

LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO, CON REFERENCIA AL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

HURTO

Definición.—El hurto consiste en la sustracción o apoderamiento, sin fuerza a las cosas ni violencia a las personas, de bienes muebles ajenos que tengan un valor de uso o de afección, sin el consentimiento del dueño, poseedor o tenedor y con ánimo de obtener provecho directo o indirecto, esto es, para sí o para terceros.

La noción legal de la infracción se encuentra en el artículo 1º de la ley 4ª de 1943, sustitutivo del artículo 397 del código penal, que prescribe:

“El que sustraiga una cosa mueble ajena, sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a seis años” (La pena mínima fue elevada al doble por el Decreto Extraordinario 2184 de 1951).

Conforme a la disposición transcrita, integran el delito de hurto los siguientes elementos: a)—sustracción; b)—de cosa mueble ajena; c)—falta de consentimiento de la víctima; y, d)—propósito de aprovechamiento.

a)—**Sustracción.**—Tanto quiere decir como apoderamiento ilegítimo. Consiste en la extracción de la cosa, con clandestinidad o sin ella, de la esfera de custodia o poder de hecho del dueño o tenedor, para ser puesta bajo posesión del propio ladrón o de un tercero. “El hurto consiste esencialmente —dice Ricardo C. Núñez— en el traslado material de la cosa mueble de la posesión ajena a la del ladrón” (Delitos contra la propiedad, pág. 91).

Mucho se ha discutido acerca del momento en que se consuma la sustracción o apoderamiento, es decir, la acción física constitutiva del hurto, cuestión que reviste importancia para determinar el acto con-

sumativo de la infracción y distinguir el delito perfecto del mero conato. Sobre el particular han sido formuladas cinco teorías:

1ª.—La denominada “aprehensio rei” o de la ocupación, según la cual el hurto se consuma por el simple hecho de poner el ladrón la mano sobre la cosa o aprehenderla. “Esta doctrina conduce a excesos extendiendo en forma poco razonable la idea del hurto consumado. Admite la existencia del hurto, sin que concurra una violación completa de la posesión e incluso a pesar de que el despojo del propietario sea imposible. La tesis no ha tenido repercusión entre nosotros, (se refiere el autor a la Argentina), ni la tiene actualmente en la doctrina universal” (Ricardo C. Núñez, obra citada).

2ª.—La llamada teoría de la “amotio”, que hace consistir la materialidad del hurto en el traslado de la cosa del lugar donde el dueño o poseedor la había colocado a otro sitio cualquiera, aún dentro del radio de poder y acción de aquel.

3ª.—La de la “ablatio”, que exige que la cosa no solo sea removida, sino puesta fuera de la esfera de protección del legítimo poseedor, con privación de su derecho o del ejercicio de su actividad, aunque sea por breve lapso. “La exactitud de esa tesis, expresa el autor citado, encuentra su fundamento jurídico en lo que ya hemos dicho antes, sobre que hurto consiste materialmente en el desplazamiento de la cosa del poder de la víctima al del ladrón, y que la norma que lo castiga protege, precisamente, el mantenimiento de ese poder. Este poder se ofende ya con cualquier intromisión ilegítima en su esfera, pero la ofensa no está completa sino cuando el derecho protegido ha sido totalmente aniquilado. Antes de esto, se podrá hablar de tentativa, pero no de hurto consumado. . . . El desopoderamiento de la víctima se produce recién cuando ha sido despojada de la cosa que poseía. La consumación de este despojo determina el momento consumativo del hurto, y se realiza una vez que el perjudicado ha sido privado de la cosa” (págs. 100 y 101 de la mencionada obra).

4ª.—La denominada “illatio”, conforme a la cual es condición que debe cumplirse para la consumación del delito el que la cosa sea llevada por el ladrón a sitio seguro para sus fines de ilícito beneficio.

5ª.—La llamada de la “locupletatio”, según la cual el hurto no es perfecto hasta que se obtenga realmente el provecho del bien sustraído.

Esta última tesis es tan exagerada e inadmisibles como la primera. Olvida que la lesión jurídica del ofendido se cumple con el ilícito despojo, independientemente de la utilización que del objeto pueda ha-

cer el ladrón. Esa lesión es la que la ley sanciona, y debe considerarse consumada con la privación de la posesión a quien tiene derecho a ella, bastando, por lo que toca con el factor moral o subjetivo del reato, la mera intención de aprovechamiento por parte del agente, aunque no llegue a lograrse.

De las doctrinas expuestas, la tercera es sin duda alguna la que mejor penetra en la esencia del delito de hurto; la que más exactamente se acomoda a la naturaleza de la infracción, y la que ha imperado en la jurisprudencia.

b).—**Cosamueble ajena.**—Este es el objeto material del delito. La acción material del hurto tiene que recaer sobre bienes muebles ajenos. Sobre inmuebles no puede haber hurto: “Furtum non committitur in rebus immobilibus”, decían los romanos.

Las acciones de despojo, de perturbación de la posesión o de apropiación ejercidas en bienes raíces pueden caracterizar otra clase de infracciones, v. gr., una defraudación (artículos 423 a 425 del C. P.). El hurto requiere para su corporización un desplazamiento físico de la cosa, y los inmuebles no son susceptibles de traslado material.

Tampoco las personas pueden ser objeto de un hurto ni de ningún delito contra la propiedad. No acontecía la mismo en el antiguo derecho, como que el esclavo no era tratado como hombre sino como una simple cosa, y de ahí que se llegara a reprimir como hurto el hecho de su apoderamiento indebido. La sustracción, arrebató o retención de una persona pueden configurar un secuestro, o un rapto, o una detención arbitraria, pero en modo alguno un atentado contra el patrimonio económico.

La noción de cosa mueble en materia criminal no tiene las limitaciones del derecho civil. Para los efectos de la ley penal, son bienes muebles aquellas cosas corporales que tienen existencia real, perceptible por los sentidos, y que por su naturaleza pueden ser trasladadas de un lugar a otro, aunque se encuentren adheridas a un inmueble o aplicadas por destinación a su uso y del cual tenga el ladrón que separarlas para su remoción. Así, los árboles, las tuberías de un acueducto, los sanitarios, las máquinas ancladas en tierra, las yuntas que se emplean en la labor de los campos, etc., bienes que por ficción reputa la ley civil inmuebles, pueden ser objetos materiales de un hurto.

Las cosas incorporales, inmateriales, como los derechos personales, las ideas científicas, artísticas o literarias no pueden ser materia del delito de que se trata, por cuanto que no es posible su sustracción o traslación. La protección penal de tales cosas se encuentra en otras

disposiciones legales. Quien sustrae un documento en que conste un derecho, no sustrae el derecho sino el título material, el instrumento que le sirve de prueba. Tal hecho puede configurar un delito de falsedad documentaria, al tenor de lo prescrito en los artículos 231 ord. 9º, y 233.

La cosa del hurto debe ser corporal, tener un ser real. Mas puede ser sólida, líquida o gaseosa. No es necesario que sea tangible (Carrara, Soler, Manzini).

Acerca de la naturaleza de la energía eléctrica y consecuentemente si puede o no ser objeto de hurto, discrepan los autores. Para algunos la energía es una cosa dotada de corporeidad, susceptible de apropiación (González Roura). Otros le niegan ese carácter (Sebastián Soler, Ricardo C. Núñez). A nuestro juicio, la energía ya causada tiene las calidades de las cosas corporales y muebles; puede ser percibida por los sentidos (art. 656 del c. c.); sobre ella puede recaer un negocio jurídico; de ella se puede sacar provecho ilícito, por sustracción, con el correlativo perjuicio para el dueño. Como cosa mueble ha sido considerada la energía eléctrica por la jurisprudencia civil francesa y chilena.

