

Normas A.P.A.

Hurtado Pozo, J., (2011), Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano. [Versión electrónica] consultado día – mes - año -

[http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/relaciones-civil-penal-hurto-cp-peruano-hurtado-pozo.pdf] , Cuadernos de Derecho Penal No. 5, Pág. xx.

Normas Icontec

HURTADO POZO, José. Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano., En Cuadernos de Derecho Penal [En línea]. No. 5 (2011). [Día-mes-año] Disponible en: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/relaciones-civil-penal-hurto-cp-peruano-hurtado-pozo.pdf.

RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO CIVIL
RESPECTO AL DELITO DE HURTO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

RELATIONS BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL LAW REGARDING
THE CRIME OF THEFT IN THE PERUVIAN CRIMINAL CODE

PROF. DR. JOSÉ HURTADO POZO*

RESUMEN: Luego de sentar su postura sobre el concepto de “interpretación” y de afirmar que el férreo entendimiento del principio de legalidad tradicional debe ceder su paso a los nuevos tiempos, pues el lenguaje es ambiguo, polisémico y vago, amén de explicar su posición sobre el concepto de bien jurídico como eje de la hermenéutica de la Parte especial del Código Penal, el autor aborda las relaciones más salientes entre el derecho civil y del derecho penal de cara la normativa peruana en materia de hurto en particular, todo ello en el marco de los delitos contra el patrimonio económico.

ABSTRACT: Once the author establishes his position on the concept of “interpretation “ and asserts that the tight understanding of the traditional principle of legality must give way to new times -as the language is ambiguous, polysemous and vague, to explain his position on the concept of legal right as the heart of the hermeneutics of the Special Part of the Criminal Code- he deals with the most relevant relations between civil and criminal law in the Peruvian case regarding theft, all within the framework of crimes against economic wealth.

PALABRAS CLAVES: Código penal, hurto, apoderarse, posesión, interpretación, bien jurídico, tipo penal, principio de legalidad, bien mueble, bien inmueble, derecho civil, derecho penal, código civil, objeto de la acción, patrimonio, propiedad.

KEYWORDS: Criminal Code, Robbery, Appropriation, Possession, Interpretation, Principle of Legality, Movable, Immovable goods, civil law, criminal law, Civil Code, Patrimony, Property.

*Dr. iuris, Dr. h. c. mult., Profesor de derecho penal y procesal penal en la Université de Fribourg (Suiza).

I. INTRODUCCIÓN

A. *Interpretación.* La aplicación de toda disposición legal supone su interpretación. La explicación de este proceso ha dado lugar a múltiples debates desde diversas perspectivas. A pesar de constituir el mismo proceso de esclarecimiento y valoración, se le atribuyen ciertas particularidades respecto a cada dominio del derecho. En derecho penal, su especificidad esencial radica en que su límite fundamental es el principio de legalidad.

Aun cuando se corre el riesgo de repetir nociones bastante conocidas, es conveniente explicar, aún de manera breve, lo que se entiende por interpretación. En nuestra opinión, se trata de un proceso lógico y axiológico mediante el cual se atribuye a un texto uno de sus sentidos posibles¹. De modo que el intérprete debe partir de las palabras de la disposición (gramatical), considerar su posición en el sistema en la que se encuentra y sus relaciones con las demás (sistemático), tener en cuenta el contexto en que fue dictada (histórico) y, sobre todo, la situación en la que es aplicada, considerando la evolución de la sociedad y del mismo orden jurídico (teleológico).

No es, por tanto, un procedimiento rígido por el que se descubre el verdadero y único sentido de la ley. Más bien, el intérprete dispone, en ciertos límites, de un margen de libertad que le permite, después de haber evidenciado los sentidos posibles del texto, escoger uno de estos últimos por considerarlo el más justo para el caso *sub iudice*. El principio de legalidad, su límite esencial, no puede ser más comprendido con la rigidez que se le atribuyó en sus orígenes. Esto se debe, por ejemplo, a que el lenguaje es ambiguo, polisémico, vago². A pesar de esto, las palabras de la ley no pueden ser ignoradas; por el contrario, constituyen el objeto, punto de partida y ámbito de la interpretación. Además, el texto no es un factor inmutable (permanente y verdadero) que somete de manera absoluta al intérprete.

Un aspecto interesante y decisivo -cuando se aborda, por ejemplo, la comprensión de los tipos legales referentes a los delitos contra

¹ MENNICKEN, AXEL, *Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie*, Hamburg, 1970, p. 101; HURTADO POZO, JOSÉ, "A propósito de la interpretación de la ley penal", in *Doctrina Penal*, 1991, págs. 495 ss.

² NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980, pág. 247 ss; cf. SOLER, SEBASTIAN, *Las palabras de la ley*, México 1962, págs. 11 ss.

el patrimonio- está relacionado con la función que se atribuya al derecho penal, respecto a otras ramas del derecho, en especial al derecho civil. Si se le reconoce una función accesoria, se admite que los conceptos o nociones tomados de este último deben ser fielmente seguidos al interpretarse las disposiciones legales que los contienen. En caso contrario, si se admite que es autónomo, al menos de modo relativo, se concluye diciendo que, en el derecho penal, se les puede atribuir un sentido diverso y adecuado con los fines de éste y, en especial, de las disposiciones interpretadas.

En esta perspectiva, hay que subrayar que el proceso de interpretación supone una precomprensión³, que el intérprete disponga de conocimientos relativos a los factores sociales y concepciones jurídico-políticas que han condicionado la elaboración de las normas y que enmarcan su aplicación. Esto permite explicar y justificar los cambios de jurisprudencia y de la doctrina. Los mismos que deben tener lugar respetando la relativa coherencia, parcial o global, del sistema normativo.

B. Bien jurídico. La expresión “bien jurídico” designa un concepto operativo que permite referir que existen cosas, situaciones, relaciones, finalidades valiosas, presentes o futuras (aspiraciones), que el ordenamiento jurídico busca proteger. No debe comprenderse de modo tan amplio que llegue a vaciarse de todo contenido, como a veces se hace para justificar la represión de ciertos comportamientos. Tampoco debe concretarse a tal extremo que impida sostener la protección penal de ciertos intereses que son realmente importantes para la vida comunitaria.

Se evitan malentendidos, si no se considera a los bienes jurídicos como entidades preexistentes a la legislación, como lo son los fenómenos naturales y sociales. Su significado no puede ser extraído de la constatación de una realidad concreta, diferente de las cosas materiales, relaciones, intereses y estados de hecho relativos a los comportamientos delictivos⁴. Por el contrario, ellos implican, con

³ KAUFMANN, ARTHUR, *Rechtsphilosophie im Wandel: "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung"*, in *Festschrift für W. Gallas*, Berlin/New York 1973, págs. 7 ss. Cf. LARENZ, KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª edición, Berlin 1991, págs. 87 ss.;

⁴ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México 1974, págs. 66 ss., considera la noción de bien jurídico como un “término teórico”, que no se refiere directamente a una entidad observable. Da como ejemplos de este tipo de términos los de átomo, protón, campo magnético.

referencia a estas realidades -que son las cosas materiales y los intereses- juicios de valor de quien ejerce el poder punitivo. Este proceso valorativo permite individualizar las entidades calificadas de bienes jurídicos, las que pueden ser circunstancias y finalidades necesarias para la comunidad, pero también deberes instituidos por el mismo ordenamiento jurídico.

