



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# EL ITER CRIMINIS EN LOS DELITOS PATRIMONIALES DE APODERAMIENTO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA PLENARIA 1-2005/DJ-301-A

Carlos Pinedo-Sandoval

Piura, junio de 2014

FACULTAD DE DERECHO

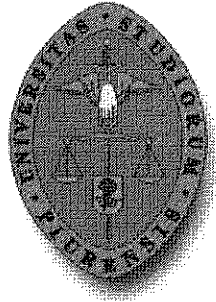
Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal

Pinedo, C. (2014). *El iter criminis en los delitos patrimoniales de apoderamiento: análisis de la sentencia plenaria 1-2005/DJ-301-A*. Tesis de Maestría en Derecho público con Mención en Derecho Penal. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



**UNIVERSIDAD DE PIURA**  
Facultad de Derecho

**EL ITER CRIMINIS EN LOS DELITOS PATRIMONIALES DE  
APODERAMIENTO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA PLENARIA  
1-2005/DJ-301-A**

Tesis que presenta el Licenciado Carlos Alberto Pinedo Sandoval para optar por el grado de Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Penal, dirigida por el Dr. Percy García Caveró.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials "C.A.P." followed by a stylized flourish.

PIURA, agosto de 2014



A MI MADRE Y HERMANOS

Abreviaturas.....	4
<b>PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES ACERCA DEL ESTADO ACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>6</b>
<b>1. Planteamiento del problema.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. La ausencia de una teoría general de los delitos patrimoniales.....</b>	<b>6</b>
1. 2. La Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A.....	8
<b>2. Presupuestos metodológicos .....</b>	<b>10</b>
<b>SEGUNDA PARTE: NECESIDAD DE UNA REINTERPRETACIÓN NORMATIVO-FUNCIONAL.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO: ¿DELITOS DE RESULTADO?.....</b>	<b>11</b>
<b>3. Consideraciones críticas en torno a la posición de la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A.....</b>	<b>11</b>
<b>4. Tesis que se defiende: Los delitos de apoderamiento como delitos de mera actividad.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENTATIVA.....</b>	<b>19</b>
<b>5. La tentativa en los delitos de mera actividad .....</b>	<b>19</b>
<b>6. Hacia una correcta interpretación del art. 16° CP .....</b>	<b>21</b>
<b>7. Tentativa e imputación objetiva .....</b>	<b>23</b>
<b>8. Delimitación entre tentativa (de delito patrimonial de apoderamiento) y actos preparatorios .....</b>	<b>25</b>
8.1. Punto de partida: los delitos de apoderamiento como delitos que requieren ruptura de la custodia ajena .....	25
8.1.1. ¿Es determinante la <i>sustracción del lugar?</i> .....	25

8.1.2. La sustracción del lugar como criterio puramente naturalista .....	26
8.1.3 Innecesariedad de la <i>sustracción de lugar</i> en casos de esferas de resguardo o de custodia concéntricas .....	29
8.2. El comienzo del apoderamiento penalmente relevante .....	34
<b>8.3. Exigencias procesales</b> .....	37
<b>9. La conducta de la víctima como criterio de referencia para afirmar o descartar la relevancia típica del hecho</b> .....	40
10. Irrelevancia del <i>animus lucrandi</i> en la determinación de la tipicidad de los delitos de apoderamiento .....	42
CAPÍTULO TERCERO: LA CONSUMACIÓN .....	45
11. Teorías clásicas .....	45
12. Posición de la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A .....	47
13. El carácter puramente fáctico y contingente de la <i>disponibilidad potencial</i> .....	50
13.1. La persecución ininterrumpida .....	50
13.2. La consumación en los casos de varios intervinientes .....	56
13.3. La consumación en las esferas de resguardo concéntricas : El caso de los supermercados y establecimientos de autoservicio .....	58
14. Posición que se asume .....	60
14.1. El cambio de perspectiva: El <i>hecho</i> visto desde la óptica del afectado y no desde la del autor .....	60
14.2. Requisitos del <i>apoderamiento</i> y su delimitación respecto de la consumación de otros delitos patrimoniales .....	64
14.2.1. Apoderarse <i>para obtener provecho</i> .....	64
14.2.2. Apoderamiento ilegítimo .....	67

CAPÍTULO CUARTO: EL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES DE APODERAMIENTO .....	68
15. El desistimiento como modificación del hecho .....	68
16. El desistimiento en los delitos de apoderamiento .....	70
<b>16.1. El desistimiento de la tentativa inacabada</b> .....	70
<b>16.2. Desistimiento versus apoderamiento</b> .....	72
17. Requisitos para el desistimiento .....	76
18. Consecuencias jurídicas del desistimiento .....	78
19. El desistimiento en caso de varios intervinientes.....	79
<b>CONCLUSIONES</b> .....	81
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	83

## Abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art./Arts.	Artículo/Artículos
CP	Código Penal
Etc.	Etcétera
Exp.	Expediente
Inc./inc.	Inciso/Incisos
Lit.	Literal/Literales
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
RUDEP	Revista de Derecho de la Universidad de Piura
S.P. N° 01-2005	Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A
v. gr.	<i>verbi gratia</i>

# PRIMERA PARTE: INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES ACERCA DEL ESTADO ACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

## 1. Planteamiento del problema

### 1.1. La ausencia de una teoría general de los delitos patrimoniales

La lesión de un derecho patrimonial perteneciente al ámbito de organización de una persona puede manifestarse fenomenológicamente de diversos modos<sup>1</sup>. Así, a nivel de Derecho positivo se han regulado una serie de conductas a través de las cuales se castiga la apropiación prohibida (*apoderamiento*) del patrimonio ajeno, diferenciándose –fenotípicamente- según dónde o cómo «interviene» el sujeto competente. Atendiendo a la sistemática de nuestro Código Penal, puede ser que el bien haya sido colocado por el titular en el ámbito de organización de otra persona para determinados fines y ésta procede a incorporarlo a su ámbito de dominio como propio (Art. 190°), o puede que una persona consiga mediante la infracción de deberes de veracidad que el titular o poseedor de un bien se lo entregue en propiedad (Art. 196°). En lo que respecta a los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP, el medio para el *apoderamiento* sobre el bien es la *sustracción*<sup>2</sup>, esto es, la acción u omisión (diferencia meramente naturalista) de sacar el bien del ámbito de organización de su titular sin su consentimiento<sup>3</sup>.

*Sustracción* y *apoderamiento* son los dos conceptos centrales que caracterizan a este tipo de delitos patrimoniales –hurto, robo y abigeato-. Bajo esta perspectiva, el presente trabajo tiene por objeto trazar las líneas generales de lo que constituye una nueva propuesta dogmática que, sustentada sobre la base de criterios estrictamente normativistas, resulte eficaz y adecuada para abordar la

---

<sup>1</sup> Cfr. JAKOBS, en *Indret*, p. 5.

<sup>2</sup> En el caso de los Arts. 188° (Robo), 189° (Robo agravado) y 189°-C (Robo de ganado), se exige que el *apoderamiento* vaya acompañado del empleo de violencia contra la persona o amenaza de peligro inminente para su vida o integridad física.

<sup>3</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 40.

problemática del *iter criminis* en dichos injustos<sup>4</sup>. La herramienta conceptual que nos servirá para fundamentar nuestra propuesta es la *teoría de la imputación objetiva*. En ese sentido, las tesis que aquí se defenderán corresponde contextualizarlas dentro de la actual y creciente tendencia hacia la integración entre *parte especial* y *parte general*, las cuales -como ya hace muchos años lo pusiera de relieve WOLF-, nunca han tenido un desarrollo dogmático simétrico, pues, «mientras la Parte General del Derecho penal (...) se ha caracterizado por el desarrollo de un elaborado método sistemático, las exposiciones de la Parte Especial se siguen contentando con la glosa o el comentario de las disposiciones legales»<sup>5</sup>.

La importancia de una *generalización de la parte especial*, en este caso, de los delitos patrimoniales ha sido, en los últimos años, fuertemente impulsada a través de importantes estudios dogmáticos<sup>6</sup>, los cuales nos demuestran que el proceso de normativización no se ha quedado únicamente en la teoría general del delito, sino que en los tipos penales de la parte especial ha comenzado también a discutirse sobre la reformulación normativa de muchos elementos típicos que son interpretados normalmente a partir de una comprensión fenotípica del delito<sup>7</sup>. Se da plena vigencia, así, a la conocida expresión de HÄLSCHNER según la cual, «[t]odo lo que de algún modo aparece como elemento esencial del tipo especial nunca es sólo algo especial, sino, asimismo, algo general que desde esta perspectiva reclama su debida consideración en la parte general»<sup>8</sup>.

Una visión naturalista de los elementos típicos del delito incluiría supuestos que, desde el fin de protección de la norma penal, no deberían abarcarse, mientras que dejaría al margen supuestos equivalentes que, desde las

---

<sup>4</sup> Las consecuencias sistemáticas que de nuestro planteamiento se extraen respecto de los Arts. 187° y 189°-B del CP, serán expuestas *Infra*.

<sup>5</sup> Cfr. WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad*, p. 9.

<sup>6</sup> Principalmente, vid. JAKOBS, en *Indret*, p. 5; KINDHÄUSER, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, p. 10 y ss; PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, p. 17 y ss. En el Perú, vid. GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 17 y ss; PINEDO SANDOVAL, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 34 (2012), p. 51 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 24.

<sup>8</sup> HÄLSCHNER, citado por JAKOBS, en *RECPC*, 04-13 (2002), 13:18.

necesidades sociales de punición, sí deberían ser sancionados<sup>9</sup>. Gran parte de la doctrina nacional, sin embargo, al ocuparse de la *parte especial*, no lo hace sobre la base de criterios generales de imputación sino que, sorprendentemente, todavía utiliza a rajatabla el método analítico tradicional propio del positivismo. Probablemente a ello se deba que, en nuestro país –de forma más acentuada que en muchos otros ordenamientos-, hasta el día de hoy no resulte posible encontrar principios generales que informen la dogmática de los delitos patrimoniales<sup>10</sup>.

La situación antes descrita conlleva a que se realicen interpretaciones de los tipos penales que devienen en aisladas y, en muchos casos, incluso contradictorias. Por ejemplo, el problema de cómo identificar el momento de la consumación en el robo agravado, no ha sido abordado como una cuestión que atañe –como efectivamente lo es- a todos los *delitos patrimoniales de apoderamiento*, esto es, a los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP. La mayoría de *Manuales* se siguen limitando a realizar interpretaciones aisladas y particulares, sin tener siquiera una noción del carácter general de la problemática. No obstante, si acaso algo general se puede extraer de las interpretaciones de la doctrina nacional son los cuestionables presupuestos dogmáticos que se asumen: El delito como lesión o puesta en peligro de bienes y, el lado subjetivo –en el sentido de *animus, voluntad o representación*- como criterio capaz de fundamentar por sí solo la ilicitud de un comportamiento.

## **1. 2. La Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A**

En nuestro país, con fecha 30 de septiembre del año 2005, el Pleno Jurisdiccional de Vocales de la Corte Suprema de la República emitió la S.P. N° 01-2005 fijando posición respecto al momento de la consumación en el delito de robo agravado. Las razones que explicaron la existencia de este pronunciamiento fueron fundamentalmente dos: la existencia de discrepancia jurisprudencial y el hecho de que el delito de robo agravado contempla las penas más graves

---

<sup>9</sup> GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 24.

<sup>10</sup> En particular sobre esta problemática, SILVA SÁNCHEZ, *Tiempos de Derecho Penal*, p. 157 y ss.

respecto de los otros delitos de apoderamiento. No es lo mismo condenar a una persona por tentativa de robo agravado que por robo agravado consumado. De allí que la Corte Suprema haya buscado, aunque con base en argumentos dogmáticos altamente cuestionables, establecer criterios generales que garanticen un mínimo de seguridad jurídica.

Al respecto, podemos extraer los siguientes presupuestos de los que parte la S.P. N° 1-2005: (1) Existe una equivalencia estructural entre los delitos de hurto y robo (y, por ende -añadimos nosotros-, también respecto del abigeato)<sup>11</sup>; (2) los delitos patrimoniales de apoderamiento son delitos de resultado<sup>12</sup>; y, (3) se adopta la tesis de la *disponibilidad potencial* para establecer el momento de la consumación en esta clase de delitos<sup>13</sup>, por lo que: (a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; (b) si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, (c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

La problemática del *iter criminis* en los delitos patrimoniales de apoderamiento, a nuestro parecer, no ha sido enfocada de la mejor manera por parte de la Corte Suprema y menos agotada con dicho pronunciamiento. Por tanto, es tarea de la dogmática penal establecer, haciendo uso legítimo del derecho a formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, criterios conceptuales –aceptables científicamente- que permitan racionalizar el sistema de administración de justicia de modo que las decisiones de los tribunales sean verdaderamente justas y compatibles con la realidad social. Para ello, en primer lugar, y además del problema de la *consumación*, todavía hace falta

---

<sup>11</sup> Vid. Fund. II. 6 y 7 de la S.P. N° 1-2005.

<sup>12</sup> Vid. Fund. II.8 de la S.P. N° 1-2005.

<sup>13</sup> Vid. Fund. II.9 y 10 de la S.P. N° 1-2005.

abordar el problema de los límites de la *tentativa*, esto es, determinar cuándo una persona traspasa de su ámbito libre de organización hacia el ámbito de lo punible en los delitos patrimoniales de *apoderamiento*. Ello, a su vez, implica establecer criterios que permitan diferenciar entre *tentativa* -su *desistimiento*- y *actos preparatorios*. Una vez planteado y resuelto este primer asunto, recién podremos complementar nuestras conclusiones con lo referido a la *consumación*.

## 2. Presupuestos metodológicos

En lo que sigue del presente trabajo, nos ocuparemos –de la mano de la *teoría de la imputación objetiva* del profesor Günther JAKOBS-, de enfocar *normativamente* la problemática del *iter criminis* en los delitos patrimoniales de *apoderamiento*, además de analizar críticamente cada uno de los postulados a los que se ha arribado en la S.P. N° 1-2005. Nuestro punto de partida implica concebir el delito no como la afectación causal o final de un bien jurídico, sino como una expresión de sentido contraria a las expectativas normativas de la sociedad. A partir de dicha comprensión, demostraremos que resulta perfectamente posible plantear criterios generales para diferenciar entre *actos preparatorios*, *tentativa*, *desistimiento* y *consumación* en los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP, tomando en consideración, además, que los principios generales de la imputación no pueden desarrollarse con independencia de las condiciones de comunicación de una sociedad<sup>14</sup>.

Bajo estas coordenadas, el método del presente trabajo es el funcionalismo jurídico-penal en su expresión jakobsiana, cuyos postulados exigen el abandono de criterios naturalistas y psicologicistas en favor de un enfoque esencialmente normativo de la imputación. A partir de esta comprensión, el Derecho Penal no tiene como misión exclusiva –e infructuosa- la protección de bienes sino que, si se pretende que el Derecho Penal realice una prestación efectiva a la sociedad, su función debe consistir en garantizar la identidad normativa de la sociedad a través

---

<sup>14</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 500: «(...) y de ahí que, hablando en términos ejemplificativos, en un grupo íntimo difieran de los de una macro sociedad secularizada».

de la re-estabilización de las expectativas institucionalizadas que han sido defraudadas. La mera lesión de un bien, por consiguiente, no nos servirá como criterio rector para delimitar entre actos preparatorios, tentativa y consumación en aquellos delitos patrimoniales que requieren sustracción. El delito no es la lesión causal o final de bienes jurídicos sino que, propiamente, es una expresión comunicativa de sentido contraria a la norma.

## **SEGUNDA PARTE: NECESIDAD DE UNA REINTERPRETACIÓN NORMATIVO-FUNCIONAL**

### **CAPÍTULO PRIMERO: ¿DELITOS DE RESULTADO?**

#### **3. Consideraciones críticas en torno a la posición de la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A**

En el fundamento II.8 de la S.P. N° 01-2005 se afirma que el hurto y el robo son delitos de resultado. A juicio de los magistrados de la Corte Suprema que suscriben dicha S.P.:

*«La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad».*

Se agrega, en esa línea, que este entendimiento de ambos delitos (como delitos de resultado):

*«(...) fuerza a entender no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa -adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera, situación que permite diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento. En tal virtud, el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho -resultado típico- se manifiesta*

*en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aún cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito».*

Esta concepción del hurto, robo y abigeato como delitos de resultado también ha sido respaldada por la mayoría de la doctrina nacional. Por ejemplo, SALINAS SICCHA sostiene que «el delito de hurto es un hecho punible de lesión y resultado»<sup>15</sup>, al igual que el de robo<sup>16</sup> y abigeato<sup>17</sup>. Por su parte, en el caso de PEÑA CABRERA FREYRE y GÁLVEZ VILLEGAS/ROJAS LEÓN, aunque no se pronuncian expresamente sobre el tema, puede colegirse que también consienten dicha concepción toda vez que manifiestan su adhesión al contenido de la S.P. N° 01-2005 tanto respecto del hurto<sup>18</sup> como del robo<sup>19</sup>. Similar posición es defendida por REÁTEGUI SÁNCHEZ<sup>20</sup>, quien a pesar de reconocer que el Art. 185° del CP no exige expresamente un resultado típico separado de la conducta típica, termina adhiriéndose, sin más, a lo establecido por la S.P. N° 01-2005, de la cual sí se deslinda, sin embargo, al ocuparse del delito de robo.

Distanciándonos de los criterios arriba expuestos, nosotros consideramos que en el fundamento II.8 de la S.P. N° 01-2005 se incurre en un razonamiento circular. Así, en dicho apartado se sostiene que cuando el agente desapodera a la víctima del bien mueble, aquél no solamente adquiere poder sobre éste sino que, como correlato, se produce la pérdida actual del mismo (es decir, del bien mueble) por parte de quien lo hubiera tenido. Con ello, sin embargo, la Corte Suprema no nos ha dicho nada. Es lo mismo que decir: “*Cuando el agente desapodera a la víctima del bien, ésta pierde el bien*”; o, “*cuando el agente mata a la víctima, ésta*

---

<sup>15</sup> SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 681.

<sup>16</sup> SALINAS SICCHA, *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, p. 719.

<sup>17</sup> SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 751.

<sup>18</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 165 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS/ROJAS LEÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 697 y ss.

<sup>19</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 234 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS/ROJAS LEÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 776 y ss.

<sup>20</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, p. 58 y ss.

*pierde la vida*”; o “*cuando el agente destruye o inutiliza dolosamente un bien, éste ya no puede utilizarse ordinariamente*”, etc. Con base en este razonamiento circular, la Corte Suprema concluye que es posible «*diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento*», razón por la cual el hurto y el robo son *delitos de resultado*. Lo que, erróneamente, pretende la Corte Suprema, sin embargo, es aislar dos conceptos que se presentan simultánea e indisolublemente unidos a la acción del agente.

Veamos, si examinamos la estructura de un delito de resultado indiscutido, como el homicidio, encontraremos que en él el autor es capaz de *dominar* el hecho hasta un cierto momento, a partir del cual, sin embargo, la tipicidad sólo se completa y perfecciona si ocurre algo que depende de un encadenamiento causal al cual el sujeto no está ya en condiciones de imprimir dirección. Así, por ejemplo, cuando A quiere matar a B mediante un tiro de revólver, él domina con su actividad la sacada del arma, la operación de apuntar y la de accionar el gatillo; en cambio, el proceso de salida de la bala, su trayectoria y la producción final de una lesión mortal escapan a su dirección inmediata, al despliegue de energía física en que se exterioriza su comportamiento. En efecto, puede ocurrir que el revólver esté deteriorado y el proyectil no salga, o que, por cualquier causa, adopte una dirección inesperada, o que B lleve un chaleco antibalas que impida la entrada de plomo en su cuerpo o que éste penetre realmente pero no lesione ningún órgano realmente vital<sup>21</sup>. En este sentido, la exigencia de un resultado separado de la conducta del autor es el criterio que permite distinguir los *delitos de mera conducta* de los *delitos de resultado*<sup>22</sup>.

Incluso, podemos imaginar dos casos exactamente iguales en los cuales los autores han logrado inferir a las víctimas heridas idénticas, pero en uno de los cuales el lesionado muere, porque no recibe asistencia, mientras que en el otro es atendido prontamente por un médico de excepcional pericia, que pone en juego todos sus recursos y le salva la vida. En todas las últimas situaciones descritas se

---

<sup>21</sup> Cfr. CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 70 y ss.

