

T
345-0262
M3146
1963
F.J.YCS
Ej:3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

"BREVE MONOGRAFIA SOBRE
EL DELITO DE HURTO"

T E S I S

PRESENTADA POR:

ROMULO MARCENARO SOTO

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C.A.

1 9 6 3

.....
.....
.....

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

DR. FABIO CASTILLO FIGUEROA

SECRETARIO GENERAL

LIC. MARIO FLORES MACALL

.....

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. ROBERTO LARA VELADO

SECRETARIO

DR. MANUEL ATILIO HASBUN

MSN 12312

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10121887

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES
GENERALES PRIVADOS Y APROBARON
ESTA TESIS DOCTORAL

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Dr. José María Méndez

Primer Vocal: Dr. Roberto Emilio Cuellar Milla

Segundo Vocal: Dr. Rómulo Leandro Leal

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Dr. Arturo Zeledón Castrillo

Primer Vocal: Dr. Enrique Borgo Bustamante

Segundo Vocal: Dr. Manuel René Villacorta

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Dr. Max Patricio Brannon

Primer Vocal: Dr. Ulises Flores

Segundo Vocal: Dr. Rogelio Alfredo Chávez

APROBACION DE TESIS

Presidente: Dr. José Enrique Silva

Primer Vocal: Dr. Jorge Alberto Barriere

Segundo Vocal: Dr. Francisco Bertrand Galindo

DEDICO ESTA TESIS :

A LA MEMORIA DE MI PADRE:

Eduardo Marcenaro

A MI MADRE:

Aracely Soto

A MI ESPOSA:

Blanca Vega de Marcenaro

A MIS HIJOS:

Argentina
Romulito
Zonia Elizabeth y
Carlitos

A MIS HERMANOS:

Guillermo,
Eduardo y
Rosa Marcenaro

A MIS AMIGOS:

Elvidio Ortiz González
Joaquín Hernández Callejas y
Mateo Sánchez

A mis amigos y compañeros de trabajo de
la Fiscalía General de la República.

I N T R O D U C C I O N

Tal como su título indica, el presente trabajo es una **breve** descripción del delito de hurto.

En el desarrollo tratamos con algún énfasis los aspectos doctrinarios y los confirmamos con la correspondiente jurisprudencia.

No nos ceñimos al orden que nuestro Código Penal desarrolla, sino que desenvolvemos los diferentes temas en la forma que creemos conveniente para la mejor comprensión de lo tratado.

Comenzamos por el estudio de la propiedad para continuar y terminar con el hurto como conducta transgresora de los principios legales que la protegen.

Hemos consultado varios de los insignes Autores del Derecho Penal y con cierta frecuencia transcribimos textualmente, para reforzar y explicar con mayor claridad nuestras aseveraciones, párrafos de sus muy conocidas obras.

Como nuestro objeto es elaborar un pequeño y sencillo trabajo que sirva a los compañeros estudiantes que inician sus estudios penales, creemos que el presente, aunque sin nada de originalidad y con los lógicos errores que contiene por ser el esfuerzo de otro estudiante, en algo ha de servir para los fines que nos hemos propuesto. Si tales propósitos son alcanzados, nos sentiremos sumamente satisfechos.

El Autor.

<u>TITULO I.</u>	Generalidades sobre la propiedad.....	7
TITULO II.	Delitos contra la propiedad en nuestro Código: 1) Sobre la nominación del Título XIII del Libro Segundo.....	9
<u>TITULO III.</u>	El delito de Hurto:	
Capt. I.	Historia del Hurto.....	12
Capt. II.	Sujetos del delito.....	13
Capt. III.	Definiciones.....	14
Capt. IV.	Elementos: 1) Tomar una cosa - 2) Que la cosa sea mueble - 3) Que la cosa sea ajena - 4) Que se tome sin violencia en las personas ni - fuerza en las cosas - 5) Que sea sin la voluntad de su dueño 6) Voluntad criminosa - 7) Animo de lucro.....	16
Capt. V.	Bien jurídico lesionado.....	28
Capt. VI.	Consumación del delito.....	30
Capt. VII.	Caracteres: 1) Es delito de lesión - 2) Es delito de acción - 3) Es delito instantáneo - 4) Es delito material - 5) Es delito simple 6) Es delito común - 7) Es delito perseguible de oficio.....	33
Capt. VIII.	Diferencias con otros delitos.....	36
Capt. IX.	Clasificaciones: 1) Hurto manifiesto y hurto no manifiesto - 2) Hurtos pequeños y hurtos grandes - 3) Hurtos simples y hurtos calificados: Sacrílego - de ganados - doméstico - con grave abuso de confianza - cuando se es dos o más veces reincidente - 4) Hurtos propios y hurtos impropios.....	37
Capt. X.	Hurto de uso.....	75
Capt. XI.	Valor de la cosa.....	78
Capt. XII.	Penalidad del hurto.....	81

T I T U L O I-

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD

El dominio es el derecho real más amplio que se puede tener sobre las cosas para usar, gozar y disponer de ellas subordinado al interés individual de terceros y al interés social o colectivo. En los Códigos de corte individualista se sostiene que es un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo. Históricamente fue considerado como derecho natural del hombre, lo cual no impidió que la propiedad fuera siempre monopolio y privilegio de la minoría dominante que en sus manos tenía el poder económico y el poder político.

Por su parte los tratadistas que defienden el socialismo o el comunismo niegan el derecho de propiedad y afirman -- que es un robo, un falso derecho creado por el abuso de la -- fuerza y de la codicia humanas.

Entre las distintas tesis esgrimidas para encontrar la razón de ser y justificar este derecho están: a) la de "La Necesidad" que es demasiada amplia y peligrosa por su vaguedad y alcances y que habla de sí misma por su título; b) la del "Reconocimiento Universal" corroborada por la historia humana al aceptarla todos los pueblos en todos los tiempos y ocasiones; c) la del "Pacto Necesario", pacto humano basado en la necesidad; d) la del "Trabajo", defendida por los economistas al sostener que es justo que el individuo que con sus esfuerzos ha obtenido alguna cosa, tenga derecho a mantenerse en el goce de ella, a llamarse propietario suyo y a impedir que -- otros la disfruten; e) la de "La Ocupación" que descansa en -- la toma de posesión de la cosa con el ánimo de dueño; y, f) la que llamaremos de "Accesión a la Personalidad" por la que se sostiene que siendo el hombre dueño de sí mismo y de su perso

nalidad moral y física lo es también de todo lo que va unido a ella, con el agregado de que tal unión debe ir acompañada, además, de la intención en el ocupante de hacer suya la cosa, de su plena convicción de no infringir ninguna ley jurídica. Así, la cosa viene a quedar unida a la personalidad humana -- tanto moral como física y el derecho de propiedad surge en el hombre como accesorio al que tiene sobre su personalidad.

Esencial al dominio es el derecho de excluir de él a otras personas, característica sin la cual no puede concebirse; además, se desarrolla en diversas facultades, facultades que si concurren en mayor o menor número forman el dominio -- pleno o menos pleno respectivamente. Estas son: el derecho de poseer que abarca el de adquirir, mantener y recuperar la posesión de una cosa; el derecho de usar y disfrutar, y por -- último, el derecho de disponer, que permite destruir la cosa, alterarla, cederla, etc.

Nuestra legislación civil ha recogido tal doctrina y -- en su artículo 568 lo define así: "Se llama dominio o propiedad el derecho de poseer exclusivamente una cosa y gozar y -- disponer de ella, sin más limitaciones que las establecidas -- por la ley o por la voluntad del propietario. La propiedad -- separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad".

Como el Estado garantiza a las personas el derecho a su patrimonio, erige en delitos las conductas lesivas a tales derechos, de aquí que toda acción de terceros que perjudique dichas facultades garantizadas, ya en sus condiciones esenciales o en sus derivadas a él inherentes, constituye un delito y será necesariamente delito contra la propiedad si se lesiona el dominio objetivo, entendiéndose por tal, la cosa que di-rectamente es objeto del dominio o de uno de sus atributos:

T I T U L O II-

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD EN NUESTRO CODIGO

Se ha criticado como poco exacto el nombre del Título del Código Penal español que dice "Delitos contra la propiedad", crítica que se extiende a los ordenamientos legales que como el nuestro le siguieron, pues las infracciones bajo tal epígrafe -se sostiene- no están integradas solamente por hechos dirigidos contra el derecho de propiedad, sino también -contra la posesión, la tenencia, etc.

Las legislaciones modernas han adoptado el título de "Delitos contra el Patrimonio" porque el término "Propiedad" se presta a confusión con el uso que esa misma expresión --tiene en el artículo 568 del Código Civil ya mencionado.

La confusión es inconveniente, porque el sentido limitado del término en la ordenación común no se aviene para nominar este título del Código Penal de amplios alcances, que -abarca no sólo delitos que protegen la propiedad en el sentido reducido que lo entiende el artículo civil ya mencionado, sino delitos que protegen derechos del poseedor, usuario, usu fructuario, merotenedor y en general, de cualquier titular de derechos sobre bienes susceptibles de tener un valor económico.

Aunque para algunos el cambio de título (Delitos contra el Patrimonio por el de Delitos contra la Propiedad) representa un evidente adelanto técnico doctrinario y legislativo, Sebastián Soler en su tratado "Derecho Penal Argentino" -lo critica por tener el inconveniente del exceso, dado que lo abstracto del concepto hace incluir en él no sólo a los bienes, sino también a las deudas. Y por ello propone su limitación para referirla exclusivamente a la parte activa del pa--

trimonio, es decir, contra el estado patrimonial de un momento dado.

Aun más, las doctrinas socialistas, que aseguran una rápida evolución del viejo concepto liberal de propiedad, tomando en cuenta que los códigos de inspiración clásica, el nuestro para el caso, comprenden en el título mencionado variados delitos (como robo, hurto, usurpación con sus subdivisiones: alzamiento, quiebra e insolvencia punibles, estafas y otros engaños, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, de las casas de préstamos sobre prendas, incendios y otros estragos y daños) critican también el mencionado epígrafe porque da a entender, por lo menos a primera vista, que el único derecho protegido por las normas que regulan estas infracciones lo es el de propiedad, cuando no es así, dado que los ilícitos mencionados dañan no sólo y únicamente la propiedad, sino que concretamente se realizan en contra de las personas lesionando preferentemente sus derechos patrimoniales; y digo preferentemente, porque si hacemos una revisión de los ilícitos enumerados encontramos que éstos perjudican además, distintos bienes jurídicos que no se comprenden en el título.

Francisco González de la Vega refiriéndose al Código Penal Mexicano que nomina el mismo título con el genérico de "Delitos en contra de las Personas en su Patrimonio", así se expresa: "La denominación es certera y clara; desde luego nos recuerda que las personas, tanto físicas como morales, pueden ser posibles sujetos pasivos de las infracciones ya enumeradas, y también nos hace notar que el objeto de la tutela penal no es únicamente la protección del derecho en propiedad, sino, en general, la salvaguardia jurídica de cualesquiera otros derechos que puedan constituir el activo patrimonial de

una persona. En otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que puedan ser estimables en dinero, o sea que formen su activo patrimonial, ya que el patrimonio es "el conjunto de derechos y de cargas de una persona, apreciables en dinero".

"Como hace notar con su acostumbrada claridad Marcel Planiol, existe una liga íntima entre la persona y el patrimonio. "La noción de patrimonio es inseparable de la noción de persona en derecho". Precisa recordar esta capitular idea jurídica, porque los atentados que enumera el título que estamos comentando no se cometen lesionando una entidad abstracta como lo es el patrimonio aisladamente considerado, sino se realizan directa y únicamente contra las personas, salvo que en sus bienes patrimoniales".

Sin embargo no todo es adverso a la expresión "Delitos contra la Propiedad" pues son muchos sus defensores que invocan fundadamente la tradición jurídica penal y sostienen que el concepto "propiedad" se usa dentro de nuestra disciplina con una significación amplia y comprensiva de otros derechos tanto reales como personales.

Todos estos delitos del Título XIII tienen de común semejanza el daño que infieren a los bienes patrimoniales, sin embargo, se les puede reunir en estos grandes grupos perfectamente diferenciables:

a) Los caracterizados por el fin de enriquecimiento a costa de los bienes ajenos: el robo, el hurto, la usurpación, las defraudaciones, las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, los de las casas de préstamos sobre prendas y

b) Los caracterizados por lesionar la propiedad ajena mediante hechos que la destruyen o deterioran: incendio y -- otros estragos y los de daños. Estos hechos, aunque reprochables parece son menos repugnantes ante la conciencia pública que los juzga.

TITULO III-
DEL DELITO DE HURTO
CAPITULO I-
Historia del Hurto

Esta acción lesiva a la propiedad ha sido vista y castigada diferentemente a través de todas las épocas. En Roma, - las primeras disposiciones que la regulan aparecen en la ley de las Doce Tablas. En ellas ya se manifiestan sus elementos: la contractio, que aunque de significación vaga, se admitía como sinónimo de coger, aprehender; el ánimo de lucro y que recaía en cosa ajena. Aunque el antiguo Derecho no distinguió - entre el apoderamiento violento de la cosa ajena y el realizado sin ella, con el tiempo sí se distinguieron; al primero se llamó rapiña y se le castigó con mayor dureza y al segundo, -- furtum.

La distinción romana entre los delitos furtum y rapiña modernamente es conocida en las legislaciones con los nombres de hurto y robo. El primero se caracteriza por la aprehensión clandestina de la cosa mueble ajena con ánimo de lucro y el - segundo, por la aprehensión violenta y manifiesta de la cosa ajena con el mismo ánimo.

No existió unanimidad entre los jurisconsultos romanos acerca del origen de la palabra furtum, pues mientras unos como Laebón la derivaban del término furvo, negro, que indica -

la oscuridad que rodea al ladrón para cometer su delito o para significar que los robos se cometen corrientemente de noche, Sabino la derivaba de una palabra griega que significa fraude; y esto más, los romanos usaban distintos nombres para designar las diferentes figuras del robo, por ejemplo, para llamar a los que extraían dinero valiéndose de artes mágicas, a los que se introducían y robaban en las casas privadas o en los baños públicos, etc.

Entre los romanos el hurto se constituía mediante dos actos: uno moral que consistía en la resolución de apoderarse de la cosa ajena y que llamaban dolo malo, y otro físico, que consistía en poner la mano sobre el objeto apetecido y que llamaban contrectatio. La infracción tenía por fin la posesión integral de la cosa o únicamente su uso.

En el Derecho Español el Fuero Juzgo castigó el hurto sin tomar en cuenta consideraciones especiales que demostraran su mayor peligrosidad; el Fuero Real reconoció la violencia e impuso mayor pena al hurto acompañado de ella; y posteriormente Las Partidas establecieron en forma bien diferenciada las dos figuras delictivas de hurto y robo; así se siguieron reconociendo en muchas legislaciones hasta llegar a nuestros días. Sin embargo hemos de hacer notar que la confusión apuntada se mantuvo aún durante la Edad Media.

Capítulo II-

Sujetos del Delito

Siendo el delito un acto humano, solamente el hombre puede ser sujeto activo del mismo y por lo tanto denominado delincuente. En antiguas legislaciones se hacía responsables criminalmente a los animales, a las cosas y a las fuerzas de

la naturaleza. Estas aberraciones humanas ya fueron superadas, pues sólo existieron en proporción al atraso cultural de los pueblos. Hace algunos siglos los penalistas están acordes en que la capacidad para delinquir sólo corresponde a los seres con uso de razón, pues no es posible ni lógico hablar de culpabilidad en el delito sin el concurso de la conciencia y de la voluntad, atributos característicos del hombre; y sólo de la persona en sentido individual o natural porque en la persona colectiva, aunque formada de hombres, no se da la unidad de conciencia y de voluntad que es la base de la imputabilidad. Confirma nuestro dicho el artículo 568 del Código de Instrucción Criminal que dice: "Cuando alguna corporación haya cometido como tal algún delito, se procederá individualmente contra los miembros que acordaron o ejecutaron el hecho punible y responderá cada cual como en los delitos que se cometen por varios individuos".