La noción de bien jurídico debe ser distinguida de la de objeto material del delito. Mediante esta última, se hace referencia al sustento en el que se manifiesta el bien jurídico penalmente protegido, y que constituye el objeto sobre el que recae la conducta delictiva. Por ejemplo, en el delito de hurto el bien protegido es la propiedad (comprendida en el patrimonio, en su expresión de posesión) y el objeto material es el bien concreto que se sustrae. En este sentido, el bien jurídico es siempre inmaterial y su vigencia es cuestionada por la acción delictuosa que recae de manera inmediata sobre un objeto determinado. De modo que la protección de los bienes jurídicos implica en buena cuenta la ratificación de la vigencia de los valores tomados en consideración por el legislador y, por tanto, el reforzamiento de la norma que prohíbe el comportamiento incriminado.

En esta perspectiva, la noción de bien jurídico resulta útil para determinar el real contenido del tipo legal, armonizar el sentido de las disposiciones penales con los objetivos cambiantes de la sociedad, exigir que no se reprima en base a la violación de un simple deber de fidelidad o de la sola actitud contraria al sistema social, comprobar por qué el legislador ha incriminado un comportamiento y, llegado el caso, proponer la derogación o reforma de la disposición concernida.

C. *Patrimonio y propiedad.* La configuración y comprensión de los tipos legales relativos a los delitos contra el patrimonio están condicionadas por la manera en que éste es concebido. Diversas son las concepciones elaboradas, por lo que nos limitaremos a resumir las más difundidas. Según la *concepción jurídica*, completamente superada, el patrimonio está constituido por los derechos patrimoniales reconocidos por el ordenamiento jurídico (derechos subjetivos), sin considerar si tienen o no valor económico. La *concepción económica* considera, por el contrario, que es el conjunto de bienes con valor económico de los que puede disponer una persona, sin importar si son o no protegidos por el orden jurídico. Según la *concepción jurídico-económica*, predominante en doctrina, se trata de los bienes con valor comercial sobre los cuales una persona tiene el

poder de disponer bajo el amparo del orden jurídico. Por último, en consideración a la frecuente citación de corrientes llamadas “modernas”, se sostiene también un *criterio funcionalista*, conforme al cual el patrimonio es el conjunto de bienes que se adjudican a una persona en razón de derechos transferibles. Dicho de otra manera, se trata del poder que tiene una persona para disponer del conjunto de bienes apreciables económicamente⁵. La adopción de una u otra de las concepciones sobre el patrimonio condiciona la interpretación de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio y, por tanto, también de los atentados contra la propiedad.

Entre los delitos contra el patrimonio, hay que distinguir aquellos que constituyen afectaciones contra el patrimonio globalmente considerado, como es el caso de la estafa y otras defraudaciones, de los delitos contra la propiedad. Entre estos últimos figura el hurto que, precisamente, es concebido como un ataque contra el derecho de propiedad mediante la ruptura de posesión del propietario y la constitución de una nueva posesión. Otras figuras delictivas son reprimidas porque mediante su realización se niega simplemente la propiedad de otro, se dificulta o frustra el ejercicio del derecho de propiedad⁶. Al respecto, hay que tener en cuenta que, según nuestro sistema, la propiedad goza de una protección exclusiva y, por tanto, los ataques que no están previstos en la ley son impunes. En cambio, la protección del patrimonio (noción global) es incompleta por no reprimir todos los innumerables y variados atentados contra los intereses económicos ajenos. Así, el derecho penal, debido a su índole accesoria, no puede ser considerado como el simple gendarme del cumplimiento de obligaciones contractuales y del mantenimiento de las buenas costumbres en los negocios⁷.

II. RELACIONES ENTRE DERECHO CIVIL Y DERECHO PENAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

A. *Noción de posesión.*

1. En derecho civil. La *posesión* ha sido regulada en el Código civil peruano (a continuación CC) según el criterio objetivo de

⁵ KINDHÄUSER, URS, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4ª edición, 2005, § 26, N. 22 s.

⁶ STRATENWERTH, GÜNTHER, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, Straftaten gegen Individualinteressen, 6a edición, Berna 2003, § 12, N. 5.

⁷ CASSANI, URSULA, *La protection pénale du patrimoine*. Autonomie et détermination par le droit civil, Lausanne, 1988, pág. 57.

IHERING, conforme al cual se trata del ejercicio de facto de uno o más de los poderes inherentes a la propiedad. No sería necesaria la existencia de un *animus* de actuar como propietario desconociendo la propiedad de otro, como lo exigía SAVIGNY (criterio subjetivo). La relación de hecho con el bien no es necesariamente material y directa, sino que es concebida como un factor jurídico y económico, variable de acuerdo a las circunstancias. En este sentido, se explica por qué se prevé en el art. 904 del mismo Código que la persona que está impedida de acceder temporalmente a su bien (sin interesar la causa, por ejemplo, inconsciencia de la persona) conserva la posesión. Esta última es protegida, siempre siguiendo la tesis de IHERING, debido a que constituye la exteriorización de la propiedad, pues los propietarios no siempre pueden probar el dominio⁸.

En el CC se distingue entre posesión real y posesión ficta, así como entre inmediata y mediata. Lo que comporta que poseer no supone necesariamente, en derecho civil, tener físicamente la cosa en su poder, utilizarla o aprovecharla. De acuerdo con el art. 896 CC, “la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad”. Ella concluye, por tanto, cuando termina el hecho consistente en comportarse de alguna manera como el propietario de la cosa. Al respecto, por ejemplo, los civilistas sostienen que el hurto y la pérdida son circunstancias que impiden claramente el ejercicio de la posesión de la parte de su titular. La titularidad queda suspendida hasta que vuelva al “poder posesorio efectivo del titular”.

2. En derecho penal. La noción de posesión en derecho penal no es la misma que la utilizada en derecho civil⁹. La identidad en la terminología utilizada dificulta su comprensión respecto al concepto empleado en derecho privado. Al respecto, es necesario referirse a la terminología alemana, pues la distinción es de origen teutón. En alemán, se emplea la palabra *Gewahrsam* (tenencia de un bien) para designar la posesión en sentido penal y el término *Besitz* (posesión) para referirse a la posesión en derecho civil. El origen común de ambas nociones es el criterio germánico de la *Gewehre*, que supone la necesidad de proteger la tenencia pacífica de los bienes. El elemento

⁸ MEJORADA CHAUCA, Art. 897, in *Código Civil Comentado*, T. V, Derechos Reales, págs. 79 ss; idem, in *Cátedra - Espíritu del derecho*, N. 1 - Año 1, Noviembre 1997, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1997_n1/La_Pos_Contr_Contr.htm.