<sup>22</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 393.

aprecia perfectamente que los procesos causales posteriores al *comportamiento* mismo del sujeto activo escapan a su injerencia directa, y él sólo puede dirigirlos mediatamente. Pues bien, en *ese conjunto de encadenamientos no dominados inmediatamente por la actividad del autor y que, sin embargo, son exigidos por el tipo del homicidio para la consumación del delito, consiste el resultado*<sup>23</sup>. De la exigencia de un *resultado* de dicha naturaleza carecen, precisamente, los delitos patrimoniales de apoderamiento: hurto, robo y abigeato.

El carácter de delitos de mera actividad y no *de resultado*, que categoriza a los delitos de apoderamiento ya había sido advertido hace más de dos décadas por Enrique CURY, uno de los penalistas más importantes de Chile, quien de forma muy clara señalaba que: «A diferencia de lo que sucede en los delitos de resultado, en los de *mera actividad el tipo describe un hecho cuya realización completa requiere la intervención corporal del agente, y se desentiende de consecuencias posteriores que puedan producirse a causa de ello*»<sup>24</sup>. En ese sentido -colige CURY-, es notorio que para extraer una cosa de la esfera de poder y custodia de su detentador legítimo, el autor usualmente *tiene que efectuar un despliegue constante de energía directa sobre ella*. Así, por ejemplo, para sustraer ciertos objetos fuera de la casa en que los conserva su propietario, el ladrón necesita *transportarlos consigo, cargándolos* hasta encontrarse en un lugar y situación en que ya pueda disponer de ellos. A modo de ejemplo, quien quiere apoderarse de los accesorios de un automóvil tiene que sacarlos de su emplazamiento y llevarlos con él fuera del alcance del dueño. En ninguno de estos casos –y en la mayoría de los que se pueden imaginar- hay un momento en que el curso causal salga de las manos del agente y se desencadene independientemente<sup>25</sup>.

Dicho lo anterior, podemos concluir, a modo de resumen, que los delitos de mera actividad se consuman con la realización de la acción – v.gr. el delito de

---

<sup>23</sup> CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 71.

<sup>24</sup> CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 71.

<sup>25</sup> CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 72.

violación de domicilio del Art. 159° del CP- o de la omisión –v.gr. omisión pura, como el delito de omisión a la asistencia familiar del Art. 149° del CP- sin que sea necesario constatar un resultado temporal y especialmente separado de la conducta. En los delitos de resultado, por el contrario, se exige un resultado separado espacial y temporalmente de la acción del autor como es el caso del delito de homicidio o de estafa<sup>26</sup>. En los delitos de hurto, robo y abigeato, tanto la desposesión del bien que sufre la víctima, como el apoderamiento por parte del agente, se presentan de manera simultánea con la acción desplegada por aquél. Esta situación –aunque resulte paradójico- es reconocida por la propia Corte Suprema en la S.P. 1-2005, en cuyo fundamento II.8 se establece que: « (...) *el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical [DESPOSESIÓN!] y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho [APODERAMIENTO!]*». ¿No era que acaso –como la propia Corte lo afirmó inicialmente- es posible diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento?, ¿Por qué ahora se sostiene que ambos conceptos se presentan correlativamente dando lugar a la consumación?

#### **4. Tesis que se defiende: Los delitos de apoderamiento como delitos de mera actividad**

Además de lo dicho anteriormente, existen dos razones adicionales -una de carácter dogmático y una de carácter legal- para afirmar que los delitos de hurto, robo y abigeato no son delitos de *resultado* –entendido éste como la realización del riesgo creado inicialmente por el autor – sino que, propiamente, se trata de delitos de mera actividad o si se quiere–por utilizar una terminología tradicional- de *delitos de resultado cortado*. Bajo una interpretación normativa y no psicologicista, en los delitos de resultado cortado el tipo penal se completa o se consume con la sola *creación de un riesgo idóneo para la producción del resultado*. En los Arts. 185°, 188° y 189°-A del CP, no se exige la realización material de un resultado

---

<sup>26</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 393.

naturalista, esto es, la existencia de un resultado independiente de la conducta del autor, sino que basta con la infracción de un deber negativo de aseguramiento cuyo sentido comunicativo sea contrario a la norma que garantiza el respeto de la propiedad ajena, o la infracción de un deber positivo de velar por la conservación del patrimonio del beneficiario institucional.

El error de la doctrina y jurisprudencia consistente en sostener que los delitos de apoderamiento son delitos de resultado –como bien lo explica HERNÁNDEZ BASUALTO-, tiene su génesis en un malentendido recurrente, cual es confundir el alcance de los binomios *delitos de mera actividad / delito de resultado* y *delito de peligro / delito de lesión o daño*. Mientras la primera distinción gira en torno a si el delito requiere algo más que la conducta del agente para su consumación, la segunda atiende a si éste requiere o no una efectiva lesión del bien jurídico protegido<sup>27</sup>. Y si bien se trata –apunta HERNÁNDEZ BASUALTO- de categorías que suelen coincidir (los delitos de peligro suelen ser, además, de mera actividad), no se identifican necesariamente. Así, el hurto es manifiestamente un delito de lesión, porque el apoderamiento de la cosa ajena lesiona efectivamente el vínculo entre ésta y su titular, pero una cosa muy distinta es que sea un delito de resultado, para lo cual lo único decisivo es si, además de la conducta de apropiación, el tipo requiere que esa conducta produzca algo distinto de ella misma, cual no es el caso<sup>28</sup>.

Lo que hace la S.P. N° 01-2005 es confundir los *efectos* del delito con la –inexistente- exigencia de un *resultado material*. Al respecto, cabe aclarar que es indudable que la conducta de apropiación tiene *efectos* que podrían sugerir la presencia de un resultado, como es, por ejemplo, la pérdida de la cosa por parte de su titular o la lesión del bien jurídico. Pero para que esos efectos técnicamente

---

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en *La Semana Jurídica*, p. 7.

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en *La Semana Jurídica*, p. 7. En nuestro país, sin embargo, hay autores que confunden los delitos de lesión con los de resultado. Así, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 719: «Es lugar común afirmar que el delito de robo simple es de lesión o de resultado (...)». La misma confusión se observa en REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, p. 58 y ss.: «(...) el hurto es un delito de resultado lesivo, ya que hace falta el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de una cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo».

constituyan un resultado típico se requiere que, además de ser exigidos por la ley, sean *distinguibles y separables* de la conducta misma. Entonces, si la pérdida de la cosa por parte de su titular se confunde de un modo inseparable con lo que el agente debe hacer, esto es, si la apropiación consiste precisamente al menos en desposeer a la víctima –lo cual es reconocido por la propia S.P. N° 01-2005<sup>29</sup>!- no puede tratarse de un resultado típico. Una vez que el sujeto se apropia de la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño el delito simplemente se consuma, la ley no exige nada más<sup>30</sup>.

Por otra parte, si nos remitimos a la literalidad de los Arts. 185°, 188° y 189°-A, podemos encontrar que, el primero de ellos -que castiga el hurto-, utiliza la fórmula “para obtener provecho”, al igual que el Art. 189-A -que tipifica el delito de abigeato-; y, en el mismo sentido, el Art. 188°- referido al delito de robo, contempla la fórmula «para aprovecharse». Esta técnica legislativa no hace sino confirmar la tesis que venimos defendiendo. Lo que ha hecho el legislador es “recortar el resultado”, de modo tal que la obtención de un *provecho* por parte del agente no es un elemento necesario para consumar el delito. ¿Para qué sirve, entonces la fórmula *para obtener provecho*? En realidad, dicha fórmula constituye un criterio interpretativo importante para identificar el apoderamiento típico de los delitos de hurto, robo y abigeato, y a la vez descartar la tipicidad de otros delitos como los daños o la usurpación.

Para que exista un apoderamiento típico de hurto, robo o abigeato, la conducta del autor debe tener el *sentido comunicativo* de idoneidad para la obtención de un provecho. Nos encontramos entonces, ante un criterio que debe ser interpretado de modo objetivo y cuya ausencia implicará descartar la configuración de los delitos de apoderamiento. La conducta del autor, vista objetivamente y en el contexto en que tiene lugar, debe tener el significado de

---

<sup>29</sup> Vid. el fundamento II. 8: «La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad. Este entendimiento de ambos delitos, a su vez, fuerza a entender **no sólo que el agente desapodera a la víctima de la cosa –adquiere poder sobre ella- sino también, como correlato, la pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera (...)**». (énfasis añadidos)

<sup>30</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, en *La Semana Jurídica*, p. 7.

idoneidad para aprovecharse del contenido adscriptivo de la propiedad ajena. Si el autor de un hurto, robo o abigeato lograra, no obstante, obtener un *provecho efectivo* como consecuencia del apoderamiento ilegítimo del bien, ello no sería más que una conducta post consumativa perteneciente a etapa de *agotamiento* del delito.

La fórmula “para obtener provecho”, en el sentido de los Arts. 185°, 188° y 189°-A, sin embargo, ha sido interpretada de manera psicologicista por parte de la doctrina tradicional. Así, se afirma que estamos ante elemento subjetivo adicional al dolo, equiparable a un *animus lucrandi* o finalidad última de obtener un provecho, beneficio, utilidad o ventaja indebida<sup>31</sup>. En palabras de GÁLVEZ VILLEGAS/ROJAS LEÓN, se trataría de un «elemento de tendencia interna trascendente, el cual se caracteriza porque trasciende el conocimiento y voluntad configurativos del dolo». En tal sentido, SALINAS SICCHA afirma que «si en el actuar del agente existe otra intención diferente a la de obtener un provecho, el delito de hurto no se evidencia. No habrá hurto por ejemplo, en el caso que el agente sustrae unos viejos caballos de carrera para evitar que su dueño pase apremios económicos que le origina su manutención y cuidado»<sup>32</sup>. Lamentablemente, esta interpretación psicologicista de la fórmula “para obtener provecho” coincide con la utilizada ordinariamente en los tribunales de justicia nacionales. En estos se utiliza, de modo reiterado, argumentos tales como que «el animus de obtener un provecho no es otra cosa que la intención de obtener un beneficio, ya sea de utilidad o ventaja»<sup>33</sup>, o que «los hechos denunciados no constituyen delito de hurto, [cuando el agente] no tuvo la intención de obtener provecho económico»<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Son partidarios de esta forma de interpretación, SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 677; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, p. 295 y 309; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, p. 64; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, p. 171 y ss.

<sup>32</sup> SALINAS SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 677.

<sup>33</sup> Ejecutoria Suprema del 11/10/2004, R.N. N° 347-2004-JUNÍN, en ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, t. II, p. 464.

<sup>34</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Primera Sala Penal Transitoria del 30/03/2007, R.Q. N° 865 – 2006-TACNA. Por su parte, la Ejecutoria Suprema del 17/02/2005, (Exp. N° 3932-2004), define el delito de robo como «el apoderamiento de un bien mueble, con *animus lucrandi*».

Las inconsistencias nefastas de este modo de proceder psicologicista serán expuestas *infra* 17.

En lo que sigue del presente trabajo, nos ocuparemos de las consecuencias que conlleva sostener que el hurto, robo y abigeato son delitos de resultado cortado o de mera actividad. Esto es, la imposibilidad de configurarse estos delitos en grado de tentativa acabada, lo concerniente al desistimiento de la tentativa inacabada y, finalmente, lo referido a la consumación. A tal efecto, desarrollaremos una interpretación objetivo-normativa del *iter criminis* en estos delitos patrimoniales de apoderamiento.

## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA TENTATIVA**

### **5. La tentativa en los delitos de mera actividad**

En los delitos de simple (o de mera) actividad, cabe hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos<sup>35</sup>. Sin embargo, mientras que en los delitos de resultado es posible concebir tanto una *tentativa inacabada* como una *acabada*, en los de mera acción o simple actividad sólo es imaginable la primera de estas alternativas<sup>36</sup>. El desaparecido penalista chileno ENRIQUE CURY –con ocasión de la reinante confusión jurisprudencial que en dicho país admitía la tentativa acaba en el delito de hurto- describió con toda claridad esta distinción, haciendo hincapié en que únicamente en un delito de resultado puede ocurrir que el autor haya hecho todo lo necesario para que el hecho se consume –esto es, que haya ejecutado toda la acción descrita por el tipo, que haya dirigido inmediatamente los cursos causales hasta donde puede hacerlo –y que, sin embargo, esto no se verifique –el resultado no ocurra, el encadenamiento de cursos causales independientes no conduzcan a la meta propuesta- por una causa independiente de su propio dominio<sup>37</sup>. Ello sucede –en consideración

---

<sup>35</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, p. 310.

<sup>36</sup> CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 71.

<sup>37</sup> Cfr. CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 72.

de CURY- porque la descripción típica, al exigir algo que trasciende a la actividad corporal del agente, permite que ésta se agote y, sin embargo, la consumación –la perfecta adecuación del hecho concreto a las exigencias de esa descripción abstracta- no suceda<sup>38</sup>.

Los delitos de mera actividad, en cambio, se perfeccionan con la sola conducta del agente sin que se requiera para ello la producción de un resultado material, no obstante lo cual, la conducta puede en determinados casos fraccionarse intelectual y físicamente<sup>39</sup>. En estos delitos, cualquier interrupción implica que la conducta queda incompleta, esto es, que si bien el sujeto dio principio al comportamiento antes descrito por la ley, no llegó a ejecutarse enteramente debido a que aún tenía el autor que realizar nuevos despliegues de energía para imprimir la dirección requerida a los cursos causales<sup>40</sup>. Siendo así, las formas de aparición de esta clase de delito se limitan tradicionalmente a la consumación, que se presentaría cuando el autor realiza todas las exigencias de la conducta delictiva, y la tentativa inacabada, correspondiendo a la situación en que el sujeto ha dado comienzo a la actividad, pero ésta no alcanza su pleno desarrollo<sup>41</sup>.

Los delitos patrimoniales de apoderamiento, al ser delitos de mera actividad, no admiten en su estructura la posibilidad de una tentativa acabada. No existe un espacio entre el momento en que el sujeto concluye su comportamiento y aquél en el cual el delito se consuma. Simplemente, si el sujeto no concluye su comportamiento, no existirá *apoderamiento* (consumación), mientras que, si lo concluye, ello supondrá entonces la configuración de este último elemento. Como no existe, por tanto, una separación espacio-temporal entre el comportamiento completo del autor y el

---

<sup>38</sup> Cfr. CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 72.

<sup>39</sup> RAMÍREZ, en *Revista de Derecho*, XXVI (2005), p. 134.

<sup>40</sup> Cfr. CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 72.

<sup>41</sup> RAMÍREZ, en *Revista de Derecho*, XXVI (2005), p. 134.

*apoderamiento*, la tentativa acabada es imposible y sólo podía apreciarse una tentativa inacaba<sup>42</sup>.

## **6. Hacia una correcta interpretación del art. 16° CP**

El Art. 16° del CP establece que:

*«En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena».*

¿Cómo debe interpretarse correctamente este precepto? La doctrina tradicional, asumiendo la teoría del injusto personal, ha entendido que el sentido que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho, determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad, es decir, «si el autor, de acuerdo con su plan de hecho, ha realizado todo lo necesario, concurre ya, de forma plena y completa, el desvalor de acción»<sup>43</sup>. De acuerdo con esta comprensión, el injusto ya no es así ningún acontecer necesariamente relevante desde el punto de vista social, sino algo que sólo puede tener lugar entre norma e individuo y que con sus elementos determinantes solamente allí tiene lugar<sup>44</sup>. Ahora bien, este modo de entender la tentativa y el injusto resulta altamente cuestionable. Si se afirma que, «en la tentativa, la voluntad delictiva conforma el fenómeno contra el que se dirige la ley penal», entonces, ya ni siquiera cabría preguntarse, de manera razonable, por aquello que conforma lo realmente no permitido y arriesgado de una tentativa<sup>45</sup>.

Como bien lo señala JAKOBS<sup>46</sup>, la solución que ofrece la doctrina tradicional es imaginable en una sociedad cuyos miembros idealmente trasvasan entre sí relaciones sin cortapisas; que aceptasen, no sólo que cada cual tiene, por medio

---

<sup>42</sup> Cfr. CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 73.

<sup>43</sup> Cfr. JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 496.

<sup>44</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 496.

<sup>45</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 495.

<sup>46</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 497.

de la experiencia, una idea distinta de los acontecimientos que conforman el mundo, sino que también aceptasen que a algunos no les importa el mundo cognoscible por medio de la experiencia sino, por ejemplo, las intuiciones, sueños o revelaciones. Algo así puede ser válido en pequeños grupos, muy íntimos, o en comunidades religiosas, pero como hipótesis para explicar el injusto en la sociedad actual no sirve.

Cuando una norma –como la subyacente al Art. 16° del CP -, establece: «no debes dar comienzo a la producción del resultado X», ello puede significar, conforme a la doctrina tradicional, que «no debes dar comienzo a algo que a tu juicio constituya la causación del resultado X». Sin embargo, también puede significar, -a la par de otras cosas como «tu no debes producir, de hecho, el resultado X», con lo cual el injusto es entonces toda causación del resultado, y sólo esta – que «tu no debes dar comienzo a algo que de acuerdo con un juicio racional y objetivo produce el resultado X»<sup>47</sup>. Es ésta última posición la que defenderemos para abordar el problema de la tentativa y consumación en los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP.

Es la *perspectiva objetiva*, por lo tanto, la que permite establecer adecuadamente los criterios adecuados para fijar el marco de la tentativa punible. Establecer los límites de la tentativa implica precisar cuándo se está en la esfera de lo prohibido. Se puede decir, entonces, que una forma de medir y valorar el alcance que una sociedad quiere otorgar a su instrumento punitivo es precisando qué se comprende dentro de la tentativa. No por nada los Estados autoritarios han sido siempre proclives a castigar actos claramente preparatorios o punir ciertos supuestos de tentativa inidónea<sup>48</sup>. Es cierto que, independientemente de los planteamientos teóricos que se adopten, *fijar el inicio de la actividad punible* es un problema que presenta particulares aristas, sin embargo, dicha situación no es

---

<sup>47</sup> Cfr. JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 497.

<sup>48</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 2.

óbice para aspirar a fijar un marco que responda a los parámetros garantísticos mínimos propios de un Estado Constitucional de Derecho<sup>49</sup>.

## 7. Tentativa e imputación objetiva

La teoría de la *imputación objetiva* es una herramienta dogmática que permite identificar cuándo un comportamiento es jurídico-penalmente relevante, esto es, cuándo nos encontramos, efectivamente, ante una toma de postura contraria a la norma. En un sistema penal unitario como el defendido por Jakobs, la teoría de la *imputación objetiva*, como delimitadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, es decir, tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos e imprudentes, así como a las acciones y omisiones<sup>50</sup>. La *imputación objetiva* resulta también aplicable para delimitar la *tentativa* de la *consumación*, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un *riesgo penalmente prohibido*<sup>51</sup>, lo cual, en caso de cumplirse los demás requisitos exigidos por el tipo penal, permitirá afirmar la existencia de la consumación del delito. En este sentido, también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor<sup>52</sup>.

La expresión de sentido de una tentativa se interpreta, por tanto, de modo netamente *objetivo*, atendiendo al contexto específico de actuación social del autor. La voluntad, representación o *animus* del autor, –al ser datos naturalistas–, pasan a un segundo plano. Como bien expresa Frisch: «Las malas intenciones, deseos, esperanzas o creencias pueden hacer que la conducta sea inmoral, pero dejan intacta la distribución jurídica de la libertad»<sup>53</sup>. De ese modo, la frase,

---

<sup>49</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 11.

<sup>50</sup> Cfr. JAKOBS, *El fundamento del Sistema Jurídico Penal*, p. 155 y ss.

<sup>51</sup> Vid. JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 493 y ss.

<sup>52</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 500.

<sup>53</sup> FRISCH, en *Desvalorar e imputar*, p. 46.

