

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



DE LA "CONTRECTATIO" AL "APODERAMIENTO". NOTAS SOBRE EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO DE VEHÍCULOS

SUMARIO

	Pág.
1. Premisa metodológica.	200
2. Introducción.	200
3. Las diversas posiciones sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo.	201
1) Tocar la cosa.	201
2) Mover la cosa.	201
3) Sustraer la cosa.	202
4) Apoderarse de la cosa.	203
5) Esconder la cosa.	204
4. En el "Common Law".	204
5. Conclusiones.	205
6. Consideraciones finales.	207
7. Bibliografía básica.	207

EL MOMENTO DE CONSUMACIÓN DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO DE VEHÍCULOS

Premisa metodológica.

Toda conducta delictiva de tipo penal se define en función del verbo que caracteriza el tipo previsto en el respectivo Código. El texto legal habla de "el que se apoderare. . ." con relación al hurto y al robo.

El criterio exegético gramatical debe complementarse con la perspectiva sustancial: el bien jurídico lesionado: la propiedad (o alguna de las facultades que esta comprende), si bien, la moderna doctrina tiende a hacer referencia a la detentación (como situación de hecho jurídicamente valiosa lesionada con estos delitos).

De la síntesis de sustancia y forma podrá emerger el tratamiento integral de la figura.

Introducción.

El debate sobre el tema que nos ocupa tiene un lugar preferente en la historia de la doctrina jurídica; sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo se han dado diversas soluciones que en definitiva han tratado de desentrañar el alcance del concepto de "apoderamiento" (común a los dos tipos penales).

Si bien el hurto y el robo han recibido tratamiento positivo en las más diversas culturas y hay ejemplos de esto tanto en el Código de Hamurabi como en el Código de Manú, la verdad es que, dentro de la tradición occidental, los orígenes de la polémica se sitúan en la figura del jurisconsulto romano Paulo, uno de los más fecundos de los clásicos (considerado por algunos autores¹ como de estilo "algo complicado y oscuro"), quien prácticamente determinó con su definición de hurto una polémica doctrinal y jurisprudencial que todavía hoy se proyecta. Paulo parece haber usado, para definir la conducta ilícita las expresiones "contrectatio" y "contrectatione":

"Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendigratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve" (Hurto es el "apoderamiento" fraudulento de una cosa, para lucrarse con ella, con la cosa misma, con su uso o con su posesión).²

"Furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittitur" (No puede cometerse el hurto sin "tocar" la cosa; no con sólo el ánimo se incurre en hurto).³

Los conceptos de Paulo expuestos, en su traducción, nos revelan que el punto es tan ambiguo que el mismo tratadista Cabanellas, en un caso traduce la expresión por "apoderar" y en el otro caso por "tocar".

Un breve vistazo histórico nos revela que la definición de Paulo ha sido objeto de muy diversas interpretaciones. "A oscurecerlo todo viene el gigantesco esfuerzo que a partir de la decadencia del Derecho Romano se palpa en las obras de los glosadores, postglosadores y prácticos, quienes sin unidad ni suficiencia y con el solo prestigio de sus nombres, autorizan la traducción, sentido, vigencia y significación del verbo definitorio de la acción".⁴ La discusión ha llegado al punto de dudarse sobre la autenticidad de la definición de Paulo; se ha puesto en duda su paternidad. Sin embargo, dos autorizadas opiniones consideran que "las palabras citadas son genuinas"⁵ y que si bien se consideró un tiempo que únicamente pertenecía a la definición de Paulo las primeras palabras (contrectatio rei fraudulosa), la crítica más reciente, haciendo un reexamen de los textos ha llegado a la conclusión de que la definición, si bien retocada por los recopiladores, muestra el pensamiento de Paulo.⁶

Hoy se duda si las múltiples y discordantes opiniones doctrinales y jurisprudenciales agotan la gama de las posibles interpretaciones⁷ y se afir-

1. ARIAS RAMOS, *Derecho Público romano e historia de las fuentes*, Ceres, Valladolid, 1964, p. 124.

2. PAULO, Lib. XLVII, tít. II, Ley 1, III. Cit. p. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico*.

3. PAULO, Lib. XLI, tít. II, Ley 3, v. cit. p. CABANELLAS, *Repertorio Jurídico*, 33.

4. VALENCIA, Jorge Enrique. *La acción material constitutiva del hurto en el nuevo Código Penal colombiano*. *Revista Judicial*, núm. 27, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1983, p. 103.

