanto la totalidad como las partes de esas maquinarias o instrumental. Pero no se incluyen aquellas maquinarias o instrumentos que aunque se utilicen en ocasión del trabajo, no están destinados específicamente a él por su naturaleza (camiones, automóviles) o que, aunque lo estén, no al momento del apoderamiento, como un tractor descompuesto dejado en un camino rural¹¹⁷.

¹¹² SOLER, op. cit. ps. 213 *in fine* y 214.

¹¹³ CREUS, op. cit. p. 403; TOZZINI, op. cit. p. 195; DAMIANOVICH, op. cit. p. 83.

¹¹⁴ NÚÑEZ, op. cit. p. 221; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 424.

¹¹⁵ DONNA, op. cit. p. 56; D'ALESSIO, op. cit. p. 394.

¹¹⁶ CREUS, op. cit. p.404.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 404; FONTÁN BALESTRA, op.cit. p. 425; DAMIANOVICH, op. cit. p. 83 y ss.; NÚÑEZ, op. cit. p. 221; D'ALESSIO, op.cit. p. 394; DONNA, op. cit. p. 57 y ss.



El tipo penal también menciona tanto a los *fertilizantes*, que son aquellas sustancias que se utilizan para disponer la tierra para que dé más frutos como a los *agroquímicos* que son productos químicos, de origen natural o sintético, con actividad biológica definida empleado directamente para aumentar la productividad y/o la calidad de la producción agropecuaria¹¹⁸.

Entendemos que la expresión... *u otros insumos similares...*, amplía en forma considerable el tipo penal. Por *insumo* se entiende un conjunto de elementos que toman parte en la producción de otros bienes y, *similar*, es algo que tiene semejanza o analogía con otra cosa. Y si bien es cierto que dichos insumos deben tener clara relación con la actividad agropecuaria¹¹⁹, no lo es menos que será de la interpretación que se formule, de la que surja si son o no insumos similares, con lo que podría ser constitucionalmente cuestionable respecto de una probable violación al mandato de certeza que deriva del 18 CN.

a.3) El hurto de alambres u otros elementos de los cercos

a.3.1) Tipo objetivo

a.3.1.1) Alambres y cercos

El alambre es un hilo de cualquier metal que se obtiene por trefilado, es decir, por reducción a través de una hilera, que es un instrumento de reducción de metales. Y cerco, es aquello que ciñe o rodea. Ahora bien, lo que deben ceñir o rodear esos cercos, cuyo uno de sus componentes es el alambre, conforme la descripción que formula el legislador, son los fundos campestres, siendo su mantenimiento incólume, de gran importancia para la actividad agropecuaria¹²⁰. La acción del sujeto activo, debe recaer sobre alambres ya instalados en su función de separación y en cercos vigentes, pero no de sus componentes antes de que hayan sido instalados¹²¹. También quedan incluidos como elementos de los cercos, las varillas, postes, tranqueras, y otros¹²². Con la reforma, y al haberse suprimido como requisito la destrucción total o parcial, impresiona que, en este caso, basta con que el cerco, por el apoderamiento, se debilite.

¹¹⁸ Puede leerse en la ley de Agroquímicos de la Provincia de Buenos Aires (artículo 2, Ley 10.699/88) un listado, si bien no taxativo, de los distintos agroquímicos, como por ejemplo los acaricidas, insecticidas, fungicidas, etc.

¹¹⁹ PIÑA, op. cit. p. 157.

¹²⁰ DAMIANOVICH, op. cit. p. 84 y ss.

¹²¹ FONTÁN BALESTRA, op.cit. p. 426; DONNA, op. cit. p. 59.

¹²² DONNA, op. cit. p. 59.



Si opera su destrucción total o parcial, el tipo se desplazaría al artículo 167 inciso 4º del CP.

b) Hurto de mercaderías transportadas (163 inciso 5)

b.1) Fundamento de la agravante

Este tipo penal, debido a la mayor desprotección que conlleva el transporte de las mercaderías, tuvo como finalidad inspiradora la de castigar más severamente la llamada “piratería del asfalto”. También se tuvo en cuenta la vasta extensión de nuestro territorio y la mayor complejidad delictiva que implican estos hechos¹²³.

b.2) Tipo objetivo

b.2.1) Mercaderías u otras cosas muebles transportadas

El concepto de *mercadería* surge del art. 77 del CP cuando especifica que se refiere a todos los efectos susceptibles de expendio. Y *expendio* significa venta al por menor. Por ende, todo aquello que pueda ser vendido al por menor, quedará incluido en el concepto de mercadería. En general, la decisión del vender al por menor o al por mayor, es del comerciante, no teniendo que ver, exactamente, con el tipo de mercadería en cuestión.

Sin embargo, el tipo penal es mucho más amplio, toda vez que incluye también a otras cosas muebles (equipaje de viajeros, por ejemplo) mientras sean distintas a cabezas de ganado mayor o menor, toda vez que de darse esta circunstancia, la conducta del agente se subsumiría en el tipo penal de abigeato (art. 167 ter y ss. del CP).

Se exige además, que las mercaderías u otras cosas muebles sean transportadas, es decir, llevadas de un lugar a otro.

b.2.2) Momento del apoderamiento

Las mercaderías deben ser apoderadas, para subsumirse en la agravante, entre el momento de su carga, durante las escalas que se realicen o el de su destino o entrega.