«comenzar la ejecución de un delito», que contiene el Art. 16° del CP, debe ser entendida del modo siguiente: «Disponerse a iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho [delictivo]»<sup>54</sup>. De ahí que, a decir de JAKOBS, la norma subyacente que indica: «No debes dar comienzo a la producción del resultado X», debe interpretarse en el sentido que engloba las prohibiciones individuales de todos los comportamientos de hecho idóneos –en un modo aún por determinar-, y nada más. Las «tentativas» de producción mediante la invocación del infierno, o mediante el recurso a un medio que de acuerdo con un juicio racional y objetivo solamente puede ser inidóneo, no están abarcadas y constituyen, por tanto, delitos putativos<sup>55</sup>.

La perspectiva que se asume aquí respecto de la tentativa y consumación en los tipos penales de hurto, robo y abigeato, implica descartar de plano argumentos basados tanto en una perspectiva naturalista del bien jurídico, como de aquellos que recurren a la esfera interna o motivacional del autor. Estos criterios tradicionales resultan a todas luces contradictorios con un sistema de *imputación penal* propio de la sociedad contemporánea. Del mero hecho que un sujeto tome o sustraiga un objeto ajeno no puede deducirse objetivamente que aquél pretenda consumir un delito contra el patrimonio<sup>56</sup>. Ello demuestra la inaptitud de los criterios puramente fácticos para determinar la tipicidad de un delito patrimonial de apoderamiento. Por el contrario, si la atención no se pone en las cadenas de las condiciones del resultado sino en el *significado*, el comienzo de la tentativa dependerá del contexto social. El significado se entiende aquí como

---

<sup>54</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 503; en el mismo sentido, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 61: «No se puede considerar ilícita la creación consciente de riesgos tolerados, por mucho que vayan acompañados de malas intenciones. Con todo, este resultado sólo se puede alcanzar de modo constructivamente exacto considerando a la propia peligrosidad (concreta) desaprobada del comportamiento como elemento irrenunciable del *comportamiento típico*, bien sea que se (co-) defina el comportamiento típico por el peligro *objetivo* (*ex ante*) de producción del resultado típico, bien sea que sólo se hable de comportamiento típico (en caso de descripción subjetiva) cuando el autor, conforme a su *representación*, al ejecutar su conducta realice un riesgo desaprobado».

<sup>55</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 498.

<sup>56</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 16.

posicionamiento del autor *frente a la norma* y no respecto de la presencia de un bien existente *de facto*<sup>57</sup>.

En este orden de ideas, la representación, voluntad, *animus* o intención, por sí solas, no resultan vinculantes normativamente en el contexto de la sociedad contemporánea. El injusto de una tentativa se presenta, por tanto, únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que *no sólo de acuerdo con su punto de vista* debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas que sólo son subjetivamente idóneas, es decir, acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa<sup>58</sup>.

## **8. Delimitación entre tentativa (de delito patrimonial de apoderamiento) y actos preparatorios**

### **8.1. Punto de partida: los delitos de apoderamiento como delitos que requieren ruptura de la custodia ajena**

#### **8.1.1. ¿Es determinante la *sustracción del lugar*?**

Si revisamos la técnica legislativa empleada en la redacción de los delitos patrimoniales de apoderamiento, esto es, los Arts. 185° (hurto), 188° (robo) y 189°-A CP (abigeato), notamos inmediatamente que en estos tipos penales el legislador no se ha limitado a fijar en qué consiste la conducta defraudadora (*apoderarse*) sino que, además, se ha ocupado en señalar cuál es la forma específica en que dicha defraudación debe tener lugar, esto es: «sustrayéndolo [el bien mueble] del lugar donde – o, en que- se encuentra». Al respecto, la criticable interpretación naturalista que ha realizado un amplio sector de la doctrina nacional sobre la mencionada fórmula –*sustracción del lugar*-, sumada a la exigencia del dato puramente fáctico de la *disponibilidad potencial* para tener por consumados

---

<sup>57</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 501.

<sup>58</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 503.

estos delitos, ha generado un estado grave de confusión en la dogmática de los delitos patrimoniales.

En lo que sigue del presente trabajo, intentaremos demostrar, primero, que dicha exigencia legal –la *sustracción del lugar*- resulta no sólo innecesaria sino, además, contraria a la realidad en que tiene lugar este sector de la criminalidad patrimonial. Para explicar nuestra tesis, recurriremos, principalmente, a los casos de esferas de resguardo concéntricas.

### **8.1.2. La sustracción del lugar como criterio puramente naturalista**

Los delitos más frecuentes contra el patrimonio se caracterizan, esencialmente, por constituir una intromisión ilegítima tendiente a impedirle a la víctima el ejercicio material de un derecho patrimonial sobre un bien. En el caso de los delitos de apoderamiento –hurto, robo y abigeato- la tipicidad se define por la creación de un riesgo -de privación indefinida del derecho- idóneo para la obtención de un provecho económico. El concepto de *apoderamiento*, sumado al carácter de *ajenidad total o parcial del bien mueble* objeto de la acción, presupone, en ese sentido, la ruptura de una relación o *esfera de custodia* previa, constituida por el titular del derecho sobre el bien mueble. Al respecto, y según una certera observación de BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, el criterio esencial para el reconocimiento de una *custodia* es si, «conforme al punto de vista de la vida cotidiana, la cosa da o no la impresión de ser todavía ubicable por alguien y estar a la espera de esa persona. Si ese no es el caso, se trata de una cosa perdida o abandonada»<sup>59</sup>, debiendo recurrirse, en la medida que resulte aplicable, a lo estipulado en el Art. 192° CP (apropiación irregular).

Lamentablemente, el modo tradicional de examinar la tipicidad en los delitos de apoderamiento se ha caracterizado siempre por atender exclusivamente a la

---

<sup>59</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

relación espacial entre la cosa y su detentador<sup>60</sup>. Y ello se explica en gran parte por la exigencia legal de que el apoderamiento en el hurto, robo y abigeato se realice *sustrayendo el bien del lugar donde se encuentra*. Esto, a su vez, ha dado lugar a que la Corte Suprema, en la Sentencia Plenaria 01-2005/ DJ-301-A, con base en una interpretación naturalista de la *sustracción del lugar*, concluya que: «(...) el apoderamiento importa: (a) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito de poder patrimonial del tenedor –de su esfera de posesión- a la del sujeto activo (...)»<sup>61</sup>. Sin embargo, este énfasis en la dimensión espacial tiene –según una acertada observación de BASCUÑÁN RODRÍGUEZ-, por supuesto, una base plausible: «Las cosas objeto de hurto y robo son cosas corporales. La custodia sobre cosas corporales se ejerce de modo primariamente fáctico. Ese modo fáctico de ejercicio de custodia requiere concreción en una relación entre el cuerpo del custodio y el cuerpo de la cosa. La dimensión espacial de la custodia, y por lo tanto de su ruptura, es la base del tipo objetivo de los delitos de hurto y robo»<sup>62</sup>.

No obstante lo anterior, es posible plantear cuatro razones fuertes para concluir que la *sustracción del lugar* -entendida como *desplazamiento físico del bien*-, siempre compatible con un criterio puramente fáctico de reconocimiento de una *custodia*, resulta ser un dato naturalista puramente superfluo para la determinación de la tipicidad en los delitos patrimoniales de apoderamiento. La primera razón se sustenta en la naturaleza del proceso de interpretación de la ley penal, actividad que no se agota en una simple constatación silogística de un hecho concreto en relación con una formulación legal abstracta<sup>63</sup>. Por el contrario, la interpretación de los elementos típicos de un delito debe responder necesariamente a una comprensión normativa que permita imputar a alguien los

---

<sup>60</sup> Se muestran críticos frente a dicho parecer naturalista, GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 36 y ss.; BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1(2004), p. 299 y ss.

<sup>61</sup> Considerando II.7 de la Sentencia Plenaria 01-2005/ DJ-301-A.

<sup>62</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1(2004), p. 299 y ss.

<sup>63</sup> GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 36 y ss.

elementos que definen una conducta como delito<sup>64</sup>. En consecuencia, y siguiendo a GARCÍA CAVERO, conviene afirmar que «el tipo penal de hurto podrá atribuirse a la persona a la que se le imputa haberse apoderado de un bien mueble al haberlo sacado de la esfera de dominio del titular»<sup>65</sup>. Sin embargo, esa *sustracción del bien* no significa alejarlo del lugar físico en el que se encuentra, sino sustraerlo del ámbito de dominio o esfera de resguardo del titular. Como acertadamente sintetiza DONNA: «El criterio rector en el hurto no radica en el desplazamiento en el espacio, (...); hurtar no es tomar la cosa sino usurpar el poder sobre ella (...)»<sup>66</sup>.

La segunda razón lo proporciona el propio ámbito de protección del delito de hurto, el cual puede recaer, como puede observarse en la segunda parte del Art. 185° CP, sobre «(...) la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético (...)». Con ello queda claro que la calificación penal de un bien como mueble o inmueble no es tomado en base a su transportabilidad<sup>67</sup> (criterio fáctico). Asimismo, y en concordancia con lo anterior, un hurto de energía eléctrica o del espectro electromagnético puede perfectamente configurarse sin que resulte relevante preguntarse si se ha producido una *sustracción física del lugar*.

La tercera razón se desprende de la propia realidad en la que pueden configurarse los delitos patrimoniales de apoderamiento, esto es, aquellos supuestos en los que el bien mueble es abarcado por esferas de resguardo concéntricas o puramente jurídicas. En estos casos, los delitos de apoderamiento pueden perfectamente consumarse sin que resulte relevante determinar que se haya producido una *sustracción física del lugar*. Finalmente, la cuarta razón, y que a nuestro parecer nos conduce a sostener la innecesariedad de dicho requisito a nivel legislativo, es la existencia de casos en los que a pesar de haber una *sustracción física del bien* desde el lugar donde éste se encuentra, se configura el

---

<sup>64</sup> GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 37.

<sup>65</sup> GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 37.

<sup>66</sup> DONNA, *Delitos contra la propiedad*, p. 35.

<sup>67</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, p. 62.

delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP) y no el de hurto. De estas dos últimas razones con ocuparemos con mayor detalle a continuación.

### **8.1.3 Innecesariedad de la *sustracción de lugar* en casos de esferas de resguardo o de custodia concéntricas**

La definición dogmática del tipo objetivo de la acción de apoderamiento plantea como primer problema el de determinar en qué consiste y cuándo existe custodia sobre un bien mueble<sup>68</sup>. Al respecto, la insuficiencia de un concepto puramente fáctico ha dado lugar a la defensa de un punto de vista normativo-social como criterio prioritario de identificación de la custodia por la relación normativa entre persona y cosa<sup>69</sup>. Conforme a esta comprensión, la custodia no se reduce a una posibilidad fáctica de acceso a la cosa, sino que debe definirse como la atribución social de una cosa a un ámbito de disposición de una persona<sup>70</sup>. De ese modo, resulta irrelevante dónde se encuentre situado físicamente el bien. Por el contrario, lo verdaderamente importante es la identificación –conforme a criterios normativo-sociales- de una relación normativa de resguardo sobre el bien.

Con base en las anteriores consideraciones, podrá afirmarse cuando menos una tentativa de hurto, de robo o de abigeato cuando la conducta del agente signifique clara y objetivamente una negación de la relación normativa entre el bien y su titular legítimo idónea para la obtención de un provecho económico. La ubicación física del bien mueble o su traslado (*sustracción del lugar*) por el hechor resultará irrelevante a los fines de determinar la tipicidad. Lo verdaderamente determinante, y característico del concepto de *apoderamiento*, es el vencimiento de los hitos posesorios o resguardos puestos por el afectado para proteger sus bienes. El agente se debe apoderar de un bien mueble total o parcialmente ajeno, esto es, de un bien que pertenece a otra persona y que, por ende, es objeto de derecho de ésta.

---

<sup>68</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

<sup>69</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

<sup>70</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

La realidad nos demuestra que, por lo común, quien es titular de un bien se encarga de delimitar un espacio de especial protección dentro del cual quedan fuera terceras personas. La identificación de estos criterios –de resguardo de bienes- es una labor titánica si consideramos las inagotables formas de protección y vulneración que se pueden presentar<sup>71</sup>. A modo de ejemplo, podemos señalar algunos lugares o espacios de especial protección, en los cuales expresamente el propietario ha limitado el acceso o circulación de terceras personas, o condicionado dicho acceso al cumplimiento de ciertas formas, y cuya vulneración claramente puede interpretarse como un acto ejecutivo (*comenzar a apoderarse: tentativa*)<sup>72</sup>. En cada caso concreto, podemos afirmar que se configura una tentativa de hurto, robo o abigeato cuando pueda sostenerse racionalmente que la conducta desplegada implica un claro e inequívoco ingreso ilegítimo a la esfera de resguardo del afectado, sin que implique ruptura de la misma (relación entre el objeto protegido, la esfera de protección y las facultades de dominio o del titular)<sup>73</sup> puesto que, de ser así, el delito se consumaría.

En Chile, YAÑEZ<sup>74</sup>, ha sistematizado algunos criterios sociales –normativos- para identificar la existencia de una esfera de resguardo o de custodia así como su forma más común de vulneración:

Esferas de custodia o resguardo	Actos directos a los menos indiciarios
Cuerpo del afectado, bolsillos, carteras, bolsos o elementos de transporte de especies.	Apertura, registro o vulneración de éstos.
Lugares especialmente protegidos (bóveda, bodega, mostrador cerrado,	Ingreso a lugares prohibidos.

<sup>71</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 25.

<sup>72</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 25.

<sup>73</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 25.

<sup>74</sup> YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 25.

domicilio particular, vehículo, etc.)	
Medios de protección especiales (alarmas).	Vulneración de estos medios (desconexión).
Accesos prohibidos o limitados.	Ingreso a lugares prohibidos o limitados.
Condiciones especiales de acceso (solicite un vendedor) o de venta (envoltorios predispuestos).	Irrespeto de condiciones especiales puestas por el propietario.

El reconocimiento de la existencia de toda una variedad de ámbitos normativo-sociales de especial protección, determinados por propio el titular de un bien, nos lleva a sostener también que es posible la existencia de esferas de resguardo dentro de otras esferas de resguardo. La posibilidad de configurarse delitos de apoderamiento en estos ámbitos - *espacios o esferas de resguardo concéntricas*- es una muestra de, por una parte, la inconveniencia de asumir un concepto puramente fáctico-naturalista de custodia y, por otra, de la irrelevancia del término *sustracción del lugar*. Podríamos definir a las *esferas de resguardo concéntricas* como aquellos casos en los cuales un bien mueble, no obstante encontrarse ubicado físicamente dentro dos o más ámbitos de organización, normativamente se encuentra adscrito solamente a uno de ellos. En otras palabras, a pesar de la ubicación física del bien mueble, es posible reconocer, con base en criterios normativo-sociales, la existencia de una esfera de resguardo sobre el bien. El delito patrimonial de apoderamiento, en ese contexto, puede configurarse cuando el agente, para obtener provecho, comienza a vulnerar el marco social de atribución existente entre la víctima y el bien (tentativa), o cuando lo usurpa de manera definitiva, privando a la víctima de la posibilidad de ejercer normalmente los derechos que le corresponden sobre el bien (consumación).

De la realidad podemos extraer muchos supuestos de esferas de resguardo concéntricas, como es el caso de los hoteles, en que cada habitación ocupada es un espacio de especial resguardo, una esfera de custodia transitoria pero protegida<sup>75</sup>. Encontramos así una esfera de resguardo (habitación) ubicada dentro de otra esfera de resguardo (el hotel). Si bien es cierto que la habitación se encuentra ubicada físicamente dentro del hotel -inmueble sobre el cual el titular del negocio o sus representantes ejercen el poder de dominio absoluto-, la llegada del huésped con sus bienes configura una especial relación normativa de custodia (esfera de resguardo) aunque los objetos se hallen situados físicamente –pero no normativamente!- dentro del ámbito de organización del propietario del hotel. Otro ejemplo de esferas de resguardo concéntricas son los casos de trabajadores de casa particular con *moradas* al interior del lugar de trabajo, o los vehículos privados al interior de un estacionamiento público, o los locales comerciales menores ubicados al interior de otros locales mayores, etc<sup>76</sup>.

Pensemos también en el caso de una persona que, luego de adquirir un vino importado bastante caro, para celebrar el aniversario de bodas con su esposa, decide pasar antes por la casa de uno de sus vecinos a fin de saludarlo. Al llegar, coloca el vino en la mesa y al ser interrogado por la bebida manifiesta que es para su esposa, expresándole al vecino que lamenta no poder compartirlo con él en esta ocasión. Sin embargo, el vecino, aprovechando que el dueño del vino se encontraba en el baño, abre la botella del vino, consume gran parte de la exquisita bebida, coloca lo que resta de ella en otra botella y llena la botella original con vinagre a fin de que el dueño no se percate de la situación. El esposo llega a su casa en donde finalmente toma cuenta de lo sucedido. ¿Se ha cometido algún delito patrimonial de apoderamiento?, ¿Ha habido *sustracción física del lugar*? Si nos atenemos a las exigencias de la Sentencia Plenaria 01-2005/ DJ-301-A, tendríamos que poner el énfasis en el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor -de su esfera de posesión- a la del sujeto

---

<sup>75</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 31.

<sup>76</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 31.

activo<sup>77</sup>. Sin embargo, en este caso ello es irrelevante porque el bien ya se encontraba ubicado físicamente dentro de la esfera de organización (casa) de éste. ¿O acaso tendríamos que considerar que la *sustracción del lugar* se configura con la acción de sacar el líquido de la botella? A nuestro parecer, el enfoque no debe ser puesto en la *sustracción del lugar* –exigencia naturalista superflua y legamente prescindible- sino en el concepto mismo de *apoderamiento*. En el presente ejemplo, al agente no ha respetado la existencia de una esfera de custodia que se había configurado dentro de su propio ámbito de organización (su casa). Ha existido una conducta de *apoderamiento*, sin importar si ha habido o no una *sustracción física del lugar*.

Del mismo modo, quien ingresa a una casa ajena y deja su abrigo colgado en un armario del dueño de la casa mantiene, sin embargo, su custodia sobre la billetera que se encuentra en el bolsillo de su abrigo, aunque otros se encuentren más cerca del armario<sup>78</sup>. ¿La *sustracción del lugar* sería la acción de sacar la billetera del bolsillo del abrigo? Ello no sería más que un dato fáctico innecesario y que visto aisladamente no posee significado normativo alguno. Solamente puede hablarse de hurto o de su tentativa cuando la conducta del agente puede objetivamente interpretarse como un desconocimiento de la relación social de atribución entre el bien y su titular. En el caso del ejemplo, también podría haber hurto si el invitado deja su billetera sobre la mesa del dueño de la casa. ¿O acaso ello no sería posible por cuanto ya no habría *sustracción del lugar* como en el primer supuesto?, ¿o es que ahora la *sustracción del lugar* consistiría en la acción de sacar los dólares de la billetera? Nuevamente, afirmamos que la configuración de los delitos de *apoderamiento* no depende del dato naturalista de la *sustracción del lugar* sino que basta de una correcta interpretación del *apoderamiento*.

El concepto -normativo- de *custodia* y de *apoderamiento* permite, por otra parte, delimitar estos delitos respecto del tipo penal de apropiación ilícita (Art. 190°). Dicho esto con un ejemplo: El responsable de la administración de una caja

---

<sup>77</sup> Considerando II.7 de la Sentencia Plenaria 01-2005/ DJ-301-A.

<sup>78</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

tiene la custodia de la misma, aunque trabaje dentro de los límites espaciales del dueño del dinero que se encuentra en la caja<sup>79</sup>. Si el administrador utiliza dicho dinero indebidamente, cometerá el delito de apropiación ilícita y no el de hurto, toda vez que el bien se encuentra adscrito a su esfera de custodia, y ello a pesar de que haya existido un desplazamiento físico del dinero fuera de los límites espaciales del verdadero dueño. Por el contrario, los operarios de un taller no adquieren la custodia de las herramientas con las cuales trabajan, aunque las lleven todo el día consigo<sup>80</sup>. Lo que queda claro es que *puede existir desplazamiento del bien en el espacio –sustracción del lugar- y no obstante configurarse una apropiación ilícita, así como puede no haber desplazamiento del bien en el espacio –no haber sustracción del lugar- y no obstante sí configurarse un delito de apoderamiento (hurto, robo o abigeato)*. Posteriormente, cuando nos ocupemos de la consumación, demostraremos que, además de la *sustracción del lugar*, el criterio de la *disponibilidad potencial* también es un elemento naturalista que resulta irrelevante para la configuración de los delitos de apoderamiento. Ello lo explicaremos a propósito de los casos de apoderamientos cometidos en los supermercados y tiendas de autoservicio, los cuales son también supuestos de esferas de resguardo concéntricas.