5. ALBANESE, Bernardo, *Furto. Introduzione storica*. *Enciclopedia del Diritto*, tomo 18, Giuffrè-ed., Varese, 1969, p. 317.

6. BRASIELLO, Ugo, *Furto. Diritto Intemedio*, Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, p. 692.

7. MANTOVANI, Ferrando, *Furto. Diritto Penale Comune*. Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino, p. 696.

ma que "la determinación del elemento material del hurto sigue siendo todavía uno de los puntos más delicados y controvertidos".⁸

Actualmente se pueden distinguir por lo menos cinco posiciones diversas sobre el sentido de la "contrectatio". La división ha dependido de la fijación del momento de consumación:

- a) tocar la cosa
- b) moverla
- c) sacarla de la esfera de poder
- ch) ponerla en la propia esfera de poder
- d) ponerla en lugar seguro.⁹

Si bien, cada uno de estos momentos ha sido afirmado como consumativo del hurto o robo, la verdad es que la mayor polémica se ha dado entre los que afirman que basta la remoción de las cosas (por ejemplo, el ladrón que apila las cosas que saca del armario) y los que sostienen que al menos debe sacarse de la esfera de poder o de custodia del propietario (o de quien lo tenga); para estos autores, en el ejemplo citado, el ladrón comete el hurto hasta que sale con su bolsa y se aleja de la esfera de custodia de la cosa. El mayor representante de la primera posición ha sido Carrara y de la segunda Pessina.¹⁰

Modernamente tiende a afirmarse la idea de que el apoderamiento es "la acción de *romper el poder de hecho* que alguien tiene legítimamente sobre la cosa y de traerla a la propia esfera de dominio";¹¹ de modo que "la apropiación, elemento esencial del hurto simple, tiene un lado positivo (Aneignung) y un lado negativo (Enteignung)."¹²

Las diversas posiciones sobre el momento de consumación de los delitos de hurto y robo.

Los diversos criterios utilizados dependen de la ubicación del momento de consumación: para algunos basta con que el ladrón toque el objeto, para otros basta que lo mueva, para otros se re-

quiere que se saque de la esfera de poder o de custodia del detentador, para otros se requiere el apoderamiento entendido como facultad de disponer del ladrón y para otros se requiere que el ladrón ponga las cosas en lugar seguro.

Veamos separadamente las diversas tesis:

1. Algunos autores han sostenido que las palabras deben entenderse como el "*contacto*" fraudulento con una cosa.¹³ Aunque esto fuera cierto, se referiría a la definición de Paulo y a las necesidades del Derecho Romano. Esta primera tesis no tiene reflejos jurisprudenciales en Costa Rica. En ninguno de los casos que tuve oportunidad de estudiar se ha considerado existente el delito cuando se toca el objeto.

2. Para otro sector, en el que se encuentra Carrara, basta que el ladrón *mueva* el objeto; es la llamada teoría de la "*amotio*".

Esta segunda tesis, de que basta que las cosas se muevan del lugar, no tiene apoyo en la jurisprudencia reciente examinada; antes bien, se encuentran casos de *vehículos movidos de lugar cincuenta y cien metros*, donde esto no ha sido considerado suficiente para que pueda hablarse de hurto; a lo sumo se ha admitido la tentativa.

