



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESCUELA DE EDUCACION CONTINUA

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

“EL HURTO EN LA LEGISLACION PENAL ECUATORIANA”

TESINA PREVIA A LA OBTENCION DEL TITULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO PENAL

DIRECTOR: DR. JAVIER DE LA FUENTE.

AUTOR: DR. PEDRO LOPEZ ANDRADE.

CUENCA – ECUADOR

2009

AGRADECIMIENTOS

Mis profundos agradecimientos a mis profesores de la maestría, en especial al Dr. Javier de la Fuente, joven erudito investigador del derecho penal.

DEDICATORIA

Esta tesina la dedico a mi padre Rafael López González, a mis hermanos y a mi hija María Antonella López Astudillo, quienes motivaron el presente esfuerzo.

ABSTRACT

Article 547 of the Ecuadorian Penal Code defines theft as “persons involved in the fraudulent and intentional taking of others’ property, without the use of violence, threats against others, nor the use of force in the act of stealing”.

Theft therefore is considered the illegitimate seizure of a movable object, in which the thief who has committed the act has stolen the object in his possession and is able to make use of the appropriated object. The fact that the accused may or may not benefit from the illegitimate seizure is irrelevant.

Theft is also considered the seizure of an object from the safekeeping and power of the original owner by which the thief then is in possession of said object.

The word fraudulent is used in order to emphasize the fraud inherent in theft, and to clarify that no theft can in itself accept fault. This is to say that the admission of guilt by the accused does not mitigate the severity of the crime

Only objects which are physical, tangible, and are capable of being appropriated are considered susceptible to theft.

In order to be considered a crime of theft, the property in question must not belong to the perpetrator participating in the act of theft, nor must the property in question be taken with the knowledge or consent of the owner.

The intentional act of appropriating property is one element in defining a crime of theft, the subjective component of the act of pre-meditation being another.

INDICE

CAPITULO I

BREVE RESEÑA, ORIGEN

- 1.1 El Hurto en El Código de Hamurabi.
- 1.2 El Hurto en Egipto.
- 1.3 El Hurto en Las Leyes de Manú.
- 1.4 El Hurto en la Legislación Hebrea.
- 1.5 El Hurto en el Derecho Romano.
- 1.6 El Hurto en el Derecho Germánico.
- 1.7 Definición de Hurto en la Legislación Penal Ecuatoriano.

CAPITULO II

LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE HURTO

- 2.1.1 Breve análisis de la frase “Sin violencia ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas”.
- 2.2 El elemento Sustracción en el hurto (La Esfera de Custodia).
- 2.3 La Tentativa en el hurto.
- 2.4 La Fraudulencia como elemento del delito de hurto.
- 2.5 La Cosa como elemento del delito de hurto.
- 2.6 La Cosa Ajena.
- 2.7 El Ánimo de Apropriación como elemento del delito de hurto.

INTRODUCCIÓN.

Los delitos contra la propiedad por lo general no van acompañados de aquellas notas sensacionalistas que acompañan a otros delitos espectaculares que llaman la atención del público y que rellenan las crónicas rojas de los diarios que han hecho de la explotación del drama del delito y de la difusión de actos antijurídicos un modo de vivir con fines de enriquecimiento.

Los delitos contra la propiedad como el hurto, el robo, la estafa, etc, son delitos de modesto brillo y solo adquieren la suficiente publicidad y el sospechoso honor de ser rotulados a grandes caracteres, cuando, a la sustracción, o al perjuicio económico, se une la violencia, esto es la sangre que necesita la nota sensacionalista para ser atrayente; la sangre que satisface el espíritu morboso del vulgo.

Quiera o no los delitos contra la propiedad son los que ocupan el primer lugar en las estadísticas penales y no solamente en los países subdesarrollados. Ejemplo de lo dicho nos lo dan las estadísticas de Estados Unidos de América y de Alemania Federal.

Sabemos que las estadísticas de los delitos no son mucho de fiar, no por lo que exageran sino al contrario por lo que no dicen. Existen miles de delitos contra la propiedad que ni siquiera llagan a la instrucción fiscal. Por ejemplo los hurtos de cosas de pequeño valor que suman diariamente cantidades insospechadas no son conocidos por la policía mucho menos por los órganos jurisdiccionales penales tanto porque el ofendido piensa que más pierde económicamente con el tiempo que debe dedicar para presentar la denuncia, para rendir la declaración instructiva, para realizar el reconocimiento del lugar de hecho, etc; y por lo tanto prefiere silenciar el hurto, perdiendo su valor , porque como poco o nada de esperanza tiene de recuperar la cosa sustraída. Y lo que sucede con el hurto sucede por lo general con la estafa, en donde la víctima en muchas ocasiones se avergüenza de haber sido timada, o porque ella ha sido realmente una víctima determinante para que la consumación se haga realidad.

En nuestro medio el delito contra la propiedades todas sus formas, es de alarmante repetición. No se duda que el hurto y la estafa, la apropiación indebida y la usura son los que, dentro de esta clase de delitos, más se repiten en la vida diaria. Se ha tratado de combatir dichos delitos adoptando medidas antitécnicas, como el aumento de las penas, sin que se produzca algún resultado positivo; es que el delito no es una consecuencia de la pena, el delito, es por si, un efecto.

El presente trabajo lo he dividido en dos capítulos; el primero lo he dedicado a la historia del delito de hurto, cuya importancia es total ya que cimienta las bases para el estudio más dedicado del análisis de los elementos de este mencionado delito.

El segundo capítulo se estudia ya los elementos que configuran este delito a saber el delito de hurto; en donde se prioriza el aspecto regional, analizado desde la óptica del Código Penal Ecuatoriano, sin desentrañar las profundas acepciones y pensamientos de los célebres maestros sudamericanos y algunos europeos; es más siendo estos las fuentes ricas en conocimiento que hacen de este pequeño trabajo investigativo-bibliográfico un resultado finalista graduarme como “Especialista en Derecho Penal”.

CAPITULO I.

BREVE RESEÑA, ORIGEN.

I.1 EL HURTO EN EL CÓDIGO DE HAMURABI.

El primer capítulo será meramente descriptivo en la que se hará un recuento histórico del delito de Hurto Simple, a manera de una breve sinopsis histórica.

Se ha dicho que el delito de Hurto surge paralelamente con la propiedad. Ya cuando el hombre se da cuenta de lo que considera de su privativo dominio desde ese momento la conducta del extraño que privaba al dueño de la cosa de la propiedad de la misma, era considerada una conducta antisocial que, en ciertas épocas y lugares, tuvo como sanción penas muy severas inclusive la penal capital . **1**

En el Código de Hamurabi (siglo XX AC), uno de los más antiguos momentos legislativos, descubierto en 1902 se encuentran referencia expresas al hurto, en especial tratando de proteger bienes que, en la época, eran de gran importancia , como el ganado; y es así como en el Art 8 de dicho código se lee “Si un hombre robare un buey o una oveja, o un asno o un puerco, o una cabra ya sea a un dios, o a un palacio, pagará treinta veces el valor de su hurto. Si fuere pobre pagará diez veces. Si el ladrón no tuviere como pagar, será castigado con la muerte”. **2**

1.2 EL HURTO EN EGIPTO.

En el libro de los muertos Egipcio (siglo XVI AC), se encuentra una recitación del muerto cuando se presenta a Osiris que recuerda en mucho al decálogo, pues el difunto al presentarse al dios le dice: “No he matado. No he robado, no he cometido, no he cometido adulterio, no he mentado, etc para que le permita gozar de la gracia divina.

1 Apuntes en clase, tomados de la cátedra Ciencias Penales.

2 Apuntes en clase, tomados de la cátedra de Ciencias Penales.

1.3 EL HURTO EN LAS LEYES DE MANU.

“En las “Leyes de Manú” Manava Darma Sastra (1280 AC) – encontramos una serie de disposiciones respecto al hurto y al robo, especialmente en los libros octavo (Oficio de los Jueces Civiles y Criminales; Deberes de la Clase Comerciante y de la clase servil). Así leemos: “El que ha robado oro a un Bracman debe ir con toda premura, a don de el rey con los cabellos sueltos y declararle su robo diciendo:”He cometido tal acción castígame”³¹⁵. Debe llevar sobre sus hombros un haz de armas, o una porra de madera de Khadira, o una jabalina puntiaguda en dos extremidades, o una barra de hierro; ³¹⁶. El ladrón ya sea que muera inmediatamente alo ser golpeado por el rey ya que lo dejen por muerto y sobreviva, queda purgando de su crimen; pero si el rey no le castiga la falta del ladrón. (Libro Octavo). ²⁵⁶. Que el rey, empleando como espías a sus propios ojos, distinga dos clases de ladrones: unos que se muestran en público, otros que se esconden y defienden bienes ajenos.²⁵⁷. Los ladrones públicos, los ladrones ocultos, son los que se introducen secretamente en una casa, por una brecha abierta en un muro, los bandidos que viven en los bosques o otros” (Libro Noveno).” ³

1.4 EL HURTO EN LA LEGISLACIÓN HEBREA.

En la legislación hebrea se distingue claramente dice Mateo Goldstein “entre el robo y el hurto. El robo implicaba siempre fuerza, violencia e intimidación. El hurto excluía estos caracteres y solamente se refería a un apoderamiento de un bien ajeno con el propósito de hacerse dueño de este, pero eliminando la violencia física o moral” ⁴. Este es el concepto que como veremos, se sigue básicamente en las legislaciones modernas sobre el hurto. En el éxodo pueden leerse disposiciones referentes tanto al hurto como al robo.

³ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. La pena. Pag 20. Tomo I. Editorial EQ Editores. Única Edición. Cita a las Leyes de manú.

⁴ ZAVALA BAQUERIZO Jorge. La Pena. Pag 21. Tomo I. Editorial EQ Editores. Única edición. Cita a Mateo Goldstein.

Según el mismo Goldstein “los atenienses castigaban con la muerte el robo diurno, cuando se trataba de más de cincuenta dracmas; el robo nocturno; el que se cometía en los baños públicos; en los gimnasios, aun cuando la suma fuere extremadamente reducida. Esparta consideraba el robo desde un punto de vista muy peculiar: lo perdonaban y absolvía, cuando hubiere sido hecho sagazmente, con habilidad”. **5**

1.5 EL HURTO EN EL DERECHO ROMANO.

En Roma ya podemos encontrar determinados conceptos sobre el hurto, que dada su influencia en nuestra legislación, nos obliga a detenernos en su estudio.

“El furtum romano deriva del latín ferre que equivale a “llevar o sustraer” (subreptio), según nos lo refiere Rodríguez Devesa. **6** Según lo explica el jurisconsulto Paulo “dice Labeon que se dijo hurto de furvum, esto es, negro, porque su característica es practicarse clandestinamente y casi siempre de noche; o de fraude, de acuerdo con Sabino; o de ferendo, llevar y autoferendo, quitando; o de la lengua de los griegos dijeron llevar”. **7** Rodríguez Devesa considera que “la etimología de furvus o de fraus es inadmisibles”, aceptando, como se ha dicho, la de “ferre”. **8**

5 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. La Pena. Pag 22. Tomo I. Editorial EQ Editores. Única Edición. Cita a Mateo Goldstein.

6 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. La pena. Pag 25. Tomo I Editorial EQ, Editores. Única Edición. Cita a Rodríguez Devesa.

7 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 25. Tomo I. Editorial Edino. Única Edición. Cita a Paulo. Libro XLI, Título II. Ley 3ª. XVIII.

8 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos Contra la Propiedad. Pag 26. Tomo I Editorial Edino. Única Edición. Cita a Rodríguez Devesa

Sea cualquiera el origen de la palabra “furtum” romana, lo cierto es que en un principio dicha palabra encerraba conductas variadas, pues dentro de ella se comprendía el hurto propiamente dicho, como el robo, la usurpación y la estafa. Es curioso observar que entre los romanos la penalidad se distinguía según que el “furtum” hubiera sido “manifestum” o “nec manifestum”, esto es, lo que actualmente podríamos llamar hurto flagrante o no flagrante, respectivamente.

Dentro del hurto manifestum se incluía el caso de que la cosa hurtada hubiera sido encontrada en poder del agente, aunque este no hubiera sido descubierto en el momento de cometer el delito, o instantes después de cometido. La pena para el furtum manifestum podía ser la de muerte para el esclavo o la esclavitud o los azotes para el hombre libre. El furtum nec manifestum era sancionado con pena de multa que, por lo general, estaba constituída por el duplo del valor de la cosa hurtada.

Según nos lo dice Núñez los romanos también defendían el furtum conceptum, el cual surgía cuando “en presencia de testigos la cosa hurtada era buscada y hallada en la casa de alguien, aunque no fuese el ladrón... Si la pesquisa se realizaba solemnemente empleándose el plato y el ceñidor (per lancem et licium), existía el furtum lance licioque que conceptum, equiparado al hurto manifiesto. Pero si el objeto hurtado era manifiesto accidentalmente, o por una pesquisa realizada con el consentimiento de aquel en cuya casa se había hecho, sin formas solemnes existía simplemente el furtum conceptus, castigado por las doce tablas con la pena del triple” ⁹. La actio furti concepti, precisamente, consistía en la acción para el descubrimiento de lo robado con el fin de que penalmente se condene al triple de lo sustraído al encubridor de lo hurtado. Pero, por otra parte, también se concedía la actio furti manifesti, por la cual las doce tablas, al señalar para el hurto manifiesto, la venganza privada o la composición voluntaria, se enervan estas penas aceptando el pretor la indicada acción, a fin de que se condene al agente al pago del cuádruplo del valor sustraído.

9 ANZIETA VILLALOBOS Edgardo. Delitos Proprietarios. Pag 139. Único Tomo. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Edición Primera. Citando a Núñez.

Con el paso del tiempo se fue restringiendo el concepto de hurto hasta llegar a independizarse de otras conductas que antes estaban incluidas dentro del muy lato concepto de “furtum”. Es así como surgen como figuras autónomas el peculatus, el plagium, el sacrilegium, el stalionatus, la violatio sepulcri, el abigeatus, para concluir como dice

Pulido el concepto de “furtum”, libre de todas las conductas que obscurecían su verdadera naturaleza surge la definición del jurisconsulto PAULUS, clásica ya y que es la que con más estabilidad se ha manifestado hasta el momento actual en muchas legislaciones, definición que dice: “Hurto es la sustracción fraudulenta de cosa ajena con el fin de lucrarse, o con la cosa misma, o con su uso o posición, hechos que nos prohíbe admitir la ley natural.” **10**

1.6 EL HURTO EN EL DERECHO GERMÁNICO.

El hurto era considerado como la sustracción “clandestina”, de una cosa mueble ajena, siendo la clandestinidad lo que diferenciaba al hurto propio del robo o hurto violento. Se debe tener presente que el valor de la cosa sustraída era de gran importancia dentro de las costumbres germánicas, por lo que se clasificaba el hurto en “furto maiora” y “furtum minor”. El “furtum parvo”, era aquel en que la cosa sustraída excedía de dicho valor.

Mezger Expresa que en el derecho Alemán “el hurto es la sustracción ilegítima disimulada y el robo la sustracción ilegítima realizada abiertamente y no necesariamente con violencia. El primero esto es el hurto, se castigaba con pena infamante en tanto que el robo se lo castigaba con pena de muerte, pero no infamante”. **11**

10 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 37. Tomo I. Editorial Edino. Única Edición. Cita a Paulo Libro XLI, Título II, Ley 3, XVIII.

11 MEZGUER Edmundo. Parte Especial. Pag 119. Tomo II. Editorial Valletas. Edición 2004, Argentina, Única Edición

En el Corán (610-622 AC), tanto el hurto como el robo se encuentran penados, severamente por el primer delito, la pena es la amputación de la mano derecha; si ejecuta por segunda vez el delito, se amputa el pie izquierdo; y si reincide, se lo amputa la mano izquierda y el pie derecho. Cuando ya no tiene miembro alguno que amputar el juez queda en libertad de imponer la pena que, a su criterio, sea la más conveniente. **12**

1.7 DEFINICIÓN DE HURTO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA..

A continuación describiré algunos conceptos de hurto:

La legislación **Penal Ecuatoriana** en su artículo Nro. 547, nos dice **“Son reos de hurto los que sin violencia ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse”**. **13**

CAPITULO II.

LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE HURTO

2.1 BREVE ANALISIS DE LA FRASE: “SIN VIOLENCIA NI AMENAZAS CONTRA LAS PERSONAS NI FUERZA EN LAS COSAS.

Sin hacer referencia al término usado por el **Art. 547** para identificar al agente del delito de hurto - a quien llama reo – que no es la palabra apropiada, es del caso que entremos a estudiar la estructura del delito de hurto.

12 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 42. Tomo I. Editorial Edino. Única Edición. Cita el Corán.

13 Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador.

Es prioritario establecer – sin perjuicio de que al hablar del robo hagamos un estudio detenido del problema – que la frase – “sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas” no aporta ningún elemento objetivo a la estructura de hurto, pues cualquiera de dichas circunstancias constituyen elementos objetivos del robo que, precisamente, lo convierte en una figura específica frente al hurto. Por la indicada razón es que se ha dicho con acierto que el robo en relación con el hurto, es un hurto calificado que se encuentra en relación de especie (robo) a género (hurto).

En nuestra legislación algunos autores consideran esa circunstancia negativa de la violencia sobre las personas y la fuerza en las cosas como elementos del tipo del hurto, lo cual no me parece correcto, pues pensamos que no puede ser un elemento constitutivo de un tipo una circunstancia que no existe y que, por lo tanto no puede ser tomada en consideración por el jurista. A nosotros nos parece que la frase que estamos comentando es redundante, ya que al establecer la ley los elementos constitutivos del robo y exigir, aquí si como elemento objetivo, sea la violencia, sea la fuerza en las cosas sea la amenaza, ipso jure, está excluyendo dichos elementos del tipo de hurto y, por ende, no es necesario que la ley diga lo que el hurto no debe contener en su estructura, sino solo lo que debe contener, que es lo correcto en una descripción legal de carácter penal. No nos interesa saber por ejemplo que el homicidio simple es la muerte de un hombre causada por otro hombre con alevosía, o con ensañamiento, etc. En igual forma no nos interesa saber que el hurto es la sustracción fraudulenta de una cosa mueble ajena sin violencia ni amenazas, o sin fuerza en las cosas. Pero si nos interesa saber que el robo es la sustracción fraudulenta de una cosa mueble ajena ejecutada con violencias o con amenazas o con fuerza en las cosas.

Pues en el estudio del delito de robo se puede establecer los límites objetivos de la violencia y de la amenaza sobre las personas y los de la fuerza en las cosas. Pues el Art.550, de la legislación Penal Ecuatoriana define al robo de la siguiente manera **“El que mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpado de robo, sea**

que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitarlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad”. 14

2.2 EL ELEMENTO SUSTRACCION EN EL HURTO (LA ESFERA DE CUSTODIA)

Sustraer equivale a retirar, apartar o separar.