## **8.2. El comienzo del apoderamiento penalmente relevante**

Ante el conocimiento de un suceso determinado (*notitia criminis* en el caso del fiscal), el operador de justicia debe preguntarse por lo siguiente: ¿Ha tenido lugar el comienzo de un apoderamiento *jurídico-penalmente relevante* de un bien?, ¿Puede interpretarse objetiva e inequívocamente el suceso cuando menos como un *comenzar a apoderarse* de un bien total o parcialmente ajeno? O, dicho de manera general: ¿Se trata de un *comportamiento típico*? Si la respuesta es negativa, a lo mucho se podrá sostener la existencia de actos preparatorios, por lo

---

<sup>79</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

<sup>80</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad* (3), *pro manuscripto*.

general, impunes, puesto que sólo el comportamiento ejecutivo entraña una perturbación social. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido no se trata, por tanto, de etiquetar como perturbación cualquier fase previa, y de recurrir a la fase previa si una acción ejecutiva no es reconocible como perturbación. Dado que lo injusto conforma una perturbación, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización del tipo<sup>81</sup>.

Como acertadamente lo expresa JAKOBS: «Es cierto que también de algunos actos previos cabe inferir el dolo tendente a la fase ejecutiva (la minuciosa preparación de un robo a un banco constituye indicio del dolo de ejecución), pero la preparación es una configuración interna en el círculo de organización del autor que no exterioriza nada, en cualquier caso nada delictivo. En un [E]stado de libertades la esfera interna *no debe* ser interpretada. Sin embargo, la libertad que con ello se concede al autor para realizar cualquier tipo de configuración se basa en un sinalagma: El autor debe dominar su propia esfera; solamente la responsabilidad por las consecuencias hace soportable la libertad de configuración. Por ello, la esfera de lo privado termina cuando el autor renuncia a su dominio, es decir, ejecuta un delito y de ahí que el comportamiento ejecutado constituya un injusto»<sup>82</sup>.

Los actos preparatorios constituyen un estadio previo a la ejecución del delito y que, en tanto se desarrollan al interior de la esfera de organización del ciudadano, se encuentran fuera del ámbito de lo punible. Por otra parte, al ser actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, la regla general es la impunidad de esta etapa del *iter criminis*<sup>83</sup>. Puede haber casos, sin embargo, en los cuales la imposibilidad de interpretar el suceso como una *tentativa* de delito patrimonial de apoderamiento no necesariamente implique la existencia de actos preparatorios impunes, sino que, dadas las circunstancias,

---

<sup>81</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 507.

<sup>82</sup> JAKOBS, en *ADPCP*, t. XLIV, II (1991), p. 507 y ss.

<sup>83</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 732.

puede que nos encontremos ante la configuración de otro injusto ya plenamente consumado.

Veamos algunos ejemplos: «El agente es intervenido por la policía cuando se encontraba agrediendo físicamente a la víctima»; «una persona es sorprendida en el preciso momento en que ha logrado ingresar a la morada de la víctima, sin haber tenido, todavía, la posibilidad de comenzar a apoderarse de bien alguno»; «una persona es intervenida policialmente mientras vigilaba el lugar donde pretende ingresar para apoderarse de los bienes, encontrándosele en posesión de armas de fuego y de información detallada sobre los movimientos de los habitantes de la casa»; «el agente se encuentra agenciándose de los medios (entre ellos, armas o municiones) que le facilitarán la ejecución del delito». Ninguno de estos sucesos puede interpretarse *inequívocamente* como una *tentativa* en el sentido de los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A ó 189°-C del CP, aunque probablemente sí podrá afirmarse, según sea el caso, la existencia de un delito consumado de lesiones o coacciones<sup>84</sup>, violación de domicilio, daños patrimoniales<sup>85</sup>, asociación ilícita o, incluso, podría tratarse de un «delito de marcaje o reglaje<sup>86</sup>», etcétera.

A modo de resumen, la *desposesión* o *aprehensión material* del bien va a ser, a lo menos, tentativa de un ataque a un derecho patrimonial, sólo cuando implique clara y objetivamente un vencimiento de los hitos posesorios o resguardos puestos por el afectado para proteger sus bienes. Violada la custodia de la cosa, existe ya la lesión a un derecho patrimonial legítimo. Sin con dicha *desposesión* se genera una nueva esfera de resguardo del nuevo detentador, de origen ilegal, pero fácticamente existente, el delito se encuentra consumado<sup>87</sup>. *Contrario sensu*, si no hay siquiera un comienzo de *apoderamiento jurídico-penalmente* relevante, en ningún caso podrá configurarse una *tentativa* de hurto,

---

<sup>84</sup> Si, por ejemplo, de los hechos no puede interpretarse *inequívocamente* que la violencia física ejercida contra la víctima forma parte de un *riesgo penalmente prohibido* contra el patrimonio.

<sup>85</sup> Por ejemplo, si el agente ha ingresado al inmueble de la víctima rompiendo algún obstáculo.

<sup>86</sup> Este delito (Art. 317°-A) fue incorporado mediante Ley 29859, publicada el día 03 de mayo del 2012 en el Diario Oficial El Peruano.

<sup>87</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 30.

robo o abigeato, puesto que, precisamente, no ha tenido lugar la *creación de un riesgo penalmente prohibido* contra un derecho patrimonial. Incluso, la impunidad del solo propósito serio de cometer un delito se mantiene aún en el caso que este propósito se exteriorice mediante una declaración que manifieste voluntad de querer cometer un delito<sup>88</sup>.

### 8.3. Exigencias procesales

Nuestra tesis se ve reforzada si revisamos las exigencias de la legislación procesal en materia de delitos contra el patrimonio. Veamos:

A. El inc. 1 del Art. 201° NCPP establece que:

«En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo».

De esta disposición se desprende que el *bien* –objeto del delito- desempeña un papel importante en la interpretación del suceso como tentativa. El *bien* es el criterio que nos permitirá determinar la existencia de una puesta peligro de un derecho patrimonial y, en el caso concreto, de un apoderamiento o comienzo de apoderamiento jurídico-penalmente relevante. Para poder afirmar la existencia de tentativa de hurto, robo o abigeato, el suceso debe permitirnos concluir que lo que se ha puesto en peligro es un derecho patrimonial en concreto, y ello implica acreditar procesalmente el bien objeto del delito.

A nivel fiscal, entonces, se tendrá que probar la preexistencia del *bien* o *bienes* de los cuales el agente se apoderó o estaba comenzando a apoderarse. A modo de ejemplo: X descubre a su vecino Z ingresando o habiendo ingresado furtivamente a su domicilio, en donde se hallan bienes (incluyendo animales) de distinto valor, por lo que decide denunciar los hechos ante la Fiscalía, ¿Debería la Fiscalía formalizar investigación por algún delito patrimonial de apoderamiento?,

---

<sup>88</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 732.

¿Cómo saber cuál es el *bien* o *bienes* de los cuales el vecino pretendía apoderarse? Dicho de modo más rotundo, ¿Cómo afirmar que la razón de la presencia de Z en el domicilio de X era *apoderarse* de un *bien* y no *destruir* un *bien*, o *asesinar* o *violar sexualmente* a alguna persona? Lo que sí queda claro, al menos, es que en la situación descrita, sin embargo, no se descarta que pueda existir responsabilidad penal por el delito de violación de domicilio.

B. Por su parte, el inc. 2 del citado Art. 201° NCPP establece que:

«La valorización de las cosas o bienes o la determinación del importe del perjuicio o daños sufridos, cuando corresponda, se harán pericialmente, salvo que no resulte necesario hacerlo por existir otro medio de prueba idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia».

Esta disposición, que va de la mano con la exigencia contenida en el Art. 444° CP, refuerza nuestra afirmación de que el *bien* es un elemento importante que nos sirve como criterio referencial para interpretar un determinado suceso y poder catalogarlo como atentado contra un derecho patrimonial. Por ejemplo: Si una persona, que habiendo realizado una fiesta en su casa, descubre a uno de sus invitados dentro de una de las habitaciones, lugar hasta donde ha ingresado sin consentimiento alguno. ¿Se debe interpretar el suceso como una tentativa de hurto o una -tentativa de- falta contra el patrimonio?, ¿cómo saber qué *bien* o *bienes* iban a ser objeto de apoderamiento por parte del invitado?, ¿Cómo poder determinar la valoración de los bienes si ni siquiera podemos afirmar la existencia de un acto inequívoco de delito patrimonial?

C. En el inc. 1, lit. c) y d) del Art. 68° NCPP, se prescribe que:

«La Policía Nacional en función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y en las normas sobre

investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente: (...) c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito; d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación».

Con base en el contenido del acta de registro personal, así como de las actas de hallazgo, recojo, incautación, levantamiento de evidencias, etc., la Fiscalía debe ir obteniendo los primeros elementos de prueba que le permitan sustentar o descartar la existencia de un apoderamiento o comienzo de apoderamiento penalmente relevante. El objetivo principal de los actos iniciales de investigación, en el marco de una denuncia o *notitia criminis* relacionada con delitos patrimoniales, no consiste en otra cosa que determinar la vulneración o puesta en peligro de un derecho patrimonial garantizado, en este caso, de la propiedad.

D. Si con base en las exigencias procesales arriba desarrolladas, a la fiscalía no le resulta posible sustentar de modo consistente la existencia de un apoderamiento o comienzo de apoderamiento penalmente relevante, aquella deberá proceder a archivar o sobreseer la investigación, según sea el caso. No tendría posibilidades de éxito una acusación que no se encuentre respaldada por las normas procesales en mención. Incluso, si a pesar de esto la Fiscalía decidiese acusar, el Juez debería aplicar el principio de *in dubio pro reo*.

A modo de recuento, la punición de la tentativa requiere poder atribuir al ciudadano la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento del deber negativo que se deriva de su libertad de organización<sup>89</sup>. Aplicando este planteamiento a los delitos patrimoniales de apoderamiento, concluimos la

---

<sup>89</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 441.

siguiente tesis: *Hay tentativa de hurto, de robo o de abigeato solamente cuando el suceso pueda ser interpretado inequívocamente como un apoderarse o comenzar a apoderarse para obtener provecho, de lo contrario, existirán dos posibilidades: que se trate de actos preparatorios no punibles o de actos que constituyen en sí mismos delitos independientes, v.gr. violación de domicilio, lesiones, daños, marcaje, etc.*

## **9. La conducta de la víctima como criterio de referencia para afirmar o descartar la relevancia típica del hecho**

Para poder atribuir al autor la competencia por la creación de un riesgo penalmente prohibido, a través de un apoderamiento, en muchos casos, resultará importante atender también al comportamiento de la víctima. Al respecto, HRUSCHKA –cuyo punto de partida radica en trasplantar el modelo hallado para el autor a la *víctima* de la acción delictiva - ha sido rotundo en señalar que «no es posible hablar de un delito patrimonial que lleva consigo sustracción si la pérdida de la cosa debe imputarse de forma plena al anterior tenedor de la posesión»<sup>90</sup>. De este modo, el comportamiento de la víctima se convierte en otro factor de referencia importante para determinar si nos encontramos frente a una conducta típica de algún delito patrimonial de hurto, robo o abigeato.

De acuerdo con la propuesta de HRUSCHKA<sup>91</sup>, podemos encontrarnos con supuestos en los cuales no será posible imputar una conducta de apoderamiento al autor debido a que la competencia por la pérdida del bien se ha trasladado al ámbito de la víctima. Esto sucede, por ejemplo, cuando la víctima tolera la pérdida de la posesión y dicho tolerar se realiza sin violencia ni error. Si el vendedor observa y deja que una persona le quite alguno de sus productos de venta, aunque sin dificultad podría impedir esa pérdida de la posesión, llevarse de la

---

<sup>90</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p.461: «El panadero que por la mañana vende sus panecillos al fin y al cabo pierde la posesión de éstos. Sin embargo, aunque el cliente sin duda determina –o en cualquier caso co-determina- que el panadero pierda la posesión sobre los panecillos comprados, no realiza ningún delito patrimonial de sustracción. Y ello porque la pérdida de los panecillos es plenamente imputable al panadero, que los entrega sin violencia ni error».

<sup>91</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 461 y ss.

tienda el bien no constituye ningún delito de apoderamiento. En palabras de HRUSCHKA: «A la vista de que voluntariamente ha aprobado la pérdida de la posesión, cualquier explicación de lo contrario sería un simple *venire contra factum proprium*, una autocontradicción que nada variaría el hecho de haber tolerado sin violencia ni error esa transmisión de la posesión»<sup>92</sup>.

Distinto es cuando el hasta entonces tenedor de la posesión no toma parte en la pérdida de la posesión ni contribuyendo de forma activa, ni tolerando ante las circunstancias, o si su participación adolece de un defecto de imputación<sup>93</sup>. En estos casos, la competencia por la pérdida del derecho de propiedad corresponde al autor. Veamos:

A. Situaciones en que el tenedor de la posesión de ninguna manera se ve inmerso en la pérdida de la posesión. A modo de ejemplo, estaremos ante un apoderamiento típico de hurto si el hipotético cliente, aprovechando una ausencia momentánea del vendedor, se lleva de la tienda el bien de forma subrepticia.

B. Situaciones en que el tenedor de la posesión se halla inmerso de alguna manera en la pérdida de la posesión, pero su participación adolece de un defecto de imputación. En estos casos, señala Hruschka<sup>94</sup> que el carácter de delito patrimonial de apoderamiento deriva, por una parte, de cuál sea el género de ese defecto de imputación y, por otra, de si ha de hacerse responsable al autor –y entonces, cómo- del defecto de imputación.

a. La pérdida de la posesión será competencia del autor –y habrá éste realizado un apoderamiento típico- si al tenedor de la posesión,

---

<sup>92</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 461: «Claro que, haciendo muchas reservas mentales, [el tenedor de la posesión podría explicarnos que] él no consentía en transmitir la posesión; o que está indignado porque haya un sinvergüenza capaz de llevarse un panecillo sin decirle nada; o también que tiene motivos éticos muy elevados para no atacarle. Pero nada de eso varía su estar de acuerdo».

<sup>93</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 462.

<sup>94</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 462.

estando allí presente, quizá incluso pudiendo observar cómo le quitan sus cosas, le resulta físicamente imposible su intervención debido a las circunstancias exteriores. Por ejemplo, cuando el vendedor está encerrado en la trastienda mientras le vacían el comercio. Son casos en los cuales el tenedor de la posesión se encuentra en una situación de necesidad (*necessitas simplex seu absoluta*). Ahora bien, si es el autor quien ha generado dicha situación de necesidad en la que se encuentra la víctima, y la emplea como medio para quitarle los bienes, entonces el hurto pasa a ser robo<sup>95</sup>.

b. La pérdida de la posesión también será competencia del autor –y habrá éste realizado un apoderamiento típico- si el tenedor de la posesión contribuye en la pérdida de la posesión de sus cosas –por medio de un hacer o de un tolerar-, pero desconoce que le quitan las cosas y, en consecuencia, tampoco conoce que está contribuyendo a ello. Por ejemplo, cuando el vendedor ayuda al hipotético buen cliente a llevarse una bolsa con mercancías, sin darse cuenta que no han sido pagadas y que el cliente en secreto las ha metido en su bolsa; o cuando el vendedor no impide, aunque sí podría, que le quiten su mercancía porque no ha notado que alguien se las lleva. La víctima se encuentra en una situación de *ignorantia facti*<sup>96</sup>.

## **10. Irrelevancia del *animus lucrandi* en la determinación de la tipicidad de los delitos de apoderamiento**

No debemos perder de vista que la relevancia penal del apoderamiento o comienzo de apoderamiento se interpreta conforme a criterios de imputación objetiva. Una conducta es típica de hurto, robo o abigeato desde que el autor ha

---

<sup>95</sup> Cfr. HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 465.

<sup>96</sup> HRUSCHKA, en *ADPCP*, t. 52, p. 464. Señala HRUSCHKA que el caso seguirá siendo hurto también si tenedor de la posesión no puso suficiente atención sobre sus bienes.

comenzado a vulnerar la esfera de custodia ajena existente sobre un bien mueble, esto es, cuando ha tenido lugar un comienzo de apoderamiento tendiente a la obtención de un provecho. La gran mayoría de la jurisprudencia peruana, sin embargo, siempre se ha aferrado a criterios psicologicistas para determinar la tipicidad en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Por ejemplo, en el R.N. N° 190-99 (11 de agosto de 1999)-Lima, la decisión judicial se fundamenta en que:

«(...), se descarta en los agentes el “ánimo de lucro” entendido como la intención de apropiarse de la cosa, en su beneficio o de terceros; que, siendo esto así, es del caso absolverlos de la acusación fiscal, por el delito antes mencionado [Hurto Agravado] (...).» Para nosotros, argumentos como estos resultan en lo absoluto aceptables si lo que se quiere es un mínimo de seguridad jurídica en el sistema de justicia penal.

Los hechos sobre los que recayó la decisión antes citada son los siguientes, y merecen una observación adicional:

«Tres sujetos, dedicados a la venta de vehículos, interceptaron una camioneta que había sido vendida por ellos pero que, sin embargo, la adquirente de la misma llevaba más de cinco meses sin apersonarse a cancelar la deuda pendiente de aproximadamente cinco mil dólares. Los sujetos, con el consentimiento de quienes en ese momento estaban en posesión de la camioneta, llevaron el vehículo hasta la cochera de la empresa, donde lo internaron, procediendo a suscribir un acta de recepción del vehículo y, posteriormente, suscribieron con la adquirente morosa un acta de transacción por la cual negociaban la deuda pendiente, procediendo, finalmente, a la devolución de la camioneta. La Sala Penal Superior condenó a los tres sujetos por el delito de hurto agravado».

La Corte Suprema, instancia que finalmente absolvió a los procesados, señaló –además del pseudoargumento psicologicista referido al “ánimo de lucro”– que los hechos no configuraban el delito de hurto agravado puesto que este delito:

«exige que se produzca un “apoderamiento ilegítimo”, lo que no ocurre en el caso de autos entendiendo que el acto de apoderamiento implica un desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica del bien (la camioneta) del patrimonio de su dueño y su incorporación a la del sujeto activo, ya que en este caso la camioneta fue trasladada con consentimiento, tal vez tácito, no expreso, de quienes al momento de los hechos estaban en posesión del vehículo, la misma que no se incorporó al patrimonio de los encausados y mucho menos éstos asumieron tener la disponibilidad de la camioneta supuestamente sustraída, pues, de inmediato se comunicaron con la propietaria y le comunicaron lo ocurrido».

En el presente caso, los hechos no pueden interpretarse inequívocamente como un apoderamiento típico del delito de hurto. Contrariamente a lo que señala la Corte, los procesados sí llegaron a obtener la capacidad de disposición sobre el vehículo, sin embargo, esa capacidad de disponer resulta irrelevante si no se ha configurado, previamente, siquiera un comienzo de apoderamiento penalmente relevante. El suceso, por lo tanto, resulta atípico del delito de hurto por una razón puramente normativa: *no se ha puesto en peligro de modo ilegítimo un derecho patrimonial garantizado*. El vehículo fue entregado de manera voluntaria, por quienes estaban en posesión del mismo, para su internamiento, a lo cual se suma la elaboración de un acta de recepción de vehículo y de un acta de transacción para el pago de la deuda. El comportamiento de los procesados es idóneo para el cobro coactivo de una deuda, pero no se muestra idóneo para la privación ilegítima de un derecho patrimonial

## CAPÍTULO TERCERO: LA CONSUMACIÓN

### 11. Teorías clásicas

Si bien la doctrina nacional ha llegado a cierto grado de consenso respecto al momento de la consumación en el delito de hurto –en tanto modalidad básica de los delitos patrimoniales de apoderamiento-, el asunto no ha sido siempre del todo pacífico. Tradicionalmente, se han enfrentado diversas teorías *clásicas* cuyo núcleo en común consistía en tomar como referente un criterio *naturalista*, esto es, el dato del bien mueble o «cosa» sustraída. Bajo ese criterio, la *consumación* podía entenderse de las siguientes maneras:

- a) Según la teoría de la *aprehensio* o *contrectatio*: Con el simple hecho de entrar en contacto físico con la cosa, tomarla o aprehenderla.
- b) Según la teoría de la *amotio*: Cuando el agente traslada la cosa o la mueve de un lugar a otro.
- c) Según la teoría de la *ablatio*: Cuando la cosa ha sido sacada de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor. Esta concepción también ha recibido el nombre de *teoría del desapoderamiento*, debido a que atiende a la ofensa del bien atacado por el hurto<sup>97</sup>, esto es, a ruptura de la relación de custodia entre la víctima y el bien..
- d) Según la teoría de la *illatio*: Cuando la cosa haya quedado fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del agente. Esta posición ha venido a denominarse *teoría de la disponibilidad* o de la posibilidad física de disponer sobre el bien. A diferencia de la *ablatio rei*, esta teoría atiende a la perfección de la tenencia de la cosa por el autor del delito<sup>98</sup>.