Hemos dicho que la cosa objeto del hurto debe ser mueble y ajena. Sobre bienes propios no puede cometerse un delito perfecto de hurto. Si alguien se apodera o toma una cosa que es suya, en la errónea creencia que es ajena, se tratará de un delito imposible (art. 18). Si la cosa, siendo propia, se encuentra en poder de un tercero en garantía de un derecho, como ocurre con la prenda, o está en poder del dueño pero soportando un gravamen como el de la prenda industrial, la sustracción o disposición que de ella haga el propietario, con ánimo de perjuicios a los acreedores, constituye una defraudación, punible, en nuestra opinión, conforme al artículo 421 del c. p. y el Decreto Ley 1747 de 1942.

Tampoco puede haber delito de hurto sobre las llamadas "res nullius", esto es, que no pertenecen a nadie. Su ocupación es el modo originario de constituir propiedad en ellas, de adquirir su dominio.

A más de ser ajena, para que haya hurto, la cosa debe hallarse en poder del dueño o de un tercero, como que es la desposesión lo que la ley reprime con la sanción para el hurto. En consecuencia, la apropiación de cosas ajenas extraviadas no constituye hurto. En ese evento, si el agente se apropia el bien sin cumplir los requisitos que prescribe la ley civil, se perfila defraudación prevista en el apartado a) del artículo 418. Lo mismo puede decirse con respecto a tesoros descubiertos en

predios ajenos; si no se da al dueño del suelo la porción que por ley le pertenece (la mitad), su apropiación es reprimida como defraudación (art. 418, aparte b). Finalmente, si la cosa ajena se halla en tenencia, por un título contractual no traslativo de dominio, de quien se la apropia con un dolo que es subsiguiente, tampoco hay hurto sino abuso de confianza, delito previsto en el artículo 412.

En relación con lo anterior, no puede olvidarse, como observa Núñez, "que el objeto jurídico tutelado con la sanción del hurto es la posesión de las cosas muebles; que materialmente el delito se produce por la traslación de la cosa, sacándola de la posesión ajena, entendida para estos efectos la posesión como tenencia o gobierno de la cosa, con facultad de disposición material, aunque no se encuentre bajo la vigilancia de hecho directa o inmediata".

Se discute si sobre los bienes en condominio puede el comunero cometer hurto, con respecto, claro está, a las cuotas de los otros. El código argentino, en el artículo referente al hurto —el 162— dice expresamente que la cosa puede ser "total o parcialmente ajena". Nuestro estatuto habla simplemente de cosa ajena. Sin embargo, creemos que el comunero que sustrae la cosa, con dolo de apoderamiento del todo y con perjuicio consiguiente para los condueños, comete el delito de hurto, concretado en las cuotas de los demás comuneros y por el valor que ellas representen. La comunidad consiste en una propiedad colectiva sobre uno o varios bienes, de tal modo que el derecho de cada uno está limitado por el de los otros comuneros. Ella supone la concurrencia de derechos de propiedad de la misma índole sobre una cosa, singular o plural, con facultades de uso y administración para todos los copropietarios, administración que puede ser delegada. En relación a cada comunero, la cosa es ajena en proporción a las cuotas que no le pertenecen. La sustracción fraudulenta realizada por un copropietario priva a los demás de su derecho de dominio y de los atributos que de él se derivan. Por tales razones, el hecho debe calificarse como hurto, cuya cuantía será el valor de la cosa, exclusión hecha de la cuota del ladrón. Mas es de entender que si el bien común se tiene por el agente en calidad de administrador, por voluntad de los condueños, el ilícito apoderamiento constituye un verdadero abuso de confianza (art. 412).

c).—**Falta de consentimiento de la víctima.**—Este requisito es de la esencia del hurto. El artículo 1º de la ley 4ª del 43 alude, únicamente, a la ausencia de consentimiento del dueño: "sin el consentimiento del dueño", es la locución empleada en la disposición. Así hay

qué entenderlo cuando la cosa está en poder de su propietario. Si ella se encuentra en posesión material de un tercero, a cualquier título, la faltade consentimiento debe vincularse a ese tercero. Para ser más exacta, la disposición debería referir también a la ausencia de consentimiento del poseedor o tenedor, cuando el dueño se ha desprendido a cualquier título del poder de hecho.

En consecuencia con lo anterior, si el agente del ilegítimo apoderamiento ha entrado en posesión material del bien con el consensu del ofendido el delito de hurto queda excluido. En este supuesto podrá integrarse un delito diverso, v. gr., abuso de confianza, si la cosa se ha confiado por un título no traslativo de dominio y sin vicio alguno de la voluntad; o estafa, si la entrega se ha logrado mediante ardides determinantes de error esencial en la víctima.

d).—**Propósito de aprovechamiento.**—Es este el elemento psicológico propio a la estructuración de la infracción. En la intención de beneficio de la cosa hurtada, sacándola del patrimonio ajeno para ser incorporada al del agente o al de un tercero o para usar indebidamente de ella, radica el factor doloso del reato.

Si el sujeto obra con una finalidad distinta a la de apoderarse de la cosa o sacar de ella algún provecho o ventaja, de orden económico o al menos moral, no puede existir el delito de hurto. Así, si el propósito es el de destruir el bien o hacerlo desaparecer, p. ej., para saciar una venganza, la infracción que se consume es una defraudación, en el caso del art. 426. Si se toma la cosa para hacer una broma o con cualquier otra intención inocente, v. gr., para salvarla de un siniestro, no hay hurto ni ningún otro delito.

Tampoco comete hurto quien por mera culpa, por un acto negligente o imprudente de su parte, priva a otro de la posesión de una cosa, tomándola como si fuera propia. Todos los delitos contra la propiedad contemplados en nuestro código son esencialmente dolosos, vale decir, no admiten la incriminación por título de culpa.

En armonía con lo dicho, no basta la acción material del traslado o remoción de la cosa, aunque con ella se lesione la posesión ajena, para configuración del hurto. Es menester que tal actividad material sea determinada y dirigida por un propósito de aprovechamiento directo o indirecto, con el correlativo despojo para el ofendido.

Luego tampoco podría haber hurto, por carencia de elemento doloso, cuando se toma la cosa en cumplimiento de un deber; ejerciendo una facultad legítima, u obedeciendo una orden regular de autoridad competente. (Casos genéricos que excluyen la antijuridicidad del hecho).

Hurto calificado con agravación

Atendiendo a diversos factores, tales como las relaciones entre el agente y el ofendido, la cuantía de lo hurtado, la ocasión aprovechada para la comisión del ilícito, el perjuicio causado a la víctima, la hora, lugar, el número de autores, el medio empleado en la comisión, la calidad del objeto y sus funciones, la ley agrava la sanción para el delito de hurto. Las causales calificantes están contempladas en los artículos 398 y 399, que establecen:

“Art. 398.—La pena establecida en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad si el hecho se cometiere:

“1)—Aprovechando la confianza de positada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente.

“2)—Sobre el objeto cuyo valor fuere superior a dos mil pesos.

“3)—Aprovechando una calamidad pública o privada, o un peligro común.

“4)—De noche, o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitación.

“5)—Por tres o más personas o por una sola disfrazada o que se finja agente de la autoridad.

“6)—Sobre equipajes de viajeros en cualquier clase de vehículos, estaciones, muelles, hoteles u otros establecimientos donde se expenden alimentos o bebidas.

“7)—Sobre cabezas de ganado mayor, o de ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas.

“8)—Sobre objetos que por necesidad, por costumbre o destinación, se confían a la fe pública.

“Art. 399.—La pena establecida en el artículo 397 se aumentará hasta el doble si la cuantía de lo hurtado fuere superior a diez mil pesos, o si siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.