¹²³ DAMIANOVICH, op. cit. p. 101.



Respecto del momento de la carga, implica, mientras estén siendo ingresadas al medio de transporte, y no cuando están depositadas, antes de ser cargadas. Es decir, la acción debe materializarse cuando se comienza a ingresarlas al medio de transporte de que se trate¹²⁴.

Con referencia a las escalas, ha menester señalar que implica los puntos que tocan aeronaves o embarcaciones entre su punto de partida y el de su destino. Sin embargo, no pareciera razonable excluir los medios terrestres, más allá de que en éstos es más difundido el uso de la palabra “paradas”, que tiene sustento normativo. En efecto, la ley 24.449 (Ley de Tránsito)¹²⁵, en su artículo 5 inciso p), establece que *parada es... el lugar señalado para el ascenso y descenso de pasajeros del servicio pertinente...*; teniendo en cuenta que el legislador ha utilizado la expresión *por cualquier medio*, es impensable suponer que sólo se refirió a embarcaciones y aeronaves. Por ello entendemos que también es aplicable a los medios terrestres.

Al agregarle la palabra *durante*, implica que la conducta debe perpetrarse mientras esté detenido esperando arrancar nuevamente. Las paradas o escalas, no necesariamente deben estar predeterminadas, pero por la redacción pareciera indicar que debe existir la expectativa cierta de continuar el viaje. En este sentido expresa DONNA que... *escalas son los lugares donde el transporte se detiene por un tiempo, más o menos breve, para reaprovisionamiento, para descanso o por puras razones de horario...*¹²⁶, con lo que si la detención se produce por un desperfecto técnico y no es posible su continuación, entendemos que no se da el supuesto de *parada o escala*.

Por último se alude al momento de su destino o entrega. Y debe interpretarse hasta el punto de llegada de la misma o hasta que sean entregadas a un tercero. Por lo tanto, pareciera quedar incluido en la agravante el apoderamiento de ellas, entre el momento de la descarga en el destino y su posterior entrega.

c) Hurto de vehículos (163 inciso 6)

c.I) Fundamento de la agravante

La necesidad que tiene para el hombre contemporáneo el vehículo, como facilitador de sus actividades tanto laborales como recreativas o de otra índole, hizo que el legislador le imprimiese mayor tutela penal.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 439.

¹²⁵ ADLA LV – A, p. 357.

¹²⁶ DONNA, op. cit. p. 84.



c.2) Tipo Objetivo

c.2.1) El concepto de vehículo

El tipo penal sólo hace referencia a vehículos. En principio, vehículo es todo medio de transporte de personas o cosas. Sin embargo, dada la amplitud del concepto, entendemos que quedan incluidas todas las clases de vehículo, independientemente de su tracción. Es por ello que no parece entonces prudente excluir aquellos medios de transporte de personas o cosas que actúan por la actividad misma de la persona transportada, como por ejemplo, la bicicleta¹²⁷, o un carro de supermercado o una cartera. *Que esta latitud conceptual viola en forma flagrante el mandato de certeza del 18 constitucional.* Si la voluntad del legislador fue referirse a “vehículo automotor”, sólo resta incorporar esa última palabra al tipo en cuestión.

Que en lo que a automotores se refiere, el Decreto Ley 6582/58¹²⁸, en su artículo 5, considera vehículo automotor a... *automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, microómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidas tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se auto propulsen.... El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido...* Sin embargo, el mismo tiene validez a los efectos registrales. Por su parte, la ley 24.449¹²⁹ en su artículo 5 inciso x), dice que vehículo automotor es... *todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia....* Parece que referirse a esta ley, es más adecuado. Así las cosas, el concepto de vehículo automotor es *exclusivamente normativo*.

c.2.2) Lugares donde deben ser dejados

Pero es tan amplio el concepto de vehículo, que podrían quedar atrapados en el tipo penal, el carrito del supermercado, las bolsas de los mismos, las maletas de viaje, en fin, cualquier objeto que sirva de transporte de personas o cosas.

Pero el tipo penal, además exige que esos vehículos hayan sido dejados en la vía pública o lugares de acceso público. Y vía pública es toda calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el público. Y los lugares de acceso público, a aquellos que pueden ser usados por cualquier persona, sin someterse a requisitos como

¹²⁷ DAMIANOVICH, op. cit. p. 104.

¹²⁸ ADLA XVIII – A, p. 1079.

¹²⁹ Ver nota N° 164.



el pago de un canon o la pertenencia a determinado grupo o asociación, ni a especiales controles o limitaciones¹³⁰.

No es menor la condición de que los vehículos hayan sido *dejados* en los lugares a los que hace referencia el tipo penal. Pareciera ser que implica que de ellos se haya apartado la guarda.

II) POR LA OCASIÓN

En este apartado se analizarán el hurto calamitoso y el producido con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo.

a) Hurto calamitoso (artículo 163 inciso 2 CP)

a.1) Fundamentos de la agravante

Puede decirse que el fundamento de la agravación de la pena conminada para este tipo penal tiene, por un lado, un basamento objetivo y otro subjetivo¹³¹. Respecto del primero, la protección que pueda brindar la víctima a las cosas que se encuentran afectadas por esas catástrofes es casi nula.