En efecto; se ha expresado:

"el imputado, aprovechando que el ofendido dejó su motocicleta estacionada, la condujo como *unos cien metros* sin montarse en ella, donde trató de encender el motor, lo que no logró. . . en estado de tentativa. . ."¹⁴

"los imputados, aprovechando que el vehículo de la ofendida tenía una aletilla defectuosa, lo abrieron y lo empujaron *más o menos cincuenta metros* del lugar donde estaba aparcado, para ponerlo en conexión directa, lo que no lograron, en la especie se configura el delito de hurto agravado en grado de tentativa".¹⁵

8. Op. ult. cit., p. 705.

9. Con algunas variantes v. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, tomo IV, p. 157. (TEA, Buenos Aires, 1963). El "iter criminis" puede descomponerse en varios momentos: el agente puede tocar la cosa, moverla y ponerla en otro lugar, ponerla fuera de la esfera de voluntad y acción del sujeto despojado, hacerla entrar en la propia esfera de disponibilidad y ponerla en lugar seguro, MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 706.

10. SOLER, op. cit., p. 158.

11. Así GILKA, p. 33, GARCON, II p. 574, NOETZEL, 3. cit. p. CASTILLO, Francisco, *El hurto de uso*, Revista Judicial núm. 15, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo, 1980.

12. Op. ult. cit.

13. ALBANESE, op. cit., supra 5, p. 317.

14. Tribunal Superior Penal, Limón, núm. 199 de 11 hrs. de 20 de setiembre de 1978.

15. Tribunal Superior Primero Penal, Sección Primera, núm. 177 de 9:45 hrs. del 13 de noviembre de 1979.

"Fue el imputado quien lo condujo hasta ahí aprovechando el declive de la calle... tentativa de hurto agravado".¹⁶

Lo más interesante ha sido que la jurisprudencia también ha hablado de que no hay salida del "dominio" si el vehículo se encuentra *cerca*: "el vehículo no había salido del dominio del ofendido *por la cercanía* del lugar donde se encontraba él".¹⁷

En todos los casos citados se ha producido la AMOTIO, pero el delito no se perfeccionó. Esto revela que *no es el criterio del "movimiento" el que ha sido acogido por los Tribunales*. Esta es en síntesis la posición de la jurisprudencia al respecto.

La doctrina, por su parte, revela una clara tendencia a la superación del criterio de la "amotio". Lo mismo ocurre en el Derecho Comparado. En Italia, por ejemplo, el viejo Código de 1889 hacía consistir el elemento material del hurto en el apoderarse de la cosa mueble ajena *"quitándola del lugar donde se encontraba"*; el nuevo Código de 1930 *ha abandonado el viejo criterio espacial*; en lugar de la fórmula dicha, habla de *"sustrayéndola a quien la detenta"*.¹⁸

En contra del criterio de la "amotio", la doctrina ha expresado:

"la usurpación de la posesión en materia penal no puede subordinarse al mero desplazamiento físico o material del bien, olvidando que el delincuente *no se apodera* del mismo mientras el legítimo detentador de la cosa prolonga en el tiempo y en el espacio las expectativas de su autoridad y señorío... el ladrón debe hacer algo más que mover la cosa".¹⁹

El movimiento del objeto se ha dejado como criterio válido para la determinación del momento de consumación del hurto o del robo, dado que ni siquiera es algo necesario para la existencia de la sustracción. Puede haber sustracción sin desplazamiento, como en el caso de quien quema leña ajena para calentarse: "el hurto puede consumarse

prescindiendo del movimiento material de la cosa".²⁰

En conclusión: Jurisprudencia, Derecho Comparado y Doctrina se oponen a la idea de que el hurto se perfecciona con el movimiento del objeto.

3. La tercera tesis es la del desapoderamiento. Desde este punto de vista, el hurto se produce cuando el bien sale de la esfera de poder o esfera de custodia del propietario. Aunque algunos autores afirman que sustracción y apoderamiento son concomitantes, en realidad entre ellos hay una sucesión lógica y cronológica.