Conviene observar que, como el artículo 397 del c. penal fue sustituido por el artículo 1º de la ley 4ª de 1943, las referencias que a aquel se hacen en los artículos 398 y 399 deben entenderse con respecto a este, es decir, al 1º de la ley 4ª. Así mismo, es digno de anotar que para hacer los aumentos de penalidad conforme a los arts. 398 y 399, es necesario determinar primero, dentro de los límites fijados en el art. 1º de la ley 4ª, la sanción básica, lo que se hace en cada caso teniendo en cuenta los criterios de responsabilidad contemplados en el art. 36 del c. p.

Examinemos ahora una a una las circunstancias de agravación:

“1) — **Aprovechando la confianza de positada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente**”.— Quien hurta favorecido por la confianza que le ha dispensado la víctima demuestra, sin lugar a dudas, una falla del sentido moral, una mayor perversidad. Desde el punto de vista objetivo, el ladrón cumple su hazaña con menos esfuerzo y sin ningún peligro, por ser menor o ninguna la vigilancia del poseedor sobre las cosas y con respecto al usurpador abusario.

No debe confundirse la anterior circunstancia con el delito de abuso de confianza. En el hurto, con la agravante de que se trata, la cosa no se le ha entregado específicamente al ladrón, con desplazamiento de la tenencia, a ningún título; existe en el hecho un apoderamiento ilegítimo, una verdadera sustracción, que se facilita por el acceso que a los bienes tiene el sujeto, por voluntad de su dueño o tenedor, manifestada expresa o tácitamente. En cambio, en el delito tipo de abuso de confianza (art. 412) la cosa ha sido confiada o entregada, por un título precario, al abusario, quien la recibe sin ningún dolo inicial o precedente, como que la dañada intención de apropiación surge y se manifiesta posteriormente.

Los muy frecuentes casos de sustracciones realizadas por dependientes de almacenes y empleados del servicio doméstico son verdaderos hurtos, calificados por el abuso de la confianza en ellos depositada por los superiores. Los objetos no se les entregan específicamente; la posesión y el poder de hecho y disposición siguen reservados al propietario.

De igual modo, hay hurto y no abuso de confianza cuando el agente, con maliciosa y previa intención de apoderamiento, logra con mentiras, que no alcanzan a ser verdaderos artificios o engaños propios para la estafa, obtener la entrega del bien, para luego apropiárselo.

“2) — **Sobre objetos cuyo valor fuere superior a dos mil pesos**”.— La agravante opera teniendo en consideración únicamente el valor comercial de la cosa hurtada, cuando pasare de dos mil pesos y no fuere mayor de diez mil, pues si el valor supera esta suma procede la calificante especial del artículo 399. La mayor cuantía del ilícito hace presumir un mayor daño privado y le da también al hecho una sobresaliente repercusión social, todo lo cual justifica el aumento de la penalidad.

“3º) — **Aprovechando una calamidad pública o privada, o un peligro común**”.— La razón de ser de esta agravante es manifiesta. Quien se vale de un desastre, de un infortunio general o particular, aprove-

chando la indefensión en que se encuentran los bienes en esas circunstancias, para ocupar o apoderarse de lo ajeno, es un ladrón más depravado y peligroso.

El hurto cometido en esas condiciones se designa en doctrina con el nombre de “calamitoso”, y en su gravedad no hay criterios disidentes.

Ejemplos serían la sustracción de cosas durante un naufragio, incendio, terremoto, accidente de vehículos, etc. Casos de desgracia particular podrían ser un ataque epiléptico, una parálisis, la ceguera, una embriaguez plena, la muerte de un deudo, etc.

“4º) — **De noche, o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitación**”.— Encierra la ley aquí dos causales diversas de agravación: a) La ejecución del delito en horas de la noche; b) La introducción del ladrón en edificios o lugares destinados a habitación. El fundamento de la elevación de la penalidad consiste en el aprovechamiento del sujeto del debilitamiento o merma de los medios defensivos durante la noche, por ser más difícil la protección privada y pública de los bienes. El ladrón nocturno calcula y se vale de esa circunstancia para darle mayor eficacia a su empresa. Y por lo que toca con la segunda causal — introducción en lugares destinados a habitaciones — la agravación se explica por un plausible afán de la ley en darle especial protección y garantía al domicilio. No es preciso, para el caso, la presencia actual de moradores. Basta que el lugar esté destinado a servir de habitación.

“5º) — **Por tres o más personas o por una sola disfrazada o que se finja agente de la autoridad**”.— Agrupa este ordena dos circunstancias: a) La comisión del hecho en cuadrilla, por asociación permanente o transitoria, pero de todos modos concertada, de tres o más delincuentes; b) El uso de disfraces o la simulación de autoridad, por parte del agente. En ambos casos se trasunta una mayor capacidad delictual, que fundamenta la más severa represión. La pluralidad de autores permite vencer más fácilmente los medios defensivos de patrimonio y burlar también más fácilmente a la justicia. El uso de disfraces y la suplantación de autoridad son índice de un mayor refinamiento criminal, de un dolo más intenso; son estos medios audaces de intimidación a los propietarios y de sorpresa a su buena fe, para hacer más expedita la sustracción ilícita y más difícil la acción de las autoridades.

Conviene destacar que si los autores son tres o más y media entre ellos una sociedad criminal estable o banda organizada con per-

manente propósito de cometer delitos, concurren en el caso a estudio, en concurrencia material o real, el hurto agravado (ordinal 5º del art. 398) y la asociación para delinquir, que es delito formal (art. 208). El concurso es real (art. 33) y no ideal o formal (art. 31), por cuanto que se trata de hechos diversos, perfectamente individualizables y separables en el complejo de todos sus elementos.

“6º)—Sobre equipajes de viajeros en cualquier clase de vehículos, estaciones, muelles, hoteles u otros establecimientos donde se expendan alimentos o bebidas.—La razón de ser de esta calificante no es muy clara. Con buen juicio observa Gutiérrez Anzola que el hurto de equipajes no difiere del hurto común, y que como tal debería ser tratado.

“7º)—Sobre cabezas de ganado mayor o ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas.—De vieja data se conoce como “abigeato” el ilegítimo apoderamiento del ganado, y tradicionalmente ha sido reprimido con mayor rigor. En las siete partidas se contemplaba la pena de muerte para los abigeos o ladrones profesionales de ganado.

Ganado es un conjunto de bestias mansas que se apacientan y andan juntas. Como ganado mayor se consideran las vacas, los novillos, los caballos, los asnos, las mulas, las llamas. Como ganado menor son tenidos los cerdos, las ovejas, las cabras. Es de advertir que el calificativo de mayor o menor, con que se nombra al ganado, dice relaciones a la especie y no a la edad de los animales.

Para la calificación agravada del hurto, en la hipótesis que se analiza, no se requiere la sustracción de varias cabezas; basta el apoderamiento de una, a condición eso sí de que se encuentre en un rebaño o ható, o suelta en una dehesa o caballeriza. Dehesa es tierra de pastos. caballeriza es un sitio cubierto destinado para la estancia de caballos o bestias de carga.

La agravación para el hurto de ganado se fundamenta en la naturaleza del objeto, por la importancia de la industria pecuaria para la economía nacional y, además, por el lugar donde ordinariamente se encuentran los ganados, en zonas rurales de difícil vigilancia. La ley trata de suplir o compensar ese debilitamiento de la defensa, privada y pública, con sanciones más rigurosas.

Con posterioridad a la expedición del código penal se han promulgado numerosas disposiciones sobre abigeato, contenidas en la ley 48 de 1936, en la ley 50 de 1939, en la ley 4ª de 1943 y en el Decreto Extraordinario 0014 de 1955.

“8º)—Sobre objetos que por necesidad, por costumbre o destinación, se confían a la fe pública.—La ley quiere así proteger de manera especial aquellas cosas puestas al cuidado del público, que prestan un servicio a la comunidad y sobre las cuales no puede recaer una particular vigilancia. Objetos de tal índole serían las lámparas de alumbrado público, las obras de ornato de las ciudades, las cosas de los museos, bibliotecas, etc.