Por su parte, el basamento subjetivo mencionado en el tipo como el aprovechamiento, es decir, como un elemento subjetivo distinto del dolo, revela a su vez una mayor peligrosidad de los involucrados, cuestión de un claro sesgo positivista.

a.2) Tipo Objetivo

a.2.1) Los conceptos de estrago y sus variantes

Las circunstancias mencionadas en el tipo penal pueden incluirse en el concepto general de estrago, es decir, toda ruina daño o asolamiento causado tanto por actividad humano como por factores naturales. En este contexto, *incendio* es un fuego intenso que destruye lo que no debería quemarse. *Explosión* es la liberación brusca de una gran cantidad de energía, de origen térmico, químico o nuclear, encerrada en un volumen relativamente pequeño, la cual produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases, que va acompañada de estruendo y

¹³⁰ DAMIANOVICH, op. cit. p. 105.

¹³¹ *Ibidem*, p. 87.



rotura violenta del recipiente que la contiene. *Inundación* es el desborde del agua que cubre terrenos y poblaciones. *Naufragio* es la pérdida o ruina de la embarcación en mar, río o lago navegables. *Accidente de ferrocarril*, es un suceso eventual que altera el orden regular de las cosas, causando daño para éstas o para las personas, y que tiene lugar en un ferrocarril, es decir, un medio de transporte que circula sobre raíles, compuesto por uno o más vagones arrastrados por una locomotora. *Asonada*, es una reunión tumultuaria y violenta para conseguir algún fin, por lo común político. *Motín* es un movimiento desordenado de una muchedumbre, por lo común contra la autoridad constituida.

Debe observarse que las circunstancias en las que debe producirse el apoderamiento no son taxativas, sino a mero título enunciativo, conclusión que se desprende del tipo penal cuando expresa “... *de cualquier otro desastre o conmoción pública...*”. Y desastre es cualquier desgracia grande, suceso infeliz o lamentable. Por su parte, conmoción, se refiere a todo tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo. En cuanto al infortunio particular del damnificado, se refiere al estado desgraciado en que se encuentra una persona, ya sea por causas físicas o morales, y debe padecerlo aquella persona que es atacada por el sujeto activo. Podría ser un muerto.

a.3) Tipo Subjetivo

a.3.1) El elemento subjetivo distinto del dolo: el aprovechamiento.

Pero además, el tipo penal en su aspecto subjetivo, exige el aprovechamiento, que implica sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso. Y provecho es cualquier beneficio o utilidad. Por lo tanto, y más allá de la deficitaria redacción del tipo donde pareciera ser que basta el incendio, la explosión, la inundación, el naufragio, el accidente de ferrocarril, la asonada o el motín para agravar el hurto y sólo el aprovechamiento procede en los casos de cualquier otro desastre o del infortunio particular del damnificado, lo cierto es que la doctrina en general, plantea que en los primeros casos nombrados, el aprovechamiento debe existir. El autor debe haber obrado con un elemento que excede al dolo del hurto simple.

b) Hurto en ocasión de espectáculos deportivos (artículo 2 de la ley 24.192, en relación al artículo 1 de la misma)



Esta normativa, en los artículos a los que hacemos referencia, expresa que...

ARTICULO 1º — El presente capítulo se aplicará a los hechos previstos en él, cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él.

ARTICULO 2º — Cuando en las circunstancias del artículo 1º se cometieren delitos previstos en el libro segundo, título I, capítulo I, artículos 79 y 81, inciso 1, letras a) y b), 84 y capítulos II, III y V, y los previstos en el título VI, artículos 162 y 164 del Código Penal, siempre que no resultaren delitos más severamente penados, las penas mínimas y máximas se incrementarán en un tercio. El máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena de que se trate....

Como puede observarse, y más allá de la agravante que plantea el artículo 2, los tipos mencionados en él, deben haber sido cometidos en las referencias temporales y espaciales que delimita el artículo 1.

b.1) Fundamentos de la agravante

Entendemos que en las condiciones planteadas, la cantidad de gente que concurre a esos espectáculos, hace que exista mucha confusión y por ende, mayor posibilidad de conflicto y mayor desprotección de las cosas por parte de sus tenedores, poseedores o propietarios.

b.2) Tipo Objetivo

b.2.2) Concepto de espectáculo deportivo

El espectáculo es una función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla. El adjetivo deportivo implica que debe ser relativo o perteneciente al deporte, es decir, a cualquier actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas. Lo que no se especifica es si el mismo debe ser profesional o amateur, con lo que entendemos que se reputan incluidos ambos tipos¹³².

b.2.3) “Con motivo” o “en ocasión”

¹³² MAHIQUES, CARLOS ALBERTO (Director), *Leyes Penales especiales*, Tomo 1, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2004, p.496.