⁹ STRATENWERTH, GÜNTHER, ob. cit. (nota 7), § 13, N. 74.

común a las dos categorías es “el dominio efectivo” (*tatsächliche Gewalt*). Este dominio o poder debe ser comprendido de acuerdo con las reglas de la vida social, las mismas que permiten determinar si una relación bastante relajada sobre la cosa puede ser considerada como “dominio efectivo”.

La divergencia de sentidos es debida a las diferentes funciones que cumplen en cada uno de los ámbitos del derecho. Sin embargo la oposición no es frontal, pues en principio debe admitirse que la noción penal y la de posesión inmediata del derecho civil coinciden en su aspecto central. Es en los aspectos marginales donde la posesión penal adquiere, con independencia de las cuestiones civiles, sus características particulares en razón a la función específica que cumple el derecho penal. Además, hay que destacar que, generalmente, las ficciones del derecho civil no deben ser retomadas sin más en el derecho penal. De modo que no es indispensable distinguir, de manera detallada y con pretensiones de valor absoluto, las diferencias existentes entre ambas nociones de posesión (*Gewahrsam* y *Besitz*).

En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace bastante tiempo, a un proceso de “desmaterialización”, sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. Por ejemplo, se concibe una posesión de parte de los herederos sobre los bienes del *de cuius* antes de ser informados del fallecimiento o cuando se prevé como posible la transmisión de la posesión sin transferencia de la relación material que supone el dominio efectivo, conforme se desprende del art. 660 CC. Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al “poder de hecho de disponer de un bien”, la llamada “voluntad de ejercer este poder” como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la “posesión mediata”. En el mismo sentido, es cuestión de decidir si se acepta o no la ficción civil de considerar que los herederos poseen automáticamente los bienes del causante, como prevé el art. 660 CC, aun cuando no saben del fallecimiento del causante y el deceso se produce lejos de su esfera de influencia. De la respuesta depende que esos bienes sean o no objetos de un hurto.

3. Esfera de posesión. La posesión de un bien es determinada con mayor facilidad en la medida en que la esfera de influencia sea delimitada físicamente (los ámbitos de la casa, del automóvil).

Pero, también existe cuando los bienes se encuentran en un lugar público (automóvil aparcado al borde de una calle). El propietario debe tomar ciertas medidas que pongan en evidencia que no ha abandonado el bien. De esta manera, muestra que tiene la voluntad de ejercer su poder efectivo de dominio. Esta voluntad supone que sabe realmente que tiene la tenencia del bien. Esta condición ha sido flexibilizada de tal manera que se considera suficiente un “conocimiento virtual”, como cuando se admite la posesión respecto a quien tiene la voluntad general de poseer las cosas que ingresen en su esfera de influencia (como sucede con los envíos postales introducidos en el buzón de cartas de alguien).

El poder o dominio sobre una cosa puede ser compartido por dos o más personas. Esta coposesión es fácilmente determinable, por ejemplo, en el caso de mujer y marido habitando la misma casa; pero resulta complicado establecer su existencia en los casos en que las personas se encuentren en relación de subordinación: por ejemplo, entre propietario de una tienda, los vendedores y la cajera. La respuesta se obtiene teniendo en cuenta criterios normativos, es decir el contexto social. Debido a la organización y dimensiones de la tienda, los empleados pueden ser sólo auxiliares del propietario que pretende conservar el dominio efectivo sobre las mercaderías y la caja. Por el contrario, tratándose de grandes tiendas en las que los empleados, debido a la distribución y autonomía de cada función que desempeñan, disponen de los bienes que llegan a su poder (el dinero que recibe la cajera de los clientes). En todos estos casos, según las circunstancias, se admitirá la posesión exclusiva o la coposesión. Esto es decisivo, por ejemplo, para precisar si se trata de hurto o de apropiación ilícita.

Si se aplica rígidamente el criterio económico-jurídico de patrimonio, la posesión protegida es la que es amparada por el derecho civil y, en consecuencia, no la posesión que tiene el ladrón sobre la cosa que hurtó. De modo que quien se apodera, mediante sustracción, de una cosa robada no comete hurto, pues el propietario no la posee, debido a que el comportamiento del ladrón suspendió el ejercicio de hecho de uno de los poderes inherentes a la propiedad. Y la posesión creada por éste no es protegida por el orden jurídico penal. La conclusión es diferente si se tiene en cuenta que conforme al art. 904 CC, “se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera”. En el caso del ladrón, el impedimento es por causa que no depende del propietario, sino que es contraria a su voluntad. En estos casos excepcionales, el orden

jurídico continúa considerando como posesión una situación que no cumple las condiciones del art. 896 CC.

Esta ficción no necesita ser considerada en el derecho penal, debido a que en éste se aplica una noción de posesión diferente a la admitida en derecho civil. La misma que se destaca claramente cuando se recuerda, conforme a la concepción germánica que ha sido tomada en cuenta, que en el hurto se trata de *Gewahrsam* (tenencia) y no de *Besitz* (posesión). La relación de poder fáctico que supone la primera existe sin importar la causa jurídica que la origina (lícita o ilícita)¹⁰. Además, lo decisivo es que la cosa no pertenezca al agente, que su propietario no la haya abandonado ni perdido.

B. Bienes muebles: noción y clasificación. En el Código civil se consideran *bienes* al conjunto de cosas y derechos. Se distingue entre bienes muebles e inmuebles de acuerdo con su movilidad o inmovilidad. Este criterio, sin embargo, no fue aplicado de manera estricta, dado que ciertos bienes movibles (por ejemplo, los barcos, aviones, las vías de ferrocarriles, etc.) eran considerados como inmuebles por una ficción jurídica tradicional que fue recogida en el CC, art. 885, incs. 4 y 9. Esta situación fue corregida mediante la Ley de garantía mobiliaria (Ley N° 28677, del 1 de marzo de 2008) que, en su art. 4 incs. 19 y 21, les niega la condición de bienes inmuebles.

En relación con la comprensión de los tipos legales referidos a los delitos contra la propiedad, en especial al hurto, es necesario analizar el empleo del término “bien” (objeto material del delito) en lugar de “cosa”. Este cambio de denominación fue inspirado por la evolución de la legislación civil, que reemplazó el término “cosa” (CC de 1936) por “bien” (según el vigente modelo del CC de 1984). Este cambio tuvo como objetivo, por un lado, comprender en un solo concepto los objetos corporales e incorporeales de la relación jurídica de los derechos reales; por otro, calificar, para los fines antes indicados, el conjunto constituido por los bienes corporales y los bienes incorporeales en muebles e inmuebles; finalmente, excluir del ámbito jurídico a aquellas ‘cosas’ que carecen de valor patrimonial.