En consecuencia, sujeto activo del delito de hurto puede ser cualquiera persona humana no excluida por la ley. En cambio, en lo que respecta quién puede ser sujeto pasivo, la situación es diferente: puede serlo cualquier individuo de la especie humana sin distingos de ninguna clase, incluso las -- personas jurídicas, pues el principal efecto de la personalidad moral es el de que la agrupación pueda tener por sí misma derechos y obligaciones estimables en dinero, o sea un patrimonio propio, distinto al de las personas físicas que la integran.

CAPITULO III-

D e f i n i c i o n e s

Entre las variadas definiciones que de este delito se han dado, encontramos: la de Paulo, jurisconsulto romano: --

"Llevar alguna cosa de una parte a otra fraudulentamente para lucrarse de ella, de su uso o de su posesión, el cual está -- prohibido por derecho natural". En Las Partidas: "Furto es malfetría que fazen los omes que toman alguna cosa mueble ajena encubiertamente, sin placer de su señor, con intención de ganar el señorío, o la posesión o el uso de ella". "Delito contra la propiedad que se comete cuando hay apoderamiento -- ilegítimo, sin violencia, de una cosa mueble". "Tomar o retener bienes ajenos contra la voluntad de su dueño, sin intimidación en las personas ni fuerza en las cosas". Carrara lo define como "Contrectación dolosa de una cosa ajena, hecha -- contra la voluntad de su dueño y con la intención de lucrar con ella".

Algunos códigos extranjeros lo definen como la sustracción fraudulenta de la cosa ajena o como sustracción clandestina de bienes ajenos y la mayoría de ellos, como el apoderamiento de las cosas muebles ajenas sin el consentimiento del propietario. Nuestro Código Penal en su artículo 469 expresa: "los que con ánimo de lucrar para sí o para un tercero, y sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su -- dueño". "Los que con ánimo de lucrar para sí o para un tercero retengan las cosas ajenas encontradas, sabiendo quién es -- su dueño o dejando pasar cuarenta y ocho horas sin dar cuenta del hallazgo a la autoridad local, cuando ignoren quién es -- aquel".

El artículo transcrito comprende dos tipos básicos del hurto. El del primer inciso llamado por Carrara hurto propio y el del segundo, hurto impropio. Además, de la definición -- dada en el inciso primero se desprenden estos elementos: lo.)

Tomar una cosa, 2o.) Que la cosa sea mueble, 3o.) Que sea -- ajena, 4o.) Que se tome sin violencia o intimidación en las - personas ni fuerza en las cosas, 5o.) Que sea sin la voluntad de su dueño, 6o.) Voluntad criminosa y 7o.) Animo de lucro. Doctrinariamente los dos últimos numerales forman el elemento subjetivo del delito.

CAPITULO IV-

Elementos del Delito

1) Tomar una cosa: "Tomar" significa coger o asir algo con la mano. "Cosa" es una clase de bien; es todo objeto cor- poral que está sometido o puede someterse a un regimen jurídi- co; o también, toda sustancia material de algún valor suscep- tible de ser aprehendida.

La oración debe entenderse no como simple tocamiesto de la cosa, sino como aprehensión de la misma, como "apropiárse- la". "Traer a nuestro poder una cosa ajena" es sacarla de la custodia del dueño y ponerla en la nuestra. La significación transcrita tiene un carácter importante porque el hurto con- siste en una violación de la posesión ajena, violación que se efectúa cuando el culpable se apodera de la cosa que estaba - en posesión del otro, sin esperar que se prolongue dicha pose- sión o que el infractor se transforme en dueño, ya que lo an- terior no es posible dado que el ladrón nunca podrá adquirir el dominio de la cosa hurtada. Además, es importante en cuan- to al momento de la consumación del delito, el cual se tiene como tal, desde que el culpable toma la cosa quedándose con ella o dejándola a su disposición aunque como ya se dijo, sea por breves momentos o no se aproveche de élla.

Cuando la cosa no se toma sino que mediante engaño se

recibe de su dueño, hay estafa pero no hurto; por manera que una diferencia entre estos dos delitos es que en el primero la cosa es recibida de manos de su dueño y en el segundo, es el infractor quien la toma.

2) Que la cosa sea mueble: Desde el punto de vista puramente gramatical o material son bienes muebles los que pueden, sin alteración de su forma o sustancia, cambiar de lugar, ya sea este cambio resultado de un hecho del hombre o de la naturaleza como los muebles propiamente dichos, ya por la determinación de ellos mismos como los animales o semovientes.

De acuerdo con el Derecho Privado son bienes muebles, en primer lugar, los que tienen esa naturaleza física; en segundo lugar lo son por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal. Exceptúanse aquellos bienes que, aun cuando tienen naturaleza mobiliaria, son estimados legalmente como inmuebles, sea por respeto al destino que les ha dado su propietario o por simple disposición de la ley.

El concepto de cosa mueble como objeto material en los delitos contra el patrimonio tienen en la ciencia penal un alcance y sentido mucho más amplio que el señalado en la legislación civil. Para la primera, "cosa mueble" se entiende en su sentido natural o lato, caracterizado por su propio e intrínseco modo de ser, como cosa movable y transportable y que abarca no sólo las cosas muebles por su naturaleza, sino también las llamadas inmuebles por accesión o destino como las puertas y ventanas de los edificios, máquinas, utensilios, abonos y demás objetos destinados inmediatamente al cultivo de fincas, --

etc., y los productos de los inmuebles como hierbas del campo, maderas, frutos de los árboles, etc., llamados en doctrina --muebles por anticipación y que están comprendidos en el artículo 564 del Código Civil. Con relación a que la apropiación de estos últimos muebles constituyen delito de hurto, Viada, en su "Código Penal Reformado" nos trae, con la sentencia que a continuación transcribimos, la constante opinión del Tribunal Supremo de España: "Considerando que si bien los árboles, plantas y frutos pendientes tienen el carácter de inmuebles, es sólo mientras están unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble, como lo establece el número dos del mismo artículo 334 del Civil que invoca el recurrente, y, por lo tanto, los diez y siete fajos de leña, tasados en una peseta setenta céntimos, que éste cortó sin permiso del dueño, -- con ánimo de lucro, y que sustrajo con este objeto, a pesar de la prohibición del Guarda, sin que conste que con ello causara daño alguno, perdieron aquel carácter, una vez separada la leña de la tierra, para convertirse en cosa mueble, determinando la existencia de hurto, con todos los elementos que define el párrafo primero del artículo 530 del Código Penal mencionado, que ha sido aplicado debidamente, por lo cual el recurso es improcedente en los dos motivos que le han servido de fundamento, etc." (Sentencia del 15 de Octubre de 1898).

Aclaremos, que en el presente trabajo únicamente acudimos a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo de España, no sólo por la autoridad de sus fallos, sino porque no nos fue posible encontrar sentencias pronunciadas por nuestros Tribunales.

Y la cosa mueble debe ser tangible? Carrara sostenía que este principio no es requisito necesario, pero sí su ma-

terialidad perceptible. Se excluyen entonces las entidades ideales como los derechos de propiedad literaria, que no pueden ser objeto de hurto y que para el mencionado Autor constituyen usurpación.

Cuello Calón observa que solamente las cosas muebles y corporales pueden ser objeto del hurto, pues la sustracción de cosa inmueble y la de cosas incorpóreas no pueden integrar este delito, ya que no es posible asirlas o tomarlas para conseguir su apropiación.

Se dice que una cosa tiene corporalidad cuando posee extensión y por ello ocupa un lugar en el espacio.

El carácter de la corporeidad de la cosa ha revistido mayor importancia desde que en la vida del hombre se introdujo el uso de la energía, especialmente la eléctrica y se polemiza sobre si es susceptible de sustracción y por lo tanto objeto del delito que estudiamos.

Algunos tratadistas como Binding, Manzini, Garcón y -- otros, niegan a la energía la calidad de cosa y por ende la posibilidad de ser hurtada; en cambio otros no encuentran razón para negarle tal carácter, pues siendo perceptible por -- los sentidos, transportable, medible y apreciable económicamente dicen es susceptible de apropiación. El Tribunal Su-- premo de 1897, casando una sentencia de la Audiencia de Tarra-- gona y siguiendo este último criterio así resuelve: "Conside-- rando que el hacer soldar el procesado Isidro X un tubo de -- plomo en la tubería de entrada del gas, empalmándole con el -- que había en su casa para alimentar ocho luces que tenía en -- ella, sin el consentimiento de la Empresa del gas y sin rela-- ción ninguna con el convenio que con ésta tenía para el consu

mo legítimo de dicho fluido, con el propósito de que no marcara el contador lo que era debido, causando con ello un perjuicio que ha sido justipreciado en 52 pesetas, se ha hecho responsable del delito de hurto, por haber tomado la cosa ajena mueble sin la voluntad de su dueño, ejecutando no una estafa, sino un hurto consumado que no excede de cien pesetas y pasa de 10; considerando que de este criterio legal se ha separado en la sentencia reclamada a la Audiencia de Tarragona, y ha infringido por su indebida aplicación el artículo 554 de dicho Código, y el 531, en su número 4o., por dejarlos de aplicar, incurriendo en el error de derecho que se le atribuye, e infringiendo los artículos del Código Penal a que el recurso se refiere, etc." (Sentencia lo. de Abril de 1897).

Tanto difieren las opiniones al respecto que hasta -- los que consideran la energía como cosa discuten sobre la calificación jurídica de su sustracción, existiendo doctrinalmente al respecto estas opiniones: a) Que es un hurto o un robo cuando concurre la violencia, b) Que es estafa, porque para sustraerla se recurre a engaño o ardidés, c) Que es un daño para el empresario porque el infractor ocasiona perjuicios en la instalación o en las máquinas eléctricas, y d) -- Que es un hurto de uso porque la energía no es cuerpo como -- cualquiera otro, sino un estado como el calor. Esta última corriente adoptó la Comisión Elaboradora del Proyecto de Código Penal de 1957, quien en la Exposición de Motivos, en el título Hurto de Uso al tratar sobre la energía eléctrica así se expresa: "... El frecuente uso ilícito de la energía eléctrica, así como el auge científico en materia de otras ener-- gías indujo a la Comisión a considerar la necesidad de que -

el nuevo Código Penal abordara tema tan discutido y optó, entre todas las corrientes científicas, por situar el caso como hurto de uso, como una ficción jurídica asimilable a ese delito, porque en realidad en el hurto de energía no hay propiamente apoderamiento de cosa o sustracción de la misma, sino sólo utilización o aprovechamiento de las virtudes o productos de la cosa..."

Además de los caracteres que la cosa debe tener y que ya enunciamos, agreguemos este otro: la cosa hurtada debe tener valor. Valor en sentido amplio, amplísimo, como grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer necesidades o proporcionar bienestar o deleite. Así entendido este término, bien se comprende que abarca no sólo los bienes patrimoniales que tienen valor económico cualquiera que sea su valor, sino los que tienen valor de afección, por ejemplo una bagatela -- que recuerda a un ser querido, pues aún así se causa perjuicio a su propietario privándole del goce o satisfacción de ella.

3) Que sea ajena: La palabra "ajeno" viene del latín *alienus* que significa otro; perteneciente a otro. Así es que la cosa ajena es la que pertenece a otro. Con relación al hurto la cosa es ajena cuando se sustrae al que la tiene en propiedad, posesión o al que la tiene como mero-tenedor. Cosa ajena es aquella sobre la que en el momento de su sustracción el culpable no puede alegar derecho de tutelaridad. Se dice que una cosa es ajena si se encuentra en propiedad ajena en el sentido del Derecho Civil, pues no existe una especial propiedad jurídico-penal. Sin embargo en este delito lo ajeno debe entenderse según la jurisprudencia y la doctrina, con relación a la posesión o tenencia. Por manera que el de-

lito de hurto viola en definitiva, la posesión en las cosas muebles ajenas.

La locución "cosa ajena" empleada por la ley al tipificar el delito de hurto, sólo puede tener una interpretación racional: la de que la cosa objeto del delito no pertenezca al sujeto activo. Para que se dé por comprobado este elemento normativo e imprescindible del hurto, basta que se demuestre por cualquiera de los medios probatorios procesales que el objeto mueble materia de la infracción no pertenece al autor, aunque no se conozca al detalle el nombre y demás generales del ofendido. La siguiente sentencia del Tribunal Supremo Español confirma nuestro aserto: "¿Obstará a la existencia y estimación del delito de hurto la circunstancia de que se ignore quién sea el dueño de la cosa mueble sustraída, si consta que era de ajena pertenencia? "Considerando que cometen delito de hurto los que con ánimo de lucro toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, y constando de los hechos que el tribunal sentenciador declara probados que el recurrente y otro sustrajeron efectos y dinero de ajena pertenencia, es indudable que concurren todos los elementos que, según el Art. 530 número lo. del Código Penal, integran el expresado hurto, sin que sea preciso, como en el recurso se supone erróneamente, que conste de modo concreto quién sea el dueño de los objetos sustraídos, porque ni la ley lo exige ni afecta a la responsabilidad criminal, y sí sólo a los fines posteriores de la restitución o indemnización de perjuicios, de orden meramente civil" (Sentencia Octubre de 1905).

¿Se dará cuando un propietario viola la posesión respecto de una cosa propia dada en depósito, arrendamiento o pren-

da? Creemos y estamos de acuerdo con muchos autores que sobre la cosa propia no recae delito de hurto, aún cuando la cosa sea sustraída a su legítimo poseedor. Este caso podrá constituir defraudación.

Se sostiene también que se aplicó la palabra "ajena" en la definición del hurto para indicar que no pueden ser su jeto pasivo de este delito las cosas libres o de nadie como los animales bravíos (res nullius), o las que se llaman aban donadas, pues según la mayoría de jurisconsultos tales cosas abandonadas se transforman inmediatamente en res nullius y el que las recoge las adquiere por ocupación, que es medio legítimo para adquirirlas.

Sobre las cosas abandonadas por los marinos para aligerar la nave se sostienen encontradas opiniones: mientras unos creen que no hay hurto porque en el propietario existe voluntad de abandonar sus cosas y de renunciar al dominio, aunque sea una voluntad forzada por las circunstancias difíciles que se atraviesan; otros, que son la mayoría, sustentan la opinión de que es un verdadero hurto porque tales cosas no deben considerarse abandonadas, ya que en el que las arroja debe suponerse siempre la esperanza de recurerarlas y por lo tanto de no renunciar a su dominio.

Asimismo, se dice, se empleó la palabra "ajena" para que el delito no se tipifique en las cosas comunes; entiénde se por tales aquellas cuya naturaleza excluye toda apropiación individual porque su propiedad a nadie pertenece y su uso es común a todos los hombres, ejemplos: el aire, el agua corriente, el mar libre, etc.

No menos escabrosa es la discusión sobre si se comete

en lo que se posee en forma proindivisa. Unos argumentan -- que el delito se da con todos sus caracteres, pues el copropietario que se apodera de lo que pertenece también a los de más lógicamente se apropia de algo que no es suyo; en cambio, para otros, no siendo la cosa ajena, no se puede hablar de -- hurto.

Al examinar la jurisprudencia francesa casos concre-- tos de "sustracción fraudulenta" por copropietarios entre sí, tales como las cometidas por un heredero antes de la indivisión de bienes; por un copropietario que se adueña de los -- frutos de un inmueble indiviso; por el inventor de un tesoro que se apropia la parte que al dueño del terreno por ley corresponde, etc. ha sostenido en forma casi constante que sí se comete el delito de hurto. Garraud resume dicha opinión diciendo que "al apropiarse la cosa común, el copropietario comete robo respecto de la porción indivisa de esa cosa que no le pertenece". Tesis distinta sostiene el comentarista -- Groizard cuando manifiesta que "las cosas poseídas en común de que un socio violentamente se apodera, las que pertenecen a un caudal hereditario y de que un albacea o un coheredero con fuerza en las cosas se posesiona, no tienen el carácter de ajenas para dar vida al delito de robo". Hemos mencionado opiniones de dos insignes tratadistas de Derecho Penal pa-- ra que se vea lo discutido que es el problema planteado; ló-- gicamente se concluye --y en verdad así es-- que la jurisperu-- dencia de todos los países resuelve en forma muy variada.