Son muchos los inconvenientes que podemos encontrar en estas teorías. Por ejemplo, la teoría de la *aprehensio*, al señalar que para la consumación basta con el simple hecho de tomar o coger la cosa, deja la puerta abierta para un exceso en

---

<sup>97</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 180.

<sup>98</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 181.

la intervención penal, toda vez que equipara a un mismo plano actos preparatorios, tentativa y consumación. No parece muy acorde con la lógica establecer en el Código Penal la tutela del patrimonio –vinculado a la libertad de la persona- y reducir a continuación la libertad de actuación de todos los sujetos distintos del poseedor mediante la sanción como consumado del mero contacto con bienes ajenos<sup>99</sup>. Esta doctrina ha quedado relegada a un espacio histórico, pues representa una protección exagerada para el Derecho Penal y que estuvo justificada en el Derecho romano, en donde aún no se había alcanzado el necesario grado evolutivo de la teoría de la tentativa<sup>100</sup>. A ello debe añadirse que los bienes susceptibles de apropiación no pueden reducirse –únicamente- a los bienes corporales, esto es, a los bienes aprehensibles físicamente. Por el contrario, y en el marco de una interpretación normativista del delito, también pueden ser objeto de apoderamiento los bienes inmateriales<sup>101</sup>, v. gr. el apoderamiento del espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales (Art. 186°, inc. 7 del segundo párrafo del CP).

La teoría de la *amotio*, al igual que la *aprehensio*, también se encuentra impregnada de la misma lógica naturalista, y tampoco puede ser aceptada en tanto que no todos los bienes susceptibles de apropiación pueden ser trasladados físicamente de un lugar a otro, sino que es perfectamente posible que también pueda configurarse un traslado *jurídico* del bien<sup>102</sup>. Es así que, a nivel legislativo, más bien, los distintos ordenamientos han buscado un criterio intermedio entre la *ablatio* y la *illatio*, pero evitando, asimismo, llegar al extremo de exigir la

---

<sup>99</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ, en *RUDEP*, 2 (2001), p. 244-245: «(...) no sería oportuno, en la mayoría de los casos desde el principio de proporcionalidad, considerar que el mero tocar o asir el bien consuma ya el delito».

<sup>100</sup> Cfr. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, voto salvado del magistrado Héctor Manuel Coronado Flores en la sentencia de fecha 15 de agosto del 2012. Exp. Nro. RC11-00275. Disponible en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/agosto/325-15812-2012-C11-275.HTML>

<sup>101</sup> Así, GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 25 y ss., a favor de la aplicación del tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima.

<sup>102</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, p. 25 y ss.

*disposición efectiva y material* del bien por parte del agente<sup>103</sup>. De ese modo se evita, también, alargar en demasía el comento de la consumación, lo cual implicaría olvidar que la infracción de la norma –expresión de sentido del autor– que pone en riesgo el derecho patrimonial de la víctima se produce a partir de la sustracción jurídico-penalmente relevante. Resultaría extremadamente naturalista esperar a que el autor realice un efectivo y real acto de dominio sobre el bien<sup>104</sup>.

## 12. Posición de la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A

En el fundamento II.8 de la S.P. N° 1-2005, la Corte Suprema llegó a la conclusión de que:

*«(...) el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical y, por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder de hecho. Este poder de hecho – resultado típico- se manifiesta en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando sólo sea por un breve tiempo, es decir, cuando tiene el potencial ejercicio de facultades dominicales; sólo en ese momento es posible sostener que el autor consumó el delito».*

Conforme puede observarse, nuestra Corte Suprema se adhirió a la *teoría de la disponibilidad*, adhiriéndose al criterio asumido con anterioridad por el Tribunal Supremo español<sup>105</sup>. Según esta teoría, el momento consumativo tiene

---

<sup>103</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *RUDEP*, 2 (2001), p. 244, nota 11, quien refiriéndose al caso español señala que: «En efecto, la consumación se considera producida en un momento que se halla entre la *ablatio* y la *illatio*, es decir, entre el desplazamiento y la obtención de una ventaja patrimonial».

<sup>104</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *RUDEP*, 2 (2001), p. 245, quien también se muestra contrario a dicha exigencia: «(...) tampoco resulta del todo lógico exigir la efectiva disposición del autor sobre el bien aprehendido, pues frustraría en algunos casos la pretensión de tutela del patrimonio».

<sup>105</sup> El Tribunal Supremo español, por su parte, expresa y reiteradamente ha reconocido su adhesión a la teoría de la *illatio*, al cual identifica con el criterio de la disponibilidad potencial. Al respecto, vid. STS 5426/2003, de fecha 08 de septiembre de 2003 (con abundantes referencias jurisprudenciales), en donde se sostiene que: «(...) es *pacífica y constante la doctrina de esta Sala*

lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba, es decir, cuando aquél pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa. Todo comportamiento anterior, en consecuencia, no se comprende dentro de la esfera de la consumación.

El criterio de *la disponibilidad* adoptado en la S.P. N° 1-2005, que bien podría catalogarse como una adhesión a la teoría de la *illatio*<sup>106</sup>, procura evitar un adelantamiento peligroso del momento consumativo (a diferencia de las teorías de la *aprehensio* y *amotio*), puesto que, al requerir que exista la posibilidad de ejercitar las facultades dominicales, exige *algo más que desplazar la cosa de esfera de la custodia anterior*. Se requiere, asimismo, que haya una posibilidad de disposición sin trabas –aunque sea momentáneamente- y, subsecuentemente, que el titular anterior se vea privado de esa facultad. Sólo así se puede entender que exista una completa ruptura con la esfera anterior<sup>107</sup>. De este modo, nuestra Corte Suprema intentó -si bien limitándose a imitar la experiencia española- adoptar un criterio compatible con el contenido *adscriptivo* de la propiedad –que guarda relación con las facultades de disposición-, por el cual el desplazamiento

---

*según la cual en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada -ahora tentativa- se trata, se ha optado por la racional postura de la illatio, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa -contractatio-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido -ablatio-, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material».* Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=3099146&links&optimize=20031011&publicinterface=true>

<sup>106</sup> Así lo entendía un gran sector de la jurisprudencia antes de la publicación de la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A. Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 31/08/04, R.N. N° 1750-2004-Callao: «Es de precisar que el delito de robo se llegó a consumir, pues aun cuando finalmente se interceptó a los acusados y se recuperó el vehículo sustraído, estos tuvieron el auto en su poder por un espacio de tiempo –aun cuando breve- que posibilitó una relativa o suficiente disponibilidad sobre el mismo; los reos no fueron sorprendidos in fraganti o in situ, y la persecución por la propia víctima no se inició sin solución de continuidad, sino cuando pudo conseguir ayuda de un colega taxista; por tanto se asume –en la línea jurisprudencial ya consolidada de este supremo tribunal- la postura de la illatio para deslindar la figura consumada de la tentada, en cuya virtud la línea delimitadora, se da en la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente, siquiera sea potencialmente –la cual puede ser, como en el caso de autos, de breve duración- sin que se precise la efectiva disposición del objeto material». (En, URQUIZO OLAECHEA, *Código Penal*, t. I, p. 188).

<sup>107</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 15.

posesorio requiere para la consumación que se configure una situación fáctica que permita al autor aprovecharse de este contenido *adscriptivo*<sup>108</sup>.

¿Cómo ha sido entendido, bajo la lógica de la teoría de la *disponibilidad*, el *apoderamiento* y, por ende, la consumación en los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP? La doctrina tradicional coincide en señalar que existirá *apoderamiento* cuando el autor, como consecuencia de la sustracción, obtiene la mínima posibilidad de poner de manifiesto su carácter de *dominus* sobre el bien sustraído, con lo que se descarta, por una parte, que el *apoderamiento* se reduzca al mero *traslado* del bien en el espacio; y, por otra, que sea necesario un acto material de dominio sobre aquél. No basta, por lo tanto, con el acto de poseer (*possidere*), porque se puede poseer, incluso, desde los actos preparatorios, sino que es necesario que el agente haya tenido la posibilidad de usar (*uti*), de disfrutar (*frui*), o de realizar actos de disposición sobre el bien (*habere*). En otras palabras, el sujeto debe encontrarse en una situación –aunque sea momentánea- que le haga posible aprovecharse del contenido adscriptivo de la propiedad; de lo contrario, se señala, no habrá *consumación*, al no haber el autor manifestado objetivamente una decisión definitiva de ruptura con la custodia anterior<sup>109</sup>.

Con base en esta interpretación del *apoderamiento* como *disponibilidad potencial*, en el fundamento II.10 de la S.P. N° 1-2005, la Corte Suprema llega a formular –tres reglas generales: (1) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; (2) si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y, (3) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.

En lo que sigue del presente trabajo, nos ocuparemos de analizar cada una de las

---

<sup>108</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 17.

<sup>109</sup> Cfr. CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 17.

tres conclusiones establecidas como doctrina jurisprudencial en la S.P. N° 1-2005, a fin de determinar si el criterio de la *disponibilidad* puede constituir, realmente, una regla general y legítima para delimitar el momento de la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento.

### **13. El carácter puramente fáctico y contingente de la *disponibilidad potencial***

A pesar de la reinante concordia existente en la doctrina nacional en torno a la teoría de la disponibilidad, si nos adentramos un poco a revisar los presupuestos en que ésta intenta sostenerse, advertiremos que dicha visión está lejos de constituirse en una regla general para delimitar el momento de la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Asimismo, si seguimos una comprensión puramente normativa de la consumación en el caso de varios intervinientes, terminaremos por convencernos de la necesidad de alejarnos todavía más de la tesis de la disponibilidad potencial.

#### **13.1. La persecución ininterrumpida**

En el fundamento II.10 de la S.P. 1-2005, se estableció como regla que:

« (b) Si el agente es sorprendido in fraganti o *in situ* y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa (...)».

Si bien la Corte Suprema no brinda mayores argumentos para explicar de qué modo arriba a dicha conclusión, una lectura minuciosa del fundamento II.10 de la S.P. 1-2005, nos permite colegir que la razón para ello radica en la consideración –para nosotros criticable– de que el sujeto que huye con el íntegro del botín, siendo perseguido inmediatamente y sin interrupción, *no tiene la disponibilidad potencial* sobre el bien. Esta regla pretende ser contrastada con la contenida en el numeral (a) del mismo fundamento II.10 de la S.P. 1-2005, en

donde se señala que: «si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo». Bajo estos criterios, entonces, es que la Corte Suprema sostiene que la posibilidad de disposición debe ser descartada cuando el agente es perseguido inmediatamente y sin interrupción, debiendo tales casos ser castigados como tentativa.

Pero, ¿a qué clase de tentativa hace referencia la Corte Suprema? Si indagamos en el devenir jurisprudencial de la Corte Suprema encontramos que estos casos de persecución ininterrumpida han sido calificados como supuestos de *tentativa acabada* o *frustrada*. Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 04 de octubre de 1972 se concluye que:

«(...) para la consumación del hurto lo decisivo es el criterio de la disponibilidad y no del simple desapoderamiento. Incorre en **tentativa acabada** o **delito frustrado**, la situación del acusado que no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído toda vez que fue **perseguido de cerca** por el agraviado hasta que fue capturado»<sup>110</sup>.

Un criterio similar es el utilizado en la Ejecutoria Suprema del 03 de marzo de 1999, donde se consideró que:

«La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de **tentativa acabada** y no la del robo consumado como lo ha consignado el colegiado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos los actos que objetivamente y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad de éstos»<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> En *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, p. 292. (énfasis añadidos en todos los casos)

<sup>111</sup> En *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, I- 01, 1999, p. 351. (énfasis añadidos en todos los casos)

En aquella misma directriz se ubica la doctrina tradicional, la cual califica los supuestos de *persecución ininterrumpida* como casos de *tentativa acabada o frustrada*. Así, en España, GARCÍA ARÁN afirma que se trata de supuestos concretos de frontera entre la frustración (tentativa acaba) y la consumación<sup>112</sup>. En palabras de la citada profesora española: «La persecución ininterrumpida supone la imposibilidad de apreciar la disponibilidad siquiera potencial sobre el objeto de la sustracción y por ello, la consideración como frustración (...) mientras que la interrupción de la persecución comporta la disponibilidad momentánea y por tanto, la consumación».<sup>113</sup> Por su parte, en nuestro país, SALINAS SICCHA, incluso, ha señalado que «(...) la posibilidad real o potencial de disposición del bien que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria, sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción es inmediatamente perseguido el agente»<sup>114</sup>.

Manifestamos nuestro distanciamiento y desacuerdo respecto de la regla asumida por la Corte Suprema en el literal (b) del fundamento II. 10 de la S.P. 1-2005. En primer lugar, porque solamente cabe tentativa acabada o frustrada en los delitos de resultado, *ergo*, si los delitos de hurto, robo y abigeato no son delitos de resultado sino de *mera conducta de lesión*, no cabe en ellos la tentativa acabada.

Si revisamos la estructura típica de los delitos patrimoniales de apoderamiento –Arts. 185°, 188° y 189-A del CP- nos daremos cuenta que en ellos el legislador “ha recortado” el resultado, por lo que para la consumación bastará con una conducta de apoderamiento que tenga el sentido objetivo de ser idónea para la obtención de provecho, pero en ningún caso será necesario que ese resultado –obtención de *provecho*- se concrete en la realidad. En otras palabras, de lo que se trata es de la no exigencia de un resultado diferenciable

---

<sup>112</sup> GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 145.

<sup>113</sup> GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 145 y ss.

<sup>114</sup> SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, p. 62.

espacio-temporalmente de la conducta del autor. El riesgo prohibido que se castiga –y cuya creación puede consumir perfectamente el delito- es el *riesgo de aprovechamiento*, sin esperar a que ese riesgo se realice en el resultado a través de una disposición efectiva sobre el bien. Por ende, los delitos de apoderamiento no pueden quedar en grado de tentativa acabada o frustrada, pero sí –atendiendo a la estructura típica del delito- en grado de tentativa inacabada.

Conviene anotar también que resulta muy relativa aquella pretendida regla según la cual no goza en ningún caso de la posibilidad de disposición aquél agente que, sorprendido *in fraganti*, huye con el botín y que es perseguido de forma inmediata e interrumpida. Contra lo que pudiera creer la Corte Suprema, pueden, fácilmente, presentarse casos en los cuales el agente puede consumir, usar, alterar, dañar, inutilizar o destruir el bien a pesar de encontrarse bajo persecución ininterrumpida. Es la misma naturaleza del objeto de la acción en los delitos de hurto, robo y abigeato –esto es, un bien mueble susceptible de ser afectado a través de innumerables formas- la que nos permite arribar a dicha conclusión. Ahora bien, resulta en suma llamativo que un sector de la doctrina tradicional, a pesar de haber reconocido expresamente que la situación antes descrita es perfectamente posible, se siga mostrando renuente a reconocer la existencia de un delito consumado cuando hay persecución ininterrumpida. Veámoslo en las palabras de uno de los defensores de dicha posición:

«[s]in duda, al momento de la fuga, el agente puede tener la posibilidad de disponer del bien ya sea destruyéndolo o entregándolo a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito. Esa disposición no es voluntaria ni espontánea. En plena huida puede también ser aprehendido el sujeto no llegando a tener la posibilidad de hacer una disposición provechosa del bien sustraído. Menos habrá consumación [...] si el

agente es aprehendido en plena huida y se recupera lo sustraído. Aquí estaremos ante una tentativa»<sup>115</sup>.

Revisemos, entonces, si resulta convincente afirmar que la posibilidad de disposición por parte del agente debe encontrarse libre de trabas u obstáculos ya que de lo contrario no se podrá entender consumado el delito. Al respecto, utilicemos un ejemplo burdo:

Un hambriento vagabundo sustrae una apetecible manzana del puesto de un vendedor, aprovechando que éste se encuentra atareado en la atención de sus apresurados clientes.

Dejemos de lado el tema de la cuantía o la posibilidad de un estado de necesidad, y analicemos solamente el tipo objetivo. Para ello, agreguemos dos supuestos distintos:

**Primer Supuesto:** El vendedor, al percatarse del hecho persigue ininterrumpidamente varias cuadras al vagabundo logrando, finalmente, aprehenderlo. Sin embargo, durante la persecución el vagabundo ya había devorado agresivamente la manzana. Persecución ininterrumpida y, por lo tanto, ¿tentativa a pesar de que hubo disposición efectiva sobre el bien?

**Segundo Supuesto:** El vendedor le reclama airadamente al vagabundo pero como no puede abandonar su negocio para perseguirlo de forma inmediata, se ve obligado a terminar de atender a unos cuantos clientes. Luego de ello, logra visualizarlo sentado en una banca ubicada al costado del negocio. El vagabundo, que padece periodontitis avanzada, no pudo siquiera saborear la manzana debido a que dicha enfermedad le ha producido la caída de los dientes. No hubo persecución

---

<sup>115</sup> SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, p. 62.

ininterrumpida y, por lo tanto, ¿delito consumado a pesar de que tampoco hubo posibilidad de disposición?

Si seguimos la lógica de aquél sector de la doctrina tradicional que exige una *posibilidad de disposición provechosa y libre*, tendríamos que afirmar que, en el segundo supuesto, el sujeto que hurtó una manzana nunca tuvo la disponibilidad potencial debido a su carencia de dientes, es decir, que por esa razón nunca gozó de una posibilidad de disposición libre, por lo que el hecho debe ser considerado como una tentativa -¡y esto a pesar de no haber tenido lugar una persecución ininterrumpida!-. Podemos, incluso, recurrir a otro ejemplo: Un sujeto sustrae un valioso celular el cual, sin embargo, no puede utilizar debido a que la víctima ha bloqueado el acceso a su uso a través de una contraseña. Ahora: Si el sujeto no es perseguido de forma inmediata, ¿delito consumado a pesar que no hubo posibilidad de disposición libre? Modifiquemos el ejemplo: El sujeto sustrae un celular que no ha sido bloqueado por la víctima, siendo perseguido ininterrumpidamente, y durante la persecución hace una llamada a un amigo suyo para que lo “auxilie” con su vehículo y así poder ponerse a buen recaudo. El amigo conductor llega, pero ambos son atrapados cuando pretendían huir a bordo del vehículo. ¿Tentativa de hurto a pesar de que hubo disposición efectiva sobre el bien?

De lo analizado anteriormente debemos concluir que no resulta correcto determinar la consumación de un delito atendiendo a factores causales o cósmicos. Si seguimos los criterios arriba cuestionados, la consumación del hurto, robo o abigeato dependería de factores accidentales, dando lugar a soluciones extremadamente injustas y carentes de lógica. La exigencia de una *posibilidad de disposición libre, espontánea y voluntaria* a favor del agente es una afirmación que carece en lo absoluto de sustento jurídico. La posesión del ladrón que acaba de apoderarse un bien es siempre una posesión antijurídica. El ordenamiento jurídico de ninguna manera protege dicha posesión ilegal, por lo que, con menor razón puede garantizarle al delincuente una pretendida *posibilidad real o potencial de*

*disposición libre, espontánea y voluntaria.* Por el contrario, el apoderamiento o comienzo de apoderamiento constituye una agresión ilegítima frente a la cual la víctima puede hacer, incluso, uso de la legítima defensa en el sentido del Art. 20° inc. 3 del CP, siempre que se presenten las condiciones requeridas.