Cuando el tipo penal se refiere a esto, implica que debe existir una necesaria relación entre el hecho delictivo y el evento deportivo. Al expresar “con motivo” quiere expresar que el injusto sea consecuencia de la realización de ese espectáculo y, “en ocasión” que el espectáculo deportivo sea la oportunidad para cometerlo.

b.2.4) Ámbito de concurrencia pública en que se realizare

El ámbito es el espacio comprendido dentro de límites determinados y, concurrencia, es el conjunto de personas que asisten a un acto o reunión. Pública, a su vez, implica el conjunto de las personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar. Por lo tanto, esto significa que el hecho delictivo debe comenzar a ejecutarse dentro de un espacio delimitado al que vaya un conjunto de personas que comparta determinadas preferencias y que lo que convoque esa asistencia sea la realización de ese evento deportivo. Sin embargo, no podría dejar de tutelarse la relación de disponibilidad con la cosa que puedan tener aquellas personas que se encuentren allí en forma accidental y que no necesariamente concurran al espectáculo.

b.2.5) “Inmediaciones”

Las inmediaciones se refieren a las proximidades de un lugar. Se interpreta como aquellas que se encuentran vinculadas con el espectáculo en sí, ya sea por tratarse de predios linderos al estadio, o aquellos ubicados en las vías de acceso y desagote de los simpatizantes o “hinchadas”¹³³, criterio que fue sostenido jurisprudencialmente al expresarse que no corresponde la aplicación de la agravante si el hecho se produjo a más de treinta cuadras del estadio dónde fue realizado el evento toda vez que no concurre el requisito de comisión en las inmediaciones del ámbito de concurrencia pública requerido por la ley¹³⁴. Sin embargo, nuevamente, el concepto de inmediación es extremadamente subjetivo, dejando librado a criterio de los jueces el contenido del mismo. Se tambalea el mandato de certeza.

b.2.6) “Antes, durante o después de él”

Para comenzar, durante significa simultaneidad de un acontecimiento con otro. Es decir que el delito debe comenzar a cometerse mientras se esté llevando a cabo el espectáculo deportivo. Pareciera claro que las suspensiones reglamentarias o extra

¹³³ *Ibidem*, p. 495.

¹³⁴ LL. Litoral, 2000 – 1005, fallo cit. por MAHIQUES, *ibidem*, p. 495, nota N° 3.



reglamentarias del mismo quedan comprendidas en la temporalidad del “durante” hasta que la persona o personas responsables del mismo decreten su finalización.

Sin embargo, el legislador también agrega antes o después. Y antes significa prioridad de lugar o de tiempo. No puede saberse ni cuánto tiempo ni desde qué lugar previo comienza a operar la tutela. Lo mismo sucede con la palabra después que quiere decir posterioridad de lugar o de tiempo. No se dice el tiempo posterior en que debe ocurrir ni el lugar.

Algunos han dicho que debe entenderse que el hecho debe cometerse *inmediatamente* antes o después, es decir, que debe haber ocurrido en el trayecto hacia el estadio o mientras se produce el ingreso al mismo o el desagote de los espectadores, pero no más allá de ello¹³⁵. Entendemos que esta forma de interpretación lleva ínsita la buena voluntad de poder darle adecuación constitucional. Sin embargo, el tipo penal no menciona el adverbio de marras, con lo que estaríamos agregando palabras que no fueron escritas.

En efecto, ¿qué sucedería si el hecho se perpetra en las inmediaciones del un estadio, pero dos horas después de haber finalizado el espectáculo?, o ¿tres?, o ¿cuatro? ¿Cómo se establece el tiempo? ¿En segundos, minutos, horas, días...? El tipo penal, en cuanto al “después” hace referencia a la finalización del cotejo. Lo mismo puede predicarse del “antes”.

Con estas consideraciones, entendemos que el tipo penal violenta el mandato de certeza. La limitación temporal quedará en manos del intérprete con lo que podría violarse la igualdad ante la ley. De esta forma, entendemos que el tipo penal es inconstitucional.

III) POR EL MODO DE PERPETRARLO

Analizaremos el hurto con escalamiento.

a) Hurto con escalamiento (artículo 163 inciso 4 CP)

a.1) Fundamentos de la agravante

En realidad, la agravante pareciera fundarse en la mayor destreza del sujeto para poder ingresar a un recinto por un lugar no destinado a servir de entrada, es decir, venciendo obstáculos protectores de la cosa, demostrando su mayor peligrosidad¹³⁶.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 495.

¹³⁶ DONNA, op. cit. p. 75.



a.2) Tipo Objetivo

a.2.1) Concepto de escalamiento

Escalamiento implica, aunque provisoriamente, la penetración al lugar donde se encuentra la cosa por una vía no destinada a tal efecto¹³⁷, es decir, a servir de entrada; también llamado se lo llama “acceso insólito”¹³⁸. A ello se le agrega que el sujeto debe superar las defensas reales consistentes en obstáculos de altura o descenso que exigen esfuerzo, agilidad o artificio¹³⁹, es decir que el obstáculo sea de entidad e importancia¹⁴⁰. Y si el escalamiento implica penetrar, pareciera claro que importa el ingreso del sujeto activo al recinto donde esté la cosa de la que pretende apoderarse¹⁴¹. Pero lo cierto es que una vía no destinada a servir de entrada puede perfectamente ser un túnel construido para ingresar o utilizar aparatos para descender al lugar¹⁴². Pareciera contradictoria la imagen que se le representa a una persona cuando utiliza la palabra escalamiento con la que pretende dársele en la ley penal. En efecto, escalamiento da la idea de subir, no de descender. Escalamiento significa la acción y efecto de escalar, y *escalar*, en su segunda acepción, significa subir, trepar por una gran pendiente o a una gran altura. En modo alguno implica descender, como lo entiende CREUS cuando expresa que... *en primer término hay que admitir que escalar denota actividad de una persona: escala el que sube o baja...*¹⁴³.