Estas clasificaciones y los criterios de distinción empleados por el derecho civil no concuerdan con las distinciones realizadas en derecho penal, ni con los fines de las disposiciones penales concernidas. Por ejemplo, la tradicional ficción por la que se considera como bienes

¹⁰ CASSANI, ob. Cit., pág. 122 (nota 8).

inmuebles a las naves y aeronaves no tiene sentido en derecho penal, pues el objetivo no es proteger las garantías que pueden recaer sobre ellas, sino antes bien la posesión y, con ello, proteger la propiedad. Para el derecho penal, las naves y aeronaves son muebles y, por tanto, objetos del delito de hurto. En el mismo sentido, una casa prefabricada para ser instalada en un terreno determinado, como se hace actualmente, puede también ser hurtada mientras no haya sido fijada definitivamente en la parcela. Esto muestra la relativa autonomía del derecho penal frente el derecho civil, amén de que nuestros cuestionamientos han sido confirmados mediante la Ley de garantía mobiliaria que califica dichos bienes como muebles.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 886, inc. 2 CC, las *fuerzas naturales* son bienes muebles a condición que sean “susceptibles de apropiación”. La expresión utilizada en la disposición citada no se refiere a las fuerzas naturales como tales (solar, eólica, acuífera, magnética, etc.), sino más bien al estado que puedan adoptar y que permite puedan ser aprehendidas. No es un bien mueble lo que aprehende quien capta la energía solar para calentar las habitaciones de su casa. Lo que es considerado bien mueble es más bien el producto resultante del proceso de aprehensión de dicha fuerza natural; es decir, de la energía eléctrica obtenida. Cuando, en la legislación penal, no se había equiparado la energía a los bienes, el problema era de saber si cometía hurto quien se “apoderaba” de dicha energía pues se dudaba que ésta fuera o no una “cosa”. La respuesta en derecho penal no es muy clara debido a la deficiente redacción del art. 185, segundo párrafo. Según esta disposición: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”. Por tanto, pueden ser objeto de hurto la energía (la eléctrica es mencionada expresamente y como ejemplo), todo otro elemento semejante a los mencionados y que tenga valor económico y, por último, el espectro electromagnético (que, según la redacción del citado tipo penal, no sería ni energía, ni elemento).

Como las fuerzas naturales (eólica, solar, atómica, etc.) son transformadas en *energía eléctrica* mediante usinas, el propietario de éstas será perjudicado mediante la sustracción clandestina de la electricidad que aquél distribuye a los usuarios, contra el pago de un monto determinado. Lo mismo sucede con la sustracción de gas (u otro elemento, como el gas), sin el acuerdo del concesionario y sin contraprestación, de la red de distribución instalada por este último. Así mismo, respecto a la generación de fuerza electromotriz

por la acción de la luz (fotovoltaico), quien sustrae a su vecino la fuerza eléctrica que éste produce, mediante los paneles solares que ha instalado en el techo de su casa, comete hurto. Si el legislador, en el art. 185, “equipara” (considera equivalentes) estos productos (energías) a los “bienes”, se debe a que estima que no son bienes ni corporales (cosas) ni inmateriales (derechos). Si los hubiera considerado iguales o de la misma índole, no hubiera necesitado mencionarlos expresamente. O en su caso, para evitar dudas, se hubiera limitado a indicarlos como ejemplos de bienes. En otros sistemas legales se busca salvar esta dificultad interpretativa estableciéndose disposiciones especiales. Así, en el CP francés, art. 311-2, se dice: “La sustracción fraudulenta de energía en perjuicio de tercero es asimilada al hurto”. El art. 142, CP suizo, prevé un tipo penal especial para reprimir la sustracción de energía.

La deficiencia del art. 185, párrafo segundo, es más grave cuando se refiere al “*espectro electromagnético*”, porque su explotación no genera un producto sino que tiene lugar mediante la utilización de una frecuencia determinada. La misma que es concedida por el Estado, por ejemplo para la emisión radial o televisiva. El hurto se daría porque la posesión estatal de dicho espectro es violada por el uso indebido y no mediante la sustracción (imposible de realizar por la naturaleza del espectro electromagnético). En el caso de una emisora radial clandestina¹¹, esta disposición no fue aplicada porque resultó imposible cuantificar con precisión el perjuicio que representó para el Estado “el uso indebido del espectro electromagnético materia del ilícito”. De esta manera se desnaturaliza completamente el tipo legal del hurto y, por tanto, debería admitirse y tratarse dicho comportamiento como un delito particular.

Los *minerales* son bienes muebles cuando son extraídos de las minas. Según la Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821), art. 23, tercer párrafo, la “concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse”. En su art. 19, establece además que: “en cualquiera de los casos, el Estado conserva el dominio sobre éstos, así como sobre los frutos y productos en tanto ellos no hayan sido concedidos por algún título a los particulares”. En esta perspectiva, resulta poco claro que se pueda considerar la aplicación directa del art. 885, inc. 53 CC (que reconoce como inmuebles a las minas y concesiones) y del art. 19 de

¹¹ Exp. 858-98 Lima, in *JurPeGaceta*, t. I, pág. 257.

la Ley N° 26821, ambos en relación al delito de hurto, dado que ello haría imposible calificar como hurto al hecho de sustraer productos minerales sin ser concesionario, pues el Estado conserva siempre el dominio sobre dichos bienes muebles. La ficción de que los minerales sustraídos sin autorización permanecen en el dominio del Estado, es inaceptable en derecho penal.

Es claro, por el contrario, que los mineros pueden ser víctimas de hurto, pues si bien ellos no son propietarios de los yacimientos mineros sino sólo concesionarios, sí son propietarios de los productos extraídos del yacimiento minero y, por tanto, disponen de éstos con plena libertad.

El art. 886, inc. 5 CC, considera como bienes muebles a los “*títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales*”. Estos últimos constituyen los certificados de participación en fondos mutuos y fondos mutuos de inversión en valores¹², conforme se prevé en el art. 261, inc. 1, de la Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287). Los primeros son documentos que representan o incorporan derechos patrimoniales, establecidos conforme a las formalidades exigidas por la ley. Cuando figuran en un documento cartular, se les califica de títulos valores materializados¹³. Por el contrario, se les llama desmaterializados¹⁴ si “*requieren su representación y anotación en cuenta y su registro ante una institución de compensación y liquidación de valores*”¹⁵. En ambos casos los derechos de los titulares se encuentran representados materialmente (en documentos o en registro).

Si puede concebirse sin mayores dificultades que los títulos valores materializados pueden ser objeto de un hurto, es debido a que los documentos por ser objetos corporales son aprehensibles y susceptibles de valor económico. Por el contrario, resulta problemático imaginar que los títulos valores desmaterializados, reconocibles y comprobables únicamente por la inscripción legal, sean comprendidos como objetos del delito de hurto. No está demás repetir que cuando el legislador ha querido comprender, además de bienes muebles

¹² Los certificados de participación en fondos mutuos son títulos valores representativos de un derecho de participación, conforme se prevé en el art. 261 de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹³ Art. 279, inc. 15, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁴ Art. 279, inc. 16, de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores.