4) Que se tome sin violencia o intimidación en las -- personas ni fuerzas en las cosas:

"Violencia" del latín: violentia. Calidad de violento. Es fuerza ilegítima que da carácter delictuoso a la ac--

tividad humana. La violencia puede ser física o moral. La primera consiste en emplear fuerza material en las personas buscando vencer su resistencia o emplear fuerza material en las cosas, violentándolas. Es la violencia física propiamente dicha. La segunda, la violencia moral, se ejerce al actuar sobre la voluntad por medio de amenazas de daños para la persona o su familia, o por otros procedimientos que hagan nacer en el ánimo del violentado el temor de graves riesgos o perjuicios. A esto se le llama también intimidación, por manera que violencia o intimidación son sinónimos en la expresión que comentamos. Entonces, tomar una cosa sin violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas significa sencillamente, tomar dicha cosa sin resistencia u oposición de su dueño, sin forzar su voluntad; pero claro, sin su anuencia. Esto último nos obliga a tratar el siguiente elemento

5) Que sea sin la voluntad de su dueño:

Voluntad (del latín: voluntas atis). Es la potencia del alma que mueve a hacer o no hacer alguna cosa. Es consentimiento, asentimiento, aquiescencia. Es libre albedrío o libre determinación. En este delito la cosa es separada de su dueño sin permitirle se determine sobre ella, sin que consienta en que pase a otras manos, sin que acepte se le despoje de la misma porque se realiza sin su voluntad. El hurto entonces se diferencia con el robo porque en el primero la cosa se toma sin la voluntad de su dueño; en cambio en el segundo el apoderamiento se lleva a cabo contra la voluntad del mismo; en otros términos: mientras en el robo el Ofendido, ya por actos o palabras manifiesta voluntad contraria a las pretensiones del Infractor oponiéndose a sus inti-

midaciones y violencias que constituyen dicho delito, en el hurto basta que no exista esa voluntad.

Para que se tipifique el delito no es necesario que el perjudicado sea el propietario de la cosa, pues el término "dueño" empleado en el Código comprende tanto al propietario como al poseedor o al merotenedor de la misma. La doctrina y la jurisprudencia de todas partes así lo reconocen; por esto es indiferente que el dañado o perjudicado posea -- por cualquier título, incluso a título ilegítimo.

Si la cosa se toma con la anuencia o voluntad del perjudicado, no existe delito, pues dicho consentimiento excluye tal infracción si es dado por persona capaz de disponer de sus bienes. Sólo debemos reparar en que dicho consentimiento, expreso o tácito, debe ser dado libre y espontáneamente y con anterioridad al apoderamiento de la cosa. El consentimiento elimina el delito, tanto que si se expresa a consecuencia de un engaño, desaparece el hurto y el hecho se castiga bajo otro título. El hurto se configura aun cuando el Culpable no conozca la persona del propietario o poseedor de la cosa hurtada.

6) Voluntad criminosa:

Ya dijimos que voluntad es la potencia impulsora del alma que mueve a hacer o no hacer alguna cosa. Implica que la acción delictuosa ha de ser ejecutada libremente, por -- propia determinación y con conocimiento consciente de lo -- que se ejecuta. La voluntariedad es elemento interno y subjetivo en las conductas criminosas. Nuestro Código Penal -- la supone en todos los actos delictuosos que sanciona cuando en su artículo primero dice: "Es delito o falta toda ac-

ción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario".

7) Animo de lucro:

Ya dijimos que la ley supone voluntad consciente dirigida a la ejecución del hecho tenido como delito y es lo que se llama dolo genérico. Por manera que el dolo genérico en esta infracción lo constituye la voluntad de tomar la cosa - sabiendo que es de otro y que se actúa sin el consentimiento del propietario, poseedor o merotenedor; de otro modo dicho: que se actúa en forma ilícita, pues si es manifiesta en el autor la creencia de que la cosa no tiene dueño, que es propia o que su comportamiento se acomoda al ejercicio legítimo de un derecho, no se configura el hurto por ausencia de dolo. Pero este delito requiere además otra clase de dolo, un dolo especial o específico como doctrinariamente se le conoce y - que consiste en el provecho, beneficio o utilidad perseguidos, carácter que lo cualifica, diferencia e individualiza - de las otras figuras penales: el ánimo de lucro. Se ve pues que en este delito el elemento intencional no únicamente se forma de la intención de coger la cosa, sino de la de lucrar con ella y marchando en un todo de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia constante, aceptamos que la locución "ánimo de lucro" comprende no sólo enriquecimiento, ganancia, beneficio o utilidad como anteriormente dijimos, sino todo goce, satisfacción o placer procurados o ventaja adquirida mediante apropiación de la cosa ajena. No creo de más exponer que la infracción se perfecciona aún cuando el lucro no se haya efectivamente obtenido, ya que es suficiente la existencia de éste como fin de la acción; lo mismo sucede si por --

restituirse la cosa el lucro ha desaparecido, pues cuando la tomó el Culpable intención tuvo de lucrar con élla. En cambio se excluye el dolo específico de lucrar cuando alguien - impelido por venganza toma la cosa para destruirla; aquí se configura otro delito: el de daños. También excluyen dicha intención cuando se hurta por broma o chanza, cuando se cree tener derecho en el objeto y cuando se trata de rescatar lo debido.

Sobre que el delito siempre se configura aunque el infractor devuelva la cosa, nos lo confirma el Tribunal Supremo en una sentencia de 1907, que se originó al sustraer el mozo de un tren un bulto que contenía telas y al día siguiente, temeroso que se le descubriera, entregó dichas telas. La sentencia dice así: "Considerando que el Tribunal Supremo tiene declarado reiteradamente que en el delito de hurto se presupone la intención del lucro en el culpable, a menos que de los hechos consignados en la sentencia se demuestre que era otro su propósito y constando en el caso actual que el recurrente, que iba en un tren del ferrocarril del Norte, tomó del mismo cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueño, es indudable que concurren en el hecho todos los elementos que integran el citado delito, sin que afecte a la esencia del mismo la devolución de los objetos sustraídos que el procesado hiciera al día siguiente de realizado, temeroso de ser descubierto, etc." (Sentencia Nov. 1907).

CAPITULO V-

Bien jurídico lesionado

Las leyes del Estado protegen a la persona no sólo en su individualidad moral y física, sino que también protegen

todo aquello que le sea de utilidad en sus satisfacciones o en su subsistencia. Estas cosas materiales o incorporales - que son protegidas por las leyes para bien del hombre se llaman bienes jurídicos. Pero estos bienes pueden ser atacados por los delincuentes con la intención de destruirlos o ponerlos en peligro; ante estas situaciones de dura realidad, surge la ley haciéndolos objetos de su protección al erigir en delitos las conductas negativas que los hacen peligrar. A esto se debe la existencia de todas las figuras delictivas - que amparan el patrimonio personal y el que nos ocupa, el -- hurto, que concretamente protege la posesión de hecho de las cosas muebles, siéndole indiferente que el despojado esté en posesión de ellas por su condición de propietario, poseedor o merotenedor.

Edmundo Mezger confirma lo anterior cuando en la Parte Especial de su Derecho Penal dice que "el bien jurídico - (objeto de protección, objeto de ataque) del hurto es la propiedad y la custodia, vale decir que el lesionado es el propietario y el titular de la custodia" y Maggiore, que "el objeto de la tutela jurídica está constituido por el interés público sobre la inviolabilidad de la propiedad, entendida - ésta en sentido penalístico, a manera de comprender en ella no sólo el propio y verdadero derecho de propiedad sino además todo derecho real y la misma posesión de hecho". Y por último Ricardo C. Núñez, ve en la sanción contra el hurto el medio eficaz de tutelar la posesión de las cosas muebles proveniente del ejercicio del derecho de propiedad, de una situación de hecho, o de un derecho personal relativo a la cosa.

CAPITULO VI-

Consumación del Delito

Consumar significa llevar a cabo totalmente una cosa. Un delito se consuma cuando el infractor desarrolla completamente todos los actos necesarios y suficientes para producir el mal material en que consiste la conducta prohibida que se castiga, o como dice Cuello Calón: "cuando voluntariamente se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y se ha lesionado efectivamente el bien jurídico objeto de la protección penal". La consumación requiere, pues, la concurrencia de los elementos internos y externos que caracterizan al delito y que lógicamente deben estar consignados en la ordenación penal. El gran penalista Francisco Carrara dividió el delito consumado en simplemente perfecto y en perfecto agotado, caracterizando al último porque el Delincuente satisfacía su intención malvada al producir todos los efectos dañosos que se había propuesto.

Corrientemente las legislaciones penales no definen lo que debe entenderse por delito consumado y nuestro Código es un ejemplo. A este respecto Viada nos dice: "Si el Código no lo define, es porque constituye la acción o la omisión penada por la ley, la acción o la omisión plena y totalmente realizada, no es preciso definirla, pues en este cuerpo legal el delito tipo es el consumado". Mucha razón le asiste a tan comentado autor, pues cuando los Códigos se refieren a los diferentes delitos, aluden a figuras penales "tipos" o "básicas" completas de las cuales parten para configurar las otras modalidades de las mismas en cuanto a su menor desarrollo, así por ejemplo nos hablan del delito X en su fase preparatoria, del delito Y en fase de tentativa, etc. Además,

es indiferente que el culpable haya conseguido o no el fin -
propuesto.

Si existe doctrinaria y jurisprudencialmente criterio unánime sobre la consumación de los delitos en general, no sucede lo mismo cuando se trata del hurto en particular. -
Veamos las diferentes opiniones que al respecto se conocen:

a) Los romanos empleaban la palabra "contrectare" para designar el momento consumativo del hurto y significaban con ella el hecho de trasladar o mover una cosa de un lugar a otro; por manera que para ellos tal delito se consumaba -- cuando, a la vez que se daban los otros requisitos por la -- ley exigidos, la cosa era trasladada del lugar de donde su dueño la tenía;

b) El hurto se consuma cuando se ha sacado la cosa -- del recinto donde se guarda (téngase presente que recinto es espacio comprendido dentro de ciertos límites);

c) Cuando se ha sacado de la casa, pues no se puede - hablar -dicen- de consumación del hurto mientras el objeto - permanece en posesión del dueño y lo está cuando todavía se encuentra en su domicilio o en alguna de las dependencias de éste. Fácilmente se comprende por qué Carrara sostuvo que - la presente tesis encerraba un sofisma al confundir la posesión de la casa con la posesión de la cosa;

d) Se consuma hasta que el infractor lleva el objeto al lugar que le ha destinado;

e) Puttmann distingue entre hurto simplemente intentado y hurto consumado, entendiendo por consumado, aquel en el cual el infractor ha logrado poner en seguro la cosa huru

tada y por simplemente intentado, al que no alcanzó tal desarrollo;

f) Para la doctrina francesa es necesario que el objeto haya sido sustraído de la casa o habitación donde se encontraba; entendiéndose por sustracción al quebrantamiento de la custodia ajena y constitución de una nueva por parte del Infractor;

g) Los italianos sostienen la del apoderamiento, por ésta el hurto se consuma hasta que el culpable quita la cosa del patrimonio ajeno y la transfiere al suyo, o sea, hasta que dicha cosa sale del radio patrimonial del Ofendido;

h) Considera actualmente la doctrina y la jurisprudencia que el hurto se consuma cuando, tomada la cosa con ánimo de lucro, queda de hecho por un tiempo más o menos duradero en poder y a disposición del culpable; es decir, cuando la cosa sale de la esfera de poder del dueño o poseedor para entrar en la esfera de acción del ladrón. Es indiferente que el Infractor aproveche la cosa objeto de su ilícito, la mantenga en su poder por un tiempo más o menos largo, la devuelva en un gesto de arrepentimiento o se recupere por el Ofendido. En este último sentido es como nosotros creemos debe entenderse la consumación del delito.

Resumiendo, son cuatro las teorías que se han elaborado para determinar el momento consumativo del hurto: 1) Teoría de la Contrectatio o del tocamiento (cuando la toca o -- hay aprehensión del objeto), 2) Teoría de la Amotio (cuando la cosa se remueve del lugar), 3) Teoría de la Ablatio (completa la anterior) y 4) Teoría de la Illatio (cuando se ha trasladado la cosa al lugar designado y seguro).

CAPITULO VII-

C a r a c t e r e s

a) Es delito de lesión, pues al consumarse causa perjuicio en el patrimonio del Ofendido y como consecuencia lesiona un bien jurídico protegido por la ley.

b) Es delito de acción, porque para cometerlo se requiere necesariamente un acto material y positivo, la ejecución de un movimiento corporal encaminado a causar un efecto en el mundo externo: separar la cosa de su poseedor. La conducta típica del delito se expresa con el verbo "tomar" o apoderarse, que determina necesariamente un actuar voluntario, un movimiento corporal identificado con el traer la cosa al poder del agente, es decir, es un delito de acción.

c) Es delito instantáneo, porque la violación jurídica realizada en el momento de la consumación termina en la consumación misma del ilícito, por manera que si surgen más violaciones al patrimonio del mismo Ofendido lo serán en otros objetos jurídicos configurando así nuevos delitos.

d) Es un delito material. Una de las clasificaciones que de los delitos se conocen es la de formales y materiales. Se entiende por formal el delito que se consuma únicamente mediante el agotamiento de la acción subjetiva aunque no se obtenga el resultado material perseguido; con la simple acción ejecutada hacia el fin propuesto se agota la violación del derecho sin que influya en absoluto la concreción del resultado esperado, ejemplo: el falso testimonio. En cambio, los llamados delitos materiales sí exigen se produzca el resultado antijurídico que el Culpable se propuso obtener; requieren para su consumación, que a la acción eje-

cutada por el Infractor siga un resultado material que viole efectivamente el derecho ajeno atacado: en el delito que estudiamos, a la acción de tomar ilegalmente la cosa ajena sigue el quebrantamiento de la posesión, tenencia o custodia - que sobre la misma se ejercían, resultado perseguido por el culpable y prohibido por el ordenamiento legal.

Los siguientes párrafos que de Carrara transcribimos nos ayudarán a clarificar el punto que hoy estudiamos: "El hurto se ha considerado como delito formal, porque se consuma aunque se haya frustrado el lucro del ladrón, por ejemplo, si se le pierde el objeto robado o el propietario lo recupera. Pero con este argumento se confunde el fin buscado por el Culpable (objeto ideológico) con el resultado consumativo del delito. El objeto jurídico no siempre se identifica con el ideológico, es decir, con el fin buscado por el reo, y -- por esto no son formales todos los delitos en que esa identificación no ocurre. El que mata a un pariente para lucrarse con su herencia, puede verse engañado en la consecución de su fin, porque el Occiso había testado en favor de un extraño; mas no por esto puede afirmarse que cometió un delito -- formal, por haberlo consumado, aunque no lograra el fin propuesto".

"El criterio de delito formal consiste en que con la simple acción se agota la violación del derecho, sin que sea preciso que vaya seguida de un resultado material, y así es delito formal la injuria. Pero si el hurto se consuma con la contracción, y no ya (nótese bien) con el hecho de poner la mano sobre una cosa ajena, está claro que se requiere también un resultado subsiguiente a la acción, es decir, el resultado de que la cosa ajena sea trasladada de un sitio a

otro; y éste es el resultado consumativo, ya que en él (y no en el solo hecho de tocar las cosas ajenas) consiste la violación del derecho de posesión que representa el objeto inmediato del hurto".