Agravantes especiales del artículo 399

Conforme al artículo 399, la pena señalada para el hurto común, la indicada en el art. 1º de la Ley 4ª de 1943, “se aumentará hasta el doble” cuando la cuantía del ilícito fuere superior a diez mil pesos o siendo inferior haya ocasionado a la víctima graves dificultades para su subsistencia.

Dos, pues, son los motivos calificantes previstos en aquel artículo: a) El valor comercial de la cosa, superior a diez mil pesos, factor objetivo que se determina mediante una peritación o por cualquier otro de los medios probatorios aceptados por la ley procesal; b) La grave dificultad en que queda el ofendido para atender a su manutención y a la de los suyos, por carencia de lo sustraído por el ladrón, cuestión que debe justipreciar el juez en cada caso particular. En ambas situaciones el hecho reviste ciertamente una mayor entidad, tanto en lo referente al daño privado como al público, y ello explica el aumento de la sanción.

Hurto calificado con atenuación

Dos son las circunstancias previstas en la ley como atenuantes del delito de hurto:

Primera.—Dice el artículo 400 que “cuando el valor de lo hurta do sea inferior a doscientos pesos, y las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad, puede el juez reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente y sustituir el arresto a la prisión”.

No obstante que el artículo 400 se halla actualmente suspendido, por expresa disposición del Decreto Extraordinario 2184 de 1951, nos referimos a él, pues la vigencia de este Decreto está para expirar.

Como claramente se desprende de la lectura de aquel texto, no se consagra allí una atenuación general e imperativa para los hurtos de menor cuantía. Simplemente se faculta al fallador para dismi-

nuir la pena cuando de autos apareciere demostrada, conjuntamente con la cuantía inferior a la suma expresada, la menor peligrosidad del responsable. En consecuencia, sujetos con antecedentes de criminalidad o en quienes por cualquier motivo sea presumible un estado peligroso, no son acreedores a esa gracia.

Segunda.—Otra causa diminuyente de la responsabilidad en el hurto, esta sí de aplicación obligatoria para el juez, es el arrepentimiento del agente, demostrado o puesto de presente por la voluntaria restitución del objeto materia del delito o —a falta de este— la reparación de los perjuicios que se hubieren ocasionado a la víctima, antes del pronunciamiento del fallo de primer grado. Sobre el particular establece el artículo 429, ubicado en el capítulo de disposiciones comunes, aplicables a todos los delitos contra la propiedad, lo siguiente:

“Si antes de que se pronuncie sentencia, o antes del veredicto del jurado, si fuere el caso, el responsable restituye el objeto que fue materia de la infracción o indemniza a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, la sanción se disminuirá de una sexta parte a la mitad”.

En un paréntesis conviene advertir que los delitos contra la propiedad se juzgan hoy día por el procedimiento especial señalado en el Decreto 0014 de 1955, en virtud de lo dispuesto en su artículo 81, y por lo tanto en ellos no interviene el jurado popular.

Comentando el artículo 429 ha dicho la Corte Suprema de Justicia que el arrepentimiento espontáneo, manifestado por la devolución de la cosa hurtada o, en su defecto, por la compensación de los perjuicios, “indica que el sujeto tiene sentimientos nobles y capacidad de readaptación para la vida en sociedad. En una palabra, que es menos peligroso, lo cual comporta una prudente reducción de la pena”.

Se exige que el reintegro o el resarcimiento de los perjuicio se haga antes del fallo de primera instancia, pues sólo hasta ese momento es presumible el verdadero arrepentimiento, como libre determinación de autocensura al delito. Estimó seguramente el legislador que la devolución hecha con posterioridad a la sentencia sería calculada y dirigida exclusivamente a una rebaja de la pena en la segunda instancia, y no un índice revelador de menor temibilidad.

Al hablar de sentencia, no distingue el artículo 429 la sentencia condenatoria de la absolutoria. Sin embargo, para su correcta aplicación, debe limitarse la condición a los fallos adversos al procesado, pues si ha sido favorecido con una absolución por el juez a-quo no

podría afirmarse en modo alguno que la devolución posterior no obedeció a un sincero propósito de arrepentimiento sino al menguado interés de atenuar la pena.

Puede darse el caso de una reparación meramente parcial, por imposibilidad del agente para restituir el todo, acompañada de una sana intención de indemnizar. Ante una situación de estas, el juez debe prestar mayor atención a lo subjetivo que a lo objetivo, esto es, valorar la conducta en consonancia con la personalidad del sujeto y las circunstancias del evento, por encima de la cantidad reintegrada. Y si no le queda duda alguna del verdadero arrepentimiento del responsable, es de justicia que disminuya discrecionalmente la sanción, dentro de los límites fijados en el artículo 429.

Debería también contemplar la ley una atenuación, aunque no de tanta magnitud, para el supuesto de que la restitución del objeto o indemnización de los perjuicios se hicieran después de la sentencia condenatoria de primera instancia. Ello redundaría en bien de los intereses de los perjudicados con la infracción, cuya protección no debe abandonar el Estado en ningún momento. El resarcimiento, aún después del fallo estimatorio de primer grado, disminuye no sólo el daño privado sino también la alarma social, todo lo cual justificaría la reducción de la penalidad en la segunda instancia.

Causas excluyentes de responsabilidad

Contiene nuestro código penal, en el capítulo sobre disposiciones comunes a los delitos contra la propiedad (El IV del título XVI), dos causales especiales excluyentes de incriminación para el hurto y los demás delitos contra el patrimonio, con algunas reservas, como luego se verá. Son las figuras conocidas doctrinariamente como “hurto necesario” y “hurto famélico”, denominaciones que no se acomodarían rigurosamente a nuestra legislación, por cuanto que la exoneración de responsabilidad se extiende a otra clase de delitos; distintos al hurto. Las disposiciones pertinentes son los artículos 430 y 431, que rezan:

“Art. 430.—Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas”.

“Art. 431.—Tampoco será responsable sin perjuicio de las acciones civiles respectivas, el que cometa alguno de los hechos de que trata este título en perjuicio del cónyuge no separado legalmente, de un ascendiente o descendiente o un afín en línea directa, o de un hermano o hermana, siempre que se haya limitado a tomar lo indispensable para sus necesidades y las de su familia”.

Para que prospere la exención de responsabilidad en el primer caso, el del artículo 430, se requiere:

a).—Que se trate de un delito contra la propiedad, exceptuándose los cometidos con violencia a las personas. Los ilícitos contra la propiedad ejecutados con violencia a las personas pueden revestir varias formas: robo, extorsión, chantaje y defraudación en la hipótesis del art. 425, conocida como despojo. De estos, el robo puede cometerse también con fuerza concretada a las cosas, y en esta modalidad no se sustrae del artículo que comentamos.

La violencia contra las personas puede ser en general física o moral. Y como la ley aquí no distingue, debe entenderse que tanto la una como la otra excluyen la eximente de que se trata, pues ambas son manifestación de una personalidad peligrosa en el agente. Los doctores Rendón y Gutiérrez Anzola restringen el término o concepto a la violencia material, lo que no nos parece razonable.

b).—Un estado de necesidad por urgencias de subsistencia (alimentos, medicinas) o vestuario, personales o de familia. Desde el derecho romano se reconoció que la necesidad de subsistir excusaba los atentados a la propiedad ajena. La ley, en tal caso, prefiere el derecho mayor, para cuya conservación autoriza el sacrificio del derecho menor, despojando de ilicitud el hecho que, realizado en otras circunstancias, sería punible.

c).—Imposibilidad del agente para atender a esas necesidades primarias por medios inocentes, como el trabajo, por forzoso desempleo o incapacidad para la ocupación. No se debe exigir el agotamiento del medio degradante de la mendicidad. La imposibilidad para atender a la manutención por vía distinta al apoderamiento de lo ajeno hace parte del estado de necesidad.

d).—Que se tome únicamente lo indispensable para el remedio de aquellas necesidades. En consecuencia, es punible la desproporción o exceso notorio. La estimación de esa circunstancia, al igual que la de la anterior, compete al juez, habida consideración de las particularidades del hecho, la personalidad del sindicado, la situación de su familia, la aplicación que se hubiese dado a los bienes sustraídos etc. Y,

e).—Que la personalidad del procesado no ofrezca peligrosidad social, apreciación que hace el fallador teniendo en cuenta los criterios que en la práctica se utilizan para formar juicio sobre la conducta futura de una persona.