Esta teoría se denomina también "de la ABLATIO" o "de la sustracción"; "subraya el menoscabo del bien jurídico resguardado por el legislador cuando el autor simplemente priva al tenedor de la custodia de la cosa. Con arreglo a ella, la acción material del hurto está completa por el desapoderamiento del agraviado con intención del delincuente de apoderarse de la cosa ajena... esto sucede cuando, según las circunstancias del evento, a causa del acto de apoderamiento, la cosa ya no es portada o conducida por la víctima, o ya no está en la esfera o ámbito de custodia del agraviado".²¹

Sustracción, etimológicamente significa "quitar a otro una cosa".²² La doctrina ha usado varios sinónimos: "privación de la posesión" (para ANTOLISEI), "rescisión" (para PEDRAZI), despojo (para NUVOLONE). Ella *"se verifica cuando el detentador haya perdido la posibilidad de establecer, cuando quiera, el contacto material con la cosa"*.²³ Esto es algo necesario para que pueda hablarse de hurto o robo; *"un hurto sin sustracción no es un hurto"*.²⁴

En nuestra jurisprudencia encontramos manifestaciones de esta tercera teoría:

"Si los bienes salieron de la esfera de custodia, aun cuando el procesado no entró en ningún

16. Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, núm. 4 de 17:05 hrs. del 7 de enero de 1981.

17. Tribunal Superior Penal, núm. 24 de 10 hrs. de 31 de enero de 1979.

18. PECORELLA, Gaetano, Furto. *Enciclopedia del Diritto*, tomo 18, Giuffrè-ed., Milano, 1969, p. 356 y MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 699.

19. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 104.

20. MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 706.

21. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 107.

22. MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 701.

23. Op. ult. cit., p. 706.

24. PECORELLA, op. cit., supra 18, p. 354.

momento en condiciones de disponer de ellos, se considera hurto y no tentativa".²⁵

Obsérvese que el criterio determinante es "la esfera de custodia"; de este modo, considera la doctrina que "la sustracción no se configura cuando la cosa se encuentre en la esfera de vigilancia del detentador, pues en tales casos subsiste la posibilidad de éste de restablecer el contacto material con la cosa".²⁶

Este punto de vista "importa una superación de los puntos de vista materiales y empíricos"²⁷ en los que se basaba la teoría de la "amotio". "Es importante establecer, a los fines de apreciar correctamente esta teoría, que ella no se guía por la materialidad de los lugares, sino que apela al concepto abstracto de "esfera de actividad del detentador de la cosa o esfera de custodia".²⁸ Continúa aclarando el ilustre autor: "Esfera de custodia es un concepto jurídico no solamente referido a la casa, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas".²⁹ En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, se ha considerado que un vehículo "en la vía pública puede estar bajo la esfera de custodia del propietario".³⁰

Esta teoría (de la sustracción) ha sido objetada en el sentido de que la ley penal habla de "apoderarse", no simplemente de "sustraer". Desde un punto de vista real objetivo podría pensarse que ya con la simple sustracción se ha lesionado el valor jurídico; esto es cierto, pero en materia penal, el principio de tipicidad nos obliga a tomar en cuenta el verbo definitorio de la acción: "apoderarse". Con la sustracción se dispone en cierta forma del bien, pero no hay realmente facultad (de hecho) de disponer; la facultad de disposición

es un momento lógico y cronológicamente ulterior.³¹

4. La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia pone énfasis más bien en la posibilidad de disponer del bien que haya tenido el delincuente: "la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos".³² Mientras el poder de realizar actos de disposición no exista, "no parece que el hurto esté consumado".³³

En el elenco de elementos del hurto la doctrina pone la sustracción y el apoderamiento, además del fin de obtener provecho.³⁴ "El hurto no es solamente sustracción, sino además "apoderamiento"; él no se agota en la mera privación de la disponibilidad de la cosa, sino que requiere además el paso de la cosa de patrimonio a patrimonio".³⁵

La relación entre sustracción y apoderamiento es clara: se trata de una relación de medio a fin. La sustracción aparece en la estructura del hurto como el medio a través del cual el agente realiza el presupuesto material del apoderamiento, entendiendo por éste la disponibilidad autónoma de la cosa, la adquisición de una nueva posesión.