¹⁵ AVENDAÑO, FRANCISCO, Art. 886, in *Código Civil Comentado*, T. V, Derechos Reales, págs. 45 s.

corporales, a los valores, los ha mencionado expresamente en el tipo legal correspondiente. Así, por ejemplo, el art. 190 destinado a la apropiación ilícita se refiere a “un bien mueble”, a “una suma de dinero” y a “un valor”.

En el ámbito penal, resulta interesante tomar en consideración ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, La previsión de la agravante respecto al delito de hurto consistente en la *utilización de transferencia electrónica*, de la telemática o de la violación de claves secretas (art. 186, segunda parte, inc. 3). Esta regla constituye una muestra clara de desconocimiento teórico y deficiente técnica legislativa de parte del legislador. Desconocimiento, por ejemplo, de lo que son los delitos informáticos y, en particular, del mal denominado “hurto informático”, lo que lo lleva a confundir un caso de esta figura delictiva *sui generis* con la del hurto previsto en el art. 185.

La dificultad de considerar como hurto la transferencia electrónica de una suma de dinero de una cuenta a otra se ha debido, precisamente, a que el sistema bancario no funciona transfiriendo materialmente dinero (caudales o fondos) sino créditos. Cuando un cliente ordena a su Banco que, de su cuenta 007, se transfieran cien mil soles a la cuenta 077 de XY, el empleado bancario no toma físicamente dicha suma del “depósito” del primer cliente y la coloca materialmente en el “depósito” del segundo. Lo que hace en realidad es inscribir un débito y un crédito respectivamente. Del mismo modo, quien ilegítimamente, mediante la utilización indebida del sistema informático del Banco, transfiere fondos de la cuenta de un tercero a su propia cuenta (en el mismo Banco o en otro), lo que hace es acreditar a su favor (mediante inscripción) un crédito por ese monto en su cuenta. Ahora bien, el art. 186 sólo sería aplicable si el término bien fuera interpretado comprendiéndose también los “derechos” (créditos). En caso contrario, el problema sería más bien de saber si ha habido sustracción, siempre y cuando se siga pensando, equivocadamente, que se trata realmente de la figura del hurto y no de un tipo especial de delito, por ejemplo, informático.

Debido a que no existe sustracción de “créditos”, los legisladores, que han enfrentado problemas parecidos, prefieren hablar de “utilización de valores patrimoniales”. Esto es lo que sucede cuando alguien recibe en su cuenta bancaria una suma de dinero que no le corresponde y, no devolviéndola, la saca del Banco y se la gasta. Lo que entró en su posesión por error fue un crédito y no dinero efectivo. Tampoco sería de aplicación el art. 192, inc. 2 (apropiación

ilícita de bien perdido), porque no cabe interpretar el término “bien” en sentido amplio comprensivo de bienes corporales e inmateriales, muebles e inmuebles. Ya que resulta difícil admitir que, por ejemplo, el propietario ha “perdido” su casa; es decir que no sabe dónde está, ni puede acceder a ella.

Para conservar la relativa coherencia de las disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad, no debería forzarse la interpretación al extremo de tratar de adecuar, cueste lo que cueste, el comportamiento previsto “como agravante” a la figura del hurto (art. 186, segunda parte, inc. 3).

Para no desnaturalizar el tipo legal, la descripción del comportamiento previsto como circunstancia agravante de este delito debería ser leída de manera diferente. La expresión “mediante” no debe ser interpretada en relación con la sustracción, sino más bien con el verbo principal “apoderarse”. El apoderamiento se da mediante la utilización indebida de los “fondos” acreditados en la cuenta del autor. De modo que no se presenta la dificultad de si ha habido o no sustracción en el sentido estricto del primer párrafo del art. 185. El agente se apodera de “fondos” (dinero, caudales, capital) por el medio peculiar de manipular uno de los sistemas de transferencia expresamente indicados. Estaríamos, sin embargo, frente a otro caso de equiparación analógica; esta vez no entre bienes muebles y energías (art. 185, pf. 2), sino entre la sustracción y la utilización de sistemas electrónicos. Otra manera de lograr el mismo objetivo de coherencia es admitir que, por una defectuosa comprensión del comportamiento grave que se busca reprimir, los redactores del inc. 3 de la segunda parte del art. 186 consideraron que los fondos (por ejemplo, el dinero) eran realmente objeto de la apropiación. Este sentido concuerda con el lenguaje común y no es incompatible con la descripción del delito de hurto.

En cuanto al objeto del delito de hurto, se presenta también la cuestión de saber si tienen esta calidad los *objetos, cosas, bienes que están fuera de comercio* y, por tanto, no tienen un valor pecuniario. Este aspecto económico del bien mueble, objeto del hurto, se deduce, sobre todo, del segundo párrafo del art. 185. En éste se dice, expresamente, que los elementos equiparados a “bien mueble” (energía eléctrica, etc.) deben tener “valor económico”.

Al respecto, se presentan dificultades, por ejemplo, cuando el objeto de la sustracción indebida es un cadáver. De acuerdo con el art. 8

CC, “es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana”. La persona o institución beneficiada con este don adquiere la posesión y la propiedad del cuerpo (o de una de sus partes). Si alguien se apodera de este “bien” sustrayéndolo, cabe preguntarse si ha cometido un hurto. El bien hurtado no tiene valor económico (determinado por el mercado), debido a que está fuera de comercio, conforme al art. 116 de la Ley general de salud (Ley N° 26842). Según esta disposición, está “prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos” (así se deducía también del art. 22 del DS 014-88-SA). El cadáver es un objeto especial en cuanto carece de significado económico-patrimonial y, por ser diferente a todos los demás objetos, no es un bien y, por tanto, no cae en ninguna de las categorías en que se clasifican los bienes. Por tanto, el art. 185 CP sería inaplicable. Lo que sería conforme a la regulación civil.

Sin embargo, el legislador penal se aleja de la ley civil cuando regula el delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos (art. 318-A), al describir esta infracción como el hecho de quien, “por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres”. Se trata, en buena cuenta, de un caso agravado del delito contra la paz de los muertos (art. 318). Lo interesante respecto al carácter accesorio del derecho penal es que al modificarse el art. 318, se establece, contrariamente a la regulación civil, que existen partes del cadáver (por tanto, también un cadáver completo) que pueden ser objeto de comercialización. Lo que significa que las actividades enumeradas deben ser comprendidas de manera semejante, pero no igual que las del derecho civil. De modo que podría también interpretarse el art. 185 comprendiendo que el cadáver, íntegro o en partes, puede ser objeto del hurto, pues resultaría posible fijar un valor patrimonial de acuerdo a la comercialización indicada en el art. 318.