La otra causal legal eximente de responsabilidad, la prevista en el art. 431, tiene bastante afinidad con la anterior, aunque lógicamente presenta sus notas características. Haciendo un cortejo entre las dos disposiciones citadas, podemos sacar las siguientes conclusiones:

1ª.—En el evento del art. 431 no se excluye ningún delito contra la propiedad, como sí acontece en el caso del art. 430, que deja por fuera las infracciones cometidas con violencia a las personas;

2ª.—Las necesidades a remediar en la hipótesis del 430 son únicamente las apremiantes y elementales de subsistencia y vestido. En cambio, en el caso del art. 431 no califica expresamente la ley las necesidades, pudiendo ocurrir que estas no sean tan urgentes, y ampliarse el concepto a necesidades diversas a las de subsistencia y vestido, tales como las de educación y un moderado y prudente esparcimiento, pero siempre dentro de lo indispensable y teniendo en consideración las posibilidades y condiciones de la familia.

3ª.—No se exige en el art. 431, a diferencia del art. 430, el agotamiento en los medios lícitos antes del apoderamiento de los bienes; y,

4ª.—En el caso del art. 431, el hecho debe consumarse en el círculo de la familia, en perjuicio de una de las personas allí enumeradas taxativamente, a saber: cónyuge no separado legalmente, ascendiente, hermano, afín en línea directa. Esta restricción no existe en el artículo 430, conforme al cual cualquiera puede ser sujeto pasivo del suceso allí previsto.

La exoneración de responsabilidad penal en el llamado hurto familiar tiene su justificación en razones de conveniencia familiar y social. Son muchas las personas que, pudiendo hacerlo, no cumplen los deberes legales o por lo menos morales que se desprenden de los vínculos familiares, propiciando así los atentados al peculio doméstico, por parte de los deudos, sin que estos sean unos verdaderos delincuentes. Las sanciones penales en esos supuestos causarían mayores perturbaciones para la marcha de la familia, desatarían fricciones entre los allegados y abrirían las puertas, quizá, a una verdadera criminalidad, por efectos de una innecesaria y muy posiblemente injusta reclusión penal.

Hurto imperfecto (tentativa)

El delito de hurto (también el robo, pues como luego se verá el robo no es más que un hurto especialmente agravado por el empleo de violencia a las personas o a las cosas) se consuma o perfecciona, como atrás se dijo, con la desposesión al propietario y el correlativo apoderamiento por parte del ladrón, esto es, en el momento en que el agente priva a la víctima del objeto, sacándolo de su radio de acción. Cumplido el desplazamiento de la tenencia ajena a la del ladrón; privado el ofendido del poder de hecho sobre el bien, queda consumada la infracción, independientemente del tiempo que permanezca la cosa en poder del sujeto, que puede ser de breves momentos, y del aprovechamiento que pueda hacer el hurtador, pues es indiferente, para los efectos de la ley penal, que se llegue a gozar del objeto. Para la corporización del delito es suficiente la intención de lucro al momento de la sustracción, no siendo necesario el real beneficio. Por ello dice con toda razón Ricardo Núñez que “el apoderamiento ya está consumado cuando, con la intención de apoderarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder y custodia”.

Para quitar a la víctima su facultad de disposición o poder de hecho sobre la cosa, vale decir, para el apoderamiento, recorre de ordinario el agente un inter crimiinis, que va desde los actos meramente preparatorios hasta los consumativos, pasando, lógicamente, por los actos ejecutivos, con los cuales se inicia el ataque a la posesión. Si se da principio a la ejecución de reato, pero no se consigue la sustracción o apoderamiento del objeto porque una fuerza extraña a la voluntad del delincuente se interpone para impedirlo, el proceso delictivo queda trunco, detenido en el conato o tentativa, forma imperfecta del delito punible conforme al art. 16.

Mas si es incontrovertible que tanto el hurto como el robo admiten la tentativa, parece lo más jurídico aceptar que no son susceptibles de frustración. Para que haya frustración se requiere la ejecución de todos los actos necesarios, subjetiva y objetivamente, para la comisión del delito, que no llega sin embargo a la perfección o completa realización por una circunstancia independiente del querer del agente. Y en aquellas infracciones —hurto y robo—, desde el momento en que el ladrón ejecuta todos los actos indispensables para la sustracción, se ha privado lógicamente de la posesión al propietario o tenedor del bien; el apoderamiento queda cumplido y con este es perfecto el delito, ya que —insistimos— no es de la esencia de la infrac-

ción la obtención del provecho apetecido y ni siquiera se exige que la cosa sea puesta a buen seguro.

Dicha tesis fue afirmada por nuestra Corte Suprema de Justicia, con ponencia del eminente fallador Luis Zafra, en sentencia proferida el 21 de mayo de 1956, en la que se lee:

“El hurto y el robo, a pesar de ser infracciones instantáneas, tienen o pueden tener su camino, su intervalo, un más y un menos (“grados” en la teoría de Carrara), entre los actos ejecutivos y los consumativos. Porque si en ellos la acción se perfecciona con el apoderamiento de la cosa y el desapoderamiento correlativo de la víctima, para llegar a este extremo, el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad. Es, por consiguiente, posible la tentativa. Así, el carterista que es sorprendido cuando trata de sustraer el dinero del transeunte; el ladrón que se halla trepado en el estante del almacén listo a coger las cosas, y en ese momento lo captura el celador; el que está rompiendo, dentro de la habitación ajena, el baúl que contiene los caudales, y la presencia de los moradores impide el apoderamiento; el que es atrapado en el instante de abrir el cajón donde se guardan las cosas que pretende sustraer. Todos estos sujetos son reos de tentativa de hurto y robo, en su caso. Los ejemplos podrían multiplicarse.

“En cambio, el hurto y el robo no tienen frustración. Es característico de esta figura que el delincuente lleve a término todos los actos necesarios para la consumación del delito, y, sin embargo, éste no se produce por mero accidente. En el delito frustrado la ejecución es completa; mientras que en la tentativa es inacabada porque al culpable le falta aún realizar otros actos posibles de su parte para obtener la obra criminal.

“De suerte que si el ladrón hace lo indispensable para privar al ofendido de la posesión de la cosa mueble, culmina con el apoderamiento y el ilícito queda perfecto en su objetividad jurídica. Por lo tanto, entre la ejecución y la consumación no hay más término medio que la tentativa.

“Irueta Goyena dice: “. . . No se requiere en el hurto el goce completo de la cosa objeto del delito, o sea la LOCUPLETATIO; basta, sencillamente, el apoderamiento, el cual tiene mucho menos extensión que el usufructo o que el goce amplio y absoluto de la cosa robada. Para que el hurto tuviera frustración, sería necesario que la infracción no consistiera, como consiste, en el apoderamiento de la cosa con ánimo de aprovecharse de ella, sino en el aprovechamiento efec-

tivo de la misma. En la hipótesis última, y sólo en ella, si el delincuente hubiera verificado todo lo necesario para realizar el delito, y después de verificar todos los actos pertinentes, por una causa independiente de su voluntad, no hubiera podido aprovecharse efectivamente de la cosa, podría hablarse de frustración" (El Delito de Hurto, págs. 144 y 145)".