En doctrina parece preferirse, como elemento material del hurto, el poder de disponer sobre el mero sacar de la esfera de custodia: "El delito-tipo de hurto, examinado el verbo rector, núcleo del tipo legal, ha sido acuñado sobre la base de considerar preferente la conducta ejecutiva del autor, sobre el despojo antijurídico de la cosa".³⁶ Cuando se produce la convergencia del momento pasivo (desposesión del objeto) con el activo (poder de disposición) se integra el delito.³⁷

Reafirmando lo expuesto, el ilustre jurista colombiano citado expresa: "Lo definitivo en la materia no es el desapoderamiento o la sustracción

25. Sala Segunda Penal, núm. 74—F de 16 hrs. del 17 de octubre de 1979.

26. MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 707.

27. SOLER, op. cit., supra 9, p. 159.

28. Op. ult. cit., p. 158.

29. Loc. ult. cit.

30. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 56 de 16:30 hrs. de 15 de marzo de 1982.

31. Sobre la distinción entre sustracción y apoderamiento v. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 103.

32. SOLER, op. cit., supra 9, p. 165.

33. Op. ult. cit., p. 169.

34. MANTOVANI, op. cit., supra 7, p. 695.

35. Op. ult. cit., p. 709.

36. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 107.

37. Así, loc. ult. cit.

de la cosa, si el agente carece de la idoneidad, capacidad o posibilidad de disfrutar a su talante, aun por breve tracto y sin solución de continuidad, del bien ilegalmente apropiado. El criterio de disponibilidad (posibilidad *real* de disponer de la cosa) y no el desapoderamiento (mero desplazamiento del objeto) define la acción típica".³⁸

También la jurisprudencia nacional parece participar mayoritariamente de este criterio; se ha hablado de la "posibilidad de disponer como dueños" como momento de perfeccionamiento del delito. Transcribo, a continuación, algunos fallos:

"Si los agentes estuvieron en condición de *disponer como si fueran dueños* del producto de su actividad ilícita, en la especie se configuró hurto agravado".³⁹

"Hurto, pues tuvieron *tiempo para disponer* del mismo".⁴⁰

"posteriormente fueron recuperados, pero ya cuando los indiciados *habían tenido posibilidad de disponer* de los mismos".⁴¹

"*pudo disponer* del vehículo".⁴²

Es igualmente significativo que la mayor parte de los códigos penales usa el verbo apoderar (no el verbo sustraer o el verbo mover); además del nuestro tenemos, por ejemplo, el de Colombia (art. 349) el de Italia, el de Argentina (art. 162) el de México (art. 367) y el de Perú (art. 237).

También en doctrina se considera que este momento es esencial: "el hurto es, en su esencia jurídica, una forma de apoderamiento; el requisito es esencial pues sin él habría delito de daños o apropiación indebida".⁴³

De acuerdo a lo expuesto, doctrina, legislación y jurisprudencia coinciden en determinar el momento consumativo del hurto en el *hecho* de la facultad de disposición del agente.

5. Finalmente tenemos la llamada teoría de la "Illatio".

Esta teoría es generalmente rechazada por extrema. No parece necesario que el ladrón haya ocultado los bienes hurtados o robados para que el delito exista.⁴⁴

Sin embargo, en ocasiones nuestra jurisprudencia ha utilizado este criterio, que elimina toda duda sobre si hay hurto o tentativa:

"como los acusados ya habían dispuesto de uno de los bienes, pues *lo tenían escondido* en un potrero cercano, no se configura el hurto en grado de tentativa".⁴⁵

"es constitutivo de robo... toda vez que estos lograron disponer de los bienes indicados *a/ esconderlos* antes de que fueran detenidos".⁴⁶

En el "Common Law":

En el Derecho Anglosajón el sentido que se ha dado a la expresión "contrectatio" no es claro. Black, por ejemplo, al traducir a Paulo (Contrectatio rei alienae animo furandi est furtum) habla de "tocar o mover la propiedad ajena" (touching or removing of another's property). Este autor dice que "contrectare" es un término latino que en el Derecho Civil y en el viejo Derecho inglés significa "manosear" (to handle) o tomar (to take hold).⁴⁷

Con relación al hurto y al robo buena parte de las definiciones encontradas utiliza la expresión "carrying away", con lo que el punto tampoco queda claro a nivel teórico, si bien la casuística se ha ido encargando de perfilarlo, pues esta expresión tiene dos significados (tanto el significado de la "amotio" como el de la "ablatio"): si "away" se define como "at or to a distance",⁴⁸ significa llevar a diferente lugar o dirección; pero, significa "sacar de la esfera de dominio" si se define

38. Op. ult. cit., p. 108.

39. Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Primera, núm. 105 de 16:45 hrs. del 2 de mayo de 1978.