### **13.2. La consumación en los casos de varios intervinientes**

En el fundamento II.10 de la S.P. 1-2005, se estableció como regla que: «(c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos».

Consideramos que esta regla es innecesaria. Primero porque si partimos de la base de un injusto único de intervención –de que el injusto es *un solo hecho*–, si queda en tentativa o si queda en consumación, es tentativa para todos o es consumación para todos. Desde ese punto de visto no hay mayor problema, por lo cual es irrelevante hacer referencia al dato fáctico de la *huida* de uno o varios de los intervinientes. Es como si dos personas disparan a otra y huyen, siendo una de ellas atrapada y la otra no. Es decir, si huyen o no los ladrones, ello no es más que un dato fáctico irrelevante. Seguramente que la experiencia nos dice que los ladrones siempre van a intentar huir del lugar de los hechos. Pero llevar ese criterio fáctico al plano de la imputación es un error. Se dejaría todo al azar, es decir, la consumación de los delitos de apoderamiento dependería de la habilidad de la víctima o de la torpeza de alguno de los ladrones para dejarse atrapar. El consuelo para los ladrones atrapados es que a todos se les va a castigar como tentativa; mientras que a la víctima que no pudo atrapar al ladrón se le consuela castigando a éste por delito consumado.

La innecesaria relevancia que pone la Corte Suprema en la *persecución ininterrumpida*, se explica por la adopción de la teoría de la disponibilidad potencial como criterio para determinar el momento de la consumación. En otras palabras,

la Corte Suprema considera que quien es atrapado durante la persecución no tuvo la disponibilidad potencial, mientras que respecto de quien sí huyó con el producto del botín sí se puede afirmar que tuvo disponibilidad potencial. Ello, sin embargo, es muy relativo. Pueden presentarse casos en los cuales el sujeto que fue intervenido sí tuvo disponibilidad potencial, mientras que quien huyó no la tuvo. Esta realidad, precisamente, va en contra de la propia lógica de la S.P. 1-2005, la cual parte de la premisa pretendidamente indiscutible de que “quien huye tiene disponibilidad potencial”, mientras que “quien es atrapado luego de la persecución carece de dicha disponibilidad”. Nuevamente, utilicemos un ejemplo burdo:

El mismo caso del vagabundo: Dos vagabundos sustraen una manzana cada uno. Los persiguen de forma inmediata. Atrapan a uno, y éste ya se ha comido la manzana. El otro no fue atrapado pero por su carencia de dientes no le era posible disfrutar la manzana.

El caso del celular: Atrapan a quien hizo las llamadas desde el celular y huye el otro con el celular bloqueado.

Caso del dinero: Atrapan a quien durante la persecución usó el dinero para pagar un taxi y huir. Huye el otro con la otra parte del dinero.

En los tres casos, a nadie se le ocurriría negar la consumación del delito, y ello sin siquiera poner reparos en si hubo disponibilidad potencial o no. La disponibilidad, vista así, no sería más que una cuestión puramente accidental. El delito puede perfectamente consumarse a pesar de que todos los participantes sean detenidos con el bien sustraído. Por ejemplo, si uno facilita la rotura de obstáculos y escalamiento para acceder al bien, y dentro del lugar uno de ellos logra la disponibilidad efectiva sobre el bien. Ejemplo. Consume el bien. En ese caso resulta irrelevante si tiene lugar una persecución. Pueden darse casos en los cuales a pesar de que todos huyan pueda afirmarse la consumación del delito debido a que existió disponibilidad potencial.

La solución en los casos de varios intervinientes debe resolverse dejando de lado el dato fáctico de la disponibilidad potencial. Un concepto único de injusto nos dará la solución, aplicando la regla de la accesoriedad cuantitativa. De lo que se trata no es de si unos huyen u otros son atrapados. De lo que se trata es, simplemente, de determinar si el delito se consumó o quedó en tentativa, y ello con independencia del dato fáctico de la posibilidad de disposición. Resulta relativo afirmar que quien es atrapado no tiene la disponibilidad potencial.

### **13.3. La consumación en las esferas de resguardo concéntricas : El caso de los supermercados y establecimientos de autoservicio**

Anteriormente utilizamos el ejemplo de las esferas de resguardo concéntricas para demostrar que la fórmula “sustrayendo el bien del lugar donde se encuentra” resulta superflua e innecesaria para la tipicidad de los delitos de apoderamiento. En esta parte del trabajo, y en tanto que dentro de los casos de espacios concéntricos encontramos a los establecimientos de autoservicio, utilizaremos estos supuestos para demostrar también que la *disponibilidad potencial* no es más que un dato contingente, fáctico y subjetivo, irrelevante para determinar la consumación en los delitos de apoderamiento.

De acuerdo con la posición asumida en el fundamento II. 10 de la Sentencia Plenaria 01-2005/DJ-301-A, la consumación en los delitos de hurto, robo y abigeato viene condicionada por la disponibilidad potencial sobre la cosa sustraída, y ello sucede cuando el autor obtiene la posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio sobre el bien. Bajo dicho entendimiento, por ende, no resulta suficiente con que el agente saque el bien de la esfera de protección o vigilancia del titular, sino que además debe estar en condiciones –ya sea de manera momentánea, fugaz o de breve duración- de disponer del bien. Sin embargo, dicho razonamiento, repetido hasta la saciedad en forma casi literal por la doctrina tradicional y por la jurisprudencia, incurre en un

error esencial, cual es entender el concepto de esfera de protección únicamente desde un punto de vista físico, geográfico por decirlo de algún modo, con prescindencia de categorizaciones jurídicas, como la existencia de esferas de resguardo concéntricas, o esferas de resguardo jurídicas y no materiales<sup>116</sup>.

Los delitos de apoderamiento cometidos en supermercados o establecimientos de autoservicio son un claro ejemplo de la irrelevancia del criterio fáctico de la *disponibilidad potencial*. Veamos, en estos casos, lo primero que llama la atención es que, a pesar de que los clientes tienen la disponibilidad potencial sobre el objeto material (los productos en venta), dicha situación no permitiría, sin más, afirmar la existencia de un delito de hurto o robo consumado. Incluso si se llegase a producir la *disponibilidad efectiva* sobre el bien (v.gr. consumir un producto), quedarían serias dudas sobre la consumación del delito, toda vez que el cliente puede finalmente cancelar el precio, v. gr. acudiendo a las cajas registradoras. Y es que por la propia naturaleza del servicio, el cliente cuenta efectivamente con mayores posibilidades de disponibilidad parcial sin que quepa considerar que ha tenido lugar un apoderamiento típico (puede tomar los bienes, probarse una prenda, trasladarla a su antojo dentro del local, etc.). Los establecimientos de autoservicio se organizan de tal manera que, prácticamente, el cliente se encuentra cercado por los objetos<sup>117</sup>.

Queda claro, entonces, que un criterio naturalista -como lo es la *disponibilidad*- no resulta útil para determinar la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento. La solución debemos buscarla en una correcta interpretación del concepto de *apoderamiento*, la cual nos permitirá delimitar estos delitos respecto de la apropiación ilícita (Art. 190° CP) así como volver a reafirmar la tesis de que también resulta irrelevante la exigencia legislativa de la *sustracción del lugar*.

---

<sup>116</sup> Cfr., la crítica que YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 23, dirige en Chile contra la tesis tradicional -de la disponibilidad- defendida por GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General, Tomo IV*, 2002, p. 166.

<sup>117</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, en *RUDEP*, 2 (2001), p. 245 y ss.

## 14. Posición que se asume

### 14.1. El cambio de perspectiva: El *hecho* visto desde la óptica del afectado y no desde la del autor

Ante la insuficiencia y vaguedad de la doctrina de la *disponibilidad potencial*, los propios defensores de dicha teoría han reconocido la necesidad de recurrir a criterios complementarios para determinar la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Así, en España, GARCÍA ARÁN admite la conveniencia de atender también al criterio de la permanencia o alejamiento del bien del ámbito de dominio de la víctima, conforme a la tendencia jurisprudencial que, aun conservando el concepto de disponibilidad cambia parcialmente su estimación refiriéndolo al sujeto pasivo en lugar de al autor del delito<sup>118</sup>. Y es que hace ya más de dos décadas, el Tribunal Supremo español –véase la STS 2.11.92- anunció expresamente una matización de la tradicional doctrina de la disponibilidad potencial estimando la consumación cuando el sujeto pasivo no puede recuperar la cosa sin un cierto esfuerzo para vencer la resistencia de quien ha aprendido la cosa. Ello significa que la persecución del autor, como algo necesario para recuperar la disponibilidad y para vencer su resistencia, es un momento en el que puede estimarse ya consumado el delito<sup>119</sup>.

¿Por qué, entonces, nuestra Corte Suprema, respaldada mecánicamente por la doctrina tradicional, sigue anclada en el ya superado criterio de la *disponibilidad potencial*?, ¿Por qué se sigue asumiendo, por ejemplo, como regla absoluta, que «*si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y éste es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa*»?<sup>120</sup>. Siempre esta visión tradicional del problema ha puesto, erróneamente, el acento en la situación del hechor, en el sentido de

---

<sup>118</sup> GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 146.

<sup>119</sup> GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 146.

<sup>120</sup> Vid. S.P. 1-2005, Fund. II.10.

determinar la consumación dependiendo única y exclusivamente del momento en que éste puede o no disponer, aun cuando sea de un modo exclusivamente potencial, del bien sustraído<sup>121</sup>. Esta visión, conforme hemos desarrollado anteriormente, es incompleta e inexacta. Hace ya prácticamente medio siglo que en argentina, RICARDO C. NÚÑEZ, ya había precisado –en contra de la teoría de la disponibilidad- que la tenencia que es objeto de tutela en los delitos de hurto, robo y abigeato, no se reduce a la nada recién cuando el *autor puede disponer* del bien, sino ya antes, cuando el *ofendido no puede disponer* de aquél sin quitárselo al ladrón. La subsistencia o aniquilamiento de la tenencia de la cosa por el ofendido, tiene que depender de la subsistencia o aniquilamiento de sus propios componentes, y no de la constitución de otra tenencia. El fuego aniquila la tenencia de la cosa quemada, pero no constituye otra tenencia sobre ella<sup>122</sup>.

Considerando que un delito es esencialmente una manifestación objetiva de rechazo al derecho, en este caso, una actuación contraria al reconocimiento de los derechos patrimoniales, no resulta lógico analizar el problema de la consumación desde la óptica del autor material, buscando desentrañar la época exacta en que pudo a lo menos potencialmente disponer del bien de propiedad del afectado, puesto que esta visión implica dar mayor relevancia a la figura del imputado por sobre la del afectado, a la acción lesiva por sobre el fin de protección. Además de no haber podido resolver el tema de la consumación, esta visión o punto de vista no ha podido tampoco establecer reglas de fácil y general aplicación<sup>123</sup>. Como acertadamente lo dijera CARRARA, la odiosidad del hurto frente a la ley no deriva de envidia por el goce que se procura el ladrón, sino de amor hacia el derecho del poseedor que demanda protección, por lo que el Derecho Penal, que se funda en la tutela del derecho, sugiere que el modo de la defensa debe agotarse tan pronto como el derecho es violado<sup>124</sup>, sin atender al dato fáctico de si el delincuente ha conseguido o no la disponibilidad potencial o efectiva sobre el bien.

---

<sup>121</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 27

<sup>122</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 181.

<sup>123</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 27 y ss.

<sup>124</sup> La referencia es de NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 179.

Para determinar cuándo se produce la consumación, por lo tanto, resulta determinante establecer el momento exacto en el cual el afectado deja de estar en condiciones de ejercer las facultades de dominio, o al menos alguna de ellas, respecto del bien mueble objeto de sus derechos, con absoluta independencia tanto de si el bien ha sido tocado o trasladado de lugar por el hechor, como de la ubicación espacial del hechor y de la especie ya en su poder<sup>125</sup>. En consecuencia, la teoría de la *ablatio rei*, según la cual el hurto consiste en la privación de la tenencia de la cosa, sacándola de la esfera de custodia o poder de su tenedor, es la teoría más científica porque no atiende sólo al manejo material de la cosa por el autor, sino a la ofensa completa del bien penalmente protegido<sup>126</sup>, esto es, exige que la relación de custodia legítima sobre el bien haya sido aniquilada. Desde dicha perspectiva, el hecho se consuma, no ya cuando el autor *adquiere* la disponibilidad, sino cuando la víctima la *pierde*<sup>127</sup>.

Si observamos el *hecho* desde la óptica del afectado, evidentemente la ubicación espacial de la especie resulta del todo irrelevante a la hora de determinar el grado de afectación a su derecho sobre la misma, desde que al momento de no poder disponer de ésta da exactamente lo mismo cuál es el destino que de ella ha hecho el sujeto activo. Y salvo que podamos establecer y sostener la inequívocidad de una conducta de daños y no una de apoderamiento tendiente a la obtención de provecho, resulta evidente que el delito de apoderamiento debe considerarse consumado desde ese instante, con independencia de las acciones posteriores que puedan resarcir de algún modo la acción sufrida<sup>128</sup>. La mayor o menor perfección de la tenencia de la cosa por el autor sólo atañe al grado de posibilidad de restitución de la tenencia aniquilada; pero no puede incidir en la lesión patrimonial jurídicamente perfecta<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 28.

<sup>126</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 179.

<sup>127</sup> GARCÍA ARÁN, *El delito de hurto*, p. 146.

<sup>128</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

<sup>129</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 181.

Tradicionalmente se cree que si el bien no se desplaza físicamente fuera del ámbito de dominio del afectado, a lo sumo puede haber tentativa de hurto, y que si el objeto se ha ocultado (por ejemplo, en el bolsillo) sólo habrá consumación cuando el sujeto logre extraer la cosa del ámbito de dominio original, evitando así que el titular legítimo pueda ejercer su voluntad sobre la misma. Al respecto, la pregunta que cabe hacerse es si esta pretendida regla puede aplicarse a la generalidad de los casos o si bien, en situaciones específicas, pierde aplicación o se torna inexacta<sup>130</sup>. Como bien lo ha puesto en cuestión YAÑEZ, ¿qué ocurre con la destrucción de la especie dentro del ámbito de dominio del afectado? ¿Qué ocurre con el consumo o inutilización de la especie dentro del ámbito de protección del afectado? ¿Debemos pretender que el delito se encuentra tentado porque la especie, ya inútil para el propietario, nunca salió de su esfera de protección, o bien debemos racionalmente sostener que tal inutilización o destrucción consuma el ilícito?<sup>131</sup> Del mismo modo, ¿tiene relevancia la ubicación del sujeto activo y de la especie objeto de apoderamiento si ésta es, por ejemplo, ingerida por aquél? Y no pensemos sólo en alimentos, sino en joyas o pequeños objetos de valor por su contenido o materia prima. A modo de ejemplo: El sujeto que ingresa a morada ajena y aún en el interior se traga las joyas del afectado, aun cuando todavía se encuentre en los aposentos de la misma habitación, ha evidentemente consumado su acción de apoderamiento desde el punto de vista de la total imposibilidad del propietario del bien para poder usar, gozar o disponer de la misma. Y esto no se ve afectado por la posible recuperación del bien. El propietario no ha podido disponer *aunque sea por un instante* de sus pertenencias<sup>132</sup>.

El acto de apoderamiento implica privar a otro del normal ejercicio del derecho sobre un bien. Y esto, por lo general, sucede cuando como consecuencia del acto de apoderamiento del autor, el bien deja de estar en la esfera o ámbito de custodia de la víctima o en el de su tenencia simbólica. Logrado esto por el autor,

---

<sup>130</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 28 y ss.

<sup>131</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

<sup>132</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

desde el punto de vista de la ofensa propia del hurto la propiedad ajena ya está lesionada de manera perfecta, porque el bien que la integraba –la tenencia de la cosa-, ya no la integra más<sup>133</sup>. Como contrapartida, si la especie ya tomada por el sujeto activo, trasladada de su original ubicación e incluso sacada del bien raíz o espacio de especial protección, es susceptible de recuperar por el sujeto activo en cualquier momento, bastando para esto su decisión de hacerlo, resulta asimismo del todo irrelevante el contacto del hechor con la cosa o el traslado de ésta físicamente fuera de los espacios de protección del afectado<sup>134</sup>. El delito, evidentemente, estará tentado por no producirse el apoderamiento, esto es, al no haberse creado un riesgo prohibido de afectación definitiva de las facultades de dominio del propietario. A modo de ejemplo: el hurto clandestino del contenido de una cartera cuando la víctima se percató y recupera esta especie de inmediato desde las manos del hechor y sin que medie oposición. O el sujeto activo que toma el abrigo de la víctima que ha sido dejado apoyado en una silla, que es observado en todo momento por el propietario de esta prenda y que al momento de intentar retirarse del lugar y ser descubierto simula una confusión y devuelve la especie. En estos casos, la víctima no perdió ni por un momento las facultades de dominio sobre su especie, aun cuando ésta fue tomada y transportada por el hechor<sup>135</sup>.

## **14.2. Requisitos del *apoderamiento* y su delimitación respecto de la consumación de otros delitos patrimoniales**

### **14.2.1. Apoderarse *para obtener provecho***

Los delitos de hurto, robo y abigeato se consuman con el *apoderamiento* ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno. El verbo pronominal *apoderarse*, que caracteriza a estos delitos, deriva etimológicamente del verbo latín *potère* (poder), el cual, a su vez, es una reinterpretación del verbo *pòsse*, que

---

<sup>133</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 181.

<sup>134</sup> YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

<sup>135</sup> YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

es un verbo compuesto de una raíz que solamente aparece en el compuesto *pòt* (de raíz indoeuropea) y *sum* (ser): *possum*<sup>136</sup>. Este mismo compuesto aparece en el griego *déspota* o *Poseidón*, que expresan: “el que está por encima de algo”, “el que tiene poder sobre algo”, el señor de algo”, etc. *Apoderarse*, en consecuencia, equivale a *alcanzar u obtener poder sobre algo*. Y, en el contexto de los delitos de hurto, robo y abigeato, dicha acción consistirá en obtener un poder fáctico (*apoderarse ilegítimamente*) sobre un bien mueble total o parcialmente ajeno, esto es, sobre algo que no me corresponde. Pero además, ese *apoderamiento* debe tener el significado objetivo de estar dirigido hacia la *obtención de un provecho*.

Veámoslo con mayor detalle. En el contexto de los delitos de hurto, robo y abigeato, el acto de *apoderarse* supone una noción compuesta por un acto material con significado objetivo de idoneidad para la obtención de un provecho. La fórmula *para obtener provecho*, implica que el *apoderamiento* esté dirigido objetivamente hacia la materialización de cualquier uso, goce, afectación o destino que una persona pueda obtener de un bien o le pueda dar al mismo<sup>137</sup>. En el delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP), en cambio, la obtención de provecho debe ser efectiva para poder consumarse el delito, a no ser que dicho requisito se quiera interpretar como una condición objetiva de punibilidad. Las precisiones que acabamos de desarrollar permiten delimitar los delitos de *apoderamiento* respecto del delito de daños (Art. 205° CP). En este delito también puede existir una conducta de *apoderamiento*, en tanto que dañar, destruir o inutilizar un bien implica ejercer y materializar un poder de facto sobre algo. Sin embargo, dicha conducta debe estar desprovista de un significado objetivo de obtención de provecho y estar dirigida a la lesión de la propiedad en sí misma considerada.

Finalmente, cabe señalar que en la apropiación ilícita (Art. 190° CP) no tiene lugar un *apoderamiento*. En este tipo penal el legislador ha utilizado el verbo *apropiar*. Así, mientras que *apoderarse* equivale a alcanzar u obtener, de forma ilegítima, un poder de hecho sobre un bien ajeno; *apropiarse* implica *convertir la*

---

<sup>136</sup> Cfr. Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana, [En línea]: [www. Etimo.it](http://www.Etimo.it)

<sup>137</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 181.

*custodia propia en dominio no debiendo hacerlo.* La conducta de *apropiarse* implica *hacerlo (a un bien) propio o hacerlo (a un bien) mío*, y ello implica materializar, si bien *indebidamente*, un poder con reconocimiento jurídico. Y es que, a diferencia de la *apropiación*, el término *apoderamiento* guarda gran relación con los conceptos de *desposesión* y *expropiación* que, históricamente, son situaciones contemporáneas, pues al momento que se toma el bien *para obtener provecho* se desposee y se expropia al mismo tiempo<sup>138</sup>.