Sobre la palabra comprendida en la sentencia del Jurisconsulto PAULO, antes transcrita – *contrectatio* – se han elaborado varias teorías para interpretarla. En un primer momento al decir de Bernes, se entendía que el simple tocamiento de la cosa (*aprhentio rei*) que se pretendía sustraer consumaba el delito de hurto.¹⁵ Así se lee en el Digesto: “*Furtum sine contrectatione fieri con potest nec ánimo furtum admittitur*”. ¹⁶ es decir, “no puede cometerse hurto sin tocar la cosa ni con solo el ánimo se incurre en hurto”. Esta era la posición de los romanos, para quienes, como se sabe, no existía la figura de la tentativa y, por lo tanto, estaban obligados a “anticipar el momento de la consumación considerado ya consumado el hurto con solo tocar la cosa, sin necesidad de llevársela”, como dice Mommsen. ¹⁷ Esta teoría quedó obsoleta cuando se instituyó la tentativa dentro del campo penal.

Sebastián Soler en su obra *Derecho Penal Argentino* nos dice: “La palabra *contrectatio* es objeto de interpretaciones diferentes aun desde el punto de vista de su significación corriente ya que es interpretada diversamente en el sentido de traer a sí, de mover de un lugar a otro, de tocar materialmente y de poner mano.

14 *Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito Ecuador.*

15 **ZAVALA BAQUERIZO** Jorge. *Delitos contra la propiedad*. Pag 30. Tomo I. Editorial Edino. Única Edición

16 **BRAVO MARCO Siguenza**. *Tipos Penales*. II Tomo. Pag 236. Editorial Universidad Católica de Cuenca. Edición. Segunda Edición. Cita al Digesto.

17 **ZAVALA BAQUERIZO** Jorge. *Delitos contra la Propiedad*. Pag 32. Tomo I. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Mommsen.

Esto determino que las doctrinas se dividieran en cuanto a la fijación del momento consumativo del delito de hurto.

Esto determino que las doctrinas se dividieran en cuanto a la fijación del momento consumativo del delito de hurto.

Se solía distinguir cuatro momentos de la acción. 1.- la acción de tocar el objeto, dando al término *contrectatio*, el puro sentido de tocar; 2.- el de *amotio*, esto es, la acción de remover la cosa; 3.- la *ablatio* o acción de llevarse la cosa sacándola de la esfera patrimonial o custodia de quien antes la tenía; 4.- la *illatio* o acción de haber puesto la cosa en lugar seguro” **18**

Carrara, por su parte expresa que la sustracción – *contrectatio* – es el apartamiento (*amotio*) de la cosa que se pretende hurtar, sin cuyo desplazamiento no es posible imaginar el hurto.

Carrara en su obra Programa de Derecho Penal Criminal nos dice:”El término *contrectare* dirigido por los romanos, para designar el acto consumativo del hurto, significa trasladar o mover de un lugar a otro alguna cosa”. **19**

Es decir significa que en el hurto se exige “el resultado de que la cosa ajena sea trasladada de un sitio a otro”; y en una monografía especial, dice: “la Cosa no es contractada por el solo apretarla con la mano que realice el ladrón; ella es contractada solo cuando la mano del ladrón la ha movido del lugar donde estaba con el fin de apoderársele de ella.

18 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Pag 165. Editorial Editora Argentina S.A. Edición 1973.

19 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Tomo VI. SS 2018 Pag 14. Editorial Temis. Cuarta Edición.

Esta es la noción común de la *contrectatio* que por los jurisconsultos romanos ha llegado hasta nosotros y por la cual nosotros con los romanos decimos que el hurto no se consuma con la sola aprehensión (*afferramento*) de la cosa, sino que se consuma con removerla del lugar donde el poseedor la había colocado”. **20**

La explicación de **Carrara**, a mi opinión, no basta para comprender el verdadero significado de la palabra *contrectatio* como equivalente a sustracción. Es cierto que, como queda dicho, sustraer significa separar, apartar retirar, y que en el caso del hurto, sería la cosa ajena. Pero no basta que el que pretende sustraer la cosa la mueva de un lugar a otro, pues dicha conducta no le permite al agente, en la mayoría de las ocasiones, disponer de la cosa porque aun se encuentra bajo el control o el poder del dueño.

Por lo dicho me parece correcta la teoría de **Pesina**, ya que la misma se encuentra más de acuerdo con la realidad. Dice este autor en su famoso libro que la palabra “*contrectatio*” debe ser asumida como el desplazamiento de la cosa que se pretende hurtar, pero en forma tal que salga de la esfera de custodia” del dueño y, correlativamente ingrese en la esfera de custodia del que la hurta.

Con ese criterio se puede decir que la víctima ha sido desapoderada de la cosa y, por ende, ese desapoderamiento del paciente significa fatalmente el apoderamiento del agente. El primero esta impedido ya de ejercer poder – gozar y disponer – sobre la cosa hurtada; el segundo, paralelamente, está ya en capacidad de ejercer el poder – gozar y disponer – sobre la cosa hurtada. **21.**

20 JARAMILLO Mateo Monografía de grado Doctoral en la Universidad Católica de Cuenca. El Robo y el Hurto. Pag 112.

21 CAÑAR LOJANO Luis. El Delito de hurto. Tomo Unico. Pag 200. Editorial Rocafuerte. Edición Primera. Cita a Pesina.

Soler en su obra Derecho Penal Argentino nos dice: “Si se entra en la casa de otro para cometer el delito de hurto, la salida de l ladrón de la casa es condición necesaria para que el hurto se pueda decir consumado. Si dos personas viven en la misma casa, pero en diversa habitación una de ellas no consuma el hurto sino cuando lleva la cosa fuera de la habitación en la cual aquella se encontraba. Si dos individuos viven en la misma habitación ... el hurto puede ser consumado cuando la cosa es sacada de aquel reducido recinto en el cual está contenido todo lo que pertenece al dominus de este y es llevada, escondiéndosela sea en otra parte, sea entre los objetos mismos del sustractor.” ²² De manera que el términus Ad quem esta representado por cualquier desplazamiento que saque la cosa de la esfera de actividad de su legítimo detentador. En efecto Pessina opina que el desplazamiento de la cosa hacia un sitio – cualquier sitio – que imposibilite a su dueño a ejercer su actividad – la custodia – sobre la cosa y permita al agente ejercer el poder injustamente adquirido sobre dicha cosa consuma el delito de hurto.

Evidentemente que la concepción de la “esfera de custodia” nos parece mucho mas correcta que la posición doctrinaria que sostiene que el mero desplazamiento de la cosa es suficiente para consumir el delito de hurto. La esfera de custodia como bien dice Soler es una concepción abstracta, flexible que permite adecuarla a las diversas circunstancias que presenta la realidad en cada caso d hurto. Así, por ejemplo, si la empleada de una joyería aprehende una gema y la esconde, es indudable que ha consumado la sustracción, pues la joya a salido fuera de la esfera de actividad del dueño del almacén y ha ingresado a la esfera de custodia de la empleada quien solo espera el momento oportuno para disponer de la gema, disposición que le ha sido vedada al dueño de la misma.

No basta pues a mi opinión que se desplace la cosa que se pretende hurtar, es necesario que este desplazamiento sea de tal naturaleza, que rompiendo o venciendo la esfera de custodia; concepto que podría ampliarse diciendo “la esfera de custodia y de poder” – del dueño de la cosa (o del mero tenedor o poseedor) ingresa a la esfera de custodia y de poder del agente.

22 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Pag 167. Editorial Editora Argentina S:A. Edición 1973. Cita al maestro Italiano Pessina

Algunos autores opinan que para que una cosa haya salido de la esfera de custodia es necesario que salga del inmueble en donde se encontraba la cosa. Este criterio me parece exagerado. La esfera de custodia no es ni puede ser un espacio material limitado; su ámbito puede extenderse o restringirse según las circunstancias en que se produzcan la sustracción. Tan es así que en el ejemplo anteriormente enunciado del hurto en la joyería, la empleada no saca del almacén la joya, pero si la excluye de la esfera de custodia del dueño.

Este criterio nos parece exagerado. La “esfera de custodia” no es ni puede ser un espacio material limitado; su ámbito puede extenderse o restringirse según las circunstancias en que se produzca la sustracción. Tan es así que en el ejemplo anteriormente enunciado en el hurto de la joyería, la empleada no saca del almacén la joya, pero si la excluye de la esfera de custodia del dueño. Repetimos, el concepto de “esfera de custodia” tiene la ventaja de permitir adaptarse a cada caso particular que en la realidad puede presentarse, pues no está sujeto a una rígida limitación, como puede estarlo la concepción Carrariana, la misma que no en todo caso puede ser útil en la vida práctica.

Por otra parte no ha faltado quien ha hablado que la sustracción – *contrectatio* – debe ser considerado solo en el caso de que el desplazamiento y el desapoderamiento consiguiente haya permitido al agente disfrutar o aprovecharse de la cosa hurtada (*locupletatio*). Este criterio por extremista, nos parece que no merece mayor comentario.

A no dudarlo nuestro Código Penal ha aceptado la posición de *ablatio*, es decir, que para nuestra legislación penal es necesario que la cosa hurtada haya sido desplazada de la esfera de custodia y de poder del dueño para que se entienda consumado el delito de hurto si es que dicha actividad está acompañada de la **intención de apropiarse** de la cosa mueble ajena. Es precisamente porque nuestra legislación exige como elemento subjetivo del delito de hurto el ánimo de apropiación, lo que nos permite concluir que el Art. 547 sigue la teoría de la *ablatio* y no lo *amotio* para interpretar la sustracción la que se refiere la ley en dicho artículo **pues para que se pueda considerara apropiada una cosa es necesario que se encuentre bajo el poder de disposición del agente.**

Mientras no se encuentre bajo ese poder la cosa desplazada con ánimo de apropiación constituirá la actividad una **tentativa de hurto**, pero no delito consumado. No es suficiente tener la intención de apropiarse – intención no es punible – de la cosa ajena; es necesario que esa intención se haya manifestado objetivamente a través de la movilización de la cosa en forma tal que para que se cumpla la intención es necesario que se encuentre bajo la esfera de custodia del agente y, por ende, fuera de la esfera de custodia del paciente. Solo en ese momento se puede decir que el delito se ha consumado, salvo los casos del delito complejo que se presenta, por ejemplo en el robo con violencias que causan la muerte, en donde el delito queda consumado, aunque la sustracción no se haya consumado.

Se debe pues insistir hasta la necedad en que el acto de sustraer la cosa mueble ajena debe ir acompañado necesariamente del ánimo de apropiación de la cosa que se sustrae. Ahora bien esa sustracción que, como hemos dicho constituye un verdadero apoderamiento – “desposesión primero, expropiación después” **23** dice Rodríguez Devesa, aunque nosotros preferimos decirlo “apropiación”, en lugar de expropiación, por razón del verdadero significado de las palabras – se manifiesta objetivamente de muy diversas maneras, según sean las circunstancias particulares como el agente vence o debilita la esfera de custodia o de vigilancia que el agente ejerce sobre la cosa que sustrae. En unos casos la actividad de sustraer se puede reducir a simple desplazamiento y ocultación; en otros, exigirá una actividad mayor y aún más esforzada y compleja. Todo depende el instante en que el agente gana el poder sobre la cosa y, por lo tanto, en que el paciente pierde dicho poder.

Cuando el Art. 547 exige que la actividad material de sustraer, sea acompañada materialmente del **ánimo** particular de apropiación, esta indicando en forma precisa que no basta sustraer, es decir, desplazar, remover, o quitar la cosa mueble ajena esta actividad sin estar acompañada del **ánimo de apropiación**, no es la conducta que espera la ley penal para decretar la consumación del hurto.

23 BRAVO SIGUENZA Marco. Tipos Penales. Tomo II. Pag 237. Editorial Universidad Católica de Cuenca. Edición Segunda edición. Cita a Rodríguez Devesa

El doméstico que limpia la casa remueve constantemente de su sitio las cosas de propiedad del amo, el estibador que moviliza las cajas de banano para transportarlas al buque; el vaquero que traslada el ganado ajeno desde el lugar de la cría al de la ceba, etc, no comete el delito de hurto pese a que desplaza la cosa respectiva de un lugar a otro. En los ejemplos dados la actividad referida no ha roto la “esfera de custodia” del dueño, pues esos desplazamientos no han ido acompañados del ánimo de apropiación, sin el cual la actividad de sustraer no puede constituir un elemento objetivo del hurto. Por lo tanto, el ánimo de apropiación sin que se encuentre acompañado del acto material de la sustracción tampoco es capaz de consumar el hurto. Para que surja dicha consumación es necesaria, que **acto, intención y propósito coincidan plenamente.**

Por lo expuesto es que nos permitimos ampliar el pensamiento de SOLER quien expresa que “un sujeto puede apoderarse de una cosa tomándola, llevándosela, guardándosela”, aunque no exista el ánimo de apropiación, afirmación esta que no me parece correcta, por lo menos no lo es para nuestra legislación pues una persona solo puede “apoderarse” de una cosa cuando al tomarla, llevarla o guardarla lo hace intencionalmente con el ánimo de apropiación. Si no existe la intención y el ánimo, habrá tenencia, pero no apoderamiento pues esta expresión significa que el agente tiene el “poder” de disposición de la cosa, poder que, que si no ha sido conferido por el dueño es decir, si es “invito domini” constituye un acto injusto. Así lo manifiesta posteriormente el destacado profesor Argentino cuando dice “el hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en el usurpar el poder sobre ella”, es decir, esa “usurpación de poder” solo es posible cuando con la sustracción ha concurrido la intención de sustraer la cosa ajena con el ánimo de apropiación.

Mezguer define muy bien el término esfera de custodia, al decir que: “para entender el concepto de sustracción, se debe tomar como punto de arranque el de custodia. Custodia significa la efectiva relación de dominio sobre la cosa. El concepto no coincide completamente con el de posesión con arreglo al Derecho Civil, puesto que el poseedor de servicio tiene la custodia, pero no la posesión y el heredero, la posesión pero no siempre la custodia. También el que no es el titular de el derecho. Por ejemplo el ladrón, puede tener la custodia, y a el también se lo puede por consiguiente, sustraer. La relación de dominio

presupone una relación de poder sustentada por una voluntad de dominio, pueden tener esa voluntad y por lo tanto, la custodia, también personas incapaces de gestión, niños y enfermos mentales. La voluntad de custodia debe mostrar relaciones concretas frente a la cosa, pero no es necesario que abarque siempre la cosa como tal y que tenga conocimiento sobre ella; así yo tengo por ejemplo: la custodia de las cartas que se tiran por un tercero en mi buzón, de los peces en la red que he tenido, de las cosas que se entregan en mi casa. Con otras palabras, la relación de dominio frente a las distintas cosas puede fundamentarse también por un receptáculo, una envoltura, etc. Se habla en estos casos de una voluntad general de custodia. La custodia cesa cuando termina la relación efectiva de dominio; pero una imposibilidad tan solo transitoria no produce este efecto y, por consiguiente, siguen siendo titulares de la custodia el campesino frente al arado en el campo, el conductor del coche del hotel frente al coche e la calle, el propietario de la casa cuando esta de viaje. Las cosas perdidas son cosas sin custodia; en cuanto a las cosas olvidadas, su custodia no está todavía perdida pero puede haberse constituido en otro lugar, en un tren, en un restaurante, etc, y también por parte de otra persona” **24**.

Para terminar este capítulo me referiré al **Dr. Edgardo Donna**: “El concepto de esfera de custodia, construcción dogmática referida al ámbito en el cual una persona ejerce actos de tenencia, posesión o dominio, este ámbito no se encuentra delimitado y depende del caso concreto su delimitación, es decir, que existe esfera de custodia en cualquier lugar y no necesariamente dentro del espacio físico donde se encuentra la persona.

En otras palabras la esfera de custodia es un concepto jurídico no solamente referido a la casa o al lugar de depósito, sino que encierra la posibilidad de ser determinado en cada situación y de acuerdo con las reales relaciones objetivas”. **25**

24 MEZGUER Edmundo. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Pag 125. Editorial Valletta. Edición Única.

25 DONNA Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II-B. Pag 29. Editorial Rubinzal Culzoni. Edición Segunda Edición Actualizada.

Soler manifiesta que es preferible que la ley Argentina, haya usado, al referirse al hurto, la expresión “el que se apodere”, en lugar de la “sustracción”, por cuanto según su opinión, el que “sustraer” solo esta ejecutando un modo o medio para llegar al apoderamiento, que es lo que realmente caracteriza a la actividad hurtadora. Estoy de acuerdo con el ilustre maestro y por eso opino que nuestra ley penal, al decir en el Art. 547 que la sustracción debe de ir acompañada del ánimo de apropiación, pues al unir el elemento objetivo (sustracción) y el subjetivo (ánimo de apropiación) se concluye necesariamente en que el que sustrajo con el indicado ánimo se apoderó de la cosa sustraída, es decir, incorporó a su esfera de poder la cosa que había extraído de la esfera de poder del paciente.

2.3 LA TENTATIVA EN EL HURTO.

Me gustaría escribir algunos conceptos del término tentativa dado por algunos maestros dedicados al área o aproximaciones al término ya que en Derecho Penal muchos de ellos afirman que no es fácil definir algunas palabras:

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual lo define: “existe tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”. **26**

Muñoz Conde, nos dice “La tentativa es un tipo dependiente, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados, de homicidio, de hurto, estafa, etc. De ahí que el dolo sea el mismo que en el delito consumado”. **27**

26 CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. Pag 37. Editorial Heliasta. Edición 23 Edición 1994.

27 MUÑOZ CONDE FRANCISCO y GARCÍA ARÁN Mercedes. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Pag 477. Editorial Tirant Lo Blanch. Edición Cuarta Edición 2000

Edmundo Mezguer “Quien haya manifestado la resolución de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un principio de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito proyectado no ha llagado a la consumación”
PAG 191. **28**

José Hurtado Pozo: “Para poder considerar una acción como tentativa es necesario poder comprobar primero si el agente decidió cometer un delito; segundo, si comenzó a ejecutarlo; y tercero si no lo consumó”. **29**

Enrique Bacigalupo: “La tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo; por lo tanto en ella el tipo subjetivo (dolo, elementos subjetivos, etc), permanece idéntico a la consumación. La distinción entre el delito consumado y la tentativa reside, pues, en que esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo. **30**

De esta manera me será más fácil tomar cierta postura por tentativa que es indispensable para el acápite al que en momentos nos referimos “la tentativa en el Hurto”.