40. Tribunal Superior Penal de Limón, 149 de 11 hrs. de 28 de agosto de 1979.

41. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 100 de 16:50 hrs. de 21 de junio de 1979.

42. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Segunda, núm. 160 de 13:50 hrs. de 11 de setiembre de 1979.

43. PECORELLA, op. cit., *supra* 18, p. 311.

44. Esta teoría se considera "desactualizada y sin ningún anclaje científico", BLACK'S VALENCIA, op. cit., *supra* 4, p. 104.

45. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Primera, núm. 112 de 10:10 hrs. de 19 de marzo de 1980.

46. Tribunal Superior Primero Penal, Sec. Segunda, núm. 156 de 10:45 hrs. del 24 de agosto de 1981.

47. BLACK, Henry. *Black's Law Dictionary*. West Publ. Co. St. Paul. Minn, 1979, p. 297.

48. *The American Heritage Dictionary*. Dell, New York, 1984, p. 48.

"away" como "from one's presence or possession".⁴⁹ Este último parece ser el sentido de la expresión cuando se define el hurto o robo de automóviles. Hemphill define el hurto como "taking and carrying away"⁵⁰ y en términos análogos se expresa Black: "Larceny: the unlawful taking and carrying away of property of another with intent to appropriate it to use inconsistent with latter's rights".⁵¹

El hurto de vehículos es conceptualizado en

los mismos términos: "the taking and carrying away of a motor vehicle".⁵²

El apoderamiento es un tomar posesión. La posesión en cuanto hecho toma en cuenta dos aspectos: detentación y control; es precisamente este control el requerido para que pueda hablarse de "apoderamiento".⁵³

En síntesis, el concepto de hurto en el Common Law oscila entre el "llevarse" (sustraer) y el "controlar" (facultad de disponer).

CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones expuestas es posible pasar a contestar el cuestionario planteado:

A) Sobre el momento de perfeccionamiento del hurto y del robo no hay acuerdo en la doctrina (en una polémica milenaria):

1. La posición mayoritaria exige el apoderamiento, entendido como la posibilidad que haya tenido el agente de disponer del bien como propio, sin obstáculos.

Sobre este primer punto conviene precisar:

- a) No basta que el agente haya tenido la posibilidad de destruir el bien:

"La disponibilidad objetivamente necesaria para la consumación del hurto es la mera posibilidad de disponer de la cosa, pero hay que tener en cuenta que esto no puede reducirse a la posibilidad de que el sujeto destruya la cosa. Cuando el sujeto ha tenido únicamente la posibilidad de destruir la cosa y ninguna otra más (usarla, consumirla, donarla, venderla, etc.) no puede considerarse que el delito se haya consumado".⁵⁴

- b) La posibilidad de disponer de la cosa por parte del ladrón debe ser real, sin tropiezos, sin obstáculos.

"La tenencia de la cosa debe reflejar para el hurtador un real estado de opción y libertad, donde sin interferencias ni estorbos pueda privilegiadamente por sí y ante sí, ejercer actos de potestad, imperio y dominio como si se tratara del legítimo señor del bien, posibilidad que correlativamente pierde el derechohabiente toda vez que resulta imposible admitir que la cosa se halla bajo el poder coetáneo y excluyente de dos individuos".⁵⁵ "Lo que interesa es que el autor pueda disponer. . . sin nudos ni tropiezos".⁵⁶

c) Si bien es cierto que para que haya apoderamiento debe haber sustracción (de la esfera del propietario) y si bien en realidad ya con el "desapoderamiento" (o sustracción) puede haber lesión de valores jurídicos, la ley habla de "apoderarse" (y no simplemente de "desapoderar" a otro), lo que significa que exige una toma de titularidad aparente de situaciones jurídicas (carente de eficacia saneante por su ilicitud radical).