Esta conclusión no parece razonable a la luz del significado de la palabra escalar. En todo caso el cambio debería intentarse por vía legislativa y no por una interpretación forzada del tipo penal, violentando en forma flagrante el mandato de certeza constitucional. Justamente, una de las funciones que tiene la forma que hemos adoptado para cominar las penas, una escala que se extiende de un mínimo a un máximo, es la de atrapar aquellas conductas que sin dejar de estar en la figura simple, parecieran ser más graves que ella pero que no se adecuan a ninguna de las agravantes específicamente legisladas. De esta forma, por ejemplo, si el sujeto activo desciende hacia donde se encuentra la cosa mediante un importante esfuerzo físico, la conducta

¹³⁷ DAMIANOVICH, op. cit. p. 98. La aclaración “provisoriamente” nos pertenece.

¹³⁸ DONNA, op. cit. p. 76.

¹³⁹ NÚÑEZ, op. cit. p. 223; CREUS, op. cit. p. 413 y ss.; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 434; TOZZINI, op. cit. p. 215; MOLINARIO (1937), op. cit. p. 55; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 473; RAMOS, op. cit. p. 178.

¹⁴⁰ MOLINARIO (1943), op. cit. p. 474.

¹⁴¹ TOZZINI, op. cit. p. 219.

¹⁴² DONNA, op. cit. p. 77; RAMOS, op. cit. p. 178.

¹⁴³ CREUS, op. cit. p. 414; SOLER, op. cit. p. 224.



seguirá subsumida en el hurto simple, lo que no quiere decir que no se pueda aplicar una pena más elevada dentro de la escala penal prevista por al artículo 162.

a.2.2) *Escalamiento ¿externo o interno?*

Por los ejemplos dados por la doctrina¹⁴⁴, el escalamiento externo parece referirse al ingreso del sujeto activo desde la calle a una vivienda y, el interno, cuando ya habiendo ingresado sin escalar, debe escalar para lograr la obtención de la cosa. Así se expresa que... *tanto da que el agente haya superado el tapial que rodea la casa, como que habiendo penetrado en ella por la puerta, acceda a la pieza donde se encuentra la cosa escalando a través de una claraboya...*¹⁴⁵. Certo es que la ley no distingue en cuanto al tipo de escalamiento. En este sentido, como afirma SOLER,... *la cosa hurtada, ..., debe hallarse dentro de una esfera de custodia desde dentro de la cual se ejerce la vigilancia, y ese requisito se cumple tanto con una tapia exterior como con los muros de una habitación. El que entró por la puerta al patio de una casa, pero para hurtar en el dormitorio se encaramó por la banderola, cometió escalamiento...*¹⁴⁶.

Es por ello, que entendemos no tiene mucho sentido hacer estas distinciones.

a.2.3) *¿Quién o qué debe escalar, el sujeto activo o la cosa?*

El que debe escalar es el sujeto activo y no la cosa, por lo que la agravante se descarta si el sujeto hace que la cosa suba o baje. Lógicamente, la agravante está destinada a sancionar la mayor peligrosidad del autor al vencer una determinada defensa que resguarda la cosa, pero es el sujeto activo, quien mediante su esfuerzo físico debe superarla. No podría decirse que debe escalar el sujeto porque las cosas no tienen vida propia. En efecto, si un individuo pretende apoderarse de un perro o de un gato y los tienta con comida para que se acerquen a él, y los animales para llegar a la comida ofrecida deben escalar, no estaríamos en la agravante, toda vez que el esfuerzo físico no lo hizo el sujeto activo. De la misma forma, si el sujeto arroja un sedal con

¹⁴⁴ CREUS, op. cit. p. 414.

¹⁴⁵ CREUS, op. cit. p. 414; DONNA, op. cit. p. 81. La cita que hace este último autor del primero, ubica este texto en la página 436 de la obra de CREUS. En la edición que nosotros utilizamos se encuentra en la página 414.

¹⁴⁶ SOLER, op. cit. p. 225; DONNA, op. cit. p. 81. Debemos aclarar que la cita que utiliza este último autor del primeramente nombrado, ubica este aserto en la página 249 de la obra de SOLER. La edición que utilizamos nosotros, la ubica en la página ya referida; TOZZINI, op. cit. p. 217. Respecto de esta última, sucede lo mismo; DONNA ubica la cita de TOZZINI en la página 215 de la obra de éste.



un anzuelo a través de un muro para “enganchar” la cosa que se encuentra del otro lado.

a.2.4) ¿Es necesario que el sujeto activo penetre al lugar donde se encuentra la cosa?

Conforme el significado de la palabra escalamiento (*vid. supra a.2.1*), no es necesario que el sujeto ingrese al lugar donde se encuentra la cosa¹⁴⁷. Es por ello que aclaramos que la definición era provisoria (*vid. supra a.2.1*).

a.2.5) ¿Escalamiento para salir?

Las posturas tradicionales entienden que si el sujeto activo escala únicamente para salir del lugar donde se encontraba la cosa luego de haber comenzado la ejecución del hecho, no se configuraría la agravante¹⁴⁸. Minoritariamente se entiende que sí procede la agravante en estos casos¹⁴⁹. Para adoptar una postura referente a este tópico, es necesario que formulemos algunas aclaraciones.