Como se comprende de todo lo dicho anteriormente no es posible enunciar una regla estricta sobre el momento consumativo del hurto, o señalar en que momento puede ser considerada una actividad como tentativa. Para una y otra – consumación y tentativa – solo serán válidas las circunstancias en que se ejecutó la actividad del agente. Es posible que en ciertas circunstancias una conducta pueda ser consumativa del hurto; y en otras, solo pueda ser considerada acción tentada.

28 MEZGER Edmundo. Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Pag 191. Editorial Valletta. Edición. Única 2004.

29 HURTADO POZO José. Manual de Derecho Penal Parte General. Tomo Unico. Pag 807. Editorial Editora Jurídica Grijley. Edición Tercera Edición.

30 BACIGALUPO Enrique. Derecho Penal parte General. Tomo Unico. Pag 446. Editorial ARA Editores. Edición Primera Edición 2004.

Así por ejemplo no podríamos asegurar con certeza que el que ha entrado en un domicilio particular – sin haber usado violencia sobre las personas o fuerza en las cosas – y se lo sorprende en el momento en que está parado observando el ambiente para acostumbrarse al mismo que ha ejecutado un acto de tentativa de hurto, pues, es posible que su intención haya sido, no la de sustraer cosas, para apropiarse de ellas, sino solo para destruirlas; o haya tenido otro ánimo diverso al de apropiarse de una cosa ajena para ingresarla en su patrimonio particular. No existe pues una regla legal especial que nos permita fijar el límite entre la tentativa y el delito consumado en el hurto. Solo existe la regla general de que todo acto de sustracción de cosa ajena mueble, fraudulenta, cometido, con ánimo de apropiación, consuma el delito de hurto. **La sustracción debe ser entendida en función de romper la esfera de custodia del paciente para que el agente pueda ingresarla en su esfera de custodia.**

Dentro de la concepción de esfera de custodia es necesario tener presente que no siempre la sustracción debe ser entendida necesariamente como el acto por el cual el agente pública o privadamente “quita” materialmente de las manos del paciente la cosa que se sustrae. Existen casos en que el ofendido no pierde en ningún momento la custodia sobre las cosas de su propiedad, pese a que no este físicamente presente, al pié de ellas. Tal es el caso por ejemplo del dueño de un almacén que deja el mismo bajo la vigilancia de un empleado mientras tiene que salir hacer alguna gestión bancaria. Si el empleado se sustrae las cosas del almacén no comete el delito de apropiación indebida, pues el dueño no le entregó la tenencia de las cosas, sino el delito de hurto, pues el agente lo que ha hecho es sustraerse las cosas que quedaron bajo su vigilancia, pero sin que el paciente hubiera perdido la custodia de los mismos. Igual sería el caso del doméstico que concurre al mercado junto con la patrona, la misma que va poniendo en el canasto que porta el doméstico, los víveres que compra. Si el doméstico en un descuido de la patrona, huye con el canasto de la comida, no comete el delito de apropiación indebida, sino el de hurto, pues tanto las cosas como el canasto no salieron de la esfera de custodia, de la tenencia de la patrona, la misma que ejercía su poder de disposición sobre dichas cosas. El doméstico, pues, en el caso de nuestro ejemplo anterior no tenía ni la posesión ni la tenencia de las cosas; sin embargo, las portaba por encargo de la patrona y ante el descuido de esta se sustrae dichas cosas. No

existiendo, pues, ni posesión, ni tenencia en el doméstico es prudente inquirir cual sería el verdadero título con que el doméstico portaba dichas cosas.

Pienso que entre la posesión – tenencia con el ánimo de señor y dueño – y la mera tenencia – toma de la cosa a nombre del dueño – existe un hecho intermedio cual es la prensión, es decir, por cuya situación el que porta la cosa no tiene ningún derecho a disponer de ella, como lo tiene el poseedor, ni tampoco hacer un uso determinado de la misma – como la puede hacer el usuario – o a beneficiarse de sus frutos – como lo hace el usufructuario -, sino que simplemente porta una cosa sin que tenga derecho ni a disponer de ella, ni hacer un uso determinado, ni a usufructuar de la misma: simplemente debe portarla.

Si habiéndosela entregado por parte del paciente la cosa al agente para que la porte y este se la lleva, comete el delito de hurto, como hurto comete el que se presenta como cliente de un almacén y pide al empleado que le enseñe alguna cosa que aparenta comprar, y una vez que el empleado le entrega la cosa para que la examine, el supuesto cliente huye con la cosa.

De lo dicho se puede pues concluir que la posesión significa la tenencia material de la cosa con ánimo de dueño; la tenencia significa la toma de la cosa con cargo de restitución, o para hacer de ella un uso determinado; y la prensión significa exportar transitoriamente la cosa por encargo del dueño y bajo la vigilancia del mismo.

En este punto es necesario que recordemos la especial estructura que nuestra legislación penal hace de la tentativa:

En efecto el Art 16 dice **“Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o si el acontecimiento no se verifica. Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados siempre que estos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley en casos especiales, califica como delito la mera tentativa. Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena**

establecida para la tentativa, disminuída de un tercio a la mitad. Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas”.

La precedente disposición legal es fiel copia del Art. 56 del Código Penal Italiano de 1930, el cual se refiere con precisión al “resultado”, de donde se infiere que los que tradujeron dicho Art. 56 al momento de elaborar nuestro Código Penal Ecuatoriano de 1938, en lugar de “resultado” escribieron “acontecimiento”, desfigurando así la verdadera naturaleza de la institución.

La problemática de la tentativa dentro del Derecho Penal Ecuatoriano no ha sido muy bien estudiada y, a lo sumo, se han seguido fielmente los conceptos que los autores extranjeros han dado, ya de lege ferenda, ya de lege lata, inspirados en las particulares sustantivas en relación con la tentativa.

La tentativa según la concepción tradicional, es un delito imperfecto. Se entiende, según dicha concepción que el delito es perfecto cuando se ha consumado el resultado. La tentativa se la diferencia del delito frustrado. En la primera el agente no llega a practicar todos los actos necesarios para la producción del resultado. En el segundo el agente practica todos los actos necesarios para la producción del resultado, pero este no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. En todas formas tanto en la tentativa como en el delito frustrado no existe el resultado objetivo, es decir no existe la consumación.

La tentativa es un acto. Esta aseveración no ha sido no ha sido refutada por ningún autor, ni por aquellos severamente adscritos a la concepción penal tradicional. Si la tentativa es un acto debemos concluir, de manera inicial, que ese acto es una manifestación de voluntad dirigida a la concreción objetiva de un resultado.

Si la tentativa es un acto – lo que repetimos radian niega – entonces, para los tradicionalistas no existe el acto en la tentativa y, por ende, sancionan una conducta inexistente. Me explicaré: los tradicionalistas afirman que el acto es manifestación de voluntad más resultado. Por lo tanto, para ellos, el resultado forma parte del acto. Si en la

tentativa, precisamente, lo que no existe es el resultado y este, según los mantenedores de la tradición, es componente del acto, entonces, se deberá concluir que sin resultado no puede haber acto, pese a lo que el sujeto que no ha cometido un acto es penado como autor de tentativa o de delito frustrado.

A mi opinión la tentativa es por si sola un tipo penal. Es un tipo penal autónomo como lo creía **Beling** (“dispositivo ampliatorio del tipo”, decía el maestro germano) **31**. El tipo penal se ha dicho por mandato de la ley extiende su eficacia jurídica hacia una etapa inmediatamente anterior a la consumación y aprehende una conducta que si bien no logra la consumación fue dirigida hacia esa consumación. Por lo tanto, la tentativa al igual que la participación son “dispositivos ampliatorios del tipo” por cuanto, como se dejó indicado la eficacia jurídica del tipo se “amplia para aprehender dentro del tipo a una conducta que no alcanzó a consumir el resultado; pero que fue dirigida a esa consumación. En esta forma la tentativa queda referida al tipo penal como tipo subordinado. “Comenzar a...” , no puede tomar vida mientras no se encuentre referido a un tipo penal de la parte especial del Código Penal. “Comenzar a... matar” es un tipo ampliatorio del Art 449; “Comenzar a ... hurtar” es un tipo ampliatorio del Art. 547, y así sucesivamente.

A mi opinión no es que el tipo penal de la tentativa se encuentre referido al tipo penal autónomo y sin esa referencia no asume vida jurídica el acto típico de la tentativa. La tentativa es un tipo penal autónomo por cuanto tiene características propias, que no se encuentran en el tipo del delito consumado. El tipo penal de la tentativa de homicidio dice “El acto de comenzar a matar con intención sin ninguna de las circunstancias expresadas en el Art. 450 es tentativa de homicidio simple y será reprimida con una pena de uno a dos tercios de la señalada en el Art. 449 para el homicidio simple”.

31 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 38. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Beling.

Como se observa ni en razón de la descripción del acto antijurídico, ni en razón de la pena el tipo de la tentativa queda subordinado al de delito consumado. En el primero, la conducta que se describe es aquella conformada por actos idóneos que demuestran la voluntad de delinquir, la voluntad de acción, el “querer un resultado típico” que no llega a consumarse. En el tipo de tentativa existe como elemento constitutivo el de “comenzara ... matar, hurtar, etc, que es diferente al acto de matar, de hurtar, etc.

La confusión de considerar la tentativa como tipo subordinado emana del hecho de no haber reparado que la ley no ha deseado hacer un tipo especial, particular para cada caso de tentativa sino que ha redactado un tipo general que lo ha incluido en la Parte General del Código Penal. Toda persona que practique un acto idóneo dirigido a la realización de un delito de homicidio, de hurto, etc,...adecua su acto al tipo penal de tentativa de homicidio, de hurto, etc.

Comprende, pues, el tipo penal de tentativa una parte objetiva (la manifestación de voluntad y el comienzo de ejecución descrito) y una parte subjetiva (el dolo, es decir, “el querer de un resultado típico”). La tentativa por lo tanto, es un tipo con defecto de congruencia, pues el tipo subjetivo rebasa al tipo objetivo. Mientras la voluntad va dirigida a la consumación de un resultado típico, este resultado no se consuma, se queda en una etapa anterior a la consumación. No existe pues congruencia entre las dos partes del tipo.

Es elemento fundamental de la tentativa la finalidad. Para que exista tentativa el agente debió ejecutar el acto para un resultado típico. La tentativa rechaza el delito omisivo y lo rechaza por cuanto la omisión se consuma por el solo hecho de permitir un resultado cuando existía la obligación jurídica de impedirlo. La omisión no admite la división en etapas de su actividad como la admiten los delitos de comisión. Así mismo, la tentativa, rechaza el delito culposo; y no cabe la tentativa en los delitos culposos por cuanto en ellos la finalidad del acto va dirigida a un resultado indiferente para el derecho penal, en tanto que en la tentativa el acto va dirigido a la realización de un resultado típico.

Por eso es que nuestro Código Penal expresa que el agente debe **“practicar”** es decir, debe ejecutar (deja a un lado la omisión) actos idóneos. Pero esos actos idóneos deben ser orientados hacia la realización de un resultado típico (deja a un lado los delitos culposos). Es que la tentativa es un delito estructuralmente comisito y doloso sin excepción alguna.

Afirma nuestra ley penal que en la tentativa debe existir un acto idóneo, es decir, el acto adecuado para la realización del resultado típico. El acto no se adecua al tipo penal de la tentativa cuando no es idóneo, es decir, cuando es incapaz de orientar las fuerzas causales hacia el resultado que se propone. Disparar una pistola de agua para matar, sin lugar a dudas es un acto, pero no es un acto idóneo para matar, pues el medio no es adecuado para provocar el resultado delictivo propuesto. Por lo tanto, ese acto no puede ser considerado para perfeccionar la tentativa de homicidio.

Cuando la ley penal habla de que los actos idóneos deben ser **“conducentes”**, está indicando que deben ser dirigidos hacia una meta, meta que no es otra que el resultado típico. Con esta afirmación nuestra ley penal descarta la causalidad en la estructura del delito consumado y en la tentativa. El hombre que no dirige su acto para hurtar, ni puede responder por hurto simple, pues este exige que exista en el hombre el querer ese resultado típico: hurto. Así mismo, el hombre que no dirige su conducta para producir el resultado típico: muerte, pero que ejecuta actos que pueden ser idóneos, no responde por tentativa, pues esta exige que la voluntad de acción este dirigida hacia la muerte de un ser humano para que exista la tentativa de homicidio. El sólo acto idóneo no es capaz de conformar la tentativa. Debe ir necesariamente unido a la finalidad de acto. Finalidad que no puede ser otra que la realización de un resultado típico.

La expresión **“de modo inequívoco”** usada por la ley penal quiere decir que el acto idóneo dirigido hacia la consumación de un resultado no puede dejar lugar a dudas de que la intención, es decir, que el querer del agente estaba dirigido hacia ese resultado típico. La univocidad del acto se obtiene mediante el análisis de los medios y la finalidad. No es un medio idóneo el dar azúcar para matar a una persona, pero si es el dar arsénico; no es un modo conducente para matar el mezclar azúcar en la vianda de comida destinada al

enemigo; pero si es conducente de modo inequívoco el mezclar azúcar en la vianda destinada al enfermo de diabetes, a quien le han prohibido, bajo peligro de muerte, comer tal azúcar. En este último ejemplo se ve claramente que la tentativa esta conformada por la idoneidad del acto en función del sujeto pasivo y bajo la dirección u orientación de la voluntad del agente activo.

El acto idóneo debe ir dirigido inequívocamente a la realización del delito concreto, determinado. Debe haber paridad entre el medio y el fin. Si se quiere matar no se ejecutan actos de sustracción. Este último es un acto idóneo para consumir el delito de hurto pero no lo es para matar y mal se puede condenar a una persona por tentativa de homicidio por haber sustraído cosas.

La “**realización**” a la que se refiere la ley es la realización del resultado típico, el querer no está dirigido a ejecutar actos para no producir el resultado típico, sino para producirlo. En suma, el acto idóneo está dirigido a la consumación; el acto tiende a adecuarse perfectamente en el tipo concreto y no logra esta adecuación, pero, en cambio, se adecua a un tipo genérico que lo aprehende íntegramente cual es el tipo de la tentativa.

De acuerdo con lo dicho existirá tentativa de hurto solo cuando se encuentre plenamente demostrada la intención del agente de que su actividad inicial estaba dirigida a la sustracción de la cosa mueble ajena con ánimo de apropiación. Como se ha observado cuando se trata de la tentativa no se puede dejar de mirar constantemente la característica de que la intención debe ser inequívoca, es decir, que no puede dar lugar a error la dirección psíquica de la actividad del agente **Carrara** expresa que “es imposible que para definir los actos preparatorios se de otra regla que sea la de su univocidad, pero no puede ser sino un criterio concreto. Cuando se demuestre que la entrada, el escalamiento y la fractura se dirigen al hurto de manera inequívoca, la ejecución ha comenzado; más todavía no se ha comenzado la ejecución”. **32** es decir, ya existe la tentativa del delito pero no existe aun la consumación.

32 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Tomo VI. Vol IV. SS 2239. Pag 292. Editorial Temis Bogotá-Colombia. Edición Cuarta Edición 1981.

Estoy de acuerdo con el maestro **Carrara** cuando expresa que es necesario primero investigar sobre la intención del autor para poder calificar los actos del mismo. Es así a como dice “siempre la bendita manía de confundir, en las cuestiones acerca de la existencia jurídica de la tentativa, las indagaciones, sobre el elemento intencional y el material, que en la teoría deben estudiarse distintamente y considerarse de modo separado en la práctica. Cuando pregunto si el que entró en mi casa derribando la puerta a o no realizado un acto externo de ejecución, que constituya tentativa punible, supongo demostrada la intención de robar, y sólo propongo la duda de si el acto externo basta para constituir el elemento material de la tentativa punible; pero no saldríamos de la cuestión si se me respondiera, incurriendo en círculo vicioso, que ese individuo puede no haber tenido intención de robar”

Ahora bien la intención de no ser expresamente declarada por el agente solo se puede presumir a base de los actos ejecutados por el agente. Si dichos actos, unidos a las circunstancias anteriores o concomitantes, con los mismos, demuestra de manera inequívoca que la conducta del autor estaba dirigida a hurtar , o a matar , será autor de la tentativa respectiva. Mientras esa intención no quede claramente establecida no podrá hablarse de tentativa, es decir de “actos idóneos conducentes de modo inequívoco” a la realización de un delito concreto.

No es posible, pues, como hemos indicado anteriormente, entregar una regla especial, invariable, axiomática para que se determine con precisión cuándo es que se debe decretar la tentativa de hurto y cuándo es que existe la consumación del mismo. Son las circunstancias en que se realiza el acto las que nos pueden guiar a una conclusión acertada en uno u otro caso. Bien dice **NÚÑEZ** que "respecto del hurto, probada la intención de apoderarse de la cosa ajena, la naturaleza ejecutiva de los actos realizados por el acusado no puede determinarse de una manera general, pues la ofensa del derecho a la posesión de las cosas muebles, protegido por la sanción del hurto comienza antes o después, según donde se encuentren los objetos del delito” **33**.

33 ZABALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 42. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Núñez.

Sin embargo, el mismo NÚÑEZ expresa que "la remoción del objeto no es una condición indefectible del acto de desapoderamiento. Este puede ser también un acto de consumación del objeto no precedido por la remoción del mismo" **34**, y para justificar su afirmación pone como ejemplo el de la persona que "para calentarse o cocinar prende y consume el kerosene o la leña encontrada en la cocina de la casa ajena". Pero, en nuestra opinión, en el ejemplo dado existe un verdadero desplazamiento de la cosa, desde el lugar en donde se encontraba, con ánimo de apropiación, es decir, que hubo un desapoderamiento hecho al dueño de la cosa y un apoderamiento del agente. Es posible que dada la redacción del art. 162 del C. P. argentino NÚÑEZ tenga la razón—lo cual es opinable—, pero dicha tesis no podría jamás tener fundamento en nuestro medio en donde como se sabe, el art. 547 exige que la cosa sea sustraída, es decir removida del lugar a quo con ánimo de apropiación. Si no existe la remoción, no existe la sustracción.

Es unánime la posición de la doctrina en el sentido de que la sustracción se puede manifestar en varias formas. El art. 547, que estudiamos, no exige una forma particular o especial de sustracción. Por lo tanto, se puede sustraer directamente, esto es, por la misma persona- que tiene la intención de apropiarse de la cosa ajena; o se puede sustraer indirectamente, sea valiéndose de otra persona—imputable o no—; o por medio de un animal; o a través de un medio mecánico.

Así, por ejemplo, cuando el agente convence a un menor de edad, sea por medio de seducción, sea por medio de engaños, para que le entregue una cosa mueble ajena de propiedad de otra persona, y, en efecto, la cosa es entregada, se ha cometido el delito de hurto, en donde el menor de edad ha sido el instrumento de la sustracción que permitió, desapoderar al dueño de la cosa hurtada con el ánimo de hacerla ingresar en el ámbito de poder del agente.