"Supongamos que un ladrón ha puesto con toda su fuerza la mano sobre una cosa ajena, para llevársela, pero estaba fija al muro, o era demasiado pesada, y así no logró moverla ni un ápice de su sitio. La acción del ladrón quedó agotada, y si el hurto fuera delito formal, esta hipótesis -- nos daría la figura de un delito consumado; pero, en cambio, todos ven en él un hurto intentado, porque el traslado de la cosa de un sitio a otro, es decir, la contrectación, no llegó a realizarse. Por lo tanto, en el hurto se requiere también un resultado consecutivo a la acción, y es precisamente el traslado del objeto ajeno".

"En este efecto material consiste la violación del derecho de posesión, que representa la consumación del hurto; éste es el resultado que debe seguir a la acción, para que ésta, por más que esté agotada, deje de ser tentativa para convertirse en hurto consumado. Por estas consideraciones, y a pesar de la enseñanza común, me permito poner en duda -- que el hurto pueda llamarse delito formal; para esto sería preciso que se le pudiera definir como simple acto de tocar las cosas ajenas, así como la injuria se define el acto de proferir palabras ofensivas".

e) Es un delito simple: Tiene este carácter porque -- viola sólo un interés jurídico protegido: la posesión o la mera tenencia de una cosa mueble. Distinto es el robo que -- lesiona no sólo la propiedad sino la integridad física de la persona.

f) Es delito común: porque contrario a los delitos políticos, lesiona únicamente bienes jurídicos individuales, derechos particulares. El delito común es infracción cometida por alguien contra otro en consideración únicamente a su persona, sin tomar en cuenta circunstancias especiales de que esté investido o sin perseguir ulteriores transformaciones sociales. Este carácter es desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca.

g) Es delito perseguible de oficio: porque le basta al Juez tener noticia de que se ha cometido un delito de esta clase para que obligatoriamente proceda a la investigación y castigo del Culpable; las actuaciones judiciales son pues, "oficiosas", es decir, que se disponen y cumplen sin requerimiento de parte por considerar la ley de mucha gravedad las infracciones contra el patrimonio. La mayoría de delitos previstos y penados por el Código Penal dan lugar a proceder de esta manera.

CAPITULO VIII-

Diferencias con otros Delitos

Aunque el hurto tiene rasgos comunes con el robo, la estafa y la apropiación indebida, delitos comprendidos en el mismo Título y que también atentan contra la propiedad, no es menos cierto que se diferencia claramente de los mismos en los siguientes caracteres:

En el hurto la cosa debe tomarse sin la voluntad de su dueño; en el robo el apoderamiento de la misma es contra la voluntad y en la apropiación indebida, el infractor no se apodera contra la voluntad ni la toma sin la voluntad, sino que la recibe por entrega espontánea que de élla le ha

ce su dueño. En síntesis, como sostiene más de alguna sentencia; hurta el que toma la cosa; roba el que se apodera de élla y estafa el que la recibe.

En la legislación española la distinción entre hurto y robo proviene de Las Partidas, en las que el robo consistía en el apoderamiento por la fuerza y el hurto en la sustracción astuta.

En el hurto el Agente actúa en forma pacífica, lo mismo en la apropiación; en cambio en el robo el culpable emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas.

En la apropiación indebida la cosa es entregada al Autor mediante depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que produzca obligación de devolverla; en el hurto hay sustracción de la cosa que en custodia se tiene, siendo indiferente se sustraiga clandestina o manifiestamente, con astucia o sin élla; en cambio en la estafa, la cosa es recibida de manos de su dueño por espontánea entrega que de ella hace, a consecuencia directa del engaño fraudulento empleado por el Culpable.

CAPITULO IX-

Clasificaciones del Hurto

Desde muy antiguo se han establecido diversas clasificaciones en este delito. Mommsem, en su Derecho Penal Romano dice que los juristas romanos con el término furtum comprendían a todos los delitos que consistían en apropiarse de las cosas ajenas el que a su vez subdividían en las siguientes clases: 1) Hurto en general y, sobre todo, de bie

nes privados; 2) Hurto entre cónyuge; 3) Hurto en bienes -- pertenecientes a los dioses (hurto sacrílego) o al Estado -- (peculatus); 4) Hurto de cosechas; 5) Hurto cualificado de la época imperial (para los cometidos con armas, para los ocultadores de ladrones, para los abigeos o ladrones de ganado, para los fracturadores, para la circunstancia de nocturnidad, etc.); 6) Hurto de herencias. El hurto violento, sin quedar excluido del concepto general de furtum, se consideraba como un delito de coacción.

Dentro de la noción amplísima del hurto romano se incluían, sin tipificarlas especialmente, las modernas nociones diferenciadas de robo, abuso de confianza, fraudes y -- ciertas falsedades, por estimarse su elemento común el ataque lucrativo contra la propiedad.

Los romanos, siguiendo a los hebreos y a los griegos, lo clasificaron también en Hurto Manifiesto y en Hurto no Manifiesto. El Manifiesto era aquel en que el infractor -- era castigado más rigurosamente debido a que se le sorprendía con la cosa hurtada en su poder; en estos casos la conciencia judicial descansaba sobre base segura, aceptando -- con certidumbre y sin ninguna duda la comisión del delito. El ladrón sorprendido con lo robado entre las manos era evidentemente culpable y con ánimo tranquilo podía inflingírsele la pena correspondiente. El No Manifiesto era cuando no se sorprendía al ofensor con la cosa hurtada. Esta última especie de hurto nunca fue definida claramente por los jurisconsultos; pero sí, no teniendo los tribunales convic---ción firme del hecho ; contando sólo con pruebas de induc---ción para poder imputar el delito al presunte delincuente, se le castigaba con penas benignas.

Estos razonamientos para explicar y justificar el -- por qué los romanos castigaban con mayores penas el hurto -- manifiesto no es aceptado por Hommel, quien intenta expli-- carlo diciendo que es una importación espartana, pues éstos no castigaban el hurto y únicamente condenaban a ser flage-- lado al ladrón que se hubiera dejado sorprender, pero no -- por haber robado, sino por la torpeza de dejarse sorprender. Al aceptar esta solución, dice Carrara, se llegaría a afir-- mar que el sistema de conmensurar las penas por el grado de prueba (sistema tan universal en los tiempos medievales y -- tan desacreditado y censurado en los modernos) es un siste-- ma clásico que se remonta hasta la primitiva Roma.

Frente a la clasificación que del hurto en ese enton-- ces hacían los romanos (nos referimos a la de manifiesto y no manifiesto), apareció otra más práctica y relacionada -- con los sentimientos generales de las personas y que se ba-- saba en el mayor o menor valor de las cosas hurtadas: la de hurtos pequeños y hurtos grandes. Esta clasificación apare-- ce al influjo de las costumbres de los pueblos bárbaros del Norte y trajo como obligada consecuencia un distinto trato a los culpables según cometieran un delito de la primera o segunda clase. Sólo los grandes hurtos dieron lugar a las penas mayores, incluso la de muerte; los pequeños, en cam-- bio, tenían penas menores y pecuniarias que se convertían -- en personales perdiéndose la libertad en beneficio del Ofen-- dido cuando las últimas no podían ser cumplidas por los cul-- pables.

Otra de las clasificaciones aceptadas por la doctri-- na y por la práctica es la que lo divide en hurto simple y hurto calificado. Llámense Simples a los que únicamente le

sionan el derecho de propiedad y que no les acompaña ninguna cualidad agravante, como el hurto corriente; y Calificados, los que a la vez lesionan varios derechos y que por -- ello son más odiosos, ejemplo: el hurto acompañado de vio-- lencia (robo) que además de perjudicar el patrimonio lesio-- na la integridad física del individuo.

Con relación a la pena y acogida solamente por las -- legislaciones dada la inestabilidad de los criterios de po-- lítica criminal con que se enfoca el delito, tenemos: la de hurto Agravado y hurto no agravado. Agravado es el que se castiga con mayor dureza en atención a ciertas circunstan-- cias reconocidas como de mayor peligrosidad y ofensa, y No Agravado, los que por no presentar ninguna particularidad -- que implique especial cuidado, se someten a las penas que -- corrientemente indica la ley. Se explica entonces el mayor castigo para los llamados calificados y agravados y que en pretéritas épocas se reservara su conocimiento a tribunales especiales.

En los ordenamientos penales estas circunstancias es-- peciales que acompañan a los delitos, que no son más que ma-- nifestaciones de una mayor peligrosidad del delincuente y -- que representan un aumento de la culpabilidad a causa de la mayor criminalidad del hecho, desempeñan un variado papel -- en cuanto a la constitución de figuras penales y a la cuali-- dad y calidad de las mismas. Cuando estas cualidades, o a-- gravantes como propiamente se llaman, se aplican a todo ilí-- cito en general y en los Códigos se les coloca en la parte que trata de todos los delitos, toman el nombre de agravan-- tes genéricas (en el nuestro están ubicadas taxativamente -- en las "Disposiciones Generales sobre los Delitos y Faltas,

las Personas Responsables y las Penas" del Libro Primero); otras veces, cuando estas circunstancias agravantes genéricas al concurrir en un delito, cambian la naturaleza propia de éste convirtiéndolo en un hecho distinto y de mayor gravedad, como por ejemplo, la premeditación o la alevosía que al concurrir en el homicidio lo transforman en asesinato, o la violencia, que transforma el hurto en robo, toman el nombre de agravantes cualificativas; y otras veces, cuando algunas de tales circunstancias acompañan a ciertos y determinados delitos haciéndolos aparecer de mayor gravedad pero sin cambiarles su naturaleza, como por ejemplo la domesticidad y el abuso de confianza que hacen que el hurto se castigue con una tercera parte más de las penas comunmente señaladas, toman el nombre de agravantes específicas. En nuestro ordenamiento Penal las dos últimas clases de circunstancias están diseminadas a lo largo del Libro Segundo que trata "De los Delitos y sus Penas".

Estudiadas someramente las circunstancias agravantes en los delitos, estudio necesario para abordar el análisis del artículo 471 de nuestro Código Penal que trata de los Hurtos Agravados, detengámonos por un momento para aclarar que entre los diversos casos que dicho artículo menciona, comprende algunas circunstancias agravantes que a la vez -- que son genéricas conforme el artículo 10, aquí en el 471 -- son específicas, tales son: ejecutar el delito en lugar destinado al culto, abusar de confianza y ser reincidente, contempladas en los incisos 17o. 9o. y 16o. del artículo 10 -- respectivamente.

No hay género de acciones punibles que más variedad de criterios ofrezca que los hurtos para apreciar la canti-

dad natural y la cantidad política de sus especies. El valor de la cosa, su naturaleza, el lugar en que la sustracción se verifica, el modo y el tiempo, las condiciones personales del ladrón y las de relación con el que sufre el daño, dan vida a una serie de agravaciones extraordinarias -- que constituyen figuras especiales de delincuencia llamados hurtos cualificados.

El artículo 471 dice así: "El hurto será castigado - con una tercera parte más de las penas respectivamente señaladas en el artículo anterior:

- 1o.- Si fuere de objetos destinados a un culto que - tenga prosélitos en El Salvador;
- 2o.- Si se cometiere en lugar destinado al culto o - en acto religioso;
- 3o.- Si fuere doméstico o interviniere grave abuso - de confianza;
- 4o.- Si el reo fuere dos o más veces reincidente;
- 5o.- Si el hurto fuere de ganados".

Estas circunstancias que motivan las agravaciones del artículo suelen clasificarse en tres grupos: A) Agravación por la cualidad de la cosa, B) Agravación por el lugar donde se efectúa el delito y C) Agravación por las cualidades personales del delincuente. Estudiemos por separado cada uno de estos numerales.

A) AGRAVACION POR LA CUALIDAD DE LA COSA:

Este apartado comprende: Objetos destinados a un culto que tenga prosélitos en El Salvador (hurto sacrílego: artículo 471 inciso 1o.) y hurto de ganado (Abigeato: artículo

471 inciso 5o.).

El hurto Sacrílego:

Sacrilegio significa lesión o profanación de cosa, - persona o lugar sagrado. Hurto sacrílego es entonces el que profana lo sagrado, ya sea en cosas (objeto actual de nuestro estudio), personas o lugares. Lesiona, además del derecho de propiedad, el sentimiento religioso de los fieles y protege, más que el patrimonio de la iglesia o sus medios pecuniarios con que sostiene el culto, la religión misma.

Como la clase de hurto del primer numeral ha comprendido los hurtos de objetos consagrados sustraídos de lugar sagrado, de objetos consagrados sustraídos de lugar no sagrado y los de objeto no consagrados sustraídos de lugar sagrado, se distinguió entre hurto **Sacrílego Propio** y hurto **Sacrílego Impropio**.

El exagerado fanatismo religioso de los antiguos llevó a los hombres a castigar con excesiva dureza esta clase de ilícitos. Carrara nos cuenta que el Tribunal Superior de la Antigua Atenas, consagrado a Marte e instalado en la colina de su mismo nombre (Areópago), no vaciló en condenar a la pena capital a un niño de escasos siete años de edad por haberse robado una rama de oro de la corona de la diosa Diana.

Una constitución de Carlos Manuel III dice: "Si la iniquidad llegase a poner mano sacrílega en el tabernáculo y a robar cosas sagradas, queremos añadir a la pena de muerte la de precedente cortadura de la mano; y a esta pena estarán sujetos también los que sean menores de veinte años y

mayores de dieciocho".

Un estatuto de Córcega dice: "Por hurto de cosas sagradas, horca; del tabernáculo, pérdida de la mano, arrastrado por la cola de un caballo y colgamiento en la horca".

Una ley Veneta de 1547 dice: "Todo delito cometido en las iglesias o lugares sagrados no puede ser penado con menos que con remo con cadena en galera, por el tiempo que parezca prudente a los Jueces, y además al pago de los gastos por la reconciliación de la iglesia".

En Atenas, el robo cometido en el santuario era castigado con la pena de muerte. El cadáver del culpable se enterraba en tierra extranjera y sus bienes eran confiscados en provecho del tesoro público.

Pero estas inícuas exageraciones, justificables al fin por las obligadas épocas que la humanidad ha tenido que atravesar en su larga y tortuosa existencia, ha mucho tiempo que desaparecieron del tinglado de las legislaciones.

Dominante es en la historia la opinión que hace consistir la esencia de este delito por la cualidad que imprime a la cosa el acto de la consagración. De lo cual es consecuencia que los objetos sagrados den lugar al hurto sacrílego, aun cuando sean sustraídos fuera del templo o de cualquiera otro lugar religioso.

Por las disputas que sobre este punto tuvieron los antiguos escritores se llegó a una fórmula conciliatoria mediante la distinción de Hurto Sacrílego Propio, que es el hurto de la cosa sagrada cuando en lugar sagrado se realiza, y Hurto Sacrílego Impropio, que es el de esta misma clase -

de cosa realizado fuera de recinto sagrado.

Los escritores de Derecho Penal para la mejor apreciación de las cuestiones que hoy estudiamos han distinguido las cosas sagradas, las cosas bendecidas y las cosas destinadas al culto.

Las primeras son consideradas, más que dentro del patrimonio de los hombres, como pertenecientes directamente a Dios y sustraerlas o robarlas, más que un atentado contra la propiedad, es cometer un atentado que ofende a la majestad divina. A las segundas y sobre todo a las terceras, no puede otorgarse tan alto destino: se consideran que se hallan bajo el dominio de los hombres.

Esto explica por qué es un hecho constante en la Historia del Derecho el castigo con pena extraordinaria de la sustracción de las cosas consagradas y no lo sea el de las bendecidas y destinadas al culto, las cuales para algunos pueblos y en ciertas épocas no las han considerado como agravantes.