El hurto se agravará cuando se perpetrare con escalamiento. En primer lugar, la palabra *cuando* significa en el tiempo, en el punto, en la ocasión en que; *perpetrar* implica cometer o consumar un delito o culpa grave; *con* denota el medio, modo o instrumento que sirve para hacer algo y, *escalamiento* significa acción y efecto de escalar. Y *escalar*, como ya lo señalásemos, en su segunda acepción, significa subir, trepar por una gran pendiente o a una gran altura. Si bien es cierto que la cuarta acepción de *escalar* significa entrar subrepticia o violentamente en alguna parte, o salir de ella rompiendo una pared, un tejado, etc., no lo es menos que estas menciones a la violencia quedan atapadas por la previsión del artículo 167 inciso 4 del CP.

Por el significado de las palabras utilizadas por el legislador, se podría reformular la agravante diciendo que el *apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena* (hurto) se agravará *en la ocasión en que* (cuando) se *consume* (se perpetrare) *utilizando un medio, modo o instrumento que sirva para hacer algo* (con), *en este caso, el hacer algo* se refiere a *subir o trepar por una gran pendiente o a una gran altura* (escalamiento).

¹⁴⁷ CREUS, op. cit. p. 415; SOLER, op. cit. p. 223/224.

¹⁴⁸ FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 436; DAMIANOVICH, op. cit. p. 99; TOZZINI, op. cit. p. 219; NÚÑEZ, op. cit. p. 234; MOLINARIO (1937), op. cit. p. 56; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 473; DONNA, op. cit. p. 81.

¹⁴⁹ CREUS, op. cit. p. 415; SOLER, op. cit. p. 225.



Como la ley al utilizar la palabra perpetrar, hace referencia a consumar, no parece descabellado entender que si el sujeto activo escala para salir del lugar, su conducta no se subsuma en la agravante. Y es que en realidad se da un concurso aparente de leyes, que puede definirse como el conjunto de relaciones entre ciertos tipos penales que determinan la aplicación al caso de uno de ellos y el desplazamiento del otro o de los otros¹⁵⁰, es decir que a pesar de que a primera vista son varios los tipos que concurren y bajo los cuales se subsume el hecho, en virtud de su respectivo contenido y de diversas relaciones existentes entre ellos sólo uno, que desplaza al otro u otros, resulta aplicable, por ser el que más particularmente contempla la totalidad de las modalidades del hecho, agotando su contenido de injusto y culpabilidad¹⁵¹. Y para el caso en análisis, entiendo que corresponde una relación de especialidad, es decir, donde existe un tipo básico o genérico que contiene determinados requisitos y uno o más tipos específicos o especiales que, construido(s) sobre la base de la misma acción típica que aquél, contiene(n) otro(s) requisito(s) adicional(es) específico(s). El tipo llamado “específico” describe la conducta en forma más detallada que el otro llamado “genérico”¹⁵².

En efecto, el sujeto pudo haber ingresado para apoderarse de la cosa con dolo de hurto simple, pero para consumar el hecho, luego de desapoderar, por cualquier circunstancia, debió escalar para retirarse del lugar. Y teniendo en cuenta que el escalar no implica necesariamente entrar, su dolo trocó al de hurto agravado, y por especialidad, se aplica la figura que contenga más requisitos; en este caso, la más grave.

Por otro lado, el tipo penal habla de perpetrar que implica consumar. Lo cierto es que para consumar o perpetrar un hecho, sobre todo en los delitos de resultado, se requiere que se haya iniciado el *iter criminis*. Por lo tanto, desde esta interpretación, da lo mismo que el escalamiento haya sido utilizado para entrar o salir. Lo importante es que en algún momento de ese “camino del crimen” se haya echado mano al escalamiento.

No nos pasa desapercibido que este razonamiento tiene importantes implicancias en el instituto de la tentativa. Va de suyo que si el agente una vez que tiene la cosa dentro del recinto, es sorprendido y al huir debe escalar, el hecho su subsume en hurto agravado por escalamiento en grado de tentativa. De la misma forma, si un sujeto es sorprendido escalando para ingresar a un lugar con fines de

¹⁵⁰ CARAMUTI, CARLOS S., *Concurso de delitos*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 182.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 181.

¹⁵² *Ibidem*, p. 198.



apoderamiento y por razones ajenas a su voluntad, abandona el hecho, también se calificaría como tentativa de hurto agravado por escalamiento.

Por lo expuesto, adherimos a la postura minoritaria. El tipo penal se perfecciona también cuando se escala para salir.

IV) POR EL MEDIO UTILIZADO

Se analizará el hurto mediante utilización de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante llave verdadera hallada, sustraída o retenida.

a) Hurto mediante utilización de ganzúa, llave falsa o instrumento semejante o llave verdadera hallada sustraída o retenida

a.1) Fundamentos de la agravante

En estos casos, se fundamenta la agravante toda vez que el sujeto activo hace fracasar las medidas extras que arbitró otro para el cuidado de sus pertenencias. Es decir que, la defensa privada aparece como impotente ante quienes no se detienen frente al poder restrictivo de una cerradura, es decir, de los específicos mecanismos que tienen por objeto la clausura¹⁵³.

a.2) Tipo Objetivo

Como presupuesto general de lo que vamos a analizar, debe quedar en claro que la cosa debe estar protegida por una cerradura con la llave echada¹⁵⁴.

a.2.1) Concepto de ganzúa

La ganzúa es un alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras¹⁵⁵, en tanto y en cuanto no se dañe ya que se subsumiría en el robo.