34 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 42. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Núñez.

Cuando el agente domestica a los animales, como al mono o al perro, para que aprendan determinadas cosas materiales de las que desea apoderarse el domador y, en efecto, éste logra hacerse de ellos, se ha cometido la sustracción como acto material del hurto, en donde los animales han servido de instrumentos para *realizar* la sustracción, elemento objetivo del hurto.

Igualmente, si el agente para apropiarse de la cosa mueble ajena se vale de instrumentos mecánicos de cualquier clase, o de sogas, etc., se considera ejecutada la sustracción. Es decir, que para que se declare la existencia de la actividad material del agente concretada en el verbo sustraer no es necesario que el agente se valga directamente de sus propias manos, sino que es suficiente que se valga de cualquier medio que le sirva de instrumento para aprehender la cosa y removerla hacia su esfera de custodia y de poder, con lo cual se entiende perfeccionada la sustracción.

Lo importante y lo que se va a decir es para nosotros fundamental es que la cosa no sea entregada por el paciente al agente, sino que éste sea el motor directo o indirecto de la sustracción. Quiero destacar con lo dicho que, de *lege lata*, si antes del apoderamiento, esto es, antes que el agente tenga el ánimo de apropiación, el paciente voluntariamente, sin vicio de consentimiento, entrega la cosa al agente para que haga un uso determinado o restituya la cosa, y el agente se apropia de la misma, no comete el delito de hurto, sino el de apropiación indebida

En resumen, si no existe el desplazamiento de la cosa mueble ajena de la esfera de custodia y de poder de la víctima hacia la esfera de custodia y de poder del agente, no existe la sustracción.

2.4 LA FRAUDULENCIA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE HURTO.

El C. P. exige para la consumación del hurto que la sustracción sea "fraudulenta", tal cual la definió el jurisconsulto **Paulus** en su anteriormente transcrita concepción sobre el "firtam" ("Furtum est contrectatio fraudulosa") **35**.

Mucho ha dado que pensar el antes indicado elemento subjetivo del hurto, pues, como se sabe, no siempre la ley penal utiliza la palabra "fraude" en un solo sentido, sino que en muchas ocasiones la toma, ya para destacar la naturaleza dolosa del acto, ya para señalar una clase especial de maniobras puestas en práctica por el agente. Es necesario, pues, que hagamos un estudio de este calificativo que tanta importancia tiene en la consumación del delito de hurto, y en algunos delitos contra la propiedad.

Carrara expresa que "los romanos en este caso, le aplicaron a la palabra "contrectatio" el predicado de "fraudulenta" **36**, en vez de dolosa, y tan tenaces fueron en la idea de fraude en el hurto, que hubo entre ellos quienes pretendieron encontrar en ese término la etimología de furtum". Por su parte, Chauveau y Hele dicen: "La ley romana había establecido el principio que no había hurto sin la intención de hurtar: furtum sine affectufurandi non comittur. La definición de este delito consagra este principio: contrectatio fraudulosa" **37**. FRANCISCO ARROYO ALBA expresa que "la palabra dolo, nombre, era un bastón dentro del cual se ocultaba un arma; en forma que parece trascender de este origen común la idea de algo que aparentemente inofensivo, lleva en el fondo algo oculto. Un peligro disimulado en apariencia inofensiva" **38**.

35 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 46. Editorial Edino. Edición Única. Cita al Digesto.

36 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. SS 2024. pag 292. Tomo VI. Vol IV. Editorial Temis. Cuarta Edición.

37 BRAVO SIGUENZA Marco. Tipos Penales. Tomo II. Pag 238. Editorial Universidad católica de Cuenca. Edición Segunda edición. Cita a Chauveau y Hele.

38 BRAVO SIGUENZA Marco. Tipos Penales. Tomo II. Pag 238. Editorial Universidad católica de Cuenca. Edición Segunda edición. Cita a Francisco Arroyo Alba

No es posible dudar que los romanos al usar la palabra "fraudulosa" le dieron el significado de dolosa y de acuerdo con la clasificación romana de "dolo bueno" y "dolo malo", *el furtum*, al ser una "contrectatio fraudulosa" quedaba comprendido entre los delitos con "dolo malo", es decir, que la sustracción de la cosa se la hacía con "dolo malo", el mismo que fue definido por **ULPIANO** diciendo: "Dolus malus est machinatio quaedam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitar" **39**, esto es, dolo malo es cierta maquinación para engañar a uno simulando alguna cosa y haciendo otra.

Estoy de acuerdo en que el uso del predicado "fraudulentamente", que califica a la sustracción en el art. 547, está tomado como sinónimo de intención, es decir, para imponerle la calidad de doloso al hurto. En efecto, la ley penal en el citado artículo exige que el agente tenga la conciencia y la voluntad de sustraer una cosa ajena, a sabiendas que es ajena, y con ánimo de apropiarse de ella. Esto es, que la fraudulencia aludida en el tipo se reduce a remarcar la intención del autor de sustraer una cosa que la sabe ajena.

El dolo, ha dicho con todo acierto **MAURACH** es el "querer del resultado típico" **40**. Trasladada esta certera frase a la "fraudulencia" a la que hace referencia el art. 547 del C. P. tenemos que concluir diciendo que el hurto es el querer del agente de sustraer una cosa mueble ajena, y con la conciencia plena de la antijuridicidad del acto, es decir, que provoca un resultado penado por la ley respectiva. Pero nada más. A dicho predicado de "fraudulentamente" no se le puede agregar ninguna otra calidad o circunstancia. El propósito del agente al momento de sustraer la cosa mueble ajena a sabiendas de que es ajena y que comete un acto injusto, es otro elemento subjetivo que se exige para la consumación del delito de hurto, que ya no entra dentro del calificativo de "fraudulentamente" exigido por la ley penal, sino que está fuera del mismo, pero que, al igual que dicho calificativo, como elemento subjetivo es necesario para que el hurto quede consumado.

39 ANZIETA VILLALOBOS Edgardo. Delitos Propietarios. Unico Tomo Pag 159. Editorial fondo de Cultura Ecuatoriana. Edición Única.

40 MAURACH Reinhart y ZIPF Heinz. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Pag 376. Editorial Astrea. Edición traducción de la séptima Edición 1994.

GRAF Zu Dohna, con rigurosa precisión, expresa que "actúa dolosamente quien sabe lo que hace" **41**, es decir, que tiene conciencia de lo que está haciendo voluntariamente; o, dicho en otras palabras, actúa dolosamente aquél que tiene conocimiento del injusto de su actuar y de los resultados del mismo y pese a tener dicho conocimiento, materializa su voluntad para provocar el resultado querido y conscientemente dirigido. En el caso del hurto, actúa "fraudulentamente" el que sabe que la cosa que se sustrae es ajena y que esa actividad es contraria a la norma jurídica, esto es, tiene conocimiento de la injusta y pese a ello, voluntariamente, ejecuta el acto. Hasta allí el dolo.' Pero si esa conducta, consciente y voluntaria, para usar el lenguaje de nuestra ley penal (art. 32), no va acompañada de un propósito particular, expresamente señalado por dicha ley penal, cual es el de apropiarse de la cosa que se sustrae en las condiciones anímicas antes señaladas, no se consuma el delito de hurto, sin perjuicio de que, dadas las circunstancias concurrentes, pueda consumarse cualquier otro delito.

El hurto, pues, es un delito esencialmente doloso y, además, un delito de tendencia, pues a la intención de sustraer se le debe sumar la orientación específica, es decir, debe ser dirigida hacia un fin especial, concretamente determinado por la ley penal: intención dirigida hacia la apropiación de la cosa mueble ajena que ha sido sustraída.

Por lo expuesto debo concluir que no puede existir, de *le-ge lata*, el delito de hurto culposo, o hurto fortuito. Si una persona, por negligencia, o por imprudencia, aprehende una cosa ajena, creyéndola propia, no comete el delito de hurto, pues no ha tenido la intención de sustraer una cosa que sabía que era ajena sino que, al contrario, tenía la conciencia que tomaba una cosa propia o, lo que es lo mismo, que no sabiéndola ajena y creyéndola propia, la sustrae. Esta falta de conciencia sobre la ajenidad de la cosa, objeto de la sustracción, es lo que excluye la "fraudulencia" del acto de aprehender y, por ende, excluye el dolo.

41. ABARCA GALEAS Luis Humberto. Teoría de los Tipos. Tomo Unico. Pag 123. Editorial Nacional. Edición Primera Edición 1999. Cita a Graf Zu Donha.

Así mismo, si el agente sustrae la cosa mueble ajena que, por error, esencial e invencible, la considera propia, tampoco comete el delito de hurto, pues es fácil comprender que existe en el agente una situación de ignorancia o de viciado conocimiento sobre una cuestión fáctica, como es la que hace referencia a la propiedad de la cosa que se sustrae. En el caso propuesto no ha existido conciencia de sustraer una cosa ajena y, por ende, el acto voluntario de la sustracción se basa en la creencia errada de que la cosa que se aprehendía era propia.

No han faltado quienes han pretendido asignarle a la palabra "fraudulentamente" usada por la ley penal en el art. 547, un significado de "clandestinidad", o de engaño. Me parece que tal interpretación no se ajusta ni a los antecedentes históricos que hemos examinado, ni a la realidad.

En efecto, no se debe perder de vista el hecho de que la misma palabra "fraudulentamente" está usada por la ley penal al describir la conducta antijurídica del robo. Ahora bien, tanto el hurto como el robo pueden cometerse no sólo sustrayendo clandestinamente, o por medio de engaños, la cosa mueble ajena, sino que, inclusive, se puede cometer, como en efecto se comete en muchas ocasiones, en presencia del dueño, o del poseedor, o del mero tenedor de la cosa que se sustrae. El agente que entra rápidamente a un supermercado y sustrae en presencia de guardianes y de clientes cualquier artículo y sale rápidamente del lugar, ha cometido el delito de hurto, y no precisamente haciendo una sustracción subrepticia o clandestina, sino una sustracción que, si bien sorpresiva, no ha sido clandestina, ni engañosa.

Una que otra jurisprudencia dictada por la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a esta supuesta clandestinidad como elemento constitutivo del hurto y del robo, como se lee en la que consta en la G. J. N° 4, de la Octava Serie.

Asignarle a la palabra "fraudulentamente" el significado de clandestinidad nos parece que además de distorsionar el verdadero sentido legal es reducir el ámbito de su contenido a límites estrechos, en cuanto al hurto; y caer en contradicción frente a la concepción legal

del robo, pues éste exige, además de la sustracción fraudulenta, que dicha sustracción se la cometa por medio de amenazas, o de violencias contra las personas, o con fuerza en las cosas. Y nada puede haber más lejos de la clandestinidad que la violencia, o la amenaza sobre las personas, pese a reconocer que, en ciertos casos de sustracción con fuerza en las cosas la actividad se puede desarrollar clandestinamente.

Me ratifico, pues, en el criterio anteriormente expuesto de que la ley penal ha tomado la palabra "fraudulentamente" para remarcar la calidad de doloso que tiene el hurto.

También es necesario dejar planteado que, en nuestra opinión, el uso de la palabra "fraudulentamente" tiene un eminente significado excluyente, pues, no sólo es que ubica el delito de hurto como delito doloso, sino que, al redundar en dicha calidad de doloso, quiere indicar que no es posible aceptar el delito de hurto culposo. De allí es que, pese a que nuestra legislación penal sustantiva establece la regla general de que todo delito es generalmente doloso, y sólo por excepción no lo es, en ciertos casos, para excluir la posibilidad de la configuración del delito culposo, hace uso de la palabra "fraude", o a "sabiendas", o "con conocimiento", etc., lo cual ha hecho pensar a algunos autores que se trata de una redundancia pues, afirman, que si ya se presume que todos los delitos son dolosos, la ley no debe, en ciertos tipos de delitos de insistir en esa calidad del delito. Pero, precisamente, con el mismo argumento nosotros pensamos que es correcto que la ley, cuando quiere referirse a que una conducta injusta sólo puede ser penada si es dolosa, es que recalca, en la descripción legal, esta característica excluyente. Fundamentaremos nuestra anteriormente expuesta posición dogmática.

Para mi toda conducta típica es generalmente dolosa; por excepción, no lo es. Que todo delito es generalmente doloso lo acepta nuestro C. P. cuando en el ar\ 33 expresa que se reputan como "actos conscientes y voluntarios todas las infracciones mientras no se pruebe lo contrario. Esto significa decir que el dolo, por ser el "querer" de un resultado típico, encierra dentro de sí no sólo la voluntad de actuar sino que también comprende el conocimiento de ese resultado. La conciencia de ese resultado típico significa decir que el agente conoce los elementos objetivos que conforman el tipo penal; la voluntariedad del

resultado típico es la que encierra la intención, el "diseño" de actuar hacia la producción de dicho resultado típico.

Se ha dicho que el C. P. en su art. 33 se refiere a la imputabilidad, presupuesto necesario de la culpabilidad. La imputabilidad es un juicio valorativo sobre la capacidad del autor. El concepto "voluntarios" utilizado por el indicado "artículo se refiere al acto y no al autor. Lo mismo sucede con el concepto "conscientes". Actos cargados de voluntad de representación. Actos que significan el querer de un resultado típico, es decir, actos en que la voluntad y su contenido van dirigidos a una finalidad concreta. Por eso es que el art. 33 concluye estableciendo la excepción a la regla general de la presunción de dolo y, a la letra, dice: ... "excepto cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, pueda deducirse que no hubo intención dañada (¿dolo malo?) en cometerlo". Si el agente no quiso provocar el resultado típico, no es que no lo hizo por inimputable—el C. P. no se dirige a los inimputables—sino porque fue impulsado por falta de previsión, o por haber previsto, pero no esperado el resultado.

Por excepción el acto típico no es doloso. Cuando la persona dirige su actuar hacia un resultado irrelevante para el derecho penal, pero en ese actuar no guarda un mínimo de prudencia que exige el Estado para ese actuar y se produce el resultado típico, entonces se dice que el delito es culposo. El delito culposo, pues, también es un acto esencialmente finalista basado en la imprudencia. En toda forma, el acto siempre es al antecedente del tipo, sea ese acto doloso o culposo.

En consecuencia, cuando la ley penal desea imponer una pena sólo a la conducta típicamente antijurídica y dolosa, con exclusión de la culposa, recalca en la descripción legal esa circunstancia, pero no lo hace, como se ha pensado, por el solo hecho de satisfacer un deseo insubstancial, sino para excluir la conducta culposa que puede adaptarse a esa descripción legal.

Concluyo, pues, diciendo que el elemento subjetivo principal del tipo descrito en el art. 547 que señala la calidad exclusiva de dolosa a la conducta de sustraer una cosa mueble ajena

está establecido en la indicada descripción con la palabra "fraudulentamente", sin que le pueda ser asignada a la misma ninguna otra acepción.

2.5 LA COSA COMO ELEMENTO DEL DELITO DE HURTO.

La ley penal, en el art. 547, exige que para que se pueda consumir el delito de hurto es necesario que el objeto de la sustracción fraudulenta sea una "*cosa*", y como la única cosa susceptible de ser sustraída es la "mueble", se entiende que la ley penal se refiere, en cuanto al hurto y al robo, a la cosa mueble ajena. Estudiaremos, pues, separadamente los dos conceptos para ubicarlos correctamente dentro de la esfera del derecho penal.

Por lo general se pretende recurrir al campo del derecho civil con la finalidad de fijar el concepto de cosa, lo cual no nos parece que sea muy apropiado, pues, como lo haremos presente a lo largo de esta exposición, no siempre los conceptos civil y penal de cosa coinciden.

En efecto, lo primero que observamos cuando recurrimos al Libro II del, Código Civil, Ecuatoriano es que su epígrafe enuncia el carácter eminentemente económico' que dicho derecho concede a las cosas, pues dice: "De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones" **42**; y el Título I de dicho Libro se desarrolla a base del siguiente rubro: "De las varias clases de bienes" **43**.

42 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100. Edición 2008 Quito Ecuador.

43 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100 Edición 2008. Quito Ecuador..

Etimológicamente la palabra "bien" podría ser concebida en su equivalencia de felicidad, de acuerdo con el texto de Ulpiano: "La palabra bienes tiene una significación natural o civil; en la natural se llaman bienes porque bonifican, hacen feliz; bonificar es hacer buena o útil alguna cosa. Igualmente se contará también los bienes lo que comporten las acciones, las peticiones y las acciones persecutorias, porque se considera que todo esto está en los bienes"**44**.

Pero, indudablemente, a lo largo del tiempo, el concepto de bien ha ido adoptando una equivalencia económica y social que aún permanece. Es así como podríamos decir que el bien, en su concepción moderna es "un objeto material considerado desde el punto de vista de su apropiación actual y virtual, en tanto que la cosa es un objeto material, considerado fuera de toda idea de apropiación, como lo dice Pascual Martín Pérez al desarrollar el concepto bienes. **45**. De lo que se infiere, entonces, que la cosa sería un bien sólo en el caso de que fuera susceptible de apropiación "actual o virtual", quedando fuera del concepto "bien" toda cosa que careciera de base económica. Y nosotros pensamos que nuestra Legislación Civil adopta este criterio cuando se refiere a los bienes en el Art.583 de nuestro Código Civil., en donde se dice que "los bienes consisten en cosas corporales o incorpóreas" .

Sin embargo, el criterio anterior no es el sostenido por HENOCH DE AGUIAR, quien en una de sus brillantes obras expresa que "al lado de ciertos bienes apreciables pecuniariamente, constitutivos de la fortuna, aparecen otros que en las sociedades civilizadas se los coloca arriba de aquellos, atribuyéndoles un valor mucho más grande, en razón de su naturaleza moral.

44 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. *Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 54. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Ulpiano*

45 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. *Delitos contra la Propiedad. Tomo I. Pag 54. Editorial Edino. Edición Única. Cita a Pascual Martín Pérez*

No obstante de carecer de valor de cambio como los primeros, se encuentran como éstos protegidos por el derecho, para defenderlos y hacerlos respetar, cuando se amenaza su goce o ejercicio; o para obtener la consiguiente reparación del mal que su privación nos ocasiona" 46. Consecuente con esta idea, el citado autor acepta la existencia del patrimonio como una universalidad, pero lo clasifica en patrimonio económico y patrimonio moral.

Sin dejar de reconocer que la posición de AGUIAR es absolutamente cierta, en cuanto a la existencia de ciertos "bienes" que sin tener valor de cambio forman parte integrante de la personalidad del hombre y que son objeto de la protección especial del derecho, no podemos ignorar que, precisamente, a los únicos bienes a los cuales se refiere el derecho civil, es a los bienes con significado económico, y no a los de significado "moral", como los llama AGUIAR, pese a que éstos también están protegidos por ciertas ramas del derecho. Por eso, cuando la cosa no es útil, o no es útil económicamente, entonces dejará de ser un bien para el derecho civil, y podrá aún quedar sin protección por parte de este derecho, pero, sin embargo, seguirá siendo objeto de protección por parte del derecho penal, por ejemplo.