Conceptualmente, la *desposesión* es un *prius* lógico respecto de la *expropiación*, esto es, se trata del medio por el que la *expropiación* se verifica en los delitos patrimoniales de *apoderamiento* que recaen sobre bienes materiales. Asimismo, la *desposesión* puede identificarse, en líneas generales, con la acción, mientras que la *expropiación* con los efectos del delito. Ahora bien, asumiendo, como ya lo hemos sostenido, que *apoderarse* implica obtener poder de hecho sobre algo ajeno, la *desposesión* pierde toda relevancia como hecho determinante y pasa a ser sólo un acto preparatorio, indiciario o en ocasiones tentativa del *apoderamiento* posterior. La *expropiación*, por su parte, es un efecto que se produce de inmediato, en cuanto el afectado pierde la posibilidad de disponer libremente del bien amagado<sup>139</sup>. La *desposesión* o *sustracción*, no adquiere otro significado que el de constituir *un modo de ataque* al derecho real y que, por lo demás, no es característico de los delitos *apoderamiento*, puesto que también puede haber *desposesión* o *sustracción* en el delito de daños (Art. 205° CP) y en el de *apropiación ilícita* (Art. 190° CP).

La víctima puede ser privada de un bien mueble por actos que no son de *apoderamiento* típico de hurto, robo o abigeato. Ello sucede cuando la conducta del autor carece del significado objetivo o de la idoneidad para la obtención del provecho. Por ejemplo, quien utiliza el bien de la víctima para hacer una broma (ejemplo: el obrero que esconde el martillo de su compañero de trabajo para hacer una broma); o quien coge el bien y lo saca de la casa para salvarlo del incendio; o

---

<sup>138</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29.

<sup>139</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 29 y ss.

quien arrebató el bien de forma violenta para agredir, repeler o impedir una agresión; o quien se apodera del bien para comprobar la falta de vigilancia de los guardianes; o quien se lleva el bien para hacerlo componer (ejemplo: la sirvienta que, por haber roto un artefacto de sus patrones, lo lleva a arreglar no pudiendo recuperarlo), etc. En todo caso, la fórmula *para obtener provecho* nunca debe ser interpretada de modo psicologista, más bien, el *apoderamiento* debe entenderse -conforme a criterios de imputación objetiva- como la creación de un riesgo penalmente prohibido idóneo para la obtención de provecho.

#### **14.2.2. Apoderamiento ilegítimo**

El *apoderamiento* -en los delitos de hurto, robo y abigeato- no es un modo de adquirir el dominio, sino una vulneración del legítimo ejercicio de su titular<sup>140</sup>. El poder que adquiere el ladrón sobre el bien es puramente fáctico. A diferencia de la apropiación ilícita (Art. 190° del CP), en los delitos de *apoderamiento* el autor vulnera una esfera de custodia ajena adquiriendo un poder de hecho ilegítimo sobre un bien. En la apropiación ilícita, en cambio, el autor no vulnera la esfera de custodia de la víctima, pues ésta se la ha otorgado. En este delito lo que hace el autor, en realidad, es convertir, *indebidamente*, la custodia en dominio propio.

La ilegitimidad que caracteriza al *apoderamiento* queda descartada si se produce el consentimiento del propietario o titular de la custodia sobre el bien, por cuanto se trata de un derecho de libre disposición. Asimismo, la *ilegitimidad del apoderamiento* puede producirse tanto de forma clandestina como en presencia de la víctima. Por ejemplo, el hurto cometido entrando a un bazar, tomando en presencia del propietario un objeto cualquiera y huyendo en seguida<sup>141</sup>. También puede producirse sin o mediante sustracción. Por ejemplo, si por error el propietario entrega al cliente un producto pensando que lo ha pagado (No es Apropiación Irregular –Art. 192° del CP- por cuanto el autor sabe perfectamente que el bien pertenece a alguien); o el engaño a un discapacitado mental para que

---

<sup>140</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, p. 23.

<sup>141</sup> Cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, t. v, p. 177 y ss.

haga entrega de un bien (lo que no puede configurar estafa –Art. 196°- porque la víctima en este caso no posee libertad patrimonial que es lo que protege el tipo de estafa). Otro ejemplo de apoderamiento sin sustracción fáctica es, por ejemplo, el robo cometido por el ladrón que apunta con el arma al cajero del banco para que sea éste quien tome con sus manos el dinero de la caja y lo meta en las bolsas.

Se debe señalar que el tipo del ejercicio arbitrario del propio derecho –Art. 417° del CP-, excluye el tipo penal de hurto en razón de que el significado de la conducta del autor es la hacerse justicia por mano propia. Ejemplo: apoderarse del bien para hacer efectivo o para garantizar un derecho que se cree tener sobre el mismo (error sobre la existencia de un derecho subjetivo para disponer de la cosa).

## **CAPÍTULO CUARTO: EL DESISTIMIENTO EN LOS DELITOS PATRIMONIALES DE APODERAMIENTO**

### **15. El desistimiento como modificación del hecho**

Cualquier reflexión sobre el desistimiento requiere dejar bien sentado previamente cuál es el fundamento de la pena de la tentativa<sup>142</sup>. En palabras de JAKOBS, «el fundamento de la pena de la tentativa, según absolutamente todas las teorías cuyos representantes ven alguna razón para su punición, reside en la circunstancia de que con la tentativa algo ha quedado ya *consumado* y, ciertamente, algo cuya producción puede ser penada con justicia»<sup>143</sup>. Conforme vimos anteriormente – *supra*-, el quebrantamiento pleno de la norma se produce ya con la tentativa. El *resultado*, entendido en términos naturalistas como la modificación del mundo exterior, solamente agrega un plus cuantitativo a la intensidad del injusto y, de acuerdo con nuestra legislación positiva, puede repercutir en la graduación de la pena a imponer.

En el caso de los delitos patrimoniales de apoderamiento, si la vulneración ilegítima de una esfera de custodia ajena implica ya la creación de un riesgo

---

<sup>142</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 325.

<sup>143</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 325.

penalmente prohibido y, por ende, una defraudación a la norma, entonces se concluye que antes del *apoderamiento* ya hay un resultado en términos normativos. Quien dolosamente se arroga el poder sobre un bien ajeno quebranta, mediante la realización de su perspectiva del mundo, la libertad de la víctima y también el derecho como derecho, en relación con el reconocimiento de la propiedad. Y quien además de ello emplea violencia o amenaza para lograr la ruptura de la custodia ajena, quebranta también la integridad corporal<sup>144</sup>. Con la puesta en cuestión de la norma, algo ha quedado ya consumado. Y, precisamente, esa consumación alcanza su plena objetivación cuando el autor decide dejar atrás toda posibilidad de revocación del riesgo que él mismo ha creado.

La tentativa, entendida como creación de un riesgo penalmente prohibido, configura ya una defraudación – en términos normativos, ¡un resultado!- con independencia de la producción de un resultado *naturalista*. El resultado, desde esta comprensión *normativista* es, simplemente, la defraudación a la norma. Ahora bien, si la *tentativa* es un quebrantamiento *pleno* de la norma, ¿cómo se va a poder anular lo que ya está completo en el mundo? La respuesta a dicha interrogante debe buscarse en las peculiaridades propias de la tentativa. Así, siguiendo a JAKOBS<sup>145</sup>, es posible el desistimiento en tanto que la tentativa pueda ser *un hecho aún susceptible de modificación*. Si el autor es separado de su conducta defraudadora, la contradicción con la norma se habrá convertido en algo perteneciente al pasado, de modo que se excluye un desistimiento y sólo es ya posible un comportamiento post-delictivo.

Pero, ¿cuándo queda separado el autor de su conducta? En palabras de JAKOBS: «siempre que él pierde aunque sólo sea *una* posibilidad de influir sobre el mundo futuro; pues entonces ya no se corresponden el mundo en el que tiene lugar la posibilidad perdida y el mundo de las potencialidades del autor»<sup>146</sup>. ¿Por qué se tienen que ver así las cosas? Hay una sola explicación: *únicamente el*

---

<sup>144</sup> Cfr. GONZÁLES-RIVERO, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*, p. 66: « [Por ello], el robo debe ser valorado como más grave que el hurto, y ello debe reflejarse también en la pena a imponer».

<sup>145</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 326 y ss.

<sup>146</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 328.

*presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado*<sup>147</sup>. Sólo donde puede ser aún corregida en el presente la imagen de una determinada conducta que comenzó en el pasado es posible incondicionalmente un desistimiento que excluya la pena. Si, en cambio, la conducta tuvo en el pasado el valor de algo que ya no podría ser modificado en el presente o si no existe en el presente oportunidad para su modificación, la expresión de sentido realizada en el pasado es ya definitiva, una comunicación cerrada en sí misma<sup>148</sup>.

En concordancia con lo señalado anteriormente, debemos deslindar, en el caso de los delitos patrimoniales de apoderamiento, cuándo estamos ante conducta de *desistimiento* y cuándo ante *un nuevo comportamiento*, esto es, ante un *comportamiento posterior al hecho*. Dicha tarea implica realizar una correcta interpretación de los Art. 18° y 19° CP, que regulan el *desistimiento*. Si bien la creación ilegítima, por parte del autor, de una *custodia de hecho* sobre el bien ajeno, supone ya una defraudación normativa -reprimible como tentativa inacabada-, en muchos casos dicha defraudación por sí sola no será suficiente para sostener que ha tenido lugar la completa ruptura con la custodia anterior<sup>149</sup>.

## **16. El desistimiento en los delitos de apoderamiento**

### **16.1. El desistimiento de la tentativa inacabada**

De acuerdo con lo establecido en el Art. 18° CP:

*«Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos».*

De la redacción del citado artículo se colige que nuestra regulación penal reconoce dos formas de manifestación del *desistimiento* con base en la diferencia

---

<sup>147</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 330.

<sup>148</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 330.

<sup>149</sup> CARNEVALI, en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, p. 17.

entre la *tentativa acabada* e *inacabada*. En la *tentativa acabada* el autor ha realizado todos los actos dirigidos a la producción de la consumación del delito, por lo que se exige que el desistimiento deba impedir en estos casos la producción del resultado. Por el contrario, en la *tentativa inacabada* el autor no ha realizado todos los actos que llevan al resultado, de manera que un desistimiento tiene lugar cuando voluntariamente no se prosigue con los actos ejecutivos del delito<sup>150</sup>. Cabe precisar que la *tentativa acabada* es posible solamente en los *delitos de resultado* -vgr. daños (Art. 205° CP), estafa (196° CP), extorsión (Art. 200° CP), etc.- mas no en los delitos de *mera actividad* -como lo son los *delitos de apoderamiento*: hurto, robo y abigeato-, los cuales admiten solamente la *tentativa inacabada*<sup>151</sup>.

El desistimiento de la *tentativa inacabada* –explicaba brillantemente ENRIQUE CURY- se diferencia del de una *tentativa acabada* en que, desde el punto de vista objetivo, aquél sólo requiere que el autor se detenga, mientras el último exige que haga algo para evitar la producción del resultado. Como la acción exige un despliegue de energía del agente para la conducción del curso causal, basta que éste lo suspenda para que la conducta quede incompleta. Por el contrario, como el resultado presupone el desencadenamiento de una serie causal que ya no depende de la intervención directa de sujeto activo, para evitarlo éste tiene que “*contra-actuar*”, haciendo algo que evite el desenlace<sup>152</sup>. Si lo explicamos ahora en términos normativos: en la *tentativa inacabada*, por definición, no todo está concluido en la configuración de la conducta<sup>153</sup>. Veámoslo con un ejemplo citado por JAKOBS: Quien toma en la mano una cosa ajena y comienza a guardarla en el bolsillo o a arrojarla al suelo, con el acto de tomar a cosa sólo ha producido algo manifiestamente provisional que tiene que llevar a término en el futuro con un

---

<sup>150</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 746.

<sup>151</sup> Erróneamente, muchas veces se califica a los delitos de hurto, robo y abigeato como delitos de resultado. Sobre ello me he pronunciado críticamente, al respecto vid. PINEDO SANDOVAL, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2014, Lima, p. 154 y ss.

<sup>152</sup> CURY, en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), p. 73.

<sup>153</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 339.

hecho consumado de guardarla en el bolsillo [hurto] o de destruirla [daños], y si falta esta continuación, aunque el contexto no ha cambiado para el autor, la conducta se vuelve carente de sentido en sí misma y en todo caso pierde la orientación hacia la lesión de la propiedad ajena<sup>154</sup>. El desistimiento en la tentativa inacabada, por tanto, se produce mediante un “no seguir actuando”. De ese modo, si falta una continuación de sentido delictivo, la conducta definida *ex ante* como delictiva se revela *ex post* como inocua<sup>155</sup>.

## 16.2. Desistimiento versus apoderamiento

En el caso de los delitos de hurto, robo y abigeato, *desistimiento* y *apoderamiento* se presentan como dos situaciones excluyentes. Cuando hay desistimiento no se produce el apoderamiento típico, mientras que si llega a haber apoderamiento ya no tiene lugar el desistimiento. Dicho en otras palabras, en tanto que en los delitos de hurto, robo y abigeato la *consumación* se produce precisamente con el *apoderamiento*, lo que haga el autor después de este momento no será más que un *comportamiento posterior al hecho*, pero en lo absoluto un *desistimiento*. De allí la importancia de contar con reglas dogmáticas claras y sólidas para diferenciar los límites entra actos preparatorios, tentativa y consumación en los delitos patrimoniales de hurto, robo y abigeato.

Sin dar mayores fundamentos, y casi de forma mecánica, la doctrina tradicional y la jurisprudencia en nuestro país entienden que para el apoderamiento no basta con que el agente prive a la víctima del goce normal de las facultades dominicales que le corresponden y ponga la cosa bajo su poder de hecho, sino que, además, es necesario que ese poder de hecho se manifieste en la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de disposición, aun cuando sólo sea por un breve tiempo. Sólo cuando se verifique el requisito fáctico de la *disponibilidad potencial*, es posible sostener, en consideración de los defensores

---

<sup>154</sup> Cfr. JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 339.

<sup>155</sup> Cfr. JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 340.

de esta teoría, que el autor ha consumado el delito<sup>156</sup>. En nuestra consideración, sin embargo, la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento no puede depender de un criterio fáctico, contingente y superfluo como la *disponibilidad potencial*. Sobre ello nos hemos pronunciado ampliamente *supra*.

La *consumación* en los delitos patrimoniales de apoderamiento se produce desde el momento en que el autor del hurto, robo o abigeato comienza a ejercer una relación fáctica de dominación que tendría que ser vencida por el anterior detentador de la cosa para disponer de ella<sup>157</sup>, no se requiere nada más ni nada menos. Nada más como la *disponibilidad potencial* por parte del agente, ni nada menos como la sola *desposesión*, la cual por sí sola a lo mucho podría dar lugar a una tentativa si es que la víctima todavía puede contar con el ejercicio normal de sus facultades dominicales sobre el bien. En conclusión, lo determinante para ejercer el momento de la consumación no es ya la adquisición de la disponibilidad de la cosa por parte del agente, sino la pérdida de la disponibilidad por el afectado, el que no puede recuperarla sin un mínimo esfuerzo. Lo determinante debe ser la pérdida de la posibilidad de disponer –por parte de la víctima- y no la adquisición del poder de hacerlo –por parte del autor-<sup>158</sup>.

Habiendo definido el momento de la consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento, podemos ahora afirmar que tiene lugar un desistimiento cuando el agente deja -voluntariamente y no en razón a encontrarse condicionado por factores externos- de realizar los actos tendientes a la creación de un riesgo de privación definitiva del derecho patrimonial corresponde a la víctima. En concordancia con ello, debe castigarse como tentativa inacaba –y, en consecuencia, disminuir prudencialmente la pena conforme al Art. 16° CP- a aquél autor que todavía conserva en sus manos la posibilidad segura de evitar el apoderamiento definitivo. Por ejemplo: El ladrón que es sorprendido *in fraganti* y atrapado por la víctima dentro del domicilio de ésta, todavía se hallaba en una

---

<sup>156</sup> Vid. la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A, fund. II. 8

<sup>157</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Delitos contra la propiedad (3)*, *pro manuscripto*.

<sup>158</sup> Cfr. YAÑEZ, en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, p. 37.

situación en la cual podía abandonar el domicilio sin llevarse ninguno de los bienes (tentativa inacabada). Por el contrario, el ladrón que, habiendo sido sorprendido *in fraganti*, huye siendo perseguido por la víctima, a través de dicha huida da lugar a la creación de un riesgo de privación definitiva del derecho en perjuicio de la víctima. Lo mismo pasa si el ladrón ingiere una valiosísima sortija. La víctima ya no puede recuperar, sin un esfuerzo más allá de lo ordinario, esto es, sin vencer la custodia de hecho creada por el ladrón, lo que le corresponde, (delito consumado).

Erróneamente, en la S.P. N° 01-2005, la Corte Suprema utiliza el vago criterio de la *disponibilidad potencial* para diferenciar entre la tentativa y la consumación. Así, se señala que mientras el autor todavía no alcanza la *disponibilidad potencial* sobre el bien, hay tentativa; mientras que habrá consumación cuando el autor sí ha podido alcanzar dicha situación fáctica. Este razonamiento olvida, sin embargo, cuál es el verdadero fundamento para la rebaja de la pena en la tentativa. Ese fundamento no puede recaer en un mero aspecto subjetivo como la *disponibilidad potencial*. Por el contrario, la razón es netamente objetiva, y es que la provisionalidad que caracteriza al injusto típico aún no consumado –y esto se vislumbra con gran claridad en la *tentativa inacabada*– determina la posibilidad de que el sujeto revoque parcialmente el sentido de su comportamiento<sup>159</sup>. En ese sentido, en los delitos de apoderamiento, debe sostenerse la existencia de *tentativa inacabada* no cuando el autor no tiene la disponibilidad potencial sino cuando cabe en él la posibilidad de un desistimiento. Al respecto resulta importante la relación entre desistimiento y apoderamiento que desarrollamos *supra*.

Para determinar cuándo una conducta puede calificarse como *desistimiento* es necesario atender al *contexto social* en que tienen lugar los hechos. Por ejemplo, quien en un supermercado esconde una botella del mejor vino en uno de los bolsillos de su abrigo o consume subrepticamente un producto, todavía

---

<sup>159</sup> Cfr. REAÑO PESCHIERA, en *Revista Derecho PUCP*, 58 (2005), p. 472.

conserva, sin embargo, la posibilidad de realizar un comportamiento que permita reinterpretar el suceso que inicialmente se mostraba como delictivo, por ejemplo, pagando, finalmente, el producto ante las cajas registradoras, o devolviendo la botella de vino a su lugar inicial. Por ello habría que plantearse seriamente si los hurtos en autoservicios deben ser castigados solamente como tentativa inacabada en razón a una cuestión social, en tanto que el autor todavía puede pagar el producto antes de abandonar el local. Otro ejemplo: el sujeto que ha ingresado furtivamente al domicilio y ha guardado el dinero y los bienes en su bolsa, puede todavía abandonar el domicilio sin llevarse absolutamente nada. Dicho en otras palabras, el sujeto todavía tiene la oportunidad de emprender una *modificación del hecho* (desistimiento).

Por el contrario, si el sujeto abandona el supermercado sin pasar por las cajas registradoras, o si abandona el inmueble llevándose todo lo que ha guardado en la bolsa, está renunciado a una posibilidad segura de reinterpretación del suceso, el cual, desde ese momento, queda petrificado en el pasado. Si el autor regresa luego al supermercado y paga el producto, o si regresa al inmueble y devuelve los bienes, no estaremos ya ante un *desistimiento* sino ante un *comportamiento posterior al hecho*. Sólo donde puede ser aún corregida en el presente la imagen de una determinada conducta que comenzó en el pasado es posible incondicionalmente un desistimiento que excluya la pena<sup>160</sup>.