¹⁵³ DAMIANOVICH, op. cit. p. 93.

¹⁵⁴ D'ALESSIO, op. cit. p. 396

¹⁵⁵ DONNA, op. cit. p. 71; DAMIANOVICH, op. cit. p. 94; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 432; CREUS, op. cit. p. 410; SOLER, op. cit. p. 219; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 471; TOZZINI, op. cit. p. 210; D'ALESSIO, op. cit. p. 397.



a.2.2) Concepto de llave falsa

Una llave es un instrumento, comúnmente metálico, que, introducido en una cerradura, permite activar el mecanismo que la abre y la cierra. Sin embargo, dada la evolución tecnológica, hoy existen llaves en forma de tarjetas plásticas que abren o cierran cerraduras electrónicas o computarizadas.

La llave será falsa cuando se destine a abrir una específicamente una cerradura a la que no está determinada¹⁵⁶. A guisa de ejemplo, si la llave 1 está destinada a abrir la cerradura A y se la utiliza para abrir la cerradura B, la llave 1 para la primera será verdadera y, para la segunda cerradura, falsa.

Debe tenerse en cuenta también que existe la llamada *llave maestra*, es decir, la que está hecha en tal disposición que abre y cierra todas las cerraduras de una casa. Para el caso, no ofrece dificultad toda vez que en vez de abrir o cerrar una cerradura, abre o cierra muchas, con lo que si se destina para abrir una de las que no abre ni cierra, será falsa por más *maestra* que sea.

Quedan atrapadas en el concepto de llave falsa, las copias obtenidas de las verdaderas¹⁵⁷.

a.2.3) Concepto de instrumento semejante

Esta inclusión en el tipo penal, lo amplía enormemente. En efecto, se equipara al concepto de ganzúa y llave falsa, cualquier cosa de la que nos sirvamos para hacer algo, en este caso, abrir una cerradura, en tanto y en cuanto no implique destrucción del cerrojo ya que en tal caso, estaremos frente a una hipótesis de robo. En cuanto a la semejanza, entendemos que no se refiere al parecido material, sino al funcional. Es decir, puede no parecer una ganzúa o una llave falsa materialmente, pero desde la función opera como si lo fuera.

a.2.4) Concepto de llave verdadera sustraída, hallada o retenida

Llave verdadera es aquel instrumento que se utiliza para abrir o cerrar la cerradura de que se trate y que corresponda a esa llave. Así, tanto la llave verdadera como la falsa se define por su destino. Adviértase *la doble direccionalidad funcional*

¹⁵⁶ TOZZINI, op. cit. p. 211; NÚÑEZ, op. cit. p. 233; MOLINARIO (1943), op. cit. p. 471; SOLER, op. cit. p. 220; CREUS, op. cit. p. 410; FONTÁN BALESTRA, op. cit. p. 432; DONNA, op. cit. p. 72.

¹⁵⁷ DONNA, op. cit. p. 72; TOZZINI, op. cit. p. 211.



conceptual. Por lo tanto, si la llave verdadera es utilizada para abrir una cerradura distinta a la que pertenece, será llave falsa.

Pero el tipo penal exige que la llave verdadera sea sustraída, hallada o retenida.

La *llave sustraída* se refiere a la llave verdadera que haya sido sustraída por el autor o por un tercero para entregársela con la finalidad de utilizarla para apoderarse de la cosa¹⁵⁸. En este contexto, la sustracción de la llave queda absorbida por la agravante, tratándose de un delito único por efecto de tipo. No quedará absorbida en el concepto de llave sustraída la que ha sido olvidada en la cerradura o en un lugar visible¹⁵⁹, pero sí en el concepto de llave hallada.

La *llave hallada* es la que se ha encontrado el autor o un tercero por haber sido extraviada por su tenedor, o que ha sido buscada por el sujeto activo, y que se utilice con ese fin, es decir, el de apoderamiento de una cosa utilizándola, por ejemplo la dejada debajo un felpudo¹⁶⁰ o en una maceta¹⁶¹. Esto así toda vez que hallar significa tanto dar con alguien o algo que se busca como dar con alguien o algo sin buscarlo.

La *llave retenida* es aquella que ha sido entregada por el tenedor con un fin distinto o para abrir el lugar en determinada oportunidad o circunstancia, y que es usada por el autor habiendo cesado la autorización o excediendo los límites de ésta¹⁶².

En este último caso, debemos diferenciar el hecho con el delito de estafa. En efecto, si el sujeto activo, al momento de que se le entregue la llave, utilizó ardides o engaños para obtenerla del sujeto pasivo, el dolo del autor es *ex – ante*, es decir, la relación contractual se encuentra viciada *ab initio*. En cambio en el hurto agravado por llave retenida, el dolo es *ex – post*, es decir, la relación contractual no se encuentra viciada y el dolo del autor nace luego de la obtención del instrumento.

¹⁵⁸ TOZZINI, op. cit. p. 212

¹⁵⁹ DONNA, op. cit. p. 70.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶¹ TOZZINI, op. cit. p. 213.

¹⁶² TOZZINI, op. cit. p. 213, haciendo referencia al proyecto de Soler; DONNA, op. cit. p. 71.