Así, podríamos decir que la libertad es un bien que no forma parte de los bienes económicos y, en consecuencia, no se encuentra especialmente protegida por el derecho civil. Sin embargo, la ley penal considera a la libertad un bien jurídico que merece especial protección, pues es objeto de una norma jurídica expresamente emanada de la voluntad del Estado.

De lo dicho, entonces, podríamos concluir diciendo que el derecho civil se refiere de manera especial a los bienes en su sentido económico (bien es la cosa que satisface una necesidad económica, dicen los economistas) y, por ende, cuando en el Art. 583 de nuestro Código Civil, se refiere a que "los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales", se está refiriendo a esas cosas que, con valor de cambio, y por tener ese valor de cambio, merecen especial protección del derecho civil; pero no se incluyen dentro de ellas a las cosas que carecen de valor económico.

46 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100. Edición 2008 Quito Ecuador.

Sin embargo, un tal concepto no sería susceptible de aceptarlo dentro del **derecho penal**, el cual entiende **por cosa todo aquello que tiene corporeidad, tangibilidad y es susceptible de apropiación**. De allí es que para el derecho penal no puede admitirse como "cosa" lo que no es corporal, lo que no es tangible, aunque sea pasible de apropiación. Por ejemplo, el derecho como tal no puede ser considerado cosa desde el punto de vista penal, porque asignarle el calificativo de "incorporal" a la cosa es un contrasentido que ignora que una de las características intrínsecas de la cosa, es la corporeidad. La afirmación hecha en el art. 583 del Código Civil, repetida en varias disposiciones legales, como la del Art. 594., no pasa de ser una ficción legal, para los efectos del desarrollo de la protección jurídica civil, pero no basada en ningún fundamento real, objetivo.

Lo dicho, por supuesto, sin perjuicio de que la "cosa" a la que se refiere el derecho, como un título, como un contrato, pueda ser considerada como tal cosa, sin ficción legal de alguna naturaleza, y sin perjuicio también que la cosa sobre la que recae el derecho sea considerada como *tal* Lo que pienso es que dentro del derecho penal no podría hablarse de cosas incorporales para los efectos de los delitos contra la propiedad, pues ni siquiera podríamos pensar que el despojo de un derecho de uso, por ejemplo, pueda ser considerado en función de cosa, sino sólo de protección a un derecho concreto, pues no se puede despojar del derecho, que está ínsito en la persona, sino que se puede despojar del ejercicio del derecho, o de la cosa sobre la cual recae ese derecho. Nadie nos puede despojar del derecho a la libertad de expresión; el derecho lo tenemos; es el ejercicio del mismo el que nos puede ser coartado. Nadie nos puede hurtar nuestro derecho a la propiedad; es el ejercicio del mismo el que nos puede ser impedido.

Carrara al referirse a la cosa expresa que "la palabra cosa no tiene límite en este punto en cuanto al valor; con tal que haya alguno, por mínimo que sea, es siempre hurto" **47**; afirmando posteriormente que no se requiere que la cosa sea tangible para que pueda ser objeto de un hurto, por lo que llega a la conclusión que la energía puede ser objeto de hurto, aplaudiendo las sentencias italianas y extranjeras que se habían pronunciado en este sentido.

47 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal Parte Especial. Vol IV. Tomo VI. Editorial Temis. Edición Cuarta 1984.

Mezger expresa que la cosa "es un objeto corporal del mundo externo"**48**. En esta explicación destaca el maestro germano una característica fundamental de la cosa, cual es la corporeidad. Este criterio sobre la cosa es lo que lleva al autor alemán a negar la corporeidad a la energía eléctrica, o a cualquier otra energía no eléctrica, afirmando que "no son cosas las fuerzas y energías" **49**, pese a que MEZGER reconoce que la energía eléctrica es susceptible de sustracción, por lo cual ha sido materia de una ley especial "sobre el castigo de la sustracción de energía eléctrica".

ROURA MORENO sostiene el criterio que siendo la energía una cosa y una cosa susceptible de ser apreciada por los sentidos, tiene corporalidad, y, por ende, puede ser objeto del delito de hurto **50**.

SEBASTIÁN SOLER se pronuncia enfáticamente contra la opinión de considerar a la energía, cualquiera que ésta sea, como objeto del delito de hurto, ya que la energía no es una cosa y de nada valen en el aspecto jurídico los razonamientos de carácter físico que demuestren que la energía es materia, por lo que, sin pronunciarse sobre "la exactitud física de esas afirmaciones" **51** condena "la ingenuidad jurídica consistente en buscar dentro de la física la fijación de un concepto jurídico" **52**.

48 MEZGER Edmundo. Derecho penal Parte Especial. Tomo II Pag 120. Edición Vallettas 2004.

49 MEZGER Edmundo. Derecho penal Parte Especial. Tomo II Pag 121. Edición Vallettas 2004.

50 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 56. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Roura Moreno.

51 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Pag 188.Tomo IV. Editorial Editora Argentina S:A. 1973.

52 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Pag 188.Tomo IV. Editorial Editora Argentina S:A. 1973.

Opina el maestro argentino que el calor y el movimiento también son manifestaciones de la energía, como lo es la electricidad, sin que pueda considerarse que los unos y la otra puedan ser susceptibles de hurto, y concluye afirmando "de nada vale esforzarse en llevar la electricidad *tono eolio* a la condición jurídica de cosa, cuando con ella dejamos subsistente el problema para otras formas de energía de las que difícilmente los juristas se atreverían a decir que sean cosas" **53**.

Etcheberry expresa que deben excluirse del concepto cosa las que "siendo materiales, carecen de extensión, como el sonido, la luz, el calor, las energías" **54**. Sin embargo, más adelante expresa que "el combustible que sirve para producir tales cosas, si que es susceptible de hurto (como el gas, v. gr.)" **55**, por lo cual rechaza la idea de que se considere a la electricidad dentro del concepto de cosa susceptible de ser objeto del delito de hurto.

QUINTANO RIPOLLES sin pronunciarse personalmente sobre el problema de manera terminante, lo hace de manera condicional al decir: "Si el fluido es una cosa mueble como otra cualquiera, es evidente que puede ser objeto de hurto o de estafa, sin necesidad de una regulación criminal especial... pero si es algo sui generis, se impone un tratamiento aparte" **56**.

53 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Pag 189.Tomo IV. Editorial Editora Argentina S:A. 1973.

54 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 56. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Etcheberry.

55 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 56. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Etcheberry.

56 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 57. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Quintano Repolles.

Maggiore opina que las cosas son "todos los objetos corporales u otras entidades naturales que tengan valor económico y sean susceptibles de apropiación o de utilización" **57**, por lo cual incluye dentro del concepto de cosa a las energías—"desconocidas aun en el pueblo de los quirites" **58**—si bien destacando que el C. P. italiano fue uno de los primeros en reconocer que la energía eléctrica y "toda otra energía" que pueda ser económicamente apreciable es una cosa mueble, susceptible de ser objeto, del delito de hurto.

Luis Bramont Arias y María del carmen García: "Se equipara a bien mueble, es decir, asimila o comprende como bienes muebles a los efectos del delito de hurto, aunque no son en esencia bienes muebles la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético" **59**.

Pienso que es necesario, frente a la infinidad de criterios diversos sobre lo que es la cosa y su naturaleza, hacer una diferenciación entre hecho y cosa. De esa manera podríamos desbrozar el camino para arribar a un claro intelectual que nos permita " ubicar cada concepto en su verdadero significado jurídico.

La cosa es un fenómeno que existe en el mundo exterior y que siendo objetivamente corporal es, además, tangible y susceptible de apropiación.

Cuando el hecho crea, transforma o extingue derechos, se llama hecho jurídico, si es consecuencia de la naturaleza; y se denomina acto jurídico, si es consecuencia del obrar humano.

57 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 57. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Maggiore

58 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 57. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Maggiore

59 BRAMONT-ARIAS TORRES Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO María del Carmen Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo Unico. Pag 293. Edición Cuarta Lima Perú 1998.

La cosa no es capaz de crear, transformar o extinguir derechos, sin perjuicio que pueda ser objeto del derecho y de derechos.

La energía, el movimiento, son hechos; la ira, el desengaño, cuanto se objetivizan o sean perceptibles, son hechos humanos. Pero ninguno de los indicados fenómenos son cosas. La cosa debe tener forma, debe manifestarse corporalmente.

De lo expuesto, entonces, se infiere que no siendo cosas los fenómenos energéticos, o los hechos psicológicos, no pueden ser objeto del delito de hurto; pero por ser hechos que, en un momento dado, pueden crear, transformar o extinguir derechos, son objeto de protección y de regulación jurídica.

Observamos que el Código Civil ecuatoriano. no define ni lo que es bien, ni lo que es cosa, ni tampoco lo que es hecho. Apenas si con muy mala redacción trata de darnos una idea muy simple sobre lo que es bien, afirmando en el citado art. 583 que "los bienes consisten en cosas corporales o incorpales" **60**. Si tratamos de extraer de dicha afirmación el concepto de cosa caeríamos en una verdadera tautología, pues tendríamos que decir que cosa corporal es todo aquello que se refiere el bien corporal, o que es objeto de un bien corporal, dejando sin explicación lo que debe entenderse por bien, y lo que debe entenderse por cosa.

Ya se dejó sentada la opinión sobre lo que es cosa. Ahora bien, no todas las cosas pueden ser objeto del delito de hurto. Sólo lo pueden ser aquellas cosas que, además de corporales y tangibles, sean susceptibles de apropiación. Así, el aire no puede ser objeto de hurto, salvo el caso que el paciente hubiera logrado comprimirlo pues, en este caso, puede ser objeto de hurto el artefacto que lo contiene.

60 Legislación Codificada.(Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100. Edición 2008 Quito Ecuador.

El cuerpo humano con vida, no puede ser objeto de hurto, porque no es susceptible de apropiación. El hombre no se encuentra dentro del tráfico mercantil. Antiguamente, cuando la esclavitud era el fundamento de la sociedad económica, el hombre tenía un precio comercial y en muchas ocasiones era vendido en pública subasta. De allí es que las viejas legislaciones dediquen especiales capítulos al hurto de esclavos y a explicar detenidamente las sanciones que merecían aquellos que cometían tal delito. El Fuero Juzgo y Las Partidas se referían de manera especial a dicho delito.

Si actualmente quisieran apropiarse de una persona y de hecho la aprehendieran y la pusieran bajo el poder del agente, cometería éste cualquier delito (plagio, rapto) pero no hurto, pues el hombre no es una cosa, ni una cosa mueble, y menos una cosa mueble "ajena", porque la persona no es susceptible de apropiación.

Sin embargo, cuando se trata de partes del cuerpo humano que han sido separadas del mismo, como un ojo, un riñón, o la sangre, en nuestra opinión pueden ser susceptibles de apropiación y, por ende, objeto del delito de hurto, pues se consideran ya como cosas muebles.

En cuanto a los cadáveres, la protección penal de los mismos se rige por disposiciones penales autónomas, que están comprendidas dentro del título dedicado a "la seguridad pública" y, además, por las leyes especiales, como las del Código de la Salud y de Sanidad.

De *lege lata* la cosa debe tener algún valor económico para que pueda ser objeto de hurto. Nuestra legislación penal sustantiva relaciona íntimamente la infracción "hurto" con el valor de cambio de la cosa objeto del hurto, pues si bien es cierto que el art. 547 no hace referencia especial al valor de la cosa, el art. 548 expresa que la pena a imponerse entre el mínimo y el máximo está sujeta al "valor" de las cosas hurtadas **61**.

61 Legislación Codificada. 8Código Penal). Corporación d Estudios y Publicaciones. Pag 107. Edición 2008 Quito-Ecuador.

Además, es necesario tomar en consideración que el art. 107 del Código de Procedimiento Penal, obliga al juez, cuando se trata de la comisión de algún delito contra la propiedad, a ordenar el avalúo de la cosa, **62** si es que ésta es recuperada, a fin de establecer el valor de dicha cosa no sólo para los efectos de la indemnización de los perjuicios, sino para determinar si es que la conducta del agente es constitutiva de delito o de contravención, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 607, ord. 1º, del Código Penal, el hurto de una cosa cuyo valor no pase de un salario mínimo vital general y que por las circunstancias del acto no sean delito **63**.

Existe una corriente dentro de la doctrina que trata de eliminar de los códigos el sistema por el cual la pena del hurto, o del robo, se impone en relación con el valor de cambio de la cosa hurtada o robada. GONZÁLES DE LA VEGA, citado por PAVÓN VASCONCELOS", en relación con la punibilidad del robo referido al valor de la cosa robada, expresa: "No parece del todo equitativo el anterior pensamiento clásico (el de GROIZARD) porque en la mayor parte de los robos el ladrón al realizar el apoderamiento ilícito, ignora el verdadero valor de las cosas de que se apropia; acontece a menudo que proponiéndose el agente apoderarse de cosas que supone de gran valor, resulta defraudada su codicia ante la verdadera calidad inferior de los objetos; también puede suceder que habiéndose propuesto un apoderamiento de objetos de ínfimo valor, estos resulten preciosos" **64**.

62 Legislación Codificada (Código de Procedimiento Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag tomado de la página 18. Edición 2008 Quito Ecuador.

63 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 124. Edición 2008 Quito Ecuador.

64 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 57. Tomo I. Editorial Edino. Pavón Vasconcelos cita a González de la Vega.

MACEDO cita el ejemplo de dos carteristas que roban en idénticas circunstancias, sin que haya mas diferencia que la de que en un caso la cartera robada no contenía sino papeles sin valor, y en el otro una cantidad considerable de billetes de banco; los ladrones hablarán de buena o mala suerte según el resultado final de su acto; ¿pero la ley podrá dejar al acaso la pena? ¿Será admisible que de hecho, a uno de los carteristas se le imponga sólo arresto de meses, en tanto al otro se le impongan años? En rigor la culpabilidad de uno y de otro son iguales, sobre todo desde el punto de vista de la perversidad y de la temibilidad y, por lo mismo, la pena debiera ser la misma o por lo menos semejante" **65**.

A la posición de González de la Vega, se adhiere Pavón Vasconcelos y por eso pondera el Código Penal de 1949, en su Art 297 de Sonora sancionando el robo con una pena que fluctúa entre un mínimo de dos meses y un máximo de nueve años, lo que permite al juzgador moverse libremente apoyado en un razonado arbitrio judicial, entre el mínimo y el máximo señalado, sin quedar constreñido a un ámbito estrecho, determinado por la graduación de la pena basada en el valor de la cosa. **66**.

El razonamiento de GONZÁLES DE LA VEGA puede invertirse en su contra, pues se podría preguntar: ¿sería admisible que aquél que robó una cosa de ínfimo valor reciba una pena igual o semejante a la que debe recibir el que robó una cosa de gran valor? Nos parece que el ejemplo de MACEDO, citado por GONZÁLES, es engañoso, pues el acto de una sustracción no debe ser equiparado con otra sustracción anterior o concomitante ejecutada por otro agente, sino que debe tomar en consideración el caso concreto, sin referencia a otro parecido. Además, lo que se pena es la sustracción y no por el valor de la cosa sustraída, valor que puede ser relativo si se considera el patrimonio del paciente de la sustracción. La sustracción de un mil sures para un hombre pobre es cuantiosa; para un hombre rico es ínfima.

65 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 57. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Macedo González de la Vega.

66 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 58. Tomo I. Editorial Edino. Posición de González de la Vega. Y Vasconcelos

Pienso que el valor de la cosa debe ser tomado en consideración, no para la imposición de la pena, sino exclusivamente para el pago de la indemnización de los daños y perjuicios, pues el agente está obligado a resarcir los perjuicios causados por su acción injusta y, por ende, se debe tomar en cuenta el valor que tenía la cosa hurtada al momento de su sustracción para conocer uno de los rubros de la indemnización que debe ser satisfecha por el agente del hurto.

Opino, pues, que la imposición de la pena debe quedar liberada del valor de cambio de la cosa que fuera objeto del hurto, o del robo, dejando que el juez, en cada caso particular, tomando en consideración la personalidad del agente y la del paciente, las circunstancias en que se desarrolló el delito, etc., imponga una pena que debe ser escogida de una amplia gama legal entre un mínimo y un máximo, lo que permitiría al juez escoger la pena de acuerdo a la personalidad del agente, y no de acuerdo con el valor de la cosa hurtada.

Es indudable que toda cosa tiene un valor de cambio; poco o mucho, pero lo tiene. Se ha dicho que hay cosas que sólo tienen un valor de afección y que, por lo tanto, no son apreciables económicamente. En nuestra opinión, el hecho que una cosa tenga especial valor de afección, no significa que no tenga, además, un valor económico. Si se adopta la posición extrema de decir que si la cosa en sí, como tal cosa, es de tal naturaleza que carece de dicho valor y es hurtada, no se puede dudar que se ha cometido técnicamente un hurto, pero como no tiene valor de cambio, no puede ser constitutiva de delito o de contravención, por lo que sólo habría lugar a la indemnización de daños y perjuicios, si es que es posible determinarlos procesalmente.

Sin embargo, yo, de lege ferenda, nos adherimos a la opinión de MAGGIORE cuando expresa que el concepto "cosa" en materia penal tiene un mas amplio sentido que en materia civil, reducido al sólo valor económico. Dice el destacado autor italiano: "Así, el concepto de cosa adquiere un significado más elástico que el que tiene en derecho civil, es decir, se incluyen en él aquellos objetos que, aunque no tengan valor de cambio, representable en dinero, poseen un valor sentimental, espiritual, afectivo, incalculable la más de las veces... Sobre estas cosas bien puede cometerse el delito de hurto".

Finalmente, de lo explicado, no constituyen cosa el pensamiento, la idea, el sentimiento, la inteligencia. Pero las "cosas" que son producto de la inteligencia, etc., son susceptibles de hurto. Pero el hurto de estas cosas está sancionado de manera diversa por leyes especiales que protegen la producción del pensamiento y que garantizan al autor de dichas obras el uso y goce de las mismas. Pero aclaro que se trata de la protección del derecho de autor sobre el producto del pensamiento, en ningún caso de la sustracción fraudulenta de una cosa creada por el artista, por ejemplo, una estatua, hecho éste que no queda sometido a la ley de protección del autor, la misma que sólo ampara el derecho que tiene el autor sobre el producto de su ingenio. Así, el plagio de un libro queda sometido a dicha ley especial; pero el hurto del libro como cosa queda sometido a la ley penal común.

La cosa mueble. —Pero no basta hablar de la cosa como objeto material del hurto; éste delito exige una clase especial de cosa para que pueda consumarse: exige que la cosa sea mueble.