Otra posibilidad de interpretación sería aceptar, conforme al criterio seguido por una minoría de civilistas (pero no por el ordenamiento legal peruano¹⁶), que los elementos que están fuera del comercio humano pueden satisfacer necesidades humanas y, por consiguiente, tienen calidad de bienes. De acuerdo con esto, tanto los órganos separados del cuerpo humano vivo, como los de

¹⁶ AVENDAÑO, FRANCISCO, ob. cit. (nota 16), pág. 689.

un cadáver serían bienes, aun a pesar de que el ordenamiento legal prohíbe la asignación de un valor económico y su comercialización en el mercado. Si se admitiese el criterio minoritario, se lograría mayor armonía entre derecho civil y derecho penal, sin embargo es preferible reiterar que los factores civiles o comerciales que contienen los tipos legales penales deben ser comprendidos de acuerdo a las limitaciones, fundamentos y finalidades del derecho penal. Por tanto, en derecho penal, de acuerdo con las disposiciones penales citadas, el cadáver o una de sus partes puede ser objeto del delito de hurto porque, en el contexto social, son susceptibles de ser valorados económicamente, como lo admite en cierta forma el legislador al hablar de comercio de partes del cadáver.

Por último, resulta interesante destacar una de las condiciones para aplicar la nueva agravante relativa al delito previsto en el art. 318, que el agente utilice “los medios de prensa escrito o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras”. La misma que es semejante a la del hurto agravado, en la que el agente utiliza “sistemas de transferencia electrónica de fondos”. En ambos casos, el objeto de la maniobra son bienes muebles: fondos (dinero, caudales, en consecuencia no simple créditos/derechos) y partes de un cadáver, respectivamente.

C. Apoderarse. Según el derecho civil, la adquisición de la posesión puede ser originaria o derivada. La primera, también llamada adquisición unilateral, es consecuencia de un hecho propio y exclusivo de la persona que lo ejecuta. En caso de bienes muebles, según los arts. 929 y ss. CC, debe tratarse de bienes abandonados, perdidos o *res nullius*. Al respecto, es oportuno recordar que en relación con la apropiación de muebles, el CC se refiere a “cosas libres”, “objetos perdidos”, “tesoro”, “animales de caza y pesca”¹⁷.

Por su parte, la adquisición derivada se da por la transmisión de la posesión de una persona a otra, razón por la que se le llama bilateral, y puede darse *inter vivos* o *mortis causa*. Ésta se produce por la tradición que implica la entrega (material o simbólica) de la cosa, a título oneroso o gratuito. La posesión de quien la transmite puede ser a título legítimo o ilegítimo.

¹⁷ Enumeración que corresponde a la que se hace en el art. 192 CP, referente al caso de apropiación ilícita de un “bien perdido” o de un “tesoro” (inc. 1). Por esto, a pesar de que en esta disposición, se utiliza el término “bien” (perdido o ajeno), no puede comprenderse que también se refiere a bienes incorpóreos (por ejemplo, “derechos”).

Según el art. 901 CC, la tradición “se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece”. Además, en el artículo siguiente, se prevén dos sucedáneos de la tradición, disponiéndose que ésta se considera realizada: primero, cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo y, segundo, cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero¹⁸.

La adquisición originaria de la posesión puede producirse mediante autorización de la ley o contrariamente a ésta. El caso típico del segundo caso es la posesión que se atribuye el ladrón de la cosa que ha sustraído a su legítimo titular. El acto de apoderarse, materialmente, consiste, por un lado, en privar definitivamente al propietario del poder efectivo de disponer del bien y, por otro, en crear una nueva posesión a favor propio o de un tercero. El autor debe querer estos dos hechos; de manera que pueda comportarse como si fuera el propietario y, así, privar al propietario de toda posibilidad de ejercer su poder efectivo de disposición material sobre el bien. Con este criterio, se superan las diferentes propuestas realizadas en relación con la cuestión de si el objeto de la apropiación es el bien mismo (*Substanztheorie*), su valor (*Sachwerttheorie*) o, por último, ambos (*Vereinigung von Substanz- und Sachwerttheorie*). Quien subtrae la libreta de ahorro de un tercero, decidido a devolvérsela, se comporta como propietario cuando retira dinero de la cuenta de ahorro. Así, se apodera de manera definitiva de la suma sustraída.

El hurto, de acuerdo a nuestro sistema, es un delito de resultado. Es consumado en el momento en que el ladrón adquiere el objeto sustraído y, como cuasi propietario, tiene la posibilidad de ejercer el poder de hecho de disponibilidad. Esto supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción y, segundo, el apoderamiento. La aplicación unilateral de las superadas teorías tradicionales (*amotio, illatio, ablatio, contractatio*) no es útil para determinar cuando el ladrón tiene el poder de realizar actos dispositivos. Esto se debe a que la existencia del apoderamiento depende de las variadas formas en que puede efectuarse la exclusión (el desplazamiento) del propietario y la ocupación de la cosa por el ladrón¹⁹.

¹⁸ En este caso, la tradición produce efecto, en cuanto al tercero, sólo desde que es comunicada por escrito.

¹⁹ SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. IV, 1963, pág. 169.

D. Sustraer. La noción de apropiación está delimitada por la manera como debe proceder el ladrón para adquirir el poder de disposición sobre el bien: debe sustraerlo (*wegnehmen*). Acto que implica una violación de la esfera de influencia que tiene la víctima sobre sus bienes, privar al propietario de su poder efectivo de disposición. Dicho de otra manera, la sustracción se da por la transferencia del bien de la esfera de influencia del propietario a la esfera de influencia del ladrón. La apreciación del comportamiento calificado de sustracción está estrechamente relacionada con la noción de esfera de influencia o de posesión. La desmaterialización de la noción de esfera de influencia determina que el concepto de sustracción no deba ser necesariamente comprendido en un sentido objetivo o material.

Esto está igualmente condicionado por el hecho que en la ley no se indica expresamente la manera como debe practicarse la sustracción. En principio, todo medio es posible, salvo la utilización de la violencia o de la amenaza sobre las personas que transforman el hurto en robo. Siendo la sustracción el medio para lograr el apoderamiento del bien, el hurto es consumado sólo cuando el autor toma efectivamente el poder de disposición del bien; momento en el que puede comportarse como si fuera el propietario.

De modo que, ante nuestra ley, no son decisivos los criterios tradicionales. Al respecto, ya en los años sesenta, se afirmaba que “el concepto de apoderamiento es un concepto abstracto, que debe ser determinado jurídica y no materialmente”²⁰. En esta perspectiva se sostiene que al hablar de apoderamiento, “importa hacer una clara referencia a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor”²¹. Es en este contexto que debe comprenderse la afirmación según la cual: “en consecuencia, el desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar los actos de disposición”²². El hurto no está en la acción de tomar la cosa, sino en la

²⁰ SOLER, ob. cit. (nota 21), pág. 165. En nota 26, este autor recuerda que Jiménez de Asúa afirmó correctamente que « la cuestión no está en el espacio sino en los actos jurídicos del agente».