No obstante los rasgos diferenciales formulados, estas clases de hurtos se comprenden en el numeral que estudiamos, nada más que con esta advertencia: si se trata de una cosa no sagrada pero destinada al culto, la doctrina requiere para su agravación que la sustracción se verifique en lugar sagrado o dedicado al culto. Equitativa interpretación, pues ignorando el culpable que la cosa es sagrada resulta demasiado injusto aumentar el rigor por su conducta, que aunque falta de piedad, no persigue profanarla. La palabra autorizada de Francisco Carrara comentando este caso así se expresa: "A decir verdad, cuando se admite que el --

que roba una cosa sagrada de un lugar no sagrado no debe -- considerarse responsable de hurto sacrílego por presumirse que ignoraba la condición de estar consagrado ese objeto, -- no parece haber motivo suficiente para que se agrave la pena. La consagración de la cosa robada, una vez puesta fuera del designio del ladrón, se convierte en un accidente, y no representa sino un aumento de daño; para ese ladrón, el cáliz existente en una casa particular no representaba más que una forma dada al metal con que pensaba enriquecerse; y sería exorbitante imputarle como causa de agravación la sopecha o la duda que en él pudiera haber excitado esa forma".

También Groizard, comentando este mismo apartado del Código Español de 1870 nos dice: "Nuestro Código ha ido todavía más allá. No se ha limitado a hacer un delito cualificado de la sustracción de las cosas sagradas, sino que ha ampliado el círculo de la responsabilidad especial al hurto de las cosas destinadas al culto, lo mismo cuando se consuma en lugar religioso que fuera de él. Esta doctrina no -- concuerda con las enseñanzas científicas. Cosas destinadas al culto son las vinajeras, los ciriales, los candelabros, las lámparas, etc. La sustracción de esta clase de objetos u otros análogos, cuando están fuera de los templos, como -- por ejemplo, cuando se encuentran para ser recompuestos en un taller particular, no reúnen ninguna de las condiciones requeridas para justificar, en principio, el aumento de penalidad. ¿En qué se ofende con estos actos el sentimiento religioso? ¿Qué agravio se hace a la piedad de los fieles? ¿Cuál es el derecho herido, además de propiedad, que demande una reparación añadida a la natural represión que el a--tentado contra lo ajeno exige? El culpable obra sólo en ta

les circunstancias movido del interés de lucro; tiene en cuenta únicamente el valor de la plata o del bronce o del objeto de que por codicia se apodera; no sabe si antes ha estado destinado al culto, o si lo estará después, y, si lo sabe, no se preocupa de ello ante la evidencia de que en el momento actual del delito a tan alto fin no está destinado, siendo, por tanto, ocasionado a error suponer que, al consumir el hecho, se propuso ultrajar la religión, ni faltar al respeto a sus ritos y ceremonias".

Hurto de Ganados:

Algunas de las primeras actividades con que el hombre inició su ocupación colectiva para procurarse medios básicos de subsistencia fueron la agricultura y la ganadería, de aquí que las protegió y se mostró tan celoso con ellas - que erigió en delitos conductas que las perjudicaban; además, en ciertos lugares, a los animales útiles que servían como fuentes de producción o instrumentos de trabajo se les consideró como seres sagrados y se les rindió culto religioso.

Es singular el motivo que sirvió de base en algunos pueblos bárbaros para agravar este delito: se dice que los negros de la isla Guinea castigaban con la máxima pena tanto el hurto de una bestia como el de un niño porque ambos no podían pedir se los auxiliara. Por otra parte algunos -- pueblos no sólo mantuvieron la pena de muerte para estos -- mismos delitos, sino que extendieron la agravante al hurto de arados y demás herramientas utilizadas en el cultivo de la tierra. Por los mismos motivos los romanos, según las cualidades de las personas, condenaban a trabajos forzados en las minas, a las bestias, a trabajos públicos o a la es-

pada, condena esta última que consistía en ser inscrito entre los gladiadores.

Este espíritu de las leyes romanas se refleja con todo su rigor en la legislación Alfonsina, que castigaba con la pena de muerte a los habituales ladrones de ganados; y a los que sin dedicarse al abigeato hubieren hurtado alguna bestia, a trabajar temporalmente en las labores del rey. Los que hurtaban una grey, aunque no fueran reos habituales de este delito, también debían morir. Formaban grey diez o más ovejas, o cinco puercos, o cuatro yeguas u otras tantas bestias o ganados. Los encubridores eran desterrados por diez años de todo el señorío del rey.

Estas costumbres, atemperadas con el transcurso de los siglos y modificadas por la influencia de la civilización y la idiosincrasia de los pueblos, se vinieron transmitiendo de generación en generación y dejaron en su recorrido las repugnantes exageraciones y el fetichismo que las inspiró. Por esto muchas legislaciones, además de castigar con penas severísimas el hurto de tales animales, nominaron a este delito "abigeato" para diferenciarlo de sus similares menos reprochables. Este es el origen de su nombre y proviene de las voces ab y agere, que significa echar por delante, arrear, palabra que describe la forma material de cómo se consuma: arriando los animales, echándolos por delante.

Pero como no todos los animales rendían la misma utilidad se reservó la nueva denominación para los hurtos de los que presentaban mayor interés en la agricultura, en las labores de pastoreo y demás actividades de la vida diaria o

porque procuraban alimentos o vestidos, etc. Fácilmente se explica el interés jurídico protegido.

Con el correr de los años se modificó la noción de este delito al variar el punto de vista de la agravación, pues la idea de protección absoluta únicamente al animal en consideración a su imprescindible utilidad fue sustituida por la que debía tenerse a su respectivo dueño, que no pudiendo siempre ejercer control y cuidado sobre el animal, (porque algunas veces por su naturaleza misma le deja vagar libremente o le tiene en lugares apartados y remotos), exige que la defensa pública se muestre más enérgica cuando la privada no puede ser eficaz. Sin embargo, tal desplazamiento en el fundamento de la agravación no ha sido unánimemente aceptada, predominando las legislaciones que la mantienen en atención al objeto material del delito, es decir, en consideración únicamente al animal hurtado.

Nuestro Código al referirse al abigeato únicamente dice: artículo 471: "El hurto será castigado con una tercera parte más de las penas respectivamente señaladas en el artículo anterior, inciso 5o.: "Si el hurto fuere de ganados". Como se ve, no hace mención ni a lugar ni a ninguna otra circunstancia que rodee la verificación del delito, lógicamente se deduce que su fundamento sólo toma en consideración la cosa hurtada (animal) y que al decir simple y llanamente "ganados" debe entenderse el término tal como la doctrina comunmente lo toma: como bestias mansas que se apacientan y andan juntas, ejemplos: vacas, bueyes, burros, cabros, corderos, etc.

B) AGRAVACION POR EL LUGAR DONDE SE EFECTUA EL DELITO:

El lugar es otro de los criterios que se toman en -- consideración para determinar la mayor o menor gravedad de los delitos y el Derecho Penal siempre le ha concedido gran importancia cuando el sitio influye en la intensidad o en -- la maldad de la acción ejecutada por el culpable. En atención a él, en la antigua Roma por ejemplo, se consideró como hurto especial el realizado en los templos o en los bienes de los Dioses (sacrilegium), además, se dictaron providencias especiales contra los que aprovechando la facilidad que se presentaba en los baños públicos y privados tomaban los objetos de los que a ellos concurrían; los Prácticos -- llamaron hurto áulico al cometido en la casa del príncipe y por esta misma circunstancia se castigaba con mayor rigor, y la Ley Sállica, para no citar más, castigaba con mayor severidad el hurto cometido en los molinos.

Nuestro Código por su parte, unas veces toma esta -- circunstancia general para todos los delitos como agravante como cuando se ejecuta el delito en despoblado, en lugar -- destinado al ejercicio de un culto, en lugar donde la autoridad pública ejerce sus funciones, en la morada del Ofendido, etc. y otras veces, como cualificante especial. En lo que concretamente respecta al delito que tratamos lo castiga con una tercera parte más de la pena si "se cometiere en lugar destinado al culto o en acto religioso" según el inciso segundo del artículo 471.

El numeral transcrito comprende dos casos: a) en lugar destinado al culto y b) en acto religioso. El fundamento de ambos literales es la ofensa a la religión y más con-

cretamente al sentimiento religioso de los demás por falta de respeto y veneración al lugar o al acto. En ambos casos es indiferente que la cosa hurtada sea o no profana, lo mismo que cuando se trata del lugar, se celebre o no acto religioso en el momento de la infracción; o cuando se trate de irrespeto al acto, que el hecho se verifique dentro o fuera del lugar especialmente dedicado al culto.

C) AGRAVACION POR LAS CUALIDADES PERSONALES DEL DELINCUENTE:

Varias son las cualidades personales que en consideración se toman para aumentar la cantidad de la pena en este delito. Unas veces las anima la indefensión en que los Ofendidos se encuentran para la protección efectiva de su propiedad, por lo que es menester proteger legalmente con mayor eficacia aquellos bienes que están expuestos a un más fácil atentado, y otras, el justo temor que en la colectividad despierta conocer la habitualidad y peligrosidad de algunos delincuentes en estos ilícitos que se valen de su conducta reprochable y prohibida para vivir en holgazanería a costa del trabajo de los demás. Dichas cualidades se consignan en los incisos tercero y cuarto del ya mencionado artículo 471: "Si fuere doméstico o interviniere grave abuso de confianza" y "Si el reo fuere dos o más veces reincidente". Detengámonos por un momento en el estudio de las distintas figuras penales que estos numerales comprenden.

Hurto doméstico: El término "doméstico" proviene del latín domesticus, domus: casa. El hurto doméstico puede definirse como la apropiación de cosa o cosas que con ocasión de su trabajo, el criado o sirviente del hogar realiza en --

bienes que el patrón posee, custodia o vigila. Se quebranta así un principio moral al traicionar la confianza depositada.

Las condiciones en que se desarrolla el trabajo de los sirvientes domésticos -relaciones casi familiares- permite fácilmente a éstos abusar de la confianza que se les deposita poniendo así a sus patronos en indefensión manifiesta para defender sus bienes o los puestos a su cuidado. A esto se debe que las Escuelas Penales modernas no vacilan en esta agravante. En cambio, en pasados tiempos se pensó en forma distinta: o estas acciones no daban lugar a delito, o si lo eran, debían castigarse con benignidad. Sin embargo, cuando llegó a reconocerse que tales consideraciones ponían en evidente peligro el patrimonio familiar, se sometieron a las penas ordinarias y elevándose a un rigor excesivo en las sociedades de costumbres aristocráticas, se les castigó con la pena capital para mantener así la prepotencia de las clases privilegiadas por la religión y por el Estado.

Sobre la nominación y alcances de este delito no ha existido completa uniformidad, Carrara lo llamó "famulado" (que proviene de fámulus, siervo o criado) porque a su juicio la expresión "hurto doméstico" resulta vaga e incierta. En cuanto a su alcance, para algunos la agravante no solo comprendía las sustracciones de extraños a la familia que eran sirvientes asalariados, sino que aún abarcaban las hogareñas practicadas por parientes del Ofendido; otros, no aceptaban tales razonamientos; otros, distinguieron entre hurto doméstico propio y hurto doméstico impropio, entendiéndose por el primero los cometidos por consanguíneos y por el segundo, los cometidos por extraños que cohabitaban en

la misma casa del ofendido. Más escabroso problema fue el de resolver si entre estos delitos estaba comprendido el realizado por el sirviente pariente del ofendido. Al respecto, aunque no se sabría determinar si la persona del caso ha abusado aprovechándose de las facilidades del servicio o de las del parentesco, se mantiene el razonamiento de que los vínculos de la sangre privan sobre la condición de servidumbre y que por lo tanto excluyen la agravante aludida.

En las legislaciones posteriores ya no se presentan estas confusiones porque el término "doméstico" ya tiene su significado bien determinado y circunscrito por el uso como criado que sirve en una casa, o como individuo que por un salario presta sus servicios en las ocupaciones hogareñas de una casa u hogar doméstico, o como persona que habitualmente vive bajo el mismo techo y permanece en la misma casa, formando parte de ella, como miembro de una entidad doméstica, la que crea relaciones de consideración y respeto entre sus componentes por la obligada convivencia dentro del mismo hogar; y no se extiende, como en las épocas de las aludidas confusiones, a todas las personas que habitan en una casa u hogar sin diferenciar los lazos de sangre que las vinculan.

Además, bien definido por la jurisprudencia y por la doctrina está, que caracterizándose este delito por la violación a la fidelidad debida aprovechando la confianza dispensada por el carácter mismo del trabajo, es indiferente que la acción ofensiva se realice dentro o fuera del local donde se prestan los servicios; que el trabajo se preste en forma permanente o transitoria; y que la cosa o las cosas hurtadas sean del patrón o de un tercero, con tal que dichas

cosas estén en casa del primero, ya que la responsabilidad del patrón es manifiesta por objetos dejados en su casa.

No enumera nuestro artículo los elementos de este delito. Otras legislaciones en idéntica situación, superando este silencio e inspirándose en la naturaleza misma del delito, en las enseñanzas de los más autorizados escritores y en las doctrinas que establecen los distintos tribunales de justicia, establecen estos cuatro elementos configurativos: que el servicio sea doméstico y continuo; que sea retribuido; que la cosa sustraída sea del amo, o si es de un tercero, que sea tomada en la casa donde se presta el servicio; y que el hurto se cometa abusando del servicio.

La doctrina y algunas legislaciones reconocen dos figuras en este delito: el Hurto Doméstico Propio, que existe cuando el sirviente asalariado y permanente hurta a su patrón, abusando de la ocasión que el trabajo le ofrece. Sus elementos son: a) Que sea cometido por una persona empleada en servicio continuo, b) que el trabajo sea retribuido (pues si es gratuito verifica un acto de beneficencia y desfigura la naturaleza propia de la ocupación), c) que se hurten cosas del patrón o de un tercero que estén al cuidado o responsabilidad del primero y d) que el delito se haya cometido abusando de la ocasión que el mismo trabajo ofrece, traicionando así la confianza depositada; y el Hurto Doméstico Impropio, que se configura cuando un obrero o jornalero hurta al patrón o a un tercero que contrata sus servicios, con tal que dichas cosas estén en el lugar donde trabaja y aproveche la oportunidad que su servicio le brinda. Sus elementos son como los del anterior y sólo se diferencian en cuanto al lugar de donde se sustraen las cosas, así: mientras -

en el primero es indiferente el sitio de donde se toma la cosa, en el segundo debe sustraerse del lugar señalado por el patrón para el trabajo.

Hurto con grave abuso de confianza: Corrientemente se define el "abuso de confianza" como la infidelidad que con--siste en burlar o perjudicar uno a otro que, por inexperien--cia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito.

Se da en variados y numerosos casos cuando el Infrac--tor, quebrantando la confianza en él depositada, toma las cosas del Ofendido aprovechando los vínculos que con él exis--ten, ya por la oportunidad de vivir juntos, ya por el traba--jo que desarrollan, ya por la amistad que se dispensan, ya - por el cargo o comisión desempeñados, etc.

Algunos casos que constituyen dicha agravante son: el Ordenanza de una oficina de Correos que de una carta extrae un cheque; el huésped que sustrae a la dueña de la casa de - donde vive una cantidad de dinero; los empleados de un ferro--carril que sustraen efectos o mercancías confiadas a la em--presa donde trabajan; el cobrador de una empresa que se apro--pia del dinero por él recaudado; el hurto ejecutado por un - compañero de habitación de objetos que en la misma se encon--traban, etc.

Esta agravante tiene su fundamento en la perversidad demostrada por el Culpable al defraudar la confianza en él - depositada, como también en prevalerse de la mayor facilidad que su especial situación le ofrece para realizar su acto -- criminoso, conducta, que evidentemente tendría menor grave--dad si hubiera sido cometida por un sujeto que no estaba o--bligado a respetar la especial situación que él tendría con

respecto al Damnificado.

El abuso para constituir la agravante debe ser grande, de mucha entidad e importancia, es decir, grave, tal como la ley lo exige. Esta gravedad cualificante del abuso, por ser una cuestión de hecho, prudencialmente la estimará el Juez en cada caso tomando en cuenta lo que la jurisprudencia indica: el grado de confianza dispensada al Infractor, condiciones especiales que han concurrido en la ejecución del hecho, subordinación y grado de la lealtad debidos al Ofendido, calidad e intensidad de los vínculos existentes entre el reo y su víctima, etc., etc.

Hurto cuando el Reo es Dos o más Veces Reincidente:

Tratemos primero lo que es "reincidencia" para después encontrar el sentido y alcances de esta agravante específica.