Es cierto que el Código Penal, no señala de manera expresa que la cosa sustraída fraudulentamente sea mueble, pero no lo hace porque exige la sustracción de la cosa y la sustracción, como se ha explicado, no puede existir sin el desplazamiento del objeto sustraído desde la esfera de custodia del paciente hacia la del agente y como la única cosa susceptible de tal desplazamiento material es la cosa mueble—que no la inmueble— la ley penal, para no ser redundante, se abstiene de mencionar que la cosa sustraída debe ser mueble y se limita a decir que el agente debe sustraer una cosa ajena, con lo que está indicando que ésta debe ser mueble necesariamente.

Pero para desarrollar este tema de la cosa mueble es necesario introducirnos en el derecho civil para poder concluir si es que el concepto civil de cosa mueble es el que rige en el derecho penal.

El art. 585 del Código. Civil. expresa que debe entenderse por "muebles" todas aquellas cosas que "pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas" **67**. Por otra parte, el art. 586 del mismo Código Civil, considera que son inmuebles "las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas, y las que se adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles" **68**.

En derecho penal, como bien dice SOLER el concepto de cosa mueble sigue el criterio vulgar, común, es decir, que se considera cosa mueble todo aquello que pueda movilizarse **69**, por lo cual se diferencia de la concepción civil sobre la cosa mueble, pues muchas veces el derecho civil considera inmueble ya por radicación, ya por destinación, ya por accesión, ciertas cosas que el derecho penal considera muebles, sin ninguna otra diferencia. Así, por ejemplo, sabemos que los inmuebles no sólo lo pueden ser por naturaleza (fincas, etc.), sino que también desde el punto de vista civil pueden ser inmuebles ciertas cosas que por la destinación dada por el dueño, dejan de ser civilmente muebles para ser civilmente inmuebles. Tales, v. gr., "las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías, los utensilios de labranza", y más a los que se refiere especialmente, a manera de ejemplo, el art. 588, de nuestro Código. Civil. Sin embargo, desde el punto de vista penal, esas cosas como los utensilios de labranza, se siguen considerando cosas muebles y, por lo tanto, pueden ser objeto del delito de hurto. Aún más, ciertos casos, cuando parte de un inmueble han sido separado con ánimo de volverlo a incorporar al inmueble, civilmente no deja de ser inmueble (art. 591 de nuestro Código Civil.) **70**, pero para el derecho penal esas cosas son muebles mientras están separadas y, por lo tanto, pueden ser objeto del delito de hurto.

67 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100. Edición 2008 Quito Ecuador.

68 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 100. Edición 2008 Quito Ecuador.

69 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 101. Edición 2008 Quito Ecuador

70 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Pag 190. Tomo IV. Editorial Editora Argentina S.A. Edición 1973 la última.

Y aún si la sustracción se la hace mientras esas cosas están empotradas en un edificio, esa sustracción se considera de una cosa mueble y no de una inmueble. Opino, pues, que aún cuando las cosas muebles se encuentren adheridas al inmueble, si dichas cosas son removidas por el agente, como una estaca, v. gr., se consideran cosas muebles y, por ende, pueden ser objeto del delito de hurto. Igual es el caso de las puertas, de los frutos de los árboles, etc.

Por otra parte, ciertos animales—que no son aquellos a los que se refiere el art. 554 de nuestro Código Penal, son considerados cosas muebles, sea que se encuentren en libertad, pero bajo el control del dueño, sea que se encuentren en jaulas, pajareras, etc. aunque éstas se encuentren adheridas al suelo **71**. Conforme con este criterio CARRARA³⁹, quien se pregunta: "¿Qué hay mas inmueble que la tierra? Y sin embargo es hurto sustraer del campo ajeno tierra o arena para emplearlas en provecho propio" **72**.

Por su parte MAGGIORE expresa que "es posible apoderarse de cualquier cosa inmueble, cuando se la convierte en mueble, haciéndola así capaz de ser sustraída. Esto debe decirse no sólo de los inmuebles por incorporación (hierba, árboles, frutos) sino también de los inmuebles por naturaleza (tierra, cascajo, piedras, carbón, agua corriente mediante extracción o manantial, menos cuando se trata de agua desviada...)" **73**.

Podemos afirmar, entonces, que realmente sólo la tierra y las minas pasan a ser cosas inmuebles para el derecho penal, y siempre que las partes de la tierra—como las rocas, la arena, etc. —o los minerales extraídos de las minas no hayan sido separados de la corteza terrestre, o de los filones o vetas, respectivamente, pues en esos casos se consideran como cosas muebles y pueden ser objeto del delito de hurto.

71 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 109. Edición 2008 Quito Ecuador.

72 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal. Vol IV Tomo VI. SS2027 Pag 26. Editorial Temis Bogotá Colombia 1981. Cuarta edición.

73 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 58. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Maggiore

No importa si quien separa las cosas del lugar en donde estaban sea el agente, o el paciente. Lo que interesa penalmente es que la cosa se encuentre separada y sea transportable, pues no hay que olvidar que la esencia de la cosa mueble es su movilidad, pues como bien dice PAVÓN VASCONCELOS, "en el ámbito de la ley penal, es el criterio de la transportabilidad del objeto el que debe servir para fijar el concepto de cosa mueble" **74**.

En lo que se refiere a las aguas debemos tener presente que para nuestra legislación penal es una cosa inmueble y, por lo tanto, son objeto del delito de usurpación (arts. 581 y 582), pero no de hurto. Sin embargo, si las aguas han sido separadas de la corriente y encerradas en depósitos, como barriles, bidones, etc. y desde dichos depósitos son sustraídas, se debe considerar dicho acto antijurídico como un hurto, pero no como una usurpación, por cuanto ya dichas aguas se encuentran separadas de la comente o torrente natural.

74 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 58. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Pavón Vasconcelos.

2.6 LA COSA AJENA.

La cosa mueble que es objeto de la sustracción, para que llegue a constituir el delito de hurto es necesario que sea "ajena", es decir, que no pertenezca al agente, ni haya sido sustraída con consentimiento del dueño.

Cabanellas nos dice en términos sencillos que **ajeno** “es lo perteneciente a otro” **75** y **ajenidad** “neologismo penal que pone de relieve la circunstancia de que el ladrón ha de saber que es ajena la cosa que hurta o roba”. **76**

En ninguna parte de la ley civil, o de la penal, se encuentra una definición del adjetivo "ajeno", pese a que es una de las palabras de mayor comprensión dentro del léxico común. Ajeno es todo aquello que pertenece a otro, es decir, que se encuentra fuera del poder de disposición de una persona y que, en cambio, se encuentra dentro de la esfera de disposición de otra persona. **PÉREZ BORJA** con acierto expresó: "...es necesario, además, como elemento constitutivo, que la cosa sustraída pertenezca a otra persona. La cosa debe ser ajena" **77**.

González Rus, citado por el Dr. Edgardo Alberto Donna nos dice: “ el requisito de que la cosa haya de ser ajena presupone que tenga, efectivamente, propietario, aunque no conste quien es y que el propietario no sea sujeto activo del delito” **78**.

75 CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pag 230. Tomo I. Editorial Heliasta. Edición 23 Edición.

76 CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pag 230. Tomo I. Editorial Heliasta. Edición 23 Edición.

77 BRAVO SIGUENZA Marco. Tipos Penales. Pag237. Tomo II. Editorial Universidad Católica de Cuenca. Edición Segunda Edición. Cita a Pérez Borja

78 DONNA Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Pag 45. Tomo II-B. Editorial Rubinzal Culzoni. Edición Segunda Edición Actualizada. Cita a González Rus.

Edgardo Donna expresa bien su criterio de ajenidad al decir: “Es que, en realidad, no es del todo exacta la palabra “ajena”, que denota el concepto positivo de que la cosa debe pertenecer a alguien, cuando en verdad el hurto no es un atentado al derecho de dominio ajeno, sino a la tenencia de la cosa por un tercero que no tiene su dominio total o parcial” **79.**

Lo indicado anteriormente nos permite diferenciar claramente cuales son las cosas muebles que pueden ser susceptibles del delito de hurto, y cuales quedan excluidas, pese a que no se encuentran dentro del patrimonio de la persona que las sustrae.

En ciertas legislaciones, como en la de Argentina, la cosa que es objeto de la sustracción debe ser "total o parcialmente ajena", por lo que es posible—de acuerdo al texto de dicha legislación—que se presente el caso del hurto de una cosa que parcialmente pertenece al agente. Al respecto **SOLER** dice: "... el condómino es dueño solamente de una parte ideal de la cosa y no de la cosa misma". **80.** Sin embargo, nosotros pensamos que la cosa cuyo derecho de propiedad lo tienen dos o más personas es de todos y de cada uno de los que tienen el derecho de propiedad sobre ella y, por lo tanto, no es ajena parcialmente en relación a quien tiene el derecho de propiedad en unión de otra persona. Es necesario considerar que es el derecho de propiedad sobre la cosa el que está dividido entre los condóminos, pero no la cosa misma. Por lo cual, a diferencia de lo que piensa SOLER, nosotros opinamos que cada uno de los condóminos tiene el dominio sobre toda la cosa, a pesar de que el derecho de propiedad sobre la misma se encuentra solo en un porcentaje en poder del condómino. Este es dueño sólo *de una parte del derecho de propiedad, pero es dueño de toda la cosa*, mientras ésta se mantenga indivisa, ya que idealmente es imposible saber cuál es la parte ajena y cuál es la parte propia de la cosa sobre la cual se tiene una fracción del derecho de propiedad.

79 DONNA Edgardo Alberto. Derecho Penal Parte Especial. Pag 46. Tomo II-B. Editorial Rubinzal Culzoni. Edición Segunda Edición Actualizada.

80 SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino. Pag 195. Tomo IV. Editorial Editora Argentina S.A. Edición 1973 la última.

Por lo expuesto es que opino que el condómino no puede consumar el delito de hurto porque la cosa es de su propiedad y de manera expresa mi Código Penal exige que para la consumación de tal delito es necesario que la cosa sea "ajena", esto es, que sobre ella el agente no tenga ni una parte, ni todo el derecho de propiedad. Si se tiene el derecho de propiedad sobre la cosa en unión de otra persona, entonces, ninguno de los co-propietarios podrá consumar el delito de hurto sobre la cosa cuyo derecho de propiedad tiene en común. *Nadie puede tener ánimo de apropiación sobre lo que ya es parcial o totalmente propio.*

De donde se infiere que el co-propietario puede disponer de su derecho de propiedad, pero no de la cosa sobre la que recae el derecho indicado. Así, podrá vender el derecho de propiedad en la cuota que le pertenece, pero no podrá vender la cosa íntegramente. Si de hecho lo hace no comete el delito de hurto, sin perjuicio de que, de acuerdo a las circunstancias en que hubiere sido ejecutada la venta y el régimen al que hubiere estado sometida la co-propiedad, pueda consumarse otro delito distinto. No se debe olvidar que la cosa, cuya propiedad se encuentra dividida entre dos o más personas, es común a todos los co-propietarios, y mientras subsista la indivisión, todos y cada uno de los co-propietarios podrá usar de la cosa en la forma como el régimen de indivisión lo hubiera establecido, sin perjuicio que, como lo dejamos explicado, cada co-propietario puede disponer de su derecho de propiedad sin consentimiento de los otros co-propietarios.

Queda, pues, entendido que para nuestra legislación penal sustantiva es imposible que el co-propietario de una cosa mueble pueda cometer el delito de hurto, sin perjuicio de que pueda cometer, según las circunstancias, cualquier otro delito contra la propiedad.

Los bienes nacionales de uso público (art. 604 Código Civil) son cosas ajenas con relación a los particulares, pues la propiedad de ellos es de la República. **81.** Por lo tanto, si son sustraídos fraudulentamente con ánimo de apropiación, se comete el delito de hurto.

81 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 103. Edición 2008 Quito Ecuador.

Pero "las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres". **82.** (art. 602 de nuestro Código Civil), no pueden ser objeto del delito de hurto, por no ser ajenas, sino propias de todos y cada uno de los particulares y, además, porque no son susceptibles de apropiación o, por lo menos, "ninguna nación, corporación o individuo, tienen derecho a apropiárselos...". Si de hecho se presentara el casi imposible caso de su apropiación el agente no cometería el delito de hurto, sino cualquier otro delito, por cuanto la cosa no es ajena.

En la práctica se presentan los casos de cosas perdidas o extraviadas, de **cosas abandonadas** (res derelictae) y de cosas que no pertenecen a nadie (res nullius). En nuestra opinión, como lo explicaremos de inmediato, no es posible concebir la comisión del delito de hurto en los indicados casos, por cuanto falta el elemento objetivo de la sustracción.

Entre la cosa "**olvidada**" y la cosa "**extraviada**" existe una diferencia: en el primer caso, el dueño de la cosa la dejó en un lugar determinado que sabe concretamente cual es y en el momento de alejarse de dicho sitio se olvidó de recogerla para llevársela; en el segundo caso, el dueño ignora en donde se encuentra la cosa, en donde la perdió. Pero para los efectos penales una u otra situación es equivalente en relación con el tercero, pues si éste la aprehende y la ingresa a su patrimonio, no ha sustraído la cosa sino que la ha "encontrado", y si es fácilmente presumible pensar que la cosa es ajena, por no ser concebible su abandono, la conducta del tercero estará comprendida en uno de los casos de "defraudación" (art. 571, inciso segundo, Código Penal.), "si es que el valor económico de la cosa fuere mayor de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norteamérica". **83;** si no fuere autoridad o agente de la autoridad, pues si lo es, su conducta sería una contravención de cuarta clase tipificada en el art. 606, ord. 6° del Código Penal). **84.**

82 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 102. Edición 2008 Quito Ecuador.

83 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 112. Edición 2008 Quito Ecuador.

84 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 123. Edición 2008 Quito Ecuador.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 622 de nuestro Código Civil "por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie" **85**, es decir, que nunca han tenido dueño o que, en su defecto, han sido abandonadas por el dueño. La diferencia entre la cosa extraviada y la cosa abandonada radica en que la primera tiene dueño, pero no tenedor; en tanto que la segunda no tiene dueño ni tiene tenedor.

Se pueden adquirir por ocupación los animales bravíos, sea por medio de la caza, sea por medio de la pesca. Las leyes civiles ordinarias prevén la forma como se puede ocupar un animal bravío y a quien pertenece en cuanto ha sido cazado. Si dicha cacería se ha realizado en terreno ajeno, sin permiso del dueño de las tierras, sea que éste las hubiere cercado, sea que, aunque no estuvieren cercadas, hubiere prohibido de manera expresa la caza, toda presa será del dueño del terreno, quien, además, puede exigir la indemnización correspondiente. Pero si el cazador furtivo se lleva la presa comete el delito de hurto pues se entiende que ha sustraído el animal bravío que es de propiedad del dueño del terreno en donde se lo cazó. Cuando los animales bravíos están enjaulados, o en sitios especiales de custodia, como pajareras, colmenares, estanques, etc., se entiende que son de propiedad del dueño de los lugares en donde están encerrados. Cualquier sustracción consumaría el delito de hurto.

En consecuencia, la ocupación a través de la caza y de la pesca sólo puede hacerse cumpliendo las regulaciones civiles de carácter ordinario, o de carácter especial impuestas por las leyes de caza y pesca, que son leyes especiales que priman sobre la ley general y común.

85 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 107. Edición 2008 Quito Ecuador.

Las cosas abandonadas (*res derelictae*) también pueden ser ocupadas por cualquier persona. Se entiende por cosas abandonadas aquellas que ostensiblemente carecen de dueño, sin perjuicio de que lo hubieran tenido anteriormente, ya por los lugares en que se encuentran—basureros, vía pública—ya por el tiempo que tienen en un lugar público sin que sea objeto de particulares manifestaciones de posesión o de mera tenencia. Nos parece acertada la observación que hace NÚÑEZ en el sentido de que la cosa para que se considere abandonada debe haber sido puesta en tal situación por el dueño y no por un tercero a quien no lo ha autorizado el propietario para tal abandono. **86.**

Nuestro Código Civil. señala reglas relativas al abandono de las cosas expresando que se adquiere el dominio "de las cosas cuya propiedad abandona el dueño", pero "no se presumen abandonadas por su dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave" **87** . Por otra parte, el mismo cuerpo de leyes señala en forma precisa cómo debe proceder la persona que "se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida", a fin de que no sea acusada de cometer algún delito contra la propiedad que, como hemos dicho, no podría ser el de hurto por cuanto no existe el elemento objetivo de la sustracción fraudulenta.

Situación jurídica diferente es la que presenta el tesoro, el cual, según el art. 641 de nuestro Código Civil., es "una especie de invención o hallazgo" y que consiste, según el mismo artículo, en "la moneda, o joyas u otros efectos preciosos que, elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria ni indicio de su dueño" **88**. El tesoro encontrado debe ser repartido "por partes iguales" entre el dueño del terreno y la persona que lo descubrió, siempre que ésta hubiera encontrado el tesoro fortuitamente, O lo hubiera buscado con permiso del dueño. Si no sucede así, el tesoro sería del dueño del terreno.

86 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 60. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Núñez.

87 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 109. Edición 2008 Quito Ecuador.

88 Legislación Codificada (Código Civil). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 109. Edición 2008 Quito Ecuador.

Si el que encuentra el tesoro, sea con permiso del dueño del terreno, sea sin permiso del mismo, se apodera del tesoro, no comete el delito de hurto, sino una especie de "defraudación", a la misma que se refiere el art. 571, de nuestro Código Penal y que, en su oportunidad estudiaremos.

Para mí, desde el momento en que la ley penal sustantiva expresa que el objeto material del delito de hurto debe ser la cosa "ajena", está indicando de manera tácita que esa cosa debe haber sido sustraída "sin el consentimiento o contra el consentimiento" del dueño, aunque el agente tuviera la conciencia de que lo está haciendo sin dicho consentimiento, o contra el mismo. Es decir, que nuestra ley penal considera que el hurto sólo puede consumarse cuando la sustracción de la cosa mueble es *invito domino*.

El consentimiento del dueño, para que excluya la antijuridicidad de la conducta del agente que sustrae la cosa ajena, necesita: a) que sea dada antes o concomitantemente con la sustracción; y, b) que sea tácito o expreso.

El consentimiento dado con posterioridad a la sustracción no puede excluir el acto antijurídico, pues éste ya se ha perfeccionado, y el consentimiento posterior sólo podría equivaler a un perdón de la parte ofendida, pero en caso alguno sería capaz de enervar la consumación del delito.

El dueño de la cosa sustraída puede dar su consentimiento de manera expresa, haciéndoselo saber al agente; o de manera tácita, cuando el agente toma la cosa en presencia del dueño y éste no hace manifestación alguna en contra de dicha actividad del agente.