²¹ SOLER, ob. cit. (nota 21), pág. 165.

²² SOLER, ob. cit., p. 165 (nota 21). Afirmación literalmente reproducida tanto por DONNA, EDGARDO A., *Parte Especial*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, T. II-B, pág. 31, como en el considerando N. 9, in fine, de la Sentencia Plenaria de la Corte

de usurpar el poder sobre ella". Afirmación que se comprende más en relación con el apoderamiento que con la sustracción, dado que se habla de usurpar, "porque apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho"²³. Al respecto, hay que recordar los ejemplos dados para mostrar cuando la cosa puede quedar en el espacio en que se proyecta el poder patrimonial de la víctima y, sin embargo, que ésta haya sido despojada de su poder efectivo de hecho de propietaria. Estos criterios, sostenidos con base en la legislación argentina y aplicables a la nuestra, están también condicionados a que se considere como materia del hurto las cosas muebles corporales y con valor económico²⁴.

E. Objeto de la infracción. Conforme al tipo legal del hurto, previsto en el art. 237 CP 1924, el objeto del apoderamiento debía ser una cosa mueble. A pesar del cambio efectuado en la definición del hurto en el CP de 1991 (art. 185), los autores y la jurisprudencia han comprendido que debía tratarse de un objeto corporal susceptible de apropiación, sin consideración a su estado físico. Por tanto, las cosas líquidas o gaseosas sólo debían ser consideradas si estaban debidamente delimitadas.

Debido a la constitución física de determinados elementos como los diversos tipos de energía, éstos han sido equiparados a las cosas corporales para los efectos del hurto; llegándose a comprender expresamente el espectro electromagnético. Se trata de una ficción, frecuente en derecho, en el sentido que se tiene por cosa elementos que no lo son. No es cuestión de que jurídicamente se decida si se trata o no de la exactitud física de que la energía sea cosa corporal. Pero, si es de destacar "la ingenuidad jurídica consiste en buscar [como sucedió mucho tiempo] dentro de la física la fijación de un concepto jurídico"²⁵.

Esta ampliación²⁶ de lo que podía ser hurtado fue propuesta, por primera vez, en el proyecto de CP de 1972, elaborado por el Ministerio

Suprema N. 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005, in CASTILLO ALVA, JOSÉ LUIS dir., *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema Lima*, Grijley, 2008, págs. 217 ss.

²³ SOLER, ob. cit. (nota 15), pág. 165.

²⁴ DONNA, ob. cit. (nota 24), tomo II-B, pág. 31.

²⁵ SOLER, ob. cit., pág. 165 (nota 15). pág. 179.

²⁶ De manera más coherente, otros legisladores establecieron nuevos tipos legales: por ejemplo, el español lo previó como defraudación de fluido eléctrico

de Justicia. En el art. 237, segundo párrafo, se decía: “se equipara a cosa mueble la energía eléctrica y cualquier otra que tenga valor económico”. Disposición que fue recogida en el proyecto de 1985, cuyo art. 187, segundo párrafo, extiende dicha equiparación al gas, agua “y cualquier otro similar que tenga valor económico”. El actual art. 185, segundo párrafo, dispone: “Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”.

La idea común a este proceder de equiparación es la de la necesidad de reprimir comportamientos consistentes en el apoderamiento de elementos de naturaleza diferente a las cosas corporales, aunque relativamente análoga; pero que por tener cierta manifestación física no podían ser calificadas de inmateriales o de intelectuales. Esta solución legislativa resultaba incoherente, desde el proyecto de 1985, porque al establecer el tipo legal del hurto se reemplazó el término “cosa” por el de “bien”. Comprendido de manera amplia, se podía estimar que este último abarcaría desde las cosas corporales hasta los llamados bienes inmateriales, pasando por los “derechos reales”. Lo que estaría, además, confirmado por el hecho que, en el proyecto de 1985, art. 218, se reprimiera, como autor de un delito “contra el derecho autoral”, a quien “hurta el contenido de una obra literaria, artística o científica, para usarla y hacer con ella perjuicio de los derechos del autor o de sus herederos...”.

Esta regulación, por la cual se suponía se dieran la sustracción y el apoderamiento, propios del hurto, no fue seguida por los redactores del Código actual. En éste se habla de delitos contra los derechos de autor y anexos y, en el art. 216, de publicación ilegal de obra. Además, se prevé como circunstancia agravante que “se inscriba en el Registro del Derecho de Autor la obra, la interpretación, producción o emisión ajenas, o cualquier otro tipo de bienes intelectuales como si fueran propios o como de persona distinta del verdadero titular de los derechos”. Ratificándose así que no se trataba de hurto de bienes intelectuales.

Mediante la inserción del art. 186 y en particular del inc. 3, parecería que se abriera las puertas para una interpretación extensiva del círculo de las cosas o bienes que pueden ser objeto del hurto. Según dicho inciso, la pena se agravará cuando el ladrón “usa sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general”.

(art. 255 CP) y el suizo, como « sustracción de energía » (art. 146 CP).

De donde podría deducirse que el agente se apodera de “derechos” (créditos, forma escritural), sustrayéndolos mediante el uso indebido de sistemas informáticos.

Sin embargo, si el apoderamiento, consistente en ejercer el poder efectivo de disponibilidad propio del propietario, debe ser entendido conforme a las reglas de la vida social, hay que comprender que la circunstancia agravante fue establecida pensando en la sustracción de fondos. Además, la referencia a cosas corporales es manifiesta tanto en las otras agravantes del hurto y, en particular, del robo, así como en la demás disposiciones referentes a los delitos contra la propiedad. Diferente es la situación respecto a los delitos contra el patrimonio.

En este sentido, se pronuncian de manera constante y uniforme los Jueces y Salas penales, como se puede constatar en la numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema. Como ejemplo, vale recordar la Sentencia Plenaria de esta Corte, N° 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005. En su parte resolutive, se decide: “12. Establecer como doctrina, respecto a los delitos de robo agravado que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la *cosa sustraída* por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la *cosa sustraída*. Los principios jurisprudenciales que rigen son los señalados en los párrafos 4 a 10 de la presente Sentencia Plenaria”.

Como lo hemos resaltado, los jueces se refieren, expresamente en el breve párrafo transcrito, dos veces a la “cosa sustraída”. La misma expresión la utilizan en los párrafos N° 4 a 10 y, en particular, en el N° 9. Al final de este último, en relación con la sustracción, se emplea justamente el término “cosa”, se dice: “El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición”. Afirmación que no es el fruto de una interpretación moderna, sino por el contrario, es opinión expresada por SOLER en la década de los 60 y, últimamente, retomada por DOHNA. Ambos autores argentinos, manifiestan su convicción teniendo siempre en cuenta que son los bienes muebles corporales el objeto de los delitos de hurto y de robo.