Un último ejemplo: Mientras realizaba sus labores de limpieza en el despacho de un profesor, el operario encargado de tal tarea encuentra un valioso reloj sobre una de las estanterías de libros. Aprovechando que se encuentra solo, piensa en apropiárselo, ignorando que está siendo observado por los guardias de seguridad a través del sistema de video-vigilancia instalado en las oficinas de la universidad. Variante 1: El operario coge entre manos el reloj pensando en llevárselo y, luego de observarlo por un momento, lo devuelve a su lugar por temor a ser descubierto y perder el trabajo. Variante 2: El operario no solo coge entre manos el valioso reloj, sino que lo guarda dentro de uno de sus bolsillos. Al

---

<sup>160</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 330.

terminar su faena de limpieza, y antes de salir del despacho, decide devolver el reloj a su sitio por miedo a ser descubierto<sup>161</sup>.

Como acertadamente anota el autor de este ejemplo –REAÑO PESCHIERA<sup>162</sup>-, la diferencia entre ambas variantes es cualitativa. Mientras que en el primer supuesto el comportamiento del operario no excede los contornos de la libertad de acción jurídicamente garantizada, pues externamente su conducta no puede ser socialmente valorada como perturbadora o desestabilizadora de la expectativa de respeto a la propiedad ajena, y ello aunque haya pensado en apoderarse del valioso reloj, en la segunda variante el apoderamiento *provisional* del reloj ya configura un suceso externamente perturbador, al punto que los guardias de seguridad podrían detener al operario en la medida que presencian un hurto en flagrancia delictiva. La devolución del reloj que realiza el operario antes de ser descubierto y antes de abandonar la oficina del profesor impide que el suceso avance hasta la configuración *definitiva* de la tentativa y que permanezca como una *tentativa inacabada voluntariamente desistida*.

## 17. Requisitos para el desistimiento

Para que la modificación del sentido del hecho por el desistimiento tenga efectos eximentes, el Art. 18° CP exige que se trate de un acto voluntario. Al respecto, para determinar la voluntariedad del desistimiento no interesa la motivación interna como tal, sino simplemente que el autor se haya apartado del hecho concreto de una manera imputable al mismo<sup>163</sup>. Mientras que en la tentativa la ausencia de consumación obedece a circunstancias externas a la voluntad del autor, lo que caracteriza al desistimiento –voluntario- es que el abandono del accionar le pueda ser imputado como obra -voluntaria- suya, y por eso, su presupuesto depende de la inexistencia de condicionamientos objetivos externos que le impidan o dificulten gravemente al autor consumir el delito. Por ejemplo: Si

---

<sup>161</sup> Cfr. REAÑO PESCHIERA, en *Revista Derecho PUCP*, 58 (2005), p. 473.

<sup>162</sup> Cfr. REAÑO PESCHIERA, en *Revista Derecho PUCP*, 58 (2005), p. 473.

<sup>163</sup> GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 753.

el ladrón, como consecuencia de los gritos por parte de las empleadas del local donde se encuentran los bienes de los que pretende apoderarse, ve entorpecido su accionar y se retira del lugar, no pudiendo consumar el delito, ello será tentativa, mas no desistimiento, puesto que la no consumación no es imputable a él sino a la presencia de condiciones objetivas externas (gritos de las empleadas).

¿Cuándo el autor obra voluntariamente? Siguiendo a JAKOBS, hay voluntariedad «cuando desaparece la infidelidad del autor hacia el Derecho en tanto que no le haya sobrevenido un fracaso y tenga todavía plenamente en sus manos la evitación del resultado»<sup>164</sup>. Ahora bien, ¿cuándo estamos ante un fracaso de la tentativa? Existirá tentativa fracasada en todos los casos en los cuales el agente ya no puede consumar el delito o los delitos en unidad de acción, no puede proseguir ejecutando actos ejecutivos, ni tampoco por lo mismo desistirse voluntariamente<sup>165</sup>. Por ejemplo, ha fracasado la tentativa del ladrón cuando la única llave que abre la caja fuerte donde encuentra el dinero de la víctima se rompe en la cerradura. Tampoco podrá desistir el ladrón que ingresa a robar a una casa y se da con la sorpresa de que no hay bienes de valor, por lo que, muy contrariado, decide marcharse. En ambos casos, la conducta del autor, que ya había alcanzado el umbral de una *tentativa inacabada* de hurto agravado, ha fracasado, por lo que no tiene lugar ya un desistimiento.

Distinto es el caso de quien se propone robar una suma de dinero para gastárselo en el bar, y *desiste* cuando en el curso de la tentativa se le ocurre, o le comunican, que puede obtener la suma de un deudor con capacidad de pago<sup>166</sup>. Para que se configure el desistimiento, en consecuencia, no se trata de que el sujeto vea que es imposible alcanzar su objetivo y renuncie, sino de que el sujeto, aunque pueda, no quiera<sup>167</sup>. Luego, no interesan los motivos para desistir, eso es

---

<sup>164</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 345. En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 753: «la voluntariedad del autor tiene lugar cuando no hay más infidelidad ante el Derecho antes de que le haya venido un fracaso a su actuación y tenga todavía el hecho entre sus manos».

<sup>165</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, p. 425.

<sup>166</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 921 y ss.

<sup>167</sup> Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 393.

algo que pertenece a la configuración anímica del autor. Así, es voluntario el desistimiento por el ruego apremiante de personas allegadas o por persuasión de un testigo del hecho o por interpretaciones de signos religiosos (una cruz en la cadenita de la víctima) o supersticiosos (un lunar en la frente de la víctima); también es voluntario el desistimiento de la tentativa de violación debido al flujo mensual. Involuntario es, por el contrario, el desistimiento ante obstáculos cuya superación aumentaría el injusto y la culpabilidad: así, la puerta del edificio, donde se iba a robar, que habría que forzarla, o eliminar el perro de la granja, o desactivar la alarma o dejar fuera de combate al vigilante nocturno<sup>168</sup>.

## 18. Consecuencias jurídicas del desistimiento

Pensemos en los siguientes ejemplos: «Dos sujetos son intervenidos cuando se encontraban golpeando fuertemente a la víctima en los brazos para que suelte el maletín con dinero»<sup>169</sup> (tentativa inacabada de robo calificado por el concurso de dos o más personas); «los agentes son intervenidos cuando se encontraban amenazando con armas de fuego al funcionario del banco para que éste abra la caja fuerte» (tentativa inacabada de robo calificado por el concurso de dos o más personas y a mano armada); el ladrón es sorprendido dentro del domicilio de la víctima con los bienes que había metido en una bolsa (tentativa inacabada de hurto calificado por llevarse a cabo casa habitada); etc. En estos casos, si bien se trata de conductas que inequívocamente pueden ser interpretadas como un *comenzar a apoderarse ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno*, el autor todavía puede llevar a cabo un desistimiento del delito patrimonial de apoderamiento dejando, de modo voluntario, de llevar a cabo los actos tendientes a la consumación.

---

<sup>168</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 921 y ss.

<sup>169</sup> Ejecutoria Suprema del 08/09/04, R.N. N° 1050-2004-Chimbote: «El procesado en compañía de un sujeto desconocido, utilizando un arma de fuego de fabricación casera, en forma violenta abordaron al vehículo de servicio público que manejaba el agraviado tratando de sustraerle el dinero producto de su trabajo; acto ilícito que no llegó a consumarse, debido a la resistencia que puso de manifiesto el agraviado, quien, con ayuda de su cobrador y dos personas más, lograron aprehenderlo y conducir a la dependencia policial juntamente con el arma que portaba» (En: URQUIZO OLAECHEA, *Código Penal*, t. I, p. 642).

Conforme a la regla establecida en el Art. 18° CP, si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos. Por tanto, volviendo a los ejemplos acabados de mencionar, si los sujetos, *motu proprio*, «dejan de golpear a la víctima y se van sin apoderarse de los bienes de ésta», podrá afirmarse un desistimiento respecto del robo agravado, pero a lo mejor ya se habría consumado un delito de lesiones graves, leves o un delito de coacciones, debiendo determinarse por cuál de estos injustos deberá castigarse a los autores. En el segundo ejemplo, si los autores «dejan de amenazar con las armas de fuego al funcionario del banco y proceden de todas maneras a llevarse el dinero», nos encontraremos ante un desistimiento en el robo agravado respecto de la calificación por mano arma, pero a lo mejor no cabría sostener un desistimiento con relación a la agravante por el concurso de dos o más personas en el hurto o en el robo—en caso la pluralidad de sujetos se interprete como *amenaza de peligro inminente*-. Finalmente, en el tercer ejemplo, si «el ladrón que se halla en el domicilio de la víctima, habiendo guardado los bienes en su bolsa, decide irse sin llevarse nada», habrá un desistimiento del hurto agravado en casa habitada pero no respecto del delito de violación de domicilio.

### **19. El desistimiento en caso de varios intervinientes**

En el Art. 19° CP se ha establecido que:

*«Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación».*

Esta disposición, para ser interpretada correctamente, requiere partir de una comprensión normativa del hecho delictivo. Así, la acción ejecutiva no es sólo *hecho* del ejecutor, sino *la ejecución* de todos los intervinientes (así como un negocio externo de una sociedad colectiva es un negocio de

todos los socios)<sup>170</sup>. El interviniente que realiza una contribución al hecho, comete el delito por medio de la mano del ejecutor. En este sentido, la *accesoriedad cuantitativa* no debe entenderse en el sentido de que se produce una vinculación a una ejecución ajena –la responsabilidad por injusto ajeno es un concepto imposible–, sino en el sentido de que lo decisivo es el progreso del emprendimiento común, esto es, la ejecución por parte del colectivo<sup>171</sup>. Antes de la acción ejecutiva, incluso la contribución plenamente aportada por el cómplice constituye un dato interno de los intervinientes considerados como una colectividad de personas<sup>172</sup>.

Al tratarse de delitos de mera actividad, en los delitos de apoderamiento no hay un *resultado* que deba ser impedido voluntariamente para estar frente a un desistimiento. Por ello, nuestro análisis se centrará en la segunda parte del Art. 19° CP, en donde se establece que no es punible la tentativa de aquél interviniente que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación. Esta regla debe interpretarse en el sentido de que si el partícipe retira su aportación al hecho conjunto, aunque los demás intervinientes prosigan con el hecho o no lo impidan, aquél quedará *desvinculado* del suceso. Frente al agente que ha retirado su aporte, la continuación del delito por parte de los otros intervinientes configurará *un hecho distinto*. Así, su desistimiento será *eficaz* frente al primer hecho, mientras que en el segundo no habrá una participación que lo incrimine<sup>173</sup>. A modo de ejemplo: Si dos ladrones emprenden conjuntamente la comisión de un asalto, siendo que uno de ellos amenaza con un arma de fuego a la víctima mientras el otro toma el dinero, estaremos frente a un desistimiento respecto del primero de ellos si éste deja simplemente de realizar la parte de su trabajo, v. gr., dejando de apuntar a la víctima y marchándose del lugar.

---

<sup>170</sup> Cfr. JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 336.

<sup>171</sup> Cfr. JAKOBS, en *Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito*, p. 104.

<sup>172</sup> JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 336.

<sup>173</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 753.

Si el otro ladrón decide no obstante continuar con el asalto hasta consumarlo, se tratará de un hecho al cual el primer ladrón ya no se encuentra vinculado.

Pero también pueden presentarse casos en los cuales al interviniente no le resulte posible –o al menos no tan fácilmente!- retirar su aporte. A modo de ejemplo: Quien ha brindado la información detallada sobre los movimientos del banco, la misma que ha servido para la planificación minuciosa del robo y su posterior ejecución, solamente le queda convencer a los ejecutores de no seguir con la puesta en marcha del delito. En este caso, si el interviniente se arrepiente de su contribución y consigue con apuros, tras el comienzo de la tentativa, dar con los ejecutores y convencerles de que no realicen el hecho, se tratará de un *desistimiento* y no de conducta posterior al hecho puesto que la tentativa es también para el cómplice una tentativa aún inacabada y la posibilidad de reversión del ejecutor era todavía segura<sup>174</sup>. Por el contrario, si el cómplice arrepentido no logra convencer a los ejecutores de no consumar el robo, aquél también deberá ser castigado por el delito consumado, toda vez que, si bien hizo lo posible por evitar dicha consumación, no hizo nada para revertir el riesgo inicial subsistente de que su aporte sea efectivamente utilizado.

## CONCLUSIONES

1. Resulta necesaria –y urgente!- una reinterpretación de la parte especial acorde a la configuración de las sociedades contemporáneas y, a la vez, dócil a los cambios sociales y a las nuevas formas de criminalidad. En ese sentido, el proceso de normativización de la *parte general* no debe aislarse de la *parte especial*. La integración de ambos ámbitos es lo que se denomina

---

<sup>174</sup> Cfr. JAKOBS, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 337.

*generalización de la parte especial*, y en esa directriz se enmarca el presente trabajo.

2. El problema de la tentativa y consumación en los delitos patrimoniales de apoderamiento (Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP), pasa por dar respuesta a una cuestión fundamental: Primero, ¿Cuándo se configura un apoderamiento o comienzo de apoderamiento típico de hurto, de robo o de abigeato? Las respuestas tradicionales a dicha cuestión se sustentan, por una parte, en un recurso psicologicista, esto es, apelando al *fuero interno* del agente (*animus lucrandi*); y por otra, con base en interpretaciones naturalistas de la –innecesaria- fórmula “*sustracción de lugar*”, o atendiendo a cuestiones contingentes como la *disponibilidad potencial* por parte del autor.
3. Los delitos patrimoniales de apoderamiento son delitos de mera actividad. En ellos no se exige la producción de un resultado material independiente y separado espacio-temporalmente de la conducta del autor. En ese sentido, en los delitos de apoderamiento cabe solamente la *tentativa inacabada* mas no la *tentativa acabada*.
4. La tipicidad y el *iter criminis* en los delitos patrimoniales de apoderamiento no puede resolverse con base en criterios naturalistas y psicologicistas como la *disponibilidad potencial*, la *sustracción de lugar*, el *animus* o la *voluntad* del autor. Si se quiere proceder con justicia, y si se pretende que la dogmática resulte eficaz, debe llevarse a cabo una interpretación estrictamente normativa del suceso, aplicando la teoría de la *imputación objetiva* en tanto teoría del comportamiento típico. Así, solamente existirá *tentativa* de delito patrimonial de apoderamiento, cuando la conducta del autor pueda interpretarse inequívocamente como un atentado contra una esfera de custodia ajena sobre un bien y que además tenga el sentido de idoneidad para la obtención de provecho. En caso contrario, existen dos posibilidades: Por una parte, que nos

encontraremos ante meros *actos preparatorios* impunes, o, por otra, que se haya consumado ya algún otro injusto.

5. El *apoderamiento* (consumación del delito) debe interpretarse como la privación que sufre la víctima de la custodia jurídica sobre el bien y la correlativa configuración de una nueva custodia de facto por parte del autor. Por lo tanto, el agente que ha dado lugar -en el sentido de los Arts. 185°, 186°, 188°, 189°, 189°-A y 189°-C del CP- a un *comienzo de apoderamiento típico*, tendrá la posibilidad del *desistimiento* hasta antes de que se configuren los dos requisitos arriba mencionados.

## BIBLIOGRAFÍA

-BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Delitos contra la propiedad (3): Delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena, pro manuscripto*, Universidad Adolfo Ibáñez, 2007.

-BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ra ed., Lima: Editorial San Marcos, 1998.

-CARNEVALI, Raúl, «Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial», en *Política Criminal*, n° 1, 2006. A 2, pp- 1-17.

-CARO JOHN, José, «Imputación subjetiva y conocimientos especiales», en *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*, 1ra ed, Lima: Ara, 2010.

-CURY, Enrique, «Contribución a la distinción entre los delitos de resultado y de simple actividad», en *Revista de Ciencias Penales*, XL (1993), pp. 69 y ss.

-FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzáles de Murillo), Marcial Pons, 2004.

-FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal*, Barcelona: Atelier, 2004.

-GÁLVEZ VILLEGAS/ROJAS LEÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 1ra ed., Lima: Jurista Editores, 2011.

-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El delito de hurto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

- GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, 2da ed., Lima: Jurista editores, 2012.

-GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial. Una revisión normativa de los delitos contra el patrimonio*, 1ra ed., Lima: Jurista Editores, 2010.

-GONZÁLES-RIVERO, Pilar, «El fundamento de las penas y las medidas de seguridad», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), Universidad Externado de Colombia, 1ra. ed., 2003, pp. 57 y ss.

-HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, «La nueva regulación del hurto-falta no consumado», en *La Semana Jurídica*, semana del 11 al 17 de Junio de 2007, p. 6 y ss.

-HRUSCHKA, Joachim, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», (trad. Sánchez-Ostiz) en *ADPCP*, t. 52, v. LII, 1999, p.451 y ss.

-JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», (trad. Suárez González), en *ADPCP*, t. XLIV, Fasc. II, Mayo-Agosto, 1991, pp. 493-513.

-JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da ed., (trad. Cuello Contreras/González de Murillo), Madrid: Marcial Pons, 1997.

-JAKOBS, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», (trad. Peñaranda Ramos), en ÉL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 293 y ss.

-JAKOBS, «El desistimiento como modificación del hecho», (trad. Peñaranda Ramos), en ÉL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 325 y ss.

- JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos» (trad. Cancio Meliá), en *Dogmática y Política Criminal en una teoría funcional del delito*, Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

-JAKOBS, «Consumación material en los delitos contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial», (trad. Cardenal Montraveta), en *RECPC*, 04-13, 2002.

-JAKOBS, *El Fundamento del Sistema Jurídico Penal*, Lima: Ara, 2005.

-JAKOBS, «La privación de un Derecho como delito patrimonial. A la vez, una contribución a la generalización de la Parte Especial», (trad. Pastor Muñoz), en *InDret*, 4 (2008).

-KINDHÄUSER, *Estudios de Derecho Penal patrimonial*, Lima: Grijley, 2002.

-NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho Penal argentino*, t. V, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica argentina, 1964-1967.

- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, «Estructura típica común de los delitos de hurto y robo», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, (1er semestre), p. 359 y ss.

- PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid: Marcial Pons, 2004.

-PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, Lima: Idemsa, 2008.

-PINEDO SANDOVAL, Carlos, «Fundamento legal, dogmático y político-criminal para la exigencia de una cuantía del bien en los delitos de hurto y daños. El impasible silencio del Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116», en *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces*, 34 (2012), p. 22 y ss.

-PINEDO SANDOVAL, Carlos, «¿Son el hurto y el robo delitos de resultado? Inconsistencias de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A», en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 2014, Lima, p. 154 y ss.

-POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima: Grijley, 2005.

-RAMÍREZ, María Cecilia, «La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI (2005), pp. 133 y ss.

-REAÑO PESCHIERA, José, «El efecto exoneratorio por “desistimiento voluntario” de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?», en *Revista Derecho PUCP*, 58 (2005), pp. 453 y ss.

-REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Los delitos patrimoniales en el Código Penal*, 1ª ed., Lima: Idemsa, 2013.

- *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima.

-*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo: Editora Normas Legales, Año I- N° 01, 1999.

-REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, 3ª ed., Bogotá: Temis, 2005.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *El delito. Preparación, tentativa y consumación*, 1ra ed., Lima: Idemsa, 2009.

-ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada. Ejecutorias supremas y superiores* (1996-1998), t. I, 1ra ed., Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal. Código penal: Parte general/Parte especial*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal patrimonial (1998-2000)*, 1ra ed., Lima: Grijley, 2000.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Lima: Idemsa, 2001.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, t. I, Lima: Idemsa, 2002.

-ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada*, t. II, 3ra ed., Lima: Idemsa, 2007.

- ROJAS VARGAS, Fidel, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*, t. II., Lima: Ara editores, 2012.

-SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, «Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio», en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, 2 (2001), p. 241 y ss.

-SANCINETTI, Marcelo, «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales», en [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_01.pdf)

-VILLA STEIN, Javier, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II.A., Lima: Editorial San Marcos, 2001.

- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, Lima: Idemsa, 2004.

-SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 4ta ed., Lima: Iustitia/Grijley, 2010.

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho Penal. Escritos breves sobre teoría y práctica, vida social y economía*, Buenos Aires: BdeF, 2009.

-URQUIZO OLAECHEA, José, *Código Penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2011.

-WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad. (Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho Penal)*, trad. Carrasco Andrino, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

-YAÑEZ, Rodrigo, «Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto», en *Política Criminal*, N° 7, 2009, A3-7, pp. 1-37.

-ZUGALDÍA ESPINAR, José, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ta ed., Valencia: tirant lo Blanch, 2010.