

# **AUSENCIA FISICA DEL OBJETO: UN CASO DE TENTATIVA DE HURTO. NOCIONES Y FUNDAMENTOS BÁSICOS**

**Carlos D. Luque<sup>1</sup>**

*Al querido maestro Dr. Adolfo S. Beraja  
y a los Profesores Dres. Nelson R. Pessoa  
y Jorge E. Buompadre.*

## **Introducción**

A través del presente trabajo se intentará fundamentar una opinión a manera de solución para un caso de hurto en que el objeto de la acción esta ausente.

Es importante mencionar que este trabajo tiene como antecedente directo un caso similar que fuera materia de examen en el curso de Derecho Penal – Parte General que dictó el profesor Pessoa en 1996 en el grado universitario y que en el año 2006 se cumplieron 10 años; estos son los fundamentos de la resolución adoptada en aquel momento y que, creemos, siguen siendo los correctos.

La opinión, en realidad es eso lo único que aquí se busca: opinar para sumar, que aquí a de fijarse como conclusión es la finalidad que buscamos en esta breve investigación.

## **Hipótesis de trabajo**

La hipótesis de trabajo es un caso práctico que se desarrolla de la siguiente manera:

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional, Jefe de Trabajos Prácticos (Cátedra A), Facultad de Derecho Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Posgrado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, con Mención Especial, Universidad Católica de Salta (2005). Profesor de Derecho Publico Provincial – Universidad Católica de Salta, Sub-Sede Buenos Aires (2005-2006).

*“Santiago va a entrar a una casa con la intención de apoderarse de unos cheques que están en la caja fuerte que se encuentra en la vivienda; grande es la sorpresa de Santiago cuando encuentra la puerta de entrada de la casa totalmente abierta, por lo que puede llegar sin ningún tipo de inconvenientes hacia la caja fuerte; no obstante lo anterior, mayor aún es el asombro de Santiago cuando nota que también la caja fuerte estaba abierta, finalmente no logra su cometido (el apoderamiento de las cosas) porque los cheques (objeto de la acción) no están en la caja fuerte”.*

Iremos desglosando los tipos penales, las soluciones que nos parecen erróneas y, finalmente, trataremos de dar una opinión fundamentada de porque creemos que en este caso, se configura el delito de tentativas de hurto volviendo sobre nuestra hipótesis para demostrarlo.

### **El delito de hurto**

Creemos conveniente conocer que dice la ley penal argentina sobre el delito de hurto; reza el artículo 162 del Código Penal: ***“Será reprimido con prisión de un mes a dos años el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”***<sup>2</sup>

Como vemos la característica esencial que tiene el hurto es la acción de apoderamiento, nuestro Código Penal se sirve del verbo apoderarse.

Enseña Sebastián Soler que *“por lo tanto, la acción de apoderarse, típica para el hurto, debe consistir en la acción de poner, una persona, bajo su dominio y acción inmediata una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro”*<sup>3</sup>; Santiago entonces no cometió un hurto.

### **La tentativa -**

Aquí conceptualizaremos sintéticamente la figura de la tentativa para ir aclarando un poco más el panorama planteado.

<sup>2</sup> Código Penal de la Nación Argentina; Ed. Abeledo Perrot Bs. As., 1997.

<sup>3</sup> Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, tomo IV, pag. 171; Ed. TEA, Bs. As., 1978.

Llamamos tentativa a la conducta dolosa, a la que la ley le asigna un tipo penal, que a pesar de haber adquirido cierto grado de desarrollo, no llega a producir el resultado buscado.

El artículo 42 del Código Penal establece: *“el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”*.<sup>4</sup>

La ley se ocupa entonces únicamente de los actos de ejecución (romper el vidrio de una ventana para entrar a robar); y no de los denominados actos preparatorios (como la habitación que alquiló el ladrón para esconderse después del robo); para que haya tentativa, entonces, queda claro que son los actos de ejecución los que por lo menos debieron comenzar a realizarse.

### **El delito imposible de hurto**

Seguimos destacando lo que no se configura en el caso por nosotros expuesto, aunque ya dijimos que no se había producido un hurto, aquí afirmamos que tampoco se configura un delito imposible de hurto.

Exponemos la definición de delito imposible que da Pessoa: *“es una forma de tentativa que se caracteriza por la ineficacia del programa causal pensado y desplegado por el autor para la obtención de la finalidad delictuosa”*.<sup>5</sup>

La Corte Suprema de la Provincia de Tucumán, en un fallo citado por Pessoa, tiene dicho: *“es tentativa de delito imposible querer hurtar mercaderías de un camión cuando estas no habían sido cargadas en el vehículo”*<sup>6</sup>, *“trátase entonces de un delito imposible de hurto, por la inidoneidad del objeto sobre el cual recaía la acción”*.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Código Penal de la Nación Argentina; ob. cit.