AGRAVANTE POR LA CALIDAD DEL AUTOR

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.*”

a) Fundamento de la agravante

El legislador entendió que agravando las penas para estos delitos cuando fueren cometidos por personal que, en realidad, tiene por función velar por la paz y el orden público, podría solucionar un problema que en realidad, va a quedar sin solución en la medida en que no se tomen otros caminos, como por ejemplo, el de la educación.

La ley 25.816¹⁶³, en lo que aquí respecta, eleva la pena en un tercio en su mínimo y en su máximo, cuando el que ejecutare el hecho sea miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. Así, la escala penal para el hurto simple será prisión de un mes y diez días en su mínimo y dos años y ocho meses en su máximo. Para este caso, ya sí los mayores de dieciséis años son punibles, toda vez que el máximo supera los dos años de pena privativa de libertad.

Respecto de los hurtos agravados, la pena será de prisión de un año y cuatro meses en su mínimo y de prisión de ocho años en su máximo. Por lo tanto, es teóricamente posible condenar a un individuo por hurto doblemente agravado (artículos 163 y 163 bis) a la misma pena que se podría imponer a otro sujeto como autor de homicidio simple, es decir, ocho años. Esto llama a la reflexión. O la escala penal prevista para el homicidio simple es muy baja o aquélla es demasiado alta. De cualquier forma, entendemos que no deja de ser una incongruencia.

Más incongruente aún parece ser lo siguiente. En caso de que la conducta del autor se subsuma en el inciso 4º del artículo 167 del CP, entendemos que la agravante también corresponde. En efecto, si bien es cierto que el artículo 163 bis agrava el hurto simple (artículo 162) y los hurtos agravados (artículo 163) con referencia expresa, no lo es menos que el inciso 4º del artículo 167 remite a las agravantes del artículo 163, y si éstas ya se agravan por la calidad del sujeto activo, no vemos óbice dogmático para no aplicarlas en los casos del mencionado inciso 4º.

¹⁶³ Vid. Nota N° 14.



Así las cosas, la escala penal prevista para el artículo 167, en todos sus incisos, es reclusión o prisión de tres a diez años, con lo que de corresponder la agravante del artículo 163 bis, la escala penal con la que se va a meritar la conducta del sindicado oscilará entre reclusión o prisión de cuatro años en su mínimo y trece años en su máximo, penas perfectamente aplicables a un homicidio simple, tanto tentado como consumado, como a un homicidio calificado agravado por el vínculo cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, tanto tentado como consumado. Me parece que no resiste el menor análisis.

b) Tipo Objetivo

Merece esta agravante aquel que ejecutare el hecho siendo miembro de las fuerzas mencionadas, de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. Sobre el punto, debemos formular algunas precisiones. Por un lado, tener en cuenta que al hablar de fuerzas de seguridad, se hace referencia a aquella persona que revista como integrante de dichas fuerzas.

Este elemento normativo del tipo penal nos remite a la ley 24.059¹⁶⁴. En ella, su artículo 7º establece que forman parte del sistema de seguridad interior, el Presidente de la Nación, los gobernadores de provincia que adhieran a la ley mencionada, el Congreso Nacional, los ministros del Interior, de Defensa y de Justicia, la Policía Federal, la Policía de Seguridad Aeroportuaria y las policías provinciales de aquellas provincias que adhieran a la ley mencionada *ut supra*, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina. Por lo tanto, cuando el tipo penal se refiere a “policiales”, impresiona como redundante¹⁶⁵. Pero conforme a la redacción de la ley de Seguridad Interior, si el sujeto, si bien perteneciendo a la policía, lo es de una provincia que no adhirió a la 24.059, no correspondería la aplicación de la agravante.

Respecto del servicio penitenciario, en el ámbito nacional, es regido por la ley 20.416¹⁶⁶, pero al no aclarar el tipo penal a cuál se refiere, se entiende que quedan incluidos los integrantes de todos los servicios penitenciarios del país.

Como el tipo penal no exige que el delito sea cometido en ocasión de estar cumpliendo funciones, basta integrar la fuerza de que se trate, sin que sea relevante que el numerario se encuentre fuera de servicio, de licencia, en un área propia de otra fuerza, o retirados¹⁶⁷.

¹⁶⁴ B.O. 17 de enero de 1992 (Nº 27.307), modificada por ley 26.102.

¹⁶⁵ D'ALESSIO, op. cit. p. 401.

¹⁶⁶ B.O. 14 de junio de 1973 (Nº 22.687)

¹⁶⁷ D'ALESSIO, op. cit. p. 402.



Permanecen fuera de la agravante los miembros de las fuerzas armadas, toda vez que la enunciación que hace el tipo penal es taxativa.

Pareciera ser que sólo corresponde la misma al autor o coautor, es decir, a quienes tienen el dominio del hecho, sobre todo si se toma en cuenta la redacción del art. 45 del CP, al expresar y definir a autores y coautores como los que tomasen parte en la ejecución de un hecho, ya que la agravante hace referencia *cuando quien ejecutare el hecho*, y no a quienes les prestasen colaboración o determinasen directamente a otro a cometerlo.

Esta agravante se trasmitirá a los partícipes si por ellos fuera conocida tal condición, conforme lo dispuesto por el artículo 48 del CP. De tal suerte que, tomando el vocablo *participación* de este artículo en sentido lato, es decir, incluyendo a los cómplices e instigadores, también correspondería la agravante a estos últimos si conociesen esa circunstancia del o los instigados.