La ley no exige, evidentemente, una verdadera (jurídica) facultad de disposición; esto no es posible; no puede haber titularidad válida donde hay vicio. Lo que en realidad interesa es el apoderamiento material con apariencia de legítimo; es la posibilidad que tenga el ladrón de aparecer como

49. Loc. ult. cit.

50. HEMPHILL, *The dictionary of practical Law*, Prentice Hall, 1979, p. 214.

51. BLACK, op. cit., supra 47, p. 792.

52. Op. ult. cit., p. 123.

53. Op. ult. cit., p. 1047.

54. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 110 cit. a ZAFFARONI.

55. VALENCIA, op. cit., supra 4, p. 108.

56. Op. ult. cit., p. 109.

propietario para disponer del bien hurtado o robado.

2. Otra posición, bastante generalizada considera consumado el delito cuando la cosa sale de la esfera de custodia del propietario (o detentador), entendiéndose "esfera de custodia" en sentido jurídico. La cosa no se considera "salida" de esta esfera cuando el detentador puede ejercitar materialmente actos sobre el bien, si está a su alcance y a su disposición.⁵⁷

Sobre el concepto de "esfera de custodia" conviene precisar:

- a) Que uno de los criterios reiteradamente usados por nuestra jurisprudencia es el de si el bien está o no "a la vista".

En efecto, se ha expresado:

"el automotor fue sustraído de la esfera de poder del damnificado en *forma total*, a más de que cuando se inició la persecución *ya no tenían a la vista el vehículo*".⁵⁸

"debe tenerse como autora responsable de hurto consumado y no en grado de tentativa, ya que por la distancia a que fue detenida, *luego de haber sido perdida de vista*, bien pudo realizar actos dispositivos".⁵⁹

b) El hurto es típicamente un delito contra la propiedad. El bien jurídico tutelado es una de las manifestaciones de la propiedad; ésta, más que un derecho, es un conjunto de derechos (usar, vender, donar, arrendar, defender, construir, transformar, perseguir el bien, poseerlo, usufructuarlo, etc.). Mientras el propietario no haya sido privado de estas prerrogativas, o sea, mientras el propietario pueda seguir ejercitando sobre el bien los atributos del dominio, no puede decirse consumado el hurto.

3. La teoría de la AMOTIO, según la cual, con el movimiento de la cosa se cumple el supuesto penal típico, no parece tener gran apoyo actualmente, inclusive se considera abandonada legislativa, jurisprudencial y doctrinalmente.

Sobre esta doctrina conviene precisar:

- a) La simple amotio no responde al concepto de "apoderarse":⁶⁰ la adquisición del poder de disponer sobre una cosa no se logra por el simple hecho de tocarla o moverla, como se pretendía antiguamente.
- b) De acuerdo con Jiménez de Asúa (análisis del tomo IV de la obra de Gómez) "la cuestión no está en el espacio, sino en los actos jurídicos del agente".⁶¹
- c) No constituye hurto consumado la "amotio" preparatoria.⁶²

En conclusión:

Para el perfeccionamiento del hurto (y del robo) son en mi criterio necesarios dos momentos: la sustracción y el apoderamiento. Mientras el ladrón no se haya llevado la cosa de la esfera de custodia del propietario o detentador (la que no coincide con su casa, como se ha aclarado, pues inclusive la calle puede considerarse parte de la esfera de custodia y actividades) y mientras no tenga la libre disponibilidad no hay hurto ni robo; a lo sumo habrá tentativa, si no otro delito.

- B) El segundo punto ya ha sido contestado: validez de la doctrina de la "amotio": ya se aclaró que hoy se considera superada y empírica.
- C) En cuanto a los criterios hoy prevalecientes, también ya se aclaró que son el del apoderamiento (en primer lugar) y el de la sustracción de la esfera del detentador (en segundo lugar).
- Ch) El último punto consultado debe ser contestado negativamente:

De acuerdo con los términos de la póliza existe como *exclusión* "el forzamiento o robo parcial de cualesquiera de los accesorios o partes útiles del automóvil, cuando no sea consecuencia del robo total del vehículo".