— R O B O —

Conceptualmente, el robo es un hurto calificado por el empleo de violencia a las personas o a las cosas, en el proceso ejecutivo del delito o asegurativo de su producto. Todos los elementos componentes del hurto (sustracción o apoderamiento, cosa mueble ajena, ausencia de consentimiento del ofendido y propósito de aprovechamiento económico o moral), concurren en el robo. A ellos se agrega la violencia, en orden a darle al hecho individualidad jurídica o a caracterizarlo como infracción específica dentro del mismo género, con la denominación propia de robo.

En otras legislaciones, p. ej., en la francesa, el uso de fuerza o violencia para el aprovechamiento no hace variar la denominación jurídica del hecho, que sigue siendo un hurto, aunque la pena es mayor. Este criterio es más útil a los fines prácticos de la justicia, como que permite subsanar dificultades de carácter procesal que ordinariamente se presentan con la distinción entre el hurto y el robo, entre ellas la nulidad procedimental absoluta por error en la denominación del delito (art. 198, ord. 8º, del c. de p. p.).

El robo llamado simple o común, para diferenciarlo del calificado con agravación, está contemplado entre nosotros en el artículo 2º de la ley 4ª de 1943, que sustituyó el art. 402 del código penal. Dice así aquella disposición:

"El que por medio de violencia a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, o abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar, incurrirá en prisión de uno a siete años.

"La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener su impunidad". (Los mínimos fueron elevados al doble por el Decreto Extraordinario 2184 de 1951).

La ley no hace aquí expresa referencia al "ánimus lucrandi", al propósito de aprovechamiento, pero ello no quiere decir que este ele-

mento subjetivo no se requiera, pues es de la esencia de esta clase de infracciones contra el patrimonio económico. Ese dolo específico va ínsito o puede presumirse en el ilegítimo y violento apoderamiento de las cosas.

Clases de violencia.—La violencia que transforma el hurto en robo puede ser física o moral, por su naturaleza. Y en cuanto al momento de ejercicio, ella puede emplearse en cualquier etapa del iter criminalis (puede ser un acto preparatorio, ejecutivo o consumativo), a manera de medio para el apoderamiento, o aún usarse con posterioridad a la sustracción, a condición en este último caso de que su empleo tenga la finalidad de asegurar el producto del delito o procurar la impunidad.

Nuestra ley equipara a la violencia el abuso, por parte del agente, de la debilidad de un menor, por la impotencia connatural a su minoridad para defender los bienes por sus propios medios.

La violencia puede recaer en las cosas, en la forma de fuerza física; o en las personas, en las modalidades de fuerza física o moral.

Violencia en las cosas.—La violencia estructural del robo, en este caso, no es la fuerza indispensable que el ladrón tiene que desplegar para la traslación de la cosa, por razón de su peso. Si así fuera, la gran mayoría de los hurtos, si no todos, serían robos. La violencia calificadora del delito es aquella fuerza aplicada a los medios defensivos, que materialmente le dan seguridad a los bienes, o en la cosa misma y para vencer, en forma irregular, alguna resistencia que se oponga a la sustracción o aprovechamiento.

"No basta que concurra una fuerza que produzca modificación en el estado o situación de la cosa, para que se pueda hablar de robo. Es necesario, además, que la fuerza empleada no sea la necesaria para lograr la modificación consistente en la forma normal de salvar el resguardo representado por la propia naturaleza de la cosa o por los mecanismos de que está dotada. La fuerza debe tener, en una palabra, un sentido **anormal**, aunque no necesariamente destructivo o dañador, la razón del agravamiento reside en que, como lo hemos dicho, al atentado a la posesión se le agrega el **atentado** al estado de las cosas, para vencer la resistencia que estas oponen al apoderamiento". (Ricardo C. Núñez, Delitos contra la propiedad, págs. 191 y ss.).

Si la fuerza en la cosa se ejerce en una forma normal, con los sistemas ordinarios y adecuados para la remoción o traslación del objeto, en forma semejante a como procedería el mismo propietario, el título del hecho es hurto y no robo.

Para mejor ilustración de los anteriores conceptos, veamos algunos ejemplos:

Deben considerarse como hurtos: El arrancamiento de frutos, el corte de árboles, de caña de azúcar, de trigo; la separación de las llantas de un vehículo, aflojando con herramientas y normalmente las tuercas que las sujetan; la separación de las tapas metálicas o "cosas" de las ruedas de un automóvil, utilizando palancas; la desunión de los alambres conductores de la corriente de un radio. En todos estos casos, los medios utilizados por el ladrón son los que naturalmente se emplean por los poseedores para la remoción de la cosa. En consecuencia la fuerza así ejercida no puede identificarse con la violencia propia del robo, que es destructiva e irregular, dañina y alterante de las cosas que rodeaban el bien robado.

Acciones materiales constitutivas de robo serían: La perforación u horadamiento de paredes, techos, pisos, puertas o ventanas; el corte de cercos o varillas metálicas; la aplicación de destornilladores sobre bisagras; el empleo de taladros para abrir cajas fuertes, chapas, etc.; el desempotramiento de una máquina o de cualquier otro objeto, etc. En todos estos supuestos existe una verdadera fuerza calificante del hecho, contraria a los medios normales de obra del poseedor.

La violencia en cosa, hemos dicho, puede ser empleada como un medio preparatorio, ejecutivo o consumativo de la sustracción, o ser ejercida con posterioridad y para obtener el beneficio o asegurar la impunidad, como ocurre en la hipótesis de la caja fuerte llevada a otro sitio y forzada allí para extraer los caudales. Pero siempre será preciso que exista un nexo o vinculación psicológica de "necesidad de hecho", como dice Soler, entre la violencia y la sustracción o aprovechamiento, esto es, que la fuerza haya sido puesta en acto por el agente con preordenación al apoderamiento, al lucro o a la impunidad del delito. "Si un albañil —expresa el autor citado— ha trabajado bajo mis órdenes para sacar el marco de una ventana y al día siguiente, instigado por otro, se lo lleva, no hay calificación". Faltaría en este ejemplo aquel nexo de causalidad subjetiva, como que la fuerza en tal caso no fue aplicada por el albañil para robar ni con ningún fin ilícito, propósito que surgió tras la acción inocente inicial.

El robo absorbe el delito de daño en propiedad.—El artículo 426 ubicado en el capítulo que trata "Del abuso de confianza y otras defraudaciones", sanciona el hecho de destruir, inutilizar, hacer desaparecer o dañar de cualquier modo una cosa mueble ajena. Frecuentemente la fuerza a las cosas en el delito de robo acusa formalmente

las características de la defraudación del art. 426. Sin embargo, no puede hacerse la doble incriminación, por cuanto que el daño es en tal caso elemento componente y tipificante del robo y la lesión recae sobre un mismo interés jurídico: la propiedad. (Soler, Núñez, González Roura).

Violencia en las personas.—Puede ser física o moral. Violencia física o material es todo atentado directo, toda vía de hecho contra el ofendido o terceros, en su integridad corporal o en su libertad de disposición, para vencer la resistencia que pudiera oponer a la acción del ladrón. El despojo realizado con esta clase de violencia se conoció antiguamente como "rapiña".

Violencia moral en toda coacción o constreñimiento psicológico terminado por la amenaza de un mal, empleando el agente medios compulsivos puramente morales o espirituales, como dice Juan Pablo Ramos.

Nuestra ley penal alude de manera expresa a las amenazas, indicándolas como medio constitutivo de robo, lo que le da claridad al texto y evita indudablemente confusiones. La amenaza o intimidación ejercida con armas o con cualquier otro medio físico, para arrebatar a la víctima una cosa o para obligarla a entregar en el acto o inmediatamente un bien, constituye una modalidad de la violencia física; es la llamada "vis compulsiva" o violencia tácita (Carrara), que tiene la misma significación de la violencia efectiva o "vis absoluta". Y la amenaza o intimidación ejercida con medios puramente espirituales es naturalmente la violencia moral.