"Reincidencia" es derivado de reincidir y se descompone así: Re (del latín: re) preposición inseparable que denota repetición; incidir (del latín: incidere) caer o incurrir en una falta, error o extremo. Reincidencia significa entonces: volver a caer o incurrir en un error, falta o delito. Es circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por delito análogo al que se le imputa. Nuestro Código en su artículo 10 cuando trata las agravantes genéricas nos define este término así: "Son circunstancias agravantes". Inciso 16: "Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito estuviera ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código".

Como la constante ejecución de delitos de la misma o

similar clase demuestra indudablemente la maldad del Culpable y esto es lo que en parte se castiga con la agravante, es indiferente que la pena impuesta por el delito o delitos anteriores haya sido remitida, o que sea de mayor o menor gravedad que el posterior, o que sea diverso el grado de ejecución de los delitos anteriores o posteriores, o que sea poco o bastante el tiempo transcurrido entre los mismos.

Los reincidentes son individuos inclinados al delito, de persistente conducta criminal y socialmente peligrosos. La reincidencia es la base común de las gravísimas variedades criminales llamadas por la doctrina y las legislaciones delincuentes habituales y delincuentes profesionales. El habitual es el que además de haber sufrido numerosas penas y privaciones de libertad por su conducta nociva, manifiesta una tendencia marcada al delito, tendencia proveniente de su carácter anormal o de influjos perniciosos del ambiente en que se desenvuelve; el Profesional es el que agregado a la habitualidad en el crimen, vive de los recursos que sus ilícitos le proporcionan.

Delincuencialmente una persona es reincidente cuando después de haber sido juzgada y condenada por un delito comete otro u otros. La doctrina y las legislaciones han distinguido la reincidencia genérica y la reincidencia específica. Es genérica cuando el nuevo delito cometido es de diferente clase que el primero, y específica, si el nuevo delito es de la misma o análoga clase que la anterior o anteriores. A la genérica se llama "reiteración" y a la segunda "reincidencia propiamente dicha". La reiteración es entonces algo como una reincidencia específica y la reincidencia, como una reiteración genérica. A esta última se refie

re la agravante en estudio.

La persistencia del ilícito que en la reincidencia se manifiesta, desde muy antiguo ha originado una agravación de la pena para el delincuente, pues sus continuas recaídas en la infracción demuestran la mayor perversidad que anima sus sentimientos.

En lo que respecta al hurto la razón de tal cualificante encuéntrase en la peligrosidad que para la sociedad implica la doble o múltiple reincidencia en delitos contra la propiedad, pues lógicamente se supone en los Infractores una probable habitualidad y mejor conocimiento en tales crímenes que dejan a las próximas o siguientes víctimas en completo estado de indefensión.

Las cualidades personales del infractor, como ya dijimos, influyen grandemente en el ánimo de los demás y una de dichas cualidades que hace nacer el justo temor por la propiedad es la que el culpable frecuentemente se dedica a esta clase de ilícitos, pues si la noticia de un hurto atemoriza a los propietarios, el conocimiento de que su autor es persona acostumbrado a ellos y hasta que los realiza con habilidad y destreza o que constituyen su modo de vida, los hace sentirse más impotentes y defraudados para defenderse de las embestidas a sus patrimonios.

Efecto semejante se produce en todo delito y aquí es tá el verdadero fundamento político de la agravante en la reincidencia, pero con menor intensidad de la que aparece en el hurto, ya que los ladrones fácilmente hacen de tal conducta prohibida su oficio y ocupación habituales que les permite vivir holgada y descansadamente a costa del trabajo

de los demás, mientras es rarísimo y excepcional que en los otros ilícitos los Infractores tomen sus conductas ofensivas como hábito especial de vida; por ejemplo, que existan hombres que se procuren los medios de subsistencia aniquilando vidas humanas o lesionándolas o violándolas. Por esta razón para los legisladores la repetición en el hurto -- siempre ha sido criterio determinante para agravar la pena, y hasta hubo pueblos que la llevaron a extremos inauditos.

Al respecto sabemos que en épocas pasadas el reo de primer hurto era castigado con penas benignas; el de segundo, llamado entre los romanos ladrón consuetudinario, porque para ellos dos actos consecutivos de la misma clase forman costumbre, se castigaba con mayor dureza; pero con el reo de tercer hurto se extremó tanto, que por este único hecho, por varios siglos llegó a castigársele con la pena de muerte. Y así nace la tristemente famosa "teoría del tercer hurto".

Tan inhumana sanción ablandó con el tiempo la conciencia de sus aplicadores, que dolidos al fin de matar en nombre de una ley extremadamente injusta argüían razones varias para eludir la sanción que el "tercer hurto" indicaba; Se habló entonces de que varios hurtos mínimos (en objetos de poco valor) debían computarse como uno solo; que no debían de contarse entre los tres hurtos los cometidos en minoría de edad; que era preciso haber sido castigado siquiera por uno de los primeros hurtos; que se requería la condena de los hurtos anteriores para aplicar la pena del tercero; que para aplicar dicha pena era necesario que los tres hurtos fueran calificados o por lo menos uno de los tres; - que el perjuicio causado no era un hurto que debiera enume-

rarse entre los tres, y más y más variados y sutiles razonamientos para evitar tan inicua y repugnante pena hasta que se cambió por otra más humana. Aparecieron entonces estas diferentes tesis: a) que la repetición en el hurto no influía para la agravación especial del delito, b) que se adopte la repetición como criterio predominante del castigo, considerando que el primero cometido puede ser un desliz -- sin futuras y peligrosas consecuencias para la sociedad y c) que se adopte una posición intermedia entre las dos proposiciones anteriormente enumeradas.

La tesis del "tercer hurto" es entonces el antecedente histórico de las legislaciones que como la nuestra conservan la reincidencia como agravante específica del hurto. Antonio Quintano Ripollés nos lo confirma en su Compendio de Derecho Penal cuando dice que esta agravante "es una versión minimizada de la antigua pena capital del tertium furtum".

La exigencia de nuestro Código para que se tipifique esta agravante es que cuando se sancione al delincuente por un delito de esta clase ya esté ejecutoriamente condenado -- por otros, dos por lo menos, de los comprendidos en el mismo título, o sea, que la agravante recaea a partir del tercer delito contra la propiedad y en los que se haya pronunciado sentencia condenatoria.

Otra clasificación que la doctrina establece y aceptan las legislaciones es: hurto propio y hurto impropio. Esta clasificación es desde el punto de vista del mayor o menor número de facultades que del derecho de propiedad perjudique el delito.

En general, todo delito tiene características esenciales propias que lo constituyen. Cuando todos sus elementos concurren y lo configuran en su totalidad y complejidad, el delito se llama Propio; y por el contrario, cuando algunas de estas condiciones determinantes le faltan y no lo degeneran en otro delito, el ilícito se llama Impropio; ejemplos: rapto impropio, hurto doméstico impropio, etc.

Concretándonos al delito en estudio, ya sabemos y dijimos que el dominio o propiedad es el derecho real más amplio que sobre una cosa se puede tener para usarla, gozar de ella y disponer de la misma sin más limitaciones que las establecidas por la ley o por la voluntad del propietario; que se desarrolla en diversas facultades y que si concurren en mayor o menor número forman el dominio pleno o menospleno respectivamente; que dichas facultades son: poseer (que abarca el adquirir, mantener y recuperar la posesión de una cosa), usar y disfrutar, y por último, disponer de ella --- (que permite destruirla, alterarla, cederla, etc.).

Si la propiedad con mayor número de facultades por ser más amplia es de mayor valor, la acción delictiva que la ataque lógicamente será también de mayor gravedad para el ofendido y para la sociedad.

Si la acción del delincuente priva al propietario de un dominio completo, es decir, acompañado de la posesión y del goce actual de la cosa, el hurto es total en sí como en sus caracteres jurídicos y toma el nombre de Propio. Hurto Propio es entonces el hurto común y corriente, que como ya dijimos y analizamos en sus elementos, consiste en el apoderamiento de la cosa mueble ajena sustraída a quien la tenga

en su poder ya como propietario, poseedor o merotenedor. -
Ejemplo: subrepticamente y con ánimo de lucro, A, se apodera
de una cosa mueble perteneciente a B, privándolo como --
consecuencia de la posesión o tenencia y goce de la misma.
En cambio, cuando el propietario no es lesionado sino en alg
una facultad de su derecho de dominio al que le faltaba la
posesión y el goce actual de la cosa, el hurto es incompleto
en sí y jurídicamente y se le llama Impropio; ejemplo:
hurto de cosa perdida.

Refiriéndose a esta especie de delitos en su "Program
a de Derecho Criminal", Carrara nos dice: "Al aplicarle est
ta distinción al delito de hurto, los prácticos considera--
ron que el objeto jurídico del hurto consiste en violar el
derecho de propiedad y la posesión; y de ahí concluyeron --
que siempre que se viola la propiedad ajena con intención -
de lucro, pero sin violar la posesión (por ya estar el dueño
en ese momento privado de ella), le falta al hurto uno -
de sus objetos, y precisamente el de violar la posesión; y
por esto el hecho (sin sacarlo de la clase de los hurtos, -
ya que subsisten los demás elementos) debe llamarse hurto -
impropio y castigarse de modo más benigno, o por lo menos -
sin aplicarle aquellas circunstancias agravantes que sólo -
deben referirse al hurto propio".

"Como puede apreciarse, esta distinción no es una va
na sutileza; aunque no la conocieron los romanos, obedece a
una verdad ontológica y establece entre caso y caso una clar
ísima diferencia jurídica y política; jurídica, porque en
ambos casos es distinto el derecho violado; política, por--
que hay mucha diferencia entre la perturbación que en la op
inión de la seguridad produce el hecho audaz del verdadero

ladrón, y la que produce una acción de la cual (en la mayoría de los casos) no puede ser víctima el propietario sino por su demasiada condescendencia, credulidad o descuido. Y si en algún caso de hurto impropio (como ya lo veremos) sucede que se equiparan las penas, no por esto puede decirse que es inútil distinguir lo que por su naturaleza es distinto; y esta distinción siempre produce frutos útiles, si se tienen en mira las calificantes".

Para este autor pues, el hurto impropio se caracteriza por la violación del derecho de propiedad no acompañada de la violación de la posesión.

Y reafirmando su tesis, Carrara continúa: "Como el no haber sido violada la posesión es el requisito común a todos los hurtos impropios, requisito que los distingue de los propios, ello presupone, como condición general, o que el dueño de las cosas robadas no disfrutaba de su posesión cuando el ladrón se apoderó de ellas dolosamente, o que el dueño se despojó voluntariamente de dicha posesión, en provecho de otros, inducido por las astucias o artimañas de éstos. Así, las diversas formas de hurtos impropios, lo mismo que su división y clasificación, resultan espontáneamente de las diversas causas que pueden originar esta contingencia de la separación entre la propiedad y la posesión de las cosas robadas".

Esta misma especie de delito se configura cuando el infractor sustrae no la cosa ajena sino la propia y que por algún título legal temporalmente en su poder mantiene otra persona. En verdad en el presente caso, faltando el elemento característico y fundamental del delito: sustracción de

cosa ajena, no puede calificarse de hurto propio puesto que no es posible hurtarse a sí mismo. Sobre la cosa propia no recae hurto aún cuando fuere sustraída a legítima posesión ajena; es un fraude que algunas veces tiende a disminuir -- las utilidades del tercero cuando se sustrae la prenda sin intención de entregar su valor, pero nunca podrá ser hurto propio porque el tercero a quien fue sustraída la cosa la poseía en nombre del dueño.

Nuestro Código, en la Sección de "Estafas y otros En^gaños" Capítulo IV, Título XIII del Libro Segundo menciona uno de estos casos cuando expresa: Artículo 493: "Incurri-- rán en las penas señaladas en el artículo precedente: Inci-- so lo.: El dueño de una cosa o mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero".

Como se ve, para nuestra ley no es hurto sino una es^{pe}cie de defraudación, que además de la voluntad de sustraer la cosa de quien en su poder la tiene, requiere en el in---fractor conciencia de que el Ofendido posee lícitamente y -- que con su acto causará perjuicios a éste o a un tercero. La discrepancia de opiniones en cuanto a la catalogación de este ilícito nada nos extrañe, pues algunas legislaciones -- lo han tomado como fraude y otras como hurto; entre éstas -- citamos a los romanos que lo llamaron furtum posesionis por que la acción gira en torno de la posesión de una cosa que en el presente caso es propiedad del culpable.

En párrafos anteriores hablábamos de una figura pe--nal en la que a pesar de existir apropiación de cosa ajena algunos penalistas inclúyenla dentro de los hurtos impro---

pios, porque, aunque viola el derecho de propiedad, no logra violar el de posesión debido a que el propietario no goza de ésta en el momento que el culpable dolosamente se adueña de la cosa. Detengámonos por un momento en el análisis de este caso de suyo importante.

Nuestro ordenamiento penal, como tipo básico del hurto, lo contempla en el artículo 469 así: "Son reos de hurto: Inciso 2o.: Los que con ánimo de lucrar para sí o para un tercero retengan las cosas ajenas encontradas, sabiendo --- quien es su dueño, o dejando pasar cuarenta y ocho horas -- sin dar cuenta del hallazgo a la autoridad local, cuando ignoren quién es aquél".

Por su parte el Código Civil en relación con el anterior numeral expresa: Artículo 610: "Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser - suya, dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes a - la de haberse encontrado, se entregará a la autoridad competente, la cual ordenará su depósito y dará aviso del hallazgo en el periódico oficial o del departamento, si lo hubiere, y en carteles públicos que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del lugar.

El aviso designará el género y calidad de la especie, el día y lugar del hallazgo.

Si no apareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando treinta días de un aviso a otro.

Si se tratare de semovientes bastarán dos avisos, mediando ocho días entre uno y otro".

Artículo 611: "Si en el curso del año subsiguiente - al último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que incidieren, y del remanente se dará la cuarta parte por vía de gratificación a la persona que encontró la especie y el resto se aplicará al Tesoro Nacional".

Artículo 612: "La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción en favor del Tesoro Nacional, y aún quedará sujeta a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, a la pena de hurto".

Comenzamos diciendo que para la mayoría de Códigos modernos esta figura llamada Hurto Impropio por algunos, no es sino una especie de apropiación indebida de cosa ajena - porque no viola la posesión; además, el delito se consuma - no con tomar la cosa ajena encontrada, puesto que el hecho material de recogerla es una conducta natural y lícita, sino cuando se toma pero para ejercer actos de dominio sobre ella, o sea, cuando se toma para apropiársela sabiendo quién es su dueño o se retiene por mayor tiempo que el indicado - por la ley sin avisarlo a la autoridad cuando se ignora --- quién es aquel.

En realidad, el que encuentra y toma una cosa perdida voluntaria y libremente asume la obligación de devolverla, esto es lo que indica el sentido común, la sana razón y la conveniencia social; la ley del Estado hace suya esta -- consideración y por ello castiga la falta de cumplimiento a este deber surgido de la aprehensión de dicha cosa.

Quintano Ripollés, uno de los que sostiene que el in

ciso segundo comentado más que hurto es apropiación indebida nos dice: "El inciso segundo (se refiere al del artículo 469) es figura más afin a la apropiación indebida que el -- hurto propio, por cuanto que la cosa perdida se posee originariamente de un modo lícito, y la ilicitud no nace hasta - que se incumple la obligación civil de devolver o consignar, a tenor de los artículos... del Código Civil (El Código Civil Español dice: "los que encontrándose una cosa perdida - se la apropiaren con intención de lucro)". Constituye, --- pues, este tipo una penalización de preceptos civiles que - sí son, sin duda, merecedores de sanción, es doctrinalmente arbitrario asimilarlos al hurto, como el Código hace".