57. SOLER, op. cit., supra 9, p. 165.

58. Tribunal Superior Penal de Alajuela, Sec. B. núm. 289 de 16 hrs. de 22 de diciembre de 1981.

59. Tribunal Superior Segundo Penal, Sec. Primera, núm. 191 de 13:50 hrs. del 24 de agosto de 1981. Obsérvese que se usa también el criterio de apoderamiento (facultad de disponer).

60. Así SOLER, op. cit., supra 9, p. 163.

61. Op. ult. cit., p. 165.

62. Op. ult. cit., p. 166.

En consecuencia, no puede cumplirse el supuesto indemnizatorio del seguro de robo cuando el vehículo sigue dentro de las posibilidades de establecer materialmente contacto con él, no se ha perdido de vista, no ha salido de la esfera del propietario y mucho menos ha entrado dentro de la libre y sin obstáculos posibilidad de disposición del agente. Esto es así cuando el vehículo se mueve cerca de la cochera donde estaba estacionado, aunque se le extraigan algunos accesorios. En este ejemplo se produce la "amotio preparatoria" (antes aludida), pero no se produce la "ablatio" (sustracción) ya que el vehículo sigue a la disposición de su detentador, pues no ha salido de su esfera de custodia, ya que ésta no se identifica con un recinto determinado, sino que tiene que ver, como se ha estudiado, con la facultad del detentador de restablecer contacto con la cosa en cualquier momento, por tenerla a su vista y a su alcance.

D) Consideraciones finales:

Para concluir conviene recordar tres detalles:

- a) en caso de duda sobre si un hecho es hurto o tentativa de hurto debe estarse por lo segundo en virtud del principio "in dubio pro reo".

"Si no resulta suficientemente indicado el delito que se proponía realizar el agente, se presumirá que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad".⁶³

- b) El seguro de robo presenta un especial riesgo moral que exige la mayor cautela.
"Una de las más inusuales características de los seguros de hurto y robo es el *alto grado de riesgo moral* y la creciente posibilidad de pérdidas, por causa de fraude o deshonestidad de los mismos asegurados".⁶⁴
- c) De acuerdo a la lógica de la póliza carecería de sentido la exclusión comentada si se indemnizaran los casos de robo parcial donde por una simple "amotio" se considera consumado el delito, sin que el bien haya realmente salido de la posibilidad del propietario de retomarlo inmediatamente y sin que se haya producido verdaderamente el apoderamiento que exige la ley. La amotio preparatoria es considerada acto instrumental, no consumativo; ella puede configurar tentativa (u otro delito) pero no hurto o robo consumados.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALBANESE, Bernardo, Furto. *Introduzione storica*. Enciclopedia del Diritto, tomo 18, Giuffrè-ed, Varese, 1969.
 ARIAS RAMOS, Derecho Público romano e historia de las fuentes, Ceres, Valladolid, 1964, p. 124.
 BICKELHAUPT, David, *General Insurance*. Irwin, 1983.
 BLACK, Henry, *Black's Law Dictionary*, West Publ. Co. St. Paul. Minn. 1979.
 BRASIELLO, Ugo, Furto, *Diritto Intermedio*. Novissimo Digesto Italiano, UTET, Torino.
 CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio jurídico*, Heliasta, Buenos Aires, 1974.
 CASTILLO, Francisco, *El hurto de uso*, Revista de

Ciencias Jurídicas, núm. 15. Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial, San José, marzo de 1980.
 HEMPHILL, *The dictionary of practical Law*, Prentice Hall, 1979.
 MANTOVANI, Ferrando, Furto, *Diritto penale comune*, Novissimo Digesto italiano, UTET, Torino.
 PECORELLA, Gaetano, Furto, *Enciclopedia del Diritto*, tomo 18, Giuffrè-ed, Varese, 1969.
 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, tomo IV, 1963.
 VALENCIA, Jorge Enrique, *La acción material constitutiva del hurto en el nuevo Código Penal de Colombia*, Revista Judicial, núm. 27, Corte Suprema de Justicia, San José, diciembre de 1983.

63. Sala de Casación, 10:05 hrs. de 23 de marzo de 1949, I.s, I.T., p. 282.

64. BICKELHAUPT, David. *General Insurance*. Irwin, 1983, p. 646.