La violencia constitutiva del robo puede tener lugar para facilitar el delito, en cualquier momento del iter criminis, o emplearse posteriormente, esto es, después de la sustracción, para consolidar el producto o procurar la impunidad del ilícito. Pero siempre será necesaria la vinculación psicológica entre la conducta violenta del agente y el fin de robo o de impunidad. Así, si alguien hurta y luego golpea al propietario porque lo denunció ante las autoridades, o golpea al policía para evadirse, no podría ser procesado por robo, pues faltaría aquel nexo subjetivo.

La ley habla de "violencia a las personas". En consecuencia, la acción puede recaer sobre el directamente ofendido con el delito, o sobre un vigilante dependiente, o sobre cualquier otra persona que pueda representar un estorbo para el ladrón.

Comunicabilidad de la violencia como circunstancia agravante.— Cuando son varios los participantes en el delito, no es necesario que

todos ellos ejerciten en conjunto la violencia para afirmar su responsabilidad en el robo. Basta, con respecto a los cooperadores, el conocimiento de que se iba a emplear la violencia en la consumación del hecho y que a sabiendas se hubiera prestado el concurso. Al respecto, conviene recordar el art. 22 que prescribe:

“Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, aunque modifiquen la denominación del delito, sólo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso”.

La violencia en el apoderamiento de los bienes es una circunstancia material que modifica la denominación del delito, desplazando el hurto hacia el robo.

Concurso del robo con el homicidio y las lesiones personales.—El homicidio y las lesiones personales, ocasionados para perpetrar un robo, asegurar su producto o procurar su impunidad, concurren, en concurrencia material o real (art. 33), con aquel delito contra la propiedad.

El homicidio, en tal caso, se reviste de una particular gravedad, caracterizándose como un típico asesinato, por las circunstancias 3ª y 4ª del art. 363, que son aplicables también a las lesiones personales en virtud de lo dispuesto en el art. 379.

Igualmente el robo, acompañado de homicidio o lesiones a mano armada, adquiere mayor entidad y su sanción es mayor, de conformidad con lo establecido en el artículo 404, que prevé una forma de robo especialmente calificada, como adelante se verá.

Circunstancias agravantes y atenuantes del robo, comunes al hurto.—Dice el art. 403:

“Los casos de agravación y atenuación de la pena fijados para el delito de hurto en los artículos 398, 399 y 400, serán también agravantes y atenuantes del robo, y la pena señalada para este delito se aumentará o disminuirá en las mismas proporciones indicadas allí”.

Como los artículos referidos fueron ampliamente analizados al tratar del hurto, remitimos a lo anteriormente dicho.

También las eximentes de responsabilidad previstas en los artículos 430 y 431 son aplicables al delito de robo salvo, para el caso del artículo 430, la hipótesis de violencia en las personas, como atrás se vio.

Circunstancias agravantes específicas del robo.—Están consagradas en el artículo 404, que reza:

“La pena del robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

“1º)—Si se cometiere en despoblado o con armas.

“2º)—Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

3º)—Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; con llaves sustraídas o falsas; ganzúas o cualquier otro instrumento similar.

4º)—Cuando la violencia ejercida sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar”.

Examinaremos por separado estas calificantes, que le dan al delito excepcional gravedad.

El ordinal primero reúne los causales: a) La comisión del hecho en lugar despoblado; y, b) La ejecución del robo con el empleo de armas. Obsérvese que la disposición legal usa una expresión disyuntiva (o) y no copulativa (y), contrariamente a lo que ocurre en otros códigos, v. gr., el argentino.

a)—**Despoblado.**—Por despoblado hay qué entender, para los efectos penales, el lugar solitario o más o menos desierto, en cuyas cercanías no existan concentraciones de población. “Paraje alejado de los grupos de población o centros urbanos, de modo que no sea posible el auxilio inmediato a la víctima; se trata de un concepto de apreciación circunstancial”. (Mario Oderigo, Código Penal —argentino— Anotado, pág. 237).

El violento apoderamiento de los bienes en sitios alejados de los poblados es considerado como índice de mayor peligrosidad. El ladrón que así procede aprovecha la natural indefensión en que se encuentran las cosas y el desamparo o soledad de la víctima, a la que no le es fácil recibir ayuda, por la condición misma del lugar.

La razón que existe para agravar el robo cometido en despoblado, milita también para agravar el hurto consumado en las mismas circunstancias. Sin embargo, no fue lógico el legislador colombiano, pues no previó dicha causal como motivo calificante del hurto.

b)—**Con arma.**—Por arma, para los fines de la ley, debe entenderse todo instrumento idóneo para ser empleado peligrosamente contra las personas, aunque por naturaleza no esté destinado a la agresión. Así, una azada, un formón, un destornillador, elementos destinados al trabajo honrado, pueden utilizarse eventualmente para agredir, y cuando así ocurra deben ser considerados como armas. de este parecer son Núñez, Oderigo, Irureta Goyena y Manzini, entre otros.

Para la presencia de la calificante no es suficiente que el ladrón porte armas, al momento de realizar la sustracción. Es preciso al me-

nos que las exhiba o que de algún otro modo las utilice para intimidar y vencer la voluntad de la víctima. La ley es muy clara cuando dice que la pena del robo será de tanto a tanto "si se **cometiere** con armas"; no dice que portando armas. De tal suerte que si los instrumentos de ofensa se llevan ocultos y ningún papel juegan en el apoderamiento, no procede la agravante. No obstante, al hallazgo de armas en poder del ladrón será siempre un factor importante en el juicio sobre la peligrosidad del agente, cuestión de la cual no puede prescindir el juez al individualizar las sanciones, dentro de los límites mínimo y máximo señalados en la respectiva disposición penal (artículo 36).

La simulación de arma, p. ej., el uso de una inofensiva pistola de juguete, no es suficiente para afirmar la circunstancia calificadora en estudio. El artificio revela audacia, y psicológicamente el ardid puede producir el mismo efecto de la verdadera arma, pero no es en realidad un medio peligroso para la vida o la integridad de las personas, ni permite concluir afirmando una tendencia agresiva, todo lo cual da justificación a la agravante. Claro está que cuando se finge una arma, a manera de intimidación, y por error y en la creencia de que es verdadera permite la víctima el despojo, accediendo a que la registren o entregando sin dilaciones la cosa, hay un robo y no un hurto, pero el robo es tipo común, vale decir, no encaja en el art. 404, al menos por la circunstancia que comentamos.

Se explica y justifica la más severa represión del robo cometido con armas, por cuanto que quien se vale de instrumentos ofensivos para sustraer lo ajeno pone de presente una mayor y más variada capacidad delictiva; revela su intención, al menos eventual, de acometer a las personas si fuere necesario para el cumplimiento del proditorio fin de robo.

Es de anotar que si el agente no se limita a intimidar con el arma, sino que la utiliza realmente o efectivamente contra las personas, produciendo muerte o lesiones, aparece un verdadero concurso delictual, en la forma y condiciones puntualizadas atrás.

Robo en banda.—El ordinal 2º del artículo 404 contempla el llamado doctrinariamente "robo en banda". De acuerdo con los términos de la disposición, no basta el concurso de delincuentes para la agravación específica. A más de esa pluralidad, integrada por cuatro o más personas, se requiere una verdadera sociedad criminal, esto es, que la reunión esté ligada a un permanente propósito de delinquir. La cuadrilla debe ser "permanente", de acuerdo con los términos usados por la ley.

En tal hipótesis se da un verdadero concurso de delitos, de naturaleza real o material, entre la asociación para delinquir, que es una infracción formal (art. 208), y el robo (art. 404), concurso punible de acuerdo con el artículo 33. "Entre el delito de asociación ilícita y el robo en banda, media un concurso material" (Mario Oderigo, obra citada, pág. 238).