Sin embargo a los que sostienen esta última postura, o sea, que comete abuso de confianza o apropiación indebida el que con ánimo de lucro se apodera de cosa ajena encontrada, se les puede contra-argumentar que en el caso discutido no existe abuso en la confianza depositada, que es el extremo doctrinario exigido en este delito, sino que hay verdadera y propia sustracción contra la voluntad presunta del propietario; que no hay entrega espontánea de la cosa y ni renuncia o pérdida de la posesión por parte de la víctima --- puesto que no la tenía.

Ya dijimos del ilícito a que el artículo 469 inciso 2o. se refiere se caracteriza porque en el momento de la -- violación del derecho de propiedad su titular no se encuentra en posesión de ella, sin embargo conviene, para comprender los alcances doctrinarios de esta figura penal, referirnos a las distintas causas por las que la posesión puede separarse de la propiedad y son las siguientes:

a) porque el propietario se despoja espontáneamente de la posesión de la cosa en favor de otro u otros reservándose su dominio. De esta forma se originan los delitos de abuso de confianza o apropiación indebida,

b) porque el propietario puede haberse despojado voluntariamente de la posesión a favor de otro u otros a consecuencia de un engaño anticipadamente planeado por el infractor para usurpar la propiedad. De esta forma nace el delito de estafa,

c) porque involuntariamente el propietario pierde la posesión de su cosa. De esta forma se origina el delito de hurto de cosa perdida, y

d) porque el propietario carece de la posesión por no haberla tenido nunca, ni moral ni físicamente. De esta forma se origina el delito de hurto de tesoro.

De las cuatro variantes transcritas en que puede encontrarse el propietario con respecto a la posesión, las dos últimas pueden asilarse en el inciso que estudiamos ya que en el momento del delito la cosa no se encuentra en poder del Ofendido. A este respecto Eugenio Cuello Calón nos dice: "La apropiación de la cosa tiene aquí lugar de modo diverso que en el número anterior (el número anterior se refiere al hurto propio consignado en el inciso primero del mismo artículo en estudio). En el hurto de este número segundo no se sustrae la cosa de la posesión del dueño o poseedor, la cosa se halla ya fuera de la posesión de éste, así que mientras en el hurto del número primero tiene lugar cogiendo o quitando la cosa al dueño o poseedor, en este caso la apropiación surge cuando después de haber hallado y

recogido la cosa perdida se la retiene ilícitamente. Pero una vez recogida la cosa hallada ¿cómo es posible conocer si el Agente la cogió con ánimo de restituirla o si la hizo con ánimo de apropiársela? Si la llevó consigo con ánimo de indagar quién fuera su propietario y entregarla a éste -- no hay delito, si la llevó con intención de quedarse con -- ella comete este hurto, si la coge con ánimo de restituirla, pero cambia de idea y resuelve apropiársela, el delito aparece cuando surge la resolución de apropiársela, pero siendo todos estos ánimos e intenciones actos internos, ¿Cómo -- es posible que el Juez pueda apreciarlos? Para decidir si hay o no delito, habrá, necesariamente, que tener en cuenta la conducta del agente que pueda exteriorizar sus íntimas -- intenciones. Así si éste vende o pignora la cosa, o la consume, cuando obra como si fuera su propietario, manifiesta de modo indudable su ánimo de apropiársela, lo mismo si reclamada por su dueño la cosa perdida se niega a entregarla, en todos estos casos el delito existe. Pero cuando no concurren tan evidentes muestras de ánimo de apropiación, si -- el que encontró el objeto tiene una conducta pasiva, y no -- indaga quién pueda ser el dueño de la cosa, los tribunales, a su arbitrio, en vista de las circunstancias que en el a-- agente y en el hecho concurren, habrán de declarar la presen cia o ausencia de dicho ánimo y, por ende, si hay o no he-- cho punible".

Dicho inciso segundo comprende dos situaciones per-- fectamente diferenciables: 1) Los que con ánimo de lucro pa ra sí o para un tercero retengan las cosas ajenas encontra-- das sabiendo quién es su dueño y 2) Los que con ánimo de lu cro para sí o para un tercero retengan las cosas ajenas en--

contradas dejando pasar cuarenta y ocho horas sin dar cuenta del hallazgo a la autoridad local cuando no se sepa quién es su dueño. Nótese que en ambos casos la cosa encontrada debe ser perdida y no abandonada.

En forma general podemos decir que cosa perdida es - la que ha salido de la custodia o vigilancia de su propietario o poseedor, de modo que éste ignore dónde se encuentre, pero manteniendo siempre su ánimo de poseedor y que de un momento a otro la recuperará; es la cosa que en el momento de encontrarse carece de poseedor, aunque tenga propietario.

Damos el anterior concepto a pesar de reconocer que en el Derecho Penal éste es uno de los más discutidos y difíciles de precisar por la diversidad de opiniones que al respecto existen y para comprobar lo dicho, mencionamos los siguientes e ingeniosos criterios que se proponen para determinarlos: a) el ideológico: una cosa está perdida cuando su dueño no sabe dónde está, b) la cosa está perdida cuando su dueño no está en posesión de ella, c) el que atiende al lugar: está perdida cuando es olvidada en un sitio no destinado a custodiarla, d) está perdida cuando ha habido en su dueño descuido culpable, e) el subjetivo: que lo determina la intención del reo al creerla perdida, f) hay que distinguir entre cosas perdidas, escondidas y olvidadas, y otras más que demuestran la diversidad de opiniones al respecto.

Por su parte el Tribunal de España, siguiendo un criterio circunstancial y subjetivo, ha declarado que cuando - por la naturaleza y destino especial de las cosas, el sitio donde se encuentran, la forma cómo se han encontrado y demás accidentes del caso hagan suponer lógicamente que dichas cosas no carecen de dueño, aunque éste no sea conocido, su

apropiación sin la práctica de las gestiones precisas para averiguarlo o sin el cumplimiento de las disposiciones civiles respectivas, integra el delito de hurto de cosa perdida.

Por el contrario, en la cosa abandonada (distintamente a la perdida en que involuntariamente se pierde la posesión material), haciendo el propietario o poseedor uso voluntario y lícito de su derecho de desprenderse espontáneamente de la posesión o propiedad de dicha cosa transformándola así en res nullius, aquel que la recoge y apropia, la adquiere por ocupación sin lesionar derecho alguno ya que usa medio legítimo de adquisición conforme la ley civil.

En la cosa perdida se comprende el tesoro oculto y - descubierto en propiedad ajena. Paulo lo definía como "un conjunto de cosas preciosas, oculto en un sitio desconocido". Para los escritores juristas, tesoro es la cosa preciosa, - cuya existencia es ignorada por todos, que se encuentra por acaso y cuyo dueño es imposible de conocer. Nuestro Código Civil llama Tesoro a "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". Se diferencia de la mina en que ésta es un depósito natural y sujeto pasivo del hurto verdadero o - propio.

En el hurto de tesoro, no sabiendo el dueño del inmueble que en él se oculta uno, por falta de intención, no puede decirse que posee dicho tesoro; la apropiación de estas cosas no viola entonces el derecho de posesión. Además, no pudiendo sustraerse el tesoro contra la voluntad de su - dueño, porque éste carece de él en tanto no se descubra, el tesoro no puede ser objeto de hurto. A esto se debe que al

gunos lo nominen en vez de hurto, apropiación.

Esta especie de hurto recae no sobre la totalidad - del tesoro encontrado, sino sobre la porción que al dueño del predio las leyes civiles determinen conforme al derecho de hallazgo. Al respecto nuestra ley común dice: Artículo 607: "El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá -- por partes iguales entre el dueño del tesoro y la persona que haya hecho el descubrimiento.

Pero esta última no tendrá derecho a su porción, si no cuando se haya buscado el tesoro con permiso escrito -- del dueño del terreno.

En los demás casos, o cuando sea una misma persona el dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al dueño del terreno".

El elemento subjetivo del hurto de cosa perdida lo constituyen el conocimiento de que la cosa encontrada no - es abandonada sino perdida; además que dicha cosa, aun --- cuando se ignore quién es su dueño, es de pertenencia ajena, y aún más, por la voluntad de apropiársela con el propósito manifiesto de obtener algún lucro, utilidad o satisfacción.

En el caso se conozca quién es el dueño de la cosa perdida, dicho conocimiento lo entiende la jurisprudencia no en sentido amplio y absoluto hasta el grado de saberle el nombre a la persona, dónde vive y demás circunstancias individuales; basta dice, saber que una persona más o me--nos determinada tenía la posesión de la cosa; y esto más: es indiferente que dicho conocimiento se tenga en el momento

to de encontrarse la cosa o con posterioridad. En la hipótesis que comentamos la simple retención del objeto encontrado cuando se sabe quién es su dueño y se persigue un lucro, constituye según nuestro Código, la prueba de la apropiación y lo asimila por puro artificio legislativo, al -- hurto propio; es decir, el no disponer de una cosa se equipara al disponer de ella y la erección de dicha omisión en delito es atribuir demasiada gravedad a lo que por su propia naturaleza debe merecer mejor trato.

En el segundo supuesto: si se ignora quién es el -- dueño, el delito se tipifica cuando el que encuentra la cosa al parecer perdida no lo informa a la autoridad local - dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al hallazgo. En este supuesto, la retención de la cosa encontrada sin avisarlo a la autoridad y con ánimo de lucro, se equipara - también por simple artificio legislativo, a la apropiación de la misma y por ende al hurto propio. Aunque las mismas razones expuestas para demostrar el rigor excesivo de la - ley en el caso anterior se acomodan al presente, transcribimos el siguiente párrafo de Francisco Carrara para reforzar nuestras argumentaciones: "Pero esta presunción es demasiado fuerte, y yo no quisiera que se le aceptara como - presunción juris et de jure, sino únicamente como eficaz - para someter al agente al deber de justificar las causas - de no haber denunciado las cosas halladas. Una enfermedad o un viaje posteriores al hallazgo, o un olvido excusado - por circunstancias especiales, pueden haber sido la causa de esa omisión, y sería exagerado que una mera omisión fuera castigada con una pena aflictiva que en ciertos casos - podrían ascender a cárcel de uno a dos años. Ciertamente

si la retención va acompañada de ocultamiento o de precauciones maliciosas que demuestren la voluntad de tener oculto el hallazgo y la mala intención de apropiarse el objeto, podremos aceptar tranquilamente la regla de que retener el objeto equivale a apropiárselo".

Transcribimos del "Código Penal Reformado" de Viada el siguiente párrafo que contiene una sentencia del Tribunal Supremo sobre hurto de cosa perdida: "El que encuentra dos cajas que contienen objetos de óptica y quincalla, y se las lleva a su casa, donde las esconde, no practicando gestión alguna en averiguación del dueño y negando tenerlas en su poder al presentarse la Guardia civil, regalando luego unos objetos y vendiendo otros, será responsable de un delito de hurto, comprendido en el número 2o. del artículo 530 del Código Penal"? El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa: "Considerando que con arreglo al párrafo segundo del artículo 530 del Código Penal, cometen el delito de hurto los que, encontrándose una cosa perdida y sabiendo quién es su dueño, se le apropiaren con intención de lucro: Considerando que todos y cada uno de los elementos que integran el expresado delito concurren en el hecho procesal, supuesto que, si bien cuando la recurrente encontró la caja de que se trata, ignoraba, al parecer, quién fuera su dueño, al tener posteriormente conocimiento de este particular, y al continuar en la apropiación de aquélla, negando que la tuviera en su poder, y aprovechándose de sus efectos, cometió en toda su integridad el delito cuestionado, no habiendo, por lo tanto, el Tribunal sentenciador, al culparle y penarle como autora del expresado delito, incurrido en el error de derecho ni cometido las infracciones legales que el recurso le atribuye, etc.". (Sen

tencia Abril 1902).

CAPITULO X

H u r t o d e U s o

Esta figura penal remonta su origen al derecho romano que nominándolo furtum usus, lo comprendía en el delito de hurto. El derecho español (en el Fuero Real) lo reconoció como delito especial, así: "Quien bueyes o bestias ajenas metiere en su era para trillar sin mandado de su dueño peche por cada cabeza cuatro maravedís: e si por aventura bestia o buey muriere, peche o tan bueno a su dueño y el precio que valiere con la pena sobre dicha: e si no muriere, y alguna lesión y prisiere, peche al dueño otra tal -- cual fuere, con la pena del doble; y esta pena haya quien tomare bestia ajena, o buey, para carretear alguna cosa -- sin mandado o contra voluntad de su señor".

Se ha discutido si el título de hurto es aplicable a lo que se denomina hurto de uso. Pero lo que motiva esta discusión y duda no es el caso de la persona que habiendo recibido un objeto para su uso se sirve de él en forma distinta o lo usa más de lo convenido violando así el contrato, sino del que, sin permiso de su dueño, la sustrae para gozarla y usarla temporalmente y después devolverla. Estos supuestos totalmente distintos han hecho surgir, además del hurto de uso, otra figura denominada abuso de confianza por uso y que Carrara las distingue así: "El que -- sustrae una cosa ajena, contra la voluntad de su dueño, -- con el único fin de servirse de ella y después devolverla al dueño, es reo de hurto, porque despoja a otro de la posesión; pero es hurto de uso, no de propiedad, ya que la -

cosa fue sustraída con el único fin de usar de ella temporalmente, no con el de apropiársela. En cambio, el que recibió del dueño esa cosa no es reo de hurto, pues no sustrajo contra la voluntad del dueño; empero, si se valió de ella para uso distinto de aquel para el cual fue entregada, es reo de abuso de confianza, de un simple abuso de confianza por uso, pues no quiso usurpar la propiedad del objeto".

"Lo cierto ante la ciencia es que en el hecho del que sustrae una cosa ajena invito domino (contra la voluntad de su dueño), hay que reconocer hurto, aun cuando no la haya sustraído con el fin de apropiársela, sino con el de usar de ella en provecho propio y restituirla después. Pero también es cierto que el hurto por uso degenera en abuso de confianza por uso cuando se adquiere, por entrega del dueño, la posesión de la cosa de la cual se abusó sin intención de apropiársela, pues entonces falta la sustracción contra la voluntad del dueño, que es elemento indispensable del hurto".

El delito de hurto de uso se configura cuando el infractor toma la cosa mueble ajena no con ánimo de apropiársela definitivamente, sino sólo para usarla y servirse de ella por cierto tiempo y después restituirla o dejarla a disposición de su dueño,

Los elementos que lo integran son: a) sustracción de cosa mueble ajena, b) que la sustracción sea momentánea, c) que la acción se ejecute sin derecho expreso o presumible para ello, d) que se ejecute con el fin de hacer uso de la cosa sustraída y e) que dicha cosa se restituya después de usarla.

Sobre esta especie de hurto González de la Vega nos dice: "Se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán de lucrar con lo ajeno; el agente se propone, no la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito de robo, se efectúa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa".

Algunas legislaciones no lo aceptan como hurto porque en él no concurren los elementos característicos del delito: ánimo de lucro e intención de apropiarse de la cosa definitivamente. La jurisprudencia que existe en este sentido es vacilante y variada. Por ejemplo, los tribunales franceses han declarado que no es constitutivo de hurto el hecho de apoderarse de un automóvil para dar un paseo abandonándolo después y castigan a título de hurto el consumo de la gasolina gastada.

Nuestra legislación penal no lo establece como delito sino como falta contra la propiedad en el artículo 541 y la sanciona con veintiun días de arresto y multa de veinticinco colones. Sin embargo en el nuevo Proyecto de Código Penal, considerando el auge de hurtos de automóviles, que en la mayoría de los casos según opinión de la Comisión

Sobre esta especie de hurto González de la Vega nos dice: "Se le llama robo de uso, porque si bien en el caso concurren todos los elementos del robo genérico, no existe en su comisión especial ánimo o propósito de apropiarse de lo ajeno, es decir, de hacerlo ingresar ilícitamente en el dominio del infractor. Aquí el dolo se manifiesta en una forma menos intensa, menos perjudicial y revela disminuido afán de lucrár con lo ajeno; el agente se propone, no la apropiación de la cosa para quedársela definitivamente o disponer de ella, sino conservarla temporalmente; para emplear otra forma de expresión, el apoderamiento material de la cosa objeto del delito de robo, se efectúa desde un principio con el deseo de usarla y restituirla posteriormente. La finalidad perseguida no es enriquecerse con la apropiación, sino utilizar temporalmente la cosa".