Los argumentos de los jueces de la Corte Suprema están dirigidos a establecer cuando los delitos de hurto y de robo son consumados y, así, distinguir la tentativa. Con este objeto, admiten el criterio

de distinguir dos momentos sucesivos en la comisión de estos delitos: por un lado la sustracción y, por otro, el apoderamiento. En este contexto, la expresión “desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición” debe entenderse como el acto del ladrón de usurpar el poder de disponer del propietario o de realizar cualquier acto de dominio sobre la cosa sustraída. Hacer perder al dueño la posibilidad de ejercer su dominio constituye por sí mismo sustracción. Pero no implica que a esta pérdida corresponda la adquisición de dominio por parte del delincuente. En la adquisición de este dominio constituye, precisamente, el apoderamiento, segunda etapa del comportamiento delictuoso y con cuya realización se produce la consumación.

La propuesta de interpretar extensivamente la expresión “bien mueble” para comprender los bienes inmateriales, valores desmaterializados, nos recuerda algunas decisiones judiciales extranjeras en las que se admitían propuestas semejantes. Como muestra basta recordar el “caso Nehmad” (*Nehmadfall*) de la jurisprudencia suiza²⁷. Los hechos consistían en que el titular de una cuenta corriente bancaria dispuso de una suma de dinero que había sido acreditada por error en su favor. La cuestión discutida fue si se le podía aplicar el art. 141 CP (actual 139), disposición que reprimía como delito de apropiación ilícita a quien se apodera de una cosa mueble ajena y que había caído en su poder a causa de una fuerza natural, de un error, caso fortuito o de cualquier otra manera independiente de su voluntad. Los jueces del Tribunal Federal sostuvieron que el art. 141 (actual 139) era de aplicación, para lo cual consideraron como cosa un crédito bancario. Justificaron su decisión afirmando que el sentido “verdadero” de la disposición era el que se deduce de los valores en los que se inspira y de su finalidad. Por tanto, procede dar al término “cosa” un sentido que tenga en cuenta los factores económicos y, en consecuencia, más amplio que el considerado por el legislador. En esta perspectiva, sostuvieron que si bien, originalmente, el art. 141 (actual 139) apuntaba a las apropiaciones ilegítimas de sumas de dinero pagadas en exceso por error, por ejemplo, en ocasión de compras o de cambio de divisas, “existe también apropiación ilícita plenamente caracterizada cuando el pago equivocado se hace por transferencia bancaria y que

²⁷ ATF, 87 IV 115 ; ATF 116 IV 134 ; HURTADO POZO, JOSÉ, *Droit pénal, Partie Spéciale*, T. I, 3a edición, Zurich, págs. 683 ss.; SCHUBARTH, MARTIN/ALBRECHT, PETER, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, T. 2, Art. 137-172, Art. 141 N. 4.

el destinatario se niega a rembolsar de mala fe. Desde el punto de vista económico, continuaban afirmando los jueces, la transferencia de un crédito de una cuenta a otra equivale a un pago en efectivo”.

En nuestro medio, en relación con la apropiación de derechos, bienes inmateriales, títulos valores desmaterializados (acciones no establecidas en documento), se puede alegar algo parecido haciendo referencia a la realidad social o económica, a las técnicas modernas utilizadas en la transferencia de bienes en general.

Lo interesante del caso suizo es que los criterios de los jueces federales y su decisión favorable a la aplicación del art. 141 (actual 139) fue fuertemente criticada por la doctrina y prácticamente ignorada por las instancias inferiores²⁸. Se consideró que el principio de legalidad no era respetado por la ampliación abusiva del tipo legal, en la medida en que el sentido de la palabra era completamente desnaturalizado y que la expresión “apropiarse” era substituida por la de “disponer sin autorización”. De modo que la incriminación penal de dicho comportamiento, semejante pero no idéntico al hurto, era de la competencia del legislador.

Ante esta situación, en una segunda sentencia el Tribunal Federal, en la que confirmaba su opinión precedente, afirmó que el legislador debía intervenir para esclarecer la disposición vigente o dictar una nueva. En el proceso de reforma de la parte especial del Código Penal, se propusieron diversas soluciones, por ejemplo, la de remplazar la fórmula “cosa mueble” por otra más general que permitiese reprimir la utilización sin derecho de una cuenta bancaria alimentada por error. El Consejo Federal y el Parlamento optaron por una solución diferente: mantener la expresión “cosa mueble”; en su opinión inescindible de las nociones penales de apropiación y propiedad, e introducir un nuevo artículo para reprimir “la utilización sin derecho de valores patrimoniales” (art. 141 bis).

Siguiendo este buen ejemplo (respetuoso, firme y mesurado del principio de legalidad), si se considera indispensable reprimir la apropiación, uso, sustracción o transferencia indebidos de bienes inmateriales, derechos, créditos, acciones desmaterializadas, debe modificarse el CP para prevenir, específicamente, la represión de tal

²⁸ ARTZ, GÜNTHER, “Vom Bargeld zum Buchgeld als Schutzobjekt im neuen Vermögensstrafrecht”, in *Recht* 13 (1995), p. 133 ; NIGGLI, MARCEL, *Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten, Anmerkungen zu BGE*, 123 IV 125, AJP I (1998), págs. 118 ss.

comportamiento. Mediante la interpretación del tipo legal del art. 185 no puede extenderse tanto su ámbito de aplicación, sin correr el riesgo de perturbar la seguridad jurídica y los derechos de las personas.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La interpretación como proceso lógico-axiológico de atribución de un sentido al texto legal, entre aquellos que son sus sentidos posibles, supone una gran libertad creadora del intérprete. Éste puede llegar a formular una comprensión novedosa del texto, pues no está sujeto a seguir adjudicando el sentido atribuido hasta entonces a los elementos del mismo. Uno de los límites de esta libertad de interpretación es la exigencia tanto de que se adecue sistemáticamente el resultado, como que mediante la fundamentación con que se atribuye el sentido al texto legal no se desordene el sistema, en caso de aplicarse para resolver otros problemas interpretativos. La interpretación según la cual se debe ampliar los alcances del art. 185 para reprimir el desplazamiento del titular de acciones (bienes inmateriales en general) no concuerda con la explicación, primero, del resto de las disposiciones relativas a los delitos contra el patrimonio; segundo, con las disposiciones de otras leyes (especialmente, las referentes a los derechos reales). De modo que, de acuerdo con Jakobs²⁹, “el intérprete está sujeto al hecho de que el fundamento de una interpretación no usual que él preconice tiene que ser generalizable, es decir, repetible en situaciones homólogas, sin que se desmorone el sistema” (global o particular a la disposición interpretada)“.

²⁹ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a edición, Berlin, 1993, 1/2, N. 39. Este autor señala también oportunamente que el límite tolerable de la generalización es lo que mal se denomina «prohibición de la analogía», idem, 1/2, N. 33.