Se presume que no ha existido el consentimiento cuando la cosa ha sido sustraída en ausencia del dueño, o cuando quien dio el consentimiento no tenía título alguno suficiente como para darlo en lugar del dueño. Cuando se trata de la sustracción de la cosa mueble ajena se presume que no ha existido el consentimiento, y si el agente alega tal consentimiento, debe probarlo.

La sustracción de la cosa ajena se realiza en contra del consentimiento del dueño cuando éste objetivamente se opone a dicha sustracción; o cuando en el momento del acto de la sustracción demuestra su oposición al mismo.

El art. 50 del C. P. italiano expresa que no será punible el delito que se cometa con el consentimiento de quien está en capacidad de darlo ("el que lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede disponer de él válidamente"). En consecuencia, se ha legalizado para cualquier delito el que el consentimiento de la persona que pudiera ser la ofendida, excluye la imposición de la pena. Indudablemente que esta tan general regla tiene sus limitaciones que no son del caso analizar, pero que no se refieren al delito de hurto que estoy examinando.

En nuestra legislación no existe una disposición legal como la que contiene el Código Penal Italiano; sin embargo, al tratarse del hurto es evidente que quien consiente en la sustracción para que una cosa de su propiedad salga de su patrimonio e ingrese en el del que la sustrae, realmente está donando la cosa, y ese consentimiento excluye la antijuridicidad del acto. Al finalizar el estudio de los elementos constitutivos del hurto hago un examen especial de la excusa absolutoria comprendida en el art. 588 de nuestro Código. Penal Ecuatoriano, en referencia al delito de hurto.

Para concluir el análisis del elemento objetivo correspondiente a la cosa ajena, debo tratar un último punto que ha dividido la opinión de los tratadistas. Se pregunta si al ladrón que hurtó la cosa ajena y la ingresó a su patrimonio privado, le hurtan la misma cosa ¿se ha cometido el delito de hurto? En tanto SOLER se pronuncia por la respuesta afirmativa, MAGGIORE adopta la posición contraria, y así, dice: "... es contradictorio que la misma norma que acrimina el hurto, ampare al ladrón, a quien le quitan las cosas robadas el propietario de ellas, o un extraño", ratificando así lo que anteriormente había manifestado: "...el hurto en daño del ladrón es inadmisibile...". **89**.

89 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 60. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Maggiore.

En mi opinión el tratadista italiano confunde dos situaciones diversas: la del "propietario" que rescata la cosa que le había sido sustraída anteriormente, con la del "extraño", que sustrae una cosa que la sabe ajena. En el primer caso no existe "sustracción fraudulenta de cosa mueble ajena", pues el propio dueño de la cosa es el que toma posesión de la cosa que jamás dejó de pertenecerle. En el segundo caso, existe la sustracción fraudulenta de una cosa ajena y, por lo tanto, existe el delito de hurto.

De lo dicho, pues, se infiere que nosotros nos pronunciamos por la posición de SOLER, ya que, a nuestro entender, tratándose de cosas muebles sustraídas con ánimo de apropiación y de manera fraudulenta, por parte de una persona extraña, ésta comete el delito de hurto si la sustrae a quien, a su vez, la había sustraído. No es, en mi opinión, como lo afirma MAGGIORE, que se está protegiendo el dominio que el primer ladrón adquirió sobre la cosa, pues este dominio jamás fue adquirido por el indicado agente, sino que se sigue protegiendo la propiedad del legítimo dueño, pues se ha lesionado, por segunda vez, dicha propiedad. Pero es indudable que la cosa sustraída, en relación con el segundo ladrón, es una cosa "ajena", sin que importe que sea ajena por ser de propiedad de la persona a quien se la sustrae, o que sea ajena por ser de propiedad del legítimo dueño que sufrió inicialmente la sustracción. Y precisamente la sustracción fraudulenta de una cosa ajena con ánimo de apropiación es lo que consume el delito de hurto, sin relación a que la víctima haya tenido la posesión de la cosa a título legítimo o por maniobras ilegítimas.

Tanto SOLER como MAGGIORE están de acuerdo en que si el socio en el hurto le sustrae al otro socio la parte que le ha correspondido en la comisión del delito, no se consume el delito de hurto. El razonamiento de SOLER es el siguiente: "...hurtar una cosa a quien, a su vez, la hurtó, es también hurto. Salvo que aquello ocurra entre los partícipes del mismo hecho, en cuyo caso el que se quedó con la cosa no comete un nuevo hurto contra el cómplice". Por su parte MAGGIORE expresa: "Castigar al que sustrae al cómplice del crimen (*sodas criminis*) la porción que le corresponde en la división del botín, sería transformar la ley positiva en encubridora, pues le ayudaría al ladrón a asegurarse el provecho de su delito" **90**. Nosotros nos adherimos a las posiciones doctrinarias antes indicadas.

90 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 60. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Maggiore.

De lo dicho, entonces, puedo concluir que el sujeto pasivo o paciente del delito de hurto puede ser cualquier persona que tenga la custodia de la cosa, sea como poseedor, sea como mero tenedor, sea como portador, sin que interese el modo cómo llegó a su poder la cosa, excepción hecha del caso en que la cosa sea aprehendida por el dueño que la recupera, o por los agentes de la autoridad que actúan en defensa del derecho de propiedad del dueño, pues en estos casos la conducta de los que aprehenden la cosa no es antijurídica, debido a que el que es "desapoderado" de la cosa que hurtó, carece de derecho de propiedad, el cual nunca perdió el dueño.

2.7 EL ÁNIMO DE APROPIACIÓN

El art. 547 de nuestro Código Penal. termina diciendo que la sustracción fraudulenta/de la cosa ajena debe ser hecha con "ánimo de apropiación" (*animus rem sibi habendi*). Este es el segundo elemento subjetivo del hurto.

Cuando explico el elemento subjetivo de la fraudulencia dije que en él se encerraba el dolo en cuanto voluntad intencional dirigida a la sustracción de una cosa que se sabe que no es propia; y no sólo se sabe que no es propia, sino que se sabe ajena. Pero esa sola intención no es suficiente para consumar el delito de hurto, pues bien se puede sustraer intencionalmente una cosa que se sabe ajena sin que, *ipso jure*, se considere consumado el delito de hurto, pues el agente pudo haber tenido el propósito, el ánimo de usar la cosa y luego devolverla a su dueño y, en este caso no existe el delito de hurto.

Es, pues, el elemento subjetivo de la intención de sustraer una cosa ajena, que se sabe ajena, "con el ánimo de apropiarse" de ella, lo que completa la estructura jurídica del delito de hurto. Este ánimo específico que exige nuestra legislación deja fuera del tipo de hurto a ciertas conductas que se refieren, por ejemplo, al solo uso de la cosa, sin ánimo de apropiación; o a la sustracción dirigida a la destrucción de la cosa que se sustrae.

El ánimo de apropiación es un elemento constitutivo del delito de hurto. Se ha dicho por parte de algunos tratadistas, que se trata de un elemento subjetivo del injusto. Otros, en cambio, opinan que se trata de un elemento subjetivo del tipo.

Pero no han faltado autores que han considerado el ánimo de apropiación como una orientación especial del dolo y por eso hablan del "dolo específico". Esta posición no nos parece correcta, es decir, nos parece la menos correcta, pues, como es fácil comprender, en muchas ocasiones puede existir el dolo sin que exista el ánimo de apropiación. Tal sería, por ejemplo, el caso del hurto de uso, por el cual el agente a sabiendas que una cosa es ajena y con plena conciencia de que lo es y que no tiene autorización del dueño, dirige su voluntad intencionalmente a sustraer la cosa que no es propia, la usa y luego la devuelve. Es evidente que en la conducta del citado agente ha existido el dolo pese a que no existió el ánimo de apropiación. A la inversa, es posible que se presente el ánimo de apropiación y que no exista el dolo. Tal sería, por ejemplo, el caso que sustrae una cosa ajena con ánimo de apropiación, en la seguridad que el dueño consiente en tal sustracción. En el ejemplo propuesto nadie podrá dudar que no ha existido el dolo, pues si bien el agente tiene la conciencia de que la cosa que se sustrae es ajena, no tiene la conciencia de ejecutar un acto injusto, pues se cree autorizada por el dueño para ejecutar tal sustracción, sustracción que la hace con ánimo de apropiación.

En los ejemplos dados se puede observar con nitidez que el *animus rem sibi habendi* no es parte integrante del dolo, ni tampoco es un elemento subjetivo del injusto, sino que es un elemento subjetivo del tipo que lo constituye, que le permite existir.

El ánimo de apropiación es una especie del ánimo de lucro. Nadie duda que el que tiene el ánimo de apropiación obtiene un beneficio, un provecho, cuando sustrae la cosa ajena; pero también nadie puede dudar que no siempre el ánimo de lucro encierre el ánimo de apropiación. Por eso, cuando el agente sólo sustrae la cosa con ánimo de usarla y no de apropiarse, se ha aprovechado, se ha enriquecido ilícitamente, ha obtenido un beneficio, ha lucrado con el uso de la cosa, pero no se ha apropiado de la misma. Como bien dice PoLiTOFF⁴⁸, la relación entre el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación es la de género a

especie, en que ésta tiene todo lo que tiene el género más una nota diferenciadora especial, cual es la de que el apoderamiento de la cosa equivale a ingresar la cosa al patrimonio del agente, lo que no sucede con el genérico ánimo de lucro. **91**.

De lo dicho anteriormente se puede, entonces, observar con claridad el papel que juega el elemento de la apropiación en el delito de hurto. Es cierto que el delito que estudiamos exige que el agente quiera el resultado injusto y tenga conciencia de que el acto es injusto porque se sustrae una cosa que la sabe ajena. Este es el elemento subjetivo principal; es el elemento que le da la característica de doloso al delito. Pero, además, de este elemento subjetivo, la ley penal exige otro elemento de importancia para la consumación del delito de hurto y que tiene relación con la intención del agente de sustraer la cosa que sabe ajena, que es el que orienta la predicha intención y que le da la característica teleológica especial a la conducta; este elemento subjetivo es el ánimo que impulsa al agente a sustraer la cosa ajena para apropiársela. Este elemento subjetivo, junto con el dolo, y los elementos objetivos antes estudiados, es el que permite la consumación del delito de hurto.

Cuando explico la fraudulencia como elemento constitutivo del tipo de hurto, expusimos que, a nuestro entender, dicha palabra hacía referencia al dolo, esto es, a la voluntad intencional de sustraer una cosa mueble ajena. Y dije también que era un elemento subjetivo del tipo, elemento subjetivo principal del tipo, pues era la manifestación de la voluntad dirigida a la realización del núcleo del tipo de hurto: sustraer. Pero ahora nos enfrentamos a otro elemento subjetivo del tipo que no es precisamente el dolo, sino que concurre con el mismo. Este elemento subjetivo—independiente del dolo—que constituye el delito de hurto es aquel que la ley concreta como "ánimo de apropiación".

Existen ciertos tipos que exigen, además del dolo, ciertos elementos subjetivos, sin los cuales no se puede decir que se consuma el delito. La ley penal ha considerado así los motivos que impulsaron el actuar del agente, o las tendencias que dicho actuar llevaba de manera particular o especial.

91 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 74. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Politoff

Entre estas últimas tenemos el caso del hurto y del rapto, además de otros dispersos en la Parte Especial del C. P. El ánimo de apropiación en el hurto no es más que la tendencia que lleva la voluntad de sustraer (dolo); así como los "fines deshonestos" no constituyen otra cosa que la tendencia que lleva consigo la voluntad de arrebatarse (dolo). El ladrón quiere sustraer para apropiarse de la cosa ajena; el raptor quiere arrebatarse para satisfacer sus deseos morbosos.

Pero cuando la ley penal en el art. 450, ord. 2º., se refiere al homicidio cualificado, cuando el agente ejecuta el delito "por" recompensa económica, **92** o su equivalente, está considerando el motivo del actuar del agente. Entre el "por" y el "para" existe la misma diferencia que se encuentra—sutil, si se quiere—entre el motivo y la finalidad específica. El agente que sólo se resuelve a matar si es que le pagan, ejecuta el delito, por esa causa, pero no para ese fin. Pero la voluntad del agente va dirigida a un resultado típico, esto es, que el dolo está concretado en el querer matar. Si sólo existe ese querer el delito es un homicidio simple; pero si ese "querer matar" es causado por el motivo del precio, entonces al dolo se une otro elemento subjetivo que hace variar el tipo, el mismo que ya no es homicidio simple, sino asesinato.

Igual sucede con el hurto. El querer sustraer constituye el elemento subjetivo principal, el dolo, esto es, que la voluntad está dirigida a la sustracción de la cosa ajena que se sabe ajena. Pero para que exista el hurto la ley exige algo más, exige una tendencia, una intención refinada o especializada, es decir, exige el "para" qué se actúa; y este "para qué" está dado por el ánimo de apropiación. El agente quiere sustraer la cosa ajena para apropiarse de ella. Así se conforma el segundo elemento subjetivo del tipo de hurto que, como hemos observado, no es igual al otro elemento subjetivo del tipo de hurto que es el dolo, por lo que no se debe confundir ambos, ni expresando que el ánimo de apropiación es un "dolo específico", ni afirmando que dicho ánimo es una extensión del dolo. Las consecuencias que de la indicada conclusión se derivan, son de gran importancia, especialmente prácticas, como lo vamos a estudiar de inmediato.

92 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 90. Edición 2008 Quito Ecuador

Para los fines del tema del presente párrafo nos interesa desarrollar y analizar los criterios existentes en relación con el "*fuc-tum usus*".

Siguiendo la relación que hace NÚÑEZ, se pueden adoptar tres criterios para interpretar el hurto de uso, a saber: el primero, que es el más aceptado, por el cual el agente sustrae la cosa con el fin de usarla y luego del uso, devolverla a su dueño. **93**.

Otra manera de entender el hurto de uso es aquella por la cual el agente que tenía la cosa en su poder la usa de manera diversa a la convenida con el dueño de la misma. En las *Institutas* de **Justiniano** se lee: "Hay hurto, no sólo cuando se alza la cosa de otro para apropiársela, sino, en general, cuando se toma una cosa contra la voluntad del propietario de ella. Así, cuando el acreedor se sirve de la cosa que le ha sido dada en prenda; el depositario, de la que le ha sido confiada; o bien cuando el que tiene una cosa en uso, la emplea en otro uso distinto de aquel para el cual ha sido dada, hay hurto. Por ejemplo, si habiendo alguno tomado a préstamo plata labrada, con motivo de convidar a unos amigos a un festín, la lleva consigo a un viaje; o bien, si el que toma un caballo prestado para un paseo, lo lleva mucho más lejos; o, como han escrito los antiguos, si lo conduce a un combate" **94**.

Finalmente, aquella persona que se beneficia con los efectos o con las virtudes de la cosa, dice Núñez, también puede ser considerada como agente del hurto de uso. "Los que utilizan el espejo ajeno, los que aprovechan el calor de la estufa ajena, o la luz del foco ajeno; los que leen periódico ajeno...", **95** son ejemplos que pone el citado autor en relación con la sustracción de las virtudes de una cosa. Entre estos ejemplos menciona también la energía eléctrica.

93 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 94. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Politoff

94 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 77. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Las Institutas de Justiniano

95 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 77. Tomo I. Editorial Edino. Cita a Núñez.

De acuerdo con nuestra legislación, que exige el ánimo de apropiación como elemento subjetivo para que surja el delito de hurto, es imposible incluir el hurto de posesión, o el hurto de uso dentro del concepto que nuestra ley tiene sobre el hurto. Ya observaremos posteriormente que ciertos casos, que se consideran hurto de uso, pueden ser incluidos como "defraudaciones".

Ahora bien, cuando el art. 547 de nuestro Código Penal de manera expresa hace referencia al ánimo de apropiación está excluyendo de manera terminante a toda sustracción que sea extraña a dicho ánimo. **96.** Así, el que sustrae una bicicleta, que se sabe ajena, con la finalidad de llegar hasta una clínica y luego devolver la bicicleta a su propietario, no comete el delito de hurto, pues, pese a que existió la intención de sustraer una cosa ajena, faltó el elemento subjetivo de la voluntad de apropiarse de la cosa que se sustrae. Nuestra legislación penal sustantiva no reconoce el hurto de uso.

Por lo tanto, cuando el agente se sustrae una cosa mueble fungible y consumible al primer uso, no puede entenderse que ha cometido el delito de hurto de uso, sino el de hurto simple, pues se debe entender que la restitución debe ser de la "misma cosa" que el agente sustrajo para usar (conforme, CARRARA) **97.**

Pienso que la conducta objetiva y subjetiva del hurto simple—sustracción fraudulenta de cosa ajena—se hace presente también en el caso del hurto de uso, y la única diferencia que impide la consumación del hurto simple radica en el propósito ulterior, o el ánimo con que el agente sustrae fraudulentamente la cosa ajena, esto es, que en el hurto simple existe el ánimo de apropiación y en el hurto de uso existe el ánimo de restituir la misma cosa después de haberla usado.

96 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 107. Edición 2008 Quito Ecuador

97 CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal. Vol IV Tomo VI. SS2038 Pag 43. Editorial Temis Bogotá Colombia 1981. Cuarta edición

Obsérvese que el ánimo de usar no es semejante o parecido al ánimo de apropiación, pero aquel que procede con el ánimo de apropiación lleva ínsito en él el ánimo de usar la cosa que sustrae; pero aquel que tiene el ánimo de usar no lleva dentro de sí el ánimo de apropiación de la cosa que sustrae.

El que sustrae una cosa ajena con ánimo de usarla y no de apropiarse de ella encierra dentro de su ánimo el propósito de devolverla o de restituirla después del transcurso de un determinado tiempo. Por lo tanto, es inadmisibles pensar que aquel que sustrajo la cosa ajena haya tenido sólo el ánimo de usarla si transcurrido un tiempo prudencial dentro del cual, después de usar la cosa, debió devolverla a su dueño o tenedor, y no lo hizo. Así, el ejemplo, si el agente sustrae una bicicleta para ir a la clínica y luego de usarla, la guarda en su casa y no la restituye a su dueño, es evidente que el ánimo no fue sólo el de usarla, sino el de apropiarse de la cosa, y como tal propietario, usarla haciendo el viaje a la clínica. De lo que se infiere que en el hurto de uso la sustracción es un hecho temporal, limitado a aquel lapso necesario para satisfacer el empleo que se debe dar a la cosa; en tanto que en el hurto simple la sustracción es definitiva.