<sup>5</sup> Pessoa, Nelson R.; Delito Imposible, Ed. Hammurabi, pag. 29; Bs. As., 1989.

<sup>6</sup> Pessoa, Nelson R.; ob. cit., pag. 144.

<sup>7</sup> Pessoa, Nelson R.; ob. cit., pag. 147.

Compartimos a medias la crítica que Pessoa le hace al fallo en cuestión; fallo de un caso que presenta una gran similitud con el ejemplo que hemos presentado como hipótesis de trabajo.

La crítica que apoyamos es la que dice que en este caso el objeto de la acción no es inidoneo, porque hay inidoneidad en el objeto, según Pessoa, cuando *“no reviste ciertas exigencias típicas. Por ejemplo, si la cosa que se lleva el autor del hurto no es ajena, sino propia”*<sup>8</sup>; aquí el objeto no es inidoneo sino que no esta o esta ausente.

La fundamentación que creemos errónea es la que dice *“somos de la opinión de que los casos de ausencia física del objeto de la acción, deben resolverse, no como delito imposible, sino que deben calificarse como soluciones atípicas”*.<sup>9</sup> En el punto siguiente nos ocupamos de la cuestión de la tipicidad en esta temática.

Terminamos expresando que en el caso jurisprudencial citado y, también, en nuestra hipótesis de trabajo no existe delito imposible de hurto.

### **Atipicidad**

Antes de dar una propuesta a modo de solución, parece importante mencionar que en el caso por nosotros expuesto tampoco hay una situación de atipicidad, como predica importante doctrina.<sup>10</sup>

Para nosotros deja de haber atipicidad cuando los actos preparatorios de un delito pasan a ser actos de ejecución, en ese momento ya se configura, por lo menos, la tentativa.

Lo importante es ahora dilucidar en que momento comienza la ejecución del delito independientemente de su posterior consumación o no.

<sup>8</sup> Pessoa, Nelson R.; ob. cit., pag. 147.

<sup>9</sup> Pessoa, Nelson R.; ob. cit., pag. 147.

<sup>10</sup> Pessoa, Nelson R.; ob. cit., pag. 108.

## Nuestra solución: tentativa de hurto

El título de este punto es nuestra propuesta de solución para el caso hipotético en análisis; para llegar a esta solución seguimos la obra de Soler.

Hemos visto que la ejecución es un requisito esencial de la tentativa, hay actos de ejecución o comienzan a ser de ejecución, aunque no se produzca el resultado querido cuando se viola “la esfera de poder” de otra persona; esta es la construcción de Soler sobre la esfera de poder que nosotros tomamos como fundamento para la solución del caso que planteamos.

Soler dice que la penetración en la esfera de custodia o poder (en nuestra hipótesis Santiago llegó hasta la caja fuerte de la casa) esta entendida como la “*posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos*”<sup>11</sup>, y agrega “*es claro que la penetración de la esfera de poder constituye no ya un mero acto preparatorio, sino un verdadero principio de ejecución*”.<sup>12</sup>

Agrega Soler que “*en consecuencia, el desplazamiento de la cosa no es el criterio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición*”.<sup>13</sup>

## Exposición de las soluciones

1. Santiago no comete un hurto porque no logra apoderarse de los cheques, objetivo final de su acción.
2. Santiago no comete un delito imposible de hurto porque su programa causal no es eficaz, el motivo por el que no pudo consumar el hurto es ajeno a su voluntad (ausencia física del objeto de la acción).
3. La conducta de Santiago no es atípica por cuanto al penetrar la esfera de poder de otra persona comenzó a ejecutar una conducta típica.

<sup>11</sup> Soler, Sebastian; ob. cit., pag. 174.

<sup>12</sup> Soler, Sebastian; ob. cit., pag. 179.

<sup>13</sup> Soler, Sebastian; ob. cit., pag. 174.

**4. Santiago comete una tentativa de hurto** porque realiza actos de ejecución al violar la esfera de poder de otra persona, como dijimos, el apoderamiento no se consuma por la ausencia física del objeto de la acción.

### **Conclusión**

Concluimos diciendo que Santiago comete tentativa de hurto porque viola la esfera de poder de otra persona entrando en su casa y llegando hasta la caja fuerte.

Realiza, el sujeto en cuestión, verdaderos actos de ejecución para alcanzar su finalidad (apoderarse de los cheques).

Santiago no logra consumir el hurto, a pesar de tener un programa causal eficaz, por cuestiones ajenas de su voluntad, en este caso la ausencia física de los cheques objetos de la acción.

Finalmente esperamos que este breve y simple ensayo haya sido mínimamente comprendido, es el único norte de su construcción y desarrollo.