Algunas legislaciones no lo aceptan como hurto porque en él no concurren los elementos característicos del delito: ánimo de lucro e intención de apropiarse de la cosa definitivamente. La jurisprudencia que existe en este sentido es vacilante y variada. Por ejemplo, los tribunales franceses han declarado que no es constitutivo de hurto el hecho de apoderarse de un automóvil para dar un paseo abandonándolo después y castigan a título de hurto el consumo de la gasolina gastada.

Nuestra legislación penal no lo establece como delito sino como falta contra la propiedad en el artículo 541 y la sanciona con veintin días de arresto y multa de veinticinco colones. Sin embargo en el nuevo Proyecto de Código Penal, considerando el auge de hurtos de automóviles, que en la mayoría de los casos según opinión de la Comisión

Elaboradora, constituyen propiamente hurtos de uso, ya se erige en verdadero delito y se redacta así: "El que sin derecho alguno, ni mediarle mutua confianza, amistad o lazos de parentezco, tomare sin intención de apropiársela, una cosa mueble total o parcialmente ajena, con el fin de usarla y efectuare su restitución o dejare la cosa en condiciones que permitan al dueño entrar en posesión de ella, será sancionado con reclusión de seis meses a un año. Si a consecuencia del uso indebido, el deterioro o depreciación de la cosa usada se estimare en una cantidad que excediere de cien colones, la sanción podrá aumentarse hasta quince meses.

La sanción del hurto se aplicará a la sustracción de energía eléctrica o de cualquier otra clase, siempre que fuere ajena".

Sobre el hurto de energía eléctrica oportunamente lo tratamos en páginas anteriores cuando abordamos el tema de hurto impropio.

CAPITULO XI-

V a l o r d e l a c o s a

Cuando hablábamos de los caracteres que debe reunir la cosa objeto del hurto, decíamos que dicha cosa debía tener algún valor, que su pérdida o sustracción debía causar un perjuicio a su propietario y que este término debía entenderse en un sentido amplísimo como grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer necesidades o proporcionar bienestar o deleite y que comprende aún las que poseen únicamente valor de afección.

El valor de la cosa es un criterio conmensurante en

los delitos que estudiamos, pues según sea el valor de la misma así será la cantidad de la pena que la ley determine.

Entre las costumbres que los bárbaros del Norte introdujeron a los pueblos europeos está la de que concedieron importancia característica al valor de la cosa robada para apreciar la condición del delito, importancia hasta entonces desconocida y que indiscutiblemente señaló un gran paso de progreso en la historia del Derecho Penal.

El concepto de que el delito de hurto ha de juzgarse como mucho más grave cuanto mayor sea el precio de la cosa hurtada es aceptado por infinidad de tratadistas. Lo encuentran racional los seguidores de la Escuela Moralista, pues por ello se revela la maldad del culpable; lo aceptan los seguidores de la teoría del Impulso porque el impulso para delinquir se aumenta al crecer la utilidad del delito; lo aprueban los defensores de la teoría del Daño, porque a mayor valor del objeto robado, mayor el perjuicio patrimonial del Ofendido. Sin embargo tratadistas hay que no comulgan con este criterio, por manera que criminalistas, filósofos y legisladores argumentan en formas distintas a este respecto.

En cuanto a las reglas que se deben observar y los medios que se deben seguir para determinar de una manera justa el valor de la cosa y aplicar la consiguiente pena, Carrara nos dice: "Si se reconoce en el valor de la cosa robada uno de los criterios conmensurantes de la cantidad natural del hurto, surge la necesidad de examinar con qué reglas y por cuáles medios debe y puede determinarse ese valor de manera justa".

"En cuanto a la regla fundamental de esta apreciación, sostengo que el único valor a que debe atenderse como medida de la pena del hurto simple, es el valor efectivo, intrínseco y venal, de la cosa robada. Por lo tanto, no deben entrar en este cálculo, ni la utilidad que el ladrón pueda obtener, ni el costo de la primera adquisición, ni el valor de afección particular del dueño o el destino especial que le daba al objeto robado".

"También es de regla que en orden al tiempo el valor de lo robado se juzgue tal cual era el día del hurto, sin tener en cuenta que antes o después la cosa pudiera costar más o menos".

Luego dicho autor, para confirmar su acerto, continúa: "El 30 de Marzo de 1867 fue robado un saco de trigo; el dueño había pagado por él diez y seis francos, y el día del hurto valía veinte en la plaza. ¿El hurto será de veinte o de dieciseis francos? Respondo sin vacilar que de veinte, pues ese día perdió el dueño una cosa que representaba el valor de veinte, y el ladrón se enriqueció con este valor de veinte. Si vende el trigo por menos, peor para él; si lo vende por más, gana. La medida del delito no puede depender de estas eventualidades; pero tampoco el ladrón puede pretender que si el objeto le había costado poco al dueño, pues, por ejemplo, lo había fabricado él mismo, debe considerarse responsable del hurto de ese poco. Ni lo uno ni lo otro: el valor venal del objeto el día del hurto es el único tipo de la cosa robada y de la medida del delito".

"Mediante este mismo principio debe resolverse el -

caso contrario. El dueño pagó a veinte libras el trigo, - que el día del hurto había bajado hasta diez y seis; el -- hurto, a pesar de los sofismos de algunos, es de dieciseis, las cosas perecen o se deterioran para su dueño. La pérdida de las cuatro libras era un daño que ya había alcanzado al dueño en sus bienes el día del hurto; luego el ladrón - no pudo enriquecerse en ese día sino con dieciseis libras".

Tomando en consideración tan convincentes argumentos concluimos: que el valor de los objetos hurtados es el estimado en el momento en que se verifica el ilícito sin consideraciones a su valor anterior o posterior, ni el relativo y sin tener en cuenta los daños contemporáneos ni los - posteriores, que no pueden suministrarle al ladrón un elemento de lucro en el momento del hurto.

CAPITULO XII-

P e n a l i d a d d e l H u r t o

La pena, se sostiene, es el sufrimiento que el Estado impone en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal. En lo que respecta al hurto la sanción que se ha impuesto ha variado en tiempos y lugares, como - cualquier otro delito, en atención a la idea que en la mente de los legisladores ha predominado sobre la forma cómo han creído se combaten tales crímenes y se hacen valer los derechos patrimoniales que el Estado debe garantizar.

Sí debemos observar, que la tónica dominante en todas las legislaciones ha sido la de castigar con menor dureza los delitos contra las personas que los que atentan -- contra el título que estudiamos, como si la vida y digni--dad humanas fueran secundarias en comparación con los bie-

nes materiales.

En la historia antigua y en la Edad Media, como ya dijimos, los conceptos de robo y hurto aparecían casi siempre confundidos. En virtud del principio del Talión se aplicaba la pena pecuniaria a los hurtos más sencillos y la mutilación y otras penas atrocés, incluso la de muerte, a los robos de cosas sagradas y a aquellos en que concurrían circunstancias de reincidencia o de reconocida perversidad. Este mismo sistema seguían las antiguas leyes de la China, Siria y Persia.

La legislación de la India castigaba con la muerte al ladrón cuando era sorprendido en el acto de cometer el hurto o el robo. En los demás casos imponía penas severas, aún tratándose de hurtos de poca importancia. A la pena aflictiva se agregaba siempre una multa, que aumentaba en proporción de la casta a que pertenecía el culpable. El robo del oro se consideraba más grave que el de los demás metales y al autor de él se le cortaba la mano. El hurto de ganado en perjuicio de un bracmán se castigaba con la mutilación del pie derecho. La pena de muerte estaba reservada para los que robaban cosas pertenecientes al Rey o al Estado y para los ladrones de hombres, mujeres o joyas.

En Atenas el hurto fue más duramente castigado que en Esparta. Dracon no establecía distinción entre las distintas especies de delitos contra la propiedad y las castigaba todas con la pena de muerte. Solón suavizó este bárbaro rigor. Al ladrón que era sorprendido infraganti se le castigaba con cárcel y se dejaba el último suplicio pa-

ra el que robaba con violencia. Cuando el hurto era cometido en daño del Estado o se robaba cosas sagradas, la pena también era la muerte.

Según la ley de las Doce Tablas, el siervo que cometía un simple hurto era condenado a muerte. Pero el derecho Pretorio, primero, y la influencia de la iglesia, más tarde, suavizaron este rigor.

Nuestro ordenamiento penal, siguiendo al Español, - regula la penalidad del hurto atendiendo un sistema minuciosamente objetivo en el que la sanción se mide en proporción directa al importe de la cosa objeto del delito.

El artículo 470 dice: "Los reos de hurto serán castigados:

- 1o.- Con seis meses de prisión mayor si el valor de las cosas hurtadas pasare de diez colones y no excediere de veinticinco;
- 2o.- Con un año de prisión mayor, si excediere de veinticinco y no pasare de cien colones;
- 3o.- Con dos años de prisión mayor si excediere de cien colones y no pasare de trescientos;
- 4o.- Con tres años de presidio si pasare de trescientos y no excediere de quinientos colones;
- 5o.- Con cuatro años de presidio si lo hurtado pasare de quinientos y no excediere de mil colones;
- 6o.- Con la pena de seis años de presidio si el valor de las cosas hurtadas excediere de mil colones y no pasare de diez mil;
- 7o.- Con ocho años de presidio si excediere de esta última cantidad".

Como se puede notar, para nuestro Código, la medida de la pena la da el efectivo valor intrínseco y venal de la cosa hurtada, sin que modifique en absoluto la utilidad que el infractor pudo obtener, ni el costo de la adquisición originaria, ni los efectos particulares o las destinaciones especiales que de ella hacía su propietario.

Carrara defiende este sistema cuantitativo arguyendo que la importancia del derecho lesionado influye en forma decisiva sobre la cantidad del delito y que la importancia de ese derecho no puede ser juzgado con exactitud en el hurto sin tomar en consideración el valor de la cosa objeto de la infracción.

Groizard también sostiene que la medida de la pena debe fundamentarse en proporción al importe de la cosa hurtada porque "la fuerza moral del delito aumenta con la ostentación de una mayor perversidad en el agente y también su daño material con el mayor valor de la cosa hurtada, -- porque implica un mayor desastre en el patrimonio del ofendido. Si no se graduase el castigo en relación al precio de los objetos sustraídos, se excitaría a los ladrones a cometer los más grandes robos, puesto que habrían de sufrir por ellos iguales penas que por los de escasa cuantía, reportando en cambio, menos utilidad".

Sin embargo, este sistema de subordinar la pena al valor de la cosa hurtada, sistema asiduamente defendido -- por los penalistas clásicos, ya desde tiempos antiguos fue duramente criticado y los modernos tratadistas a partir de Filangieri refuerzan los argumentos en este sentido.

La medida de la responsabilidad penal por escala de

cuantías tal vez tendría un poco de razón si el agente, al apropiarse de la cosa, supiera concreta y exactamente su valor o por lo menos lo conociera aproximadamente, pues en--tonces sí que es legítimo e indudable suponer una mayor --maldad y por lo tanto peligrosidad en relación directa con la cosa y cantidad sustraída. Pero cuando, como casi siempre sucede, la apropiación es de algo que no se conoce ---exactamente su valor o cantidad o calidad, como por ejemplo cuando se hurta una caja o cartera en la que ni remotamente se sabe la cantidad o cosas que contiene, la responsabilidad resulta prácticamente acordada a ojos cerrados, pues unas veces el infractor será favorecido en contra razón y otras perjudicado injustamente. El azar es entonces la pauta de la responsabilidad criminal. Actuando así, se resta seriedad al Derecho Penal y se omite considerar lo -básico en él: la voluntad del agente y la peligrosidad del acto ejecutado.

La legislación francesa mantiene una sola penalidad con amplio margen entre la máxima y mínima pena, sin atender para nada el dato objetivo del precio de la cosa hurtada, para que el Tribunal, usando racionalmente su arbitrio, agrave o disminuya la sanción en consideración al caso concreto que juzga, estableciendo así una verdadera individualización de la pena.

Otras legislaciones, aunque determinen que la pena es en relación de la cosa hurtada, no señalan escala pro--porcional alguna, sino que dejan al tribunal en libertad -de fijar la pena tomando en consideración el valor de la -cosa, situaciones especiales del reo, lugar donde se cometió, circunstancias que rodearon el hecho, etc., condicio-

nes todas que indican mayor o menor gravedad del delito y peligrosidad del agente.

Este sistema es el que nosotros aceptamos, pues al tomar en consideración factores personales y extrapersonales a los delitos e individualizar la pena, se acomoda a las modernas tendencias del Derecho Penal y a la justicia que debe imperar entre los hombres.

Difícil ha sido, pues, el problema que se ha presentado en todos los tiempos a todas las legislaciones para encontrar el adecuado sistema punitivo del ilícito que tratamos. Las variadas tonalidades o figuras que presenta este delito ha dificultado grandemente su solución, independientemente de las diferentes ideas adoptadas para combatirlo, ideas que no pueden reputarse definitivas por la constante variación de las circunstancias socio-económicas que lo originan. Sobre estas causas que lo motivan González de la Vega expresa que "el robo es una manifestación material de la circulación ilícita de la riqueza mobiliaria en perjuicio de la colectividad. Se observa su evidente naturaleza económica porque, a pesar de que su etiología es muy compleja, reconoce como causa muy constante y preferente la desproporción patrimonial entre un escaso número de privilegiados y la masa de miserables, - obstinándose los primeros en no ser desalojados, en mantener un feudalismo económico, mientras sobre la vida de millones de seres pesan la ignorancia, la insuficiencia de los alimentos, las habitaciones malsanas, el salario exiguo frecuentemente defraudado y el alcoholismo, que producen como infortunadas consecuencias los fenómenos de la mendicidad, de la vagancia y del crimen. Las grandes

crisis económicas, tan frecuentes en el mundo entero después de la Gran Guerra, el acaparamiento de las fuentes - de trabajo, la invasión del maquinismo y la especializa-- ción cada vez más acentuada en las diversas industrias, - excluyen a un gran número de individuos aptos de todo tra-- bajo, por lo que buscan la satisfacción de sus necesida-- des en la detentación del caudal ajeno".

"Dada la compleja causación del robo, preferentemente económica, la profilaxis social sólo puede obtenerse a través de la descomunal tarea de una más equitativa distribución de la riqueza. Actualmente, precisa reconocerlo, los intereses de clases del proletariado no pueden considerarse como suficientemente resguardados con las disposiciones de leyes preventivas o represivas que se aplican en casos de excepción y de anormalidad. En este terreno la acción social sólo puede ser efectiva, en primer lugar y para contribuir a la profilaxis de los delitos patrimoniales, por el esfuerzo de los Departamentos y de las leyes espe-- ciales, y principalmente por la acción directa e inmediata de las autoridades supremas que tienen a su cargo la obra de renovación y de transformación revolucionaria de las -- instituciones. Como medidas legalistas complementarias debe favorecerse la inclusión en nuestros textos penales de nuevas figuras de delito tuteladoras de los derechos industriales de las clases laborantes".

B I B L I O G R A F I A C O N S U L T A D A

- 1.- "Programa de Derecho Criminal" (Parte Especial) de Francisco Carrara.
- 2.- "Derecho Penal" (Parte Especial) de Edmundo Mezger.
- 3.- "Compendio de Derecho Penal" (Parte Especial) de Antonio Quintano Ripollés.
- 4.- "Derecho Penal" (Parte Especial) de Eugenio Cuello Calón.
- 5.- "Código Penal Español de 1870" de Alejandro Groizard y Gómez de la Serna.
- 6.- "Derecho Penal Mexicano" de Francisco González de la Vega.
- 7.- "Comentarios de Derecho Penal" (Parte Especial) de Francisco Pavón Vasconcelos.
- 8.- "Proyecto de Código Penal de la República de El Salvador" de 1957 y 1959.