Es necesario también no confundir el hurto de uso con el abuso. En el primer caso el agente debe tener necesidad de sustraer la cosa para poder satisfacer el fin de uso que dirige la acción indicada; en el segundo caso, el que abusa de la cosa se encuentra en poder de ella a título legítimo, aunque sea con consentimiento viciado del paciente, y no sólo es que hace uso de la cosa, sino que hace un uso- excesivo o diverso de la cosa que le ha sido entregada. PUIG PEÑA considera que el llamado doctrinalmente hurto de uso queda fatalmente comprendido en el hurto simple, por tres razones que él las enuncia diciendo: "a) los precedentes históricos, sobre todo el Digesto y Las Partidas incluyen el uso entre las posibilidades del hurto; b) no cabe duda que con el hurto de uso se produce un ataque fraudulento a la propiedad ajena, que es lo típico del hurto; c) en definitiva, se produce la inclusión definitiva en el patrimonio del culpable de los beneficios aprovechados subrepticamente por el autor" 98.

98 .ANZIETA VILLALOBOS Edgardo. Delitos Propietarios. Pag 143. Único Tomo. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Edición Primera.Citando a Puig Peña.

En nuestra opinión, ninguno de los tres argumentos son suficientes para avalizar el criterio del antes mencionado autor español.

En efecto, no lo es el primero, el de los "precedentes históricos porque, como bien dice PUIG PEÑA, se incluía el hurto de uso de manera expresa en el concepto de furtum romano y de las leyes que siguieron. **99.** Así lo expresa la definición de PAULO antes mencionada ("...vel etiam usus..."). **100.** Por lo tanto, la mera sustracción de la cosa con el "fin de lucrarse: ...con su uso..." no constituye el hurto si de manera expresa no lo considera la ley. Los romanos de manera expresa así lo hicieron y por eso había lugar a la sanción por el furtum usus.

No comparto la opinión de que lo típico del hurto sea un ataque a la propiedad fraudulentamente dirigido, pues, como hemos observado, lo que precisamente constituye el género próximo de cualquier delito básico contra la propiedad es el ánimo de apropiación, no el de usar la cosa. Así, ese ánimo permanece en el hurto, en la estafa, en la apropiación indebida, en la extorsión, en la usura, en la quiebra y en la usurpación. Sea que el ánimo de apropiación sea mediato, sea inmediato, siempre se manifiesta en la conducta del que actúa contra el derecho de propiedad. Por lo tanto, no es el ataque a la propiedad sólo elemento típico del hurto, como la afirma PUIG PEÑA, sino de todos los delitos contra la propiedad.

Además, nos parece poco aceptable la afirmación del tratadista español en el sentido de que el hurto de uso ataque a la propiedad, pues, precisamente, lo que se deja incólume es la propiedad, y lo que se lesiona exclusivamente es una de las características de dicha propiedad, cual es la facultad de usar de la cosa que se tiene como señor y dueño.

99 .ANZIETA VILLALOBOS Edgardo. Delitos Propietarios. Pag 144. Único Tomo. Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana. Edición Primera.Citando a Puig Peña.

100 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 77. Tomo I. Editorial Edino. Edición. Cita a Paulus del Libro Digesto o Pandectas

El agente del hurto de uso no desea más que usar momentáneamente —no disponer—de la cosa; por ende, la propiedad no sufre en su integridad; es el uso momentáneo de la misma lo que se lesiona. En eso radica una de las diferencias fundamentales entre el hurto de uso y el hurto simple.

Finalmente, el uso de la cosa beneficia a quien disfruta de ella; pero ese beneficio —y esto es necesario tomarlo en consideración—no se encontraba en poder del dueño de la cosa y, por lo tanto, no fue sustraído a él. Ese beneficio se produce por el uso de la cosa sustraída y, en consecuencia, no se puede hablar de "sustracción de beneficio por uso de la cosa", ya que el beneficio no se encontraba dentro del patrimonio del dueño de la cosa, sino que surge por el uso que le dio a la cosa el que la sustrajo para gozarla momentáneamente. Por último, el hurto es la sustracción de la cosa, y no del beneficio producido por la cosa después de haber sido sustraída.

Tampoco puede afirmarse que existe hurto en el caso que una persona, por ejemplo, por envidia, o por venganza, sustraiga una cosa mueble ajena con el propósito de destruirla. Habrá cometido el delito de daño, o de destrucción, pero en caso alguno el de hurto, pues falta el elemento subjetivo de la intención de apropiarse. Sin embargo, se ha dicho que cuando una persona por venganza, o por envidia, sustrae una cosa para destruirla, previamente debe "apropiarse" de ella para poder cumplir con su ánimo de destrucción.

Esta reflexión me parece un poco extrema, pues aquel que sustrae la cosa con el propósito de destruirla no tiene intención de apropiarse, sino sólo de dañar. Caso diferente sería si el que sustrae la cosa con ánimo de apropiación, luego de tenerla en su poder, al percatarse que no puede darle uso alguno, ni puede obtener de ella alguna utilidad, la destruye para evitar que sea encontrada en su poder. En este caso el hurto existe, y existe, además, la destrucción de la cosa. Lo primero, porque el ánimo fue el de ingresar la cosa en el patrimonio del agente; lo segundo, porque la intención fue dañar la cosa.

De lo dicho se puede concluir que el *animus rem sibi habendi* del art. 547 realmente se presenta, como bien lo afirma BELING, bajo dos aspectos objetivos: uno, la cosa sale de la

esfera de custodia y, por ende, del patrimonio del paciente; otro, la cosa ingresa en la esfera de custodia del agente. **101.** Pero, decimos nosotros, entre el uno y el otro existe un nexo psicológico: la salida de la cosa de la esfera de custodia del dueño es con el ánimo de que ingrese en el patrimonio del agente—o de quien ha impulsado al agente—con el propósito de señor y dueño. De esta manera, si no existe este nexo psicológico, si no existe este lazo subjetivo, el delito de hurto no se consuma.

No se excluye el hurto si el móvil de la conducta ha sido más o menos loable o filantrópico. Recuérdese el caso de San Crispín, quien hurtaba cueros con el propósito último de fabricar zapatos para los indigentes. Es indudable que la intención del beato al momento de sustraer el cuero era apropiarse del mismo; el fin ulterior no importaba. El delito se había consumado.

Tampoco excluye el delito la angustiada situación del agente, siempre que la misma no comprenda un verdadero estado de necesidad. El llamado hurto famélico se encuentra considerado en nuestra legislación como una atenuante comprendida en el ordinal 11°. Del art. 29, C. R, el mismo que dice: Son circunstancias atenuantes... 11°.: En los delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, la numerosa familia, o la falta de trabajo han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública le hizo muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que cometió la infracción..." **102.** Obsérvese que en esta atenuante no se considera el valor de la cosa hurtada, robada, estafada, etc. Lo único que se considera es una situación "excepcional" que no ha llegado a constituir un estado de necesidad, pues en ese caso se aplica la regla general que impediría la punibilidad del acto ("No se impondrá ninguna pena...") de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 de nuestro Código Penal. **103.**

101 SIGUENZA BRAVO Marco. Tipos Penales. Pag 237.Tomo I. Editorial Universidad Católica de Cuenca. Edición Segunda Edición.

102 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 6. Edición 2008 Quito Ecuador

103 Legislación Codificada (Código Penal). Corporación de Estudios y Publicaciones. Pag 4. Edición 2008 Quito Ecuador

Tampoco se trata de una figura de hurto privilegiada, como existe en otras legislaciones; se trata simplemente de un delito contra la propiedad (cualquiera de los delitos contra la propiedad) cuya penalidad queda atenuada debido a la situación excepcional en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del acto antijurídico.

Debo clarificar qué es lo que se debe entender por "situación excepcional" cuando se trata de la atenuante de nuestra referencia en relación con los delitos contra la propiedad.

En mi opinión, para que se conforme esta situación excepcional—a la cual llama Núñez "motivo de necesidad" **104** deben reunirse las circunstancias siguientes: a) Debe referirse a una necesidad humana vital; b) Que sea de urgente atención, aunque no fatalmente extrema; y, c) Que sea personal, o de un familiar íntimo del agente. Explicaremos estas circunstancias.

Pienso que debe referirse a una necesidad humana vital, porque si el delito se ejecuta para satisfacer otro tipo de necesidad, como la suntuaria, la atenuante no opera, pues este tipo de necesidades se encuentran normalmente dentro de la vida común de las personas, pues no todas las personas estamos en condiciones de satisfacer las necesidades de lujo, o de pretensión. Entiendo por necesidades vitales aquellas que se refieren a la supervivencia del individuo, como el hambre, el frío, la sed, la vivienda, la enfermedad, etc., por las cuales el hombre puede desmejorar sensiblemente su salud si no se satisfacen oportunamente. Tal es el famoso y muy conocido caso de Luisa Menar, la misma que, acusada de robo de un pan, fue absuelta en sentencia por el Magistrado Paul Magnaud, del Tribunal de Chateau-Thierry, Francia, en la audiencia del día viernes 4 de marzo de 1898, en uno de cuyos considerandos el citado juez recuerda una verdad que no puede, ni ha podido ser negada por los tiempos: "... que un acto ordinariamente reprehensible, pierde mucho de su carácter fraudulento, cuando el que lo comete obra impulsado por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, sin el cual la naturaleza rehúsa poner en ejercicio nuestra constitución física...". **105.**

104 ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad. Pag 82. Tomo I. Editorial Edino. Edición. Cita a Núñez.

105 SIGUENZA BRAVO Marco. Tipos Penales. Pag 238. Tomo I. Editorial Universidad Católica de Cuenca. Edición Segunda Edición.

Es a este tipo de necesidades que nuestra ley penal sustantiva considera como impulsadora de una conducta antijurídica que, reprensible, debe ser atenuada cuando no ha llegado la necesidad a los límites extremos en donde opera el estado de necesidad. Y lo que se dice en relación con el hambre se lo dice en relación con la sed, la vivienda, o la enfermedad. El padre que hurta una medicina, que no puede comprar, para curar al hijo, aunque la enfermedad no sea grave, comete el delito de hurto atenuado, pues se trata de una necesidad vital.

No se vaya a entender que la necesidad vital que debe satisfacer el agente debe ser personal únicamente, es decir, del agente. Se ha explicado que para la ley penal es indiferente que se sustraiga una cosa ajena con ánimo de apropiación para que goce o disfrute el agente o para que lo haga una tercera persona. En toda forma el delito se consuma. Igualmente, si la necesidad vital es del agente o de cualquiera de las personas que se encuentran dentro del círculo familiar y aún, en ciertos casos, de terceros no allegados con lazos consanguíneos o afines, opera la atenuante de nuestro actual análisis. Así, por ejemplo, si una persona observa que un prójimo se encuentra sediento, sin poder recurrir por sus propios medios a una fuente de agua, y el tercero toma de un recipiente ajeno un poco de agua y se le da de beber al sediento, técnicamente ha cometido un hurto pero un hurto cuya pena se atenúa en razón de las circunstancias. Este ejemplo, que para aquellos que viven en países que no conocen lo que es la sequía, parece alejado de la realidad, adquiere importancia fundamental en los lugares en donde el litro de agua tiene gran valor de cambio y que, en muchas ocasiones, supera el valor de otros bienes fácilmente reemplazables. Así, el pan se puede sustituir por el plátano; pero el agua no se puede sustituir en zonas áridas por ningún otro elemento.

Finalmente, entiendo que la atenuante opera si la necesidad es de urgente atención, aunque no sea extrema, ya que en este último caso, operaría el estado de necesidad. El que no tiene para cubrirse en la época de frío y hurta una manta, o un abrigo, comete el delito de hurto atenuado, tomando en consideración la situación de necesidad vital urgente, aunque no extrema.

En aquellas legislaciones en que en lugar del ánimo de apropiación se exige el ánimo de lucro, el elemento subjetivo adquiere otra característica y sus proyecciones son diversas, pues queda incluido dentro del mismo el hurto de uso, ya que éste puede comprender el

ánimo de lucrar la cosa, sin necesidad de tener el ánimo de apropiarse de la misma. Por otra parte, cuando la sustracción de la cosa que se sabe ajena tiene el propósito de la caridad, por ejemplo, el que hurta para donar a los pobres, no cometería el delito de hurto, por cuanto, aunque se apropie de la cosa, su ánimo no ha sido el de lucrar con la misma, pese a que, con interpretación bastante forzada, se quiera entender por ánimo de lucro inclusive cualquier satisfacción personal, como puede ser la espiritual de saber que un pobre ha comido porque le regalamos el pan que hurtamos. Pero esta interpretación, en nuestra opinión, no nos parece que se ajuste al concepto de "lucro" que, de manera específica, mira a lo material y no a lo moral. No lucra el que evita un dolor, el que cura una herida, el que calza a un niño. En todos estos casos, la satisfacción es moral, y en muchas ocasiones puede significarle un mal a quien libre a alguien de un dolor, etc. Por lo tanto, pensamos que el ánimo de lucro, en vez del ánimo de apropiación, excluye a éste, pese a que en ciertas ocasiones una persona se apropia para lucrar, pero no siempre obtiene un lucro apropiándose de la cosa.

Parece que nuestra legislación penal ha podido captar la verdadera importancia del *animus rem sibi habendi*, pues de esa manera purifica el delito de hurto dentro de los delitos contra la propiedad, excluyendo todos aquellos elementos que no están dirigidos a afectar a dicha propiedad para hacerla ingresar en la propiedad del agente, o de cualquiera otra persona, sino que tiende a diversos fines que no son propiamente los de reemplazar la propiedad ajena por la propia, que es la característica fundamental que señala ciertos delitos, como el de hurto.

CONCLIUCIONES.

Pues concluimos como es tal que el bien protegido en nuestro Código Penal es la propiedad pero no en el sentido estricto del Código Civil, sino en una concepción mas amplia que comprende tanto la propiedad definida por el Art. 599 del Código Civil como todas aquellas otras relaciones que pueden establecerse entre las personas y los bienes y cuya alteración y violación está castigada por el Código Penal.

Al estudiar el ánimo de apropiación se realiza una notable disquisición tratando de encontrar la mejor opinión entre las que sostienen que es un elemento del dolo o un elemento subjetivo del injusto o un elemento subjetivo del tipo. Pues en el trabajo se concluye que el ánimo de apropiación es un elemento subjetivo del tipo de hurto, como es también el “querer sustraer” , y convirtiendo esa conclusión en premisa, de otro razonamiento nos lleva a otra consecuencia importantísima :”Nuestra Legislación Penal no reconoce el Hurto de Uso”.

Es trascendental es el de considerar injusto, que nuestro Código Penal determine la Pena según el valor de la cosa sustraída, pues el valor de estas cosas, debe ser tomado en consideración, no para la imposición de la pena sino exclusivamente para el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

A mi pensar la disposición Penal Argentina al definir el hurto.... “Será reprimida con prisión de un mes a tres años el que se apoderare ilegitimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”, en relación con nuestra Legislación Penal...”Son reos de hurto los que sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa con ánimo de apropiarse” . En el presente trabajo se argumentó que la fraudulencia ya desde épocas Romanas era asimilable a dolo; por lo que mejor nuestra Legislación hubiera omitido el término fraudulencia y como la legislación penal Argentina directamente hablar del verbo rector apoderamiento.

En lo referente a la “cosa ajena”, clarificamos que lo ajeno es lo que no es nuestro; no tenemos mas no lo que es de nuestra propiedad. Por ejemplo si de mi habitación se hurta un anillo de oro perteneciente a un amigo el agente es responsable ya que se está llevando con el ánimo de apropiación algo que no le pertenece.

Estos serían los ejes transversales con los que concluyo mi presente trabajo de tesina.

BIBLIOGRAFIA.

ABARCA GALEAS. Luis Humberto. Teoría de los Tipos.

ANZIETA VILLALOBOS. Edgardo. Delitos Propietarios.

APUNTES HECHOS EN CLASE DE CÁTEDRA DEL DR. MARCO SIGUENZA BRAVO.

BACIGALUPO Enrique. Derecho Penal Parte General.

BRAMONT ARIAS TORRES Luis Alberto y **GARCIA CANTIZANO** María del Carmen.

BRAVO SIGUENZA Marco. Tipos Penales.

BRAVO SIGUENZA Marco. Apuntes para el Estudio de Derecho Penal Parte General.

CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

CAÑAR LOJANO Luis. El Delito De Hurto.

DONNA EDGARDO Alberto. Derecho Penal Parte Especial I IB.

HURTADO POZO José. Manual de Derecho Penal Parte General.

JARAMILLO Mateo. Monografía Doctoral “El Hurto y el Robo”.

JURISPRUDENCIA GJ. NRO.4. de la OCTAVA SERIE.

LEGISLACIÓN PENAL Y CIVIL ECUATORIANA.

MAURACH Reinhart y **ZIPF** Heinz. Derecho Penal Parte General.

MEZGER Edmundo. Derecho Penal parte General Tomo II.

MUÑOZ CONDE Francisco. Derecho Penal Parte General.

SOLER Juan Sebastián. Derecho Penal Argentino.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge. Delitos contra la Propiedad.

ZAVALA BAQUERIZO Jorge. La Pena.

CONCLIUCIONES.

Pues concluimos como es tal que el bien protegido en nuestro Código Penal es la propiedad pero no en el sentido estricto del Código Civil, sino en una concepción mas amplia que comprende tanto la propiedad definida por el Art. 599 del Código Civil como todas aquellas otras relaciones que pueden establecerse entre las personas y los bienes y cuya alteración y violación está castigada por el Código Penal.

Al estudiar el ánimo de apropiación se realiza una notable disquisición tratando de encontrar la mejor opinión entre las que sostienen que es un elemento del dolo o un elemento subjetivo del injusto o un elemento subjetivo del tipo. Pues en el trabajo se

concluye que el ánimo de apropiación es un elemento subjetivo del tipo de hurto, como es también el “querer sustraer” , y convirtiendo esa conclusión en premisa, de otro razonamiento nos lleva a otra consecuencia importantísima :”Nuestra Legislación Penal no reconoce el Hurto de Uso”.

Es trascendental es el de considerar injusto, que nuestro Código Penal determine la Pena según el valor de la cosa sustraída, pues el valor de estas cosas, debe ser tomado en consideración, no para la imposición de la pena sino exclusivamente para el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

A mi pensar la disposición Penal Argentina al definir el hurto.... “Será reprimida con prisión de un mes a tres años el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”, en relación con nuestra Legislación Penal...”Son reos de hurto los que sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa con ánimo de apropiarse” . En el presente trabajo se argumentó que la fraudulencia ya desde épocas Romanas era asimilable a dolo; por lo que mejor nuestra Legislación hubiera omitido el término fraudulencia y como la legislación penal Argentina directamente hablar del verbo rector apoderamiento.

En lo referente a la “cosa ajena”, clarificamos que lo ajeno es lo que no es nuestro; no tenemos mas no lo que es de nuestra propiedad. Por ejemplo si de mi habitación se hurta un anillo de oro perteneciente a un amigo el agente es responsable ya que se está llevando con el ánimo de apropiación algo que no le pertenece.

Estos serían los ejes transversales con los que concluyo mi presente trabajo de tesina.