El concurso entre los expresados delitos es indudablemente material o real, puesto que son hechos jurídicos diversos, constituidos por actividades separadas, perfectamente identificables e individualizables en sus exterioridades, violatorias de diversas disposiciones de la ley penal. Por el sólo hecho de la reunión de personas, con el decidido propósito de cometer delitos, se perfecciona la figura de la asociación para delinquir, sin consideración a que esos fines ilícitos se cumplan o no. Y si luego las infracciones legales se realizan, se está en presencia de otro o de otros hechos, separables de la asociación material y jurídicamente.

No obstante que para nosotros es bastante claro lo anterior, el Dr. Gustavo Rendón, mi profesor, afirma que tal concurso es ideal o formal, aunque no abona ninguna razón. (Derecho Penal Colombiano, pág. 122).

Si la asociación es meramente ocasional y circunscrita al robo (concurso de delincuentes), procede la causal agravante ordinaria del ordinal 5º del art. 398, en virtud de lo prescrito en el art. 403, y no la calificante especial del art. 404, que como hemos dicho exige una asociación permanente.

Es de anotar una incongruencia de la ley en el punto de que se trata, pues la asociación para delinquir puede estar constituida por tres o más personas, en tanto que para la calificación del robo se requiere que la cuadrilla esté compuesta por cuatro o más personas.

Ordinal 3º.—Comprende tres causas diversas: a) Perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; b) Escalamiento de muros; y, c) Empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

a)—**Perforación o fractura de paredes, etc.**—Esta circunstancia, conocida en doctrina como "efracción", consiste en el vencimiento de las defensas o medios destinados a proteger las cosas, por corte, ruptura, horadación, forzamiento o destrucción.

La violencia debe recaer, como lo dice la disposición, sobre paredes, techos, pisos, puertas o ventanas de un sitio habitado o de sus dependencias inmediatas. Las paredes, puertas y ventanas pueden ser

las exteriores o las interiores, puesto que la ley no distingue y no habría razón para ello. El piso puede ser el superior o el inferior.

Lugar habitado es "el destinado a morada de las personas, aun cuando éstas no se encuentren en el momento de la ejecución del delito" (Opinión de Oderigo, quien cita en apoyo a Pacheco, Groizard y otros).

Dependencias inmediatas son "aquellas destinadas a satisfacer las necesidades, comodidades y esparcimiento de la vida doméstica, que se relacionan con la manera de vivir del dueño dentro del recinto de la casa de habitación, de los límites materiales que constituyen el círculo propio de defensa de su hogar". (Odrigo, citando a González Roura).

Si la violencia se ejerce en paredes, puertas, etc. de establecimientos de otra índole, es decir, no destinados a morada, aunque en ellos se celebren de ordinario reuniones de personas, como acontece con los cafés, teatros, almacenes, etc., no opera la calificante específica que se analiza, exclusión que no es aceptable o muy razonable, pues tratase o no de lugares habitados la efracción pone de presente una personalidad igualmente peligrosa.

b)—**Escalamiento de muros.**—Para los efectos de la ley, escalamiento quiere decir entrada o penetración al sitio donde se encuentra la cosa venciendo sus cerramientos defensivos por medios extraordinarios que demandan especial agilidad o esfuerzo, v. gr., usando escaleras, lazos, saltando tapias con apoyo en sus sinuosidades, colgándose por los balcones, etc.

Los muros escalados pueden ser tanto los exteriores como los interiores. El lugar puede estar o no destinado a habitación, pues la ley no distinguió aquí, como sí lo hizo en la causal anterior.

Para que el escalamiento de muros califique el robo debe ser realizado por el agente a manera de burla a las defensas de los bienes. En otras palabras, debe existir un nexo ideológico, una dirección subjetiva del escalamiento al fin de la sustracción. Porque si se escaló con finalidad diversa al robo, lícita (apagar un incendio) o ilícita (enamorar a la fámula), y luego resuelve el sujeto apoderarse de un objeto, no se puede afirmar judicialmente la calificante que se estudia, precisamente por la falta de aquella vinculación psicológica.

Los comentaristas nacionales y nuestra jurisprudencia han considerado que basta el escalamiento para que el ilegítimo apoderamiento de una cosa integre un robo, y no del tipo común sino de la especie agravada del 404, aunque no ejerza el agente ninguna fuerza o violencia en las cosas o en las personas. Así, el Dr. Gustavo Rendón di-

ce en su obra que la ley hizo, en el artículo que se estudia, una ficción, asimilando a fuerza o violencia material ciertos recursos habilitados dirigidos a atentar contra la propiedad. "En nuestro código penal, expresa, el escalamiento es el elemento constitutivo de robo y en tal carácter se le equipara a la violencia, en la misma forma que el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., que tampoco constituye exactamente violencia". (pág. 124).

Nos asalta la duda sobre la exactitud de esa tesis, por las razones que pasamos a exponer:

En el anteproyecto que presentó al seno de la Comisión Redactora del actual estatuto punitivo el comisionado doctor Parmenio Cárdenas, se equiparan en realidad a la violencia, como elemento típicante del robo, aquellos medios fraudulentos de que se valiera el agente para el apoderamiento de los bienes, entre los cuales podrían incluirse sin duda alguna el escalamiento y el uso de llaves falsas (Véase acta N^o 138, de 28 de febrero de 1935). Pero ocurre que ese anteproyecto sufrió una substancial modificación, y en el texto aprobado se prescindió de los medios fraudulentos y sólo se aceptó, digámoslo así, la violencia a las personas o a las cosas como caracterizante del robo. Si el anteproyecto hubiera sido acogido, sería una verdad incontrovertible que el escalamiento, el empleo de llaves falsas, ganzúas, etc., serían suficientes para la conformación del robo, independientemente de la violencia, como medios fraudulentos que son, en cuanto, claro está, se llegara por tales procedimientos a la sustracción ilícita de los bienes. Mas exigiéndose como se exige en la ley —art. 402 del c. p. y su sustituto el 2^o de la ley 4^a de 1943— el empleo de violencia a las personas o a las cosas, es decir, habiéndose desechado los medios fraudulentos a que aludía el anteproyecto, no se ve muy claro que el escalamiento, el uso de llaves falsas o de otros medios parecidos puedan configurar por sí solos el robo, como que si en verdad son ellos recursos de audacia, no son, strictu sensu, violencia.

De otra parte, el art. 404 prevé causales específicas de agravación para el robo, y por robo parece que hay que entender el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas, realizado con fuerza o violencia a los bienes o a las personas, pues esa es la noción que se da en los artículos que preceden al 404. Repárese que este artículo dice, en lo pertinente: "La pena del robo será... si se cometiere (el robo, lógicamente)... con escalamiento...". Y ya el artículo 402 había consagrado los elementos del robo, entre ellos la violencia —a las personas o las cosas—, factor este de la violencia que no fue expresamente

exceptuado en el artículo 404, de cuyo tenor tampoco se desprende, al menos palmariamente, la intención del legislador de asimilar el escalamiento a la violencia. Por lo demás, si ese fue el querer, el texto de la ley no se conformó a él y no es permitido al exégeta extender el alcance y ampliar las palabras de la ley, para hacerle decir lo que no dice.

En otros códigos v. gr., el argentino (arts. 136 y 167), el escalamiento es circunstancia agravante tanto para el hurto como para el robo. Lo mismo sucede con el empleo de llaves falsas, ganzúas, etc. La razón estriba en que si en verdad esos medios revelan una mayor capacidad para el delito, no son formas de violencia, pues que de serlo su presencia definiría siempre la infracción como robo.

Los argumentos expuestos tienden, si no a demostrar, por lo menos a crear una duda, acerca de si basta el escalamiento para que la sustracción configure un robo calificado, o si tal circunstancia debe estar acompañada de violencia, en cualquiera de las especies conocidas.

c)—Comisión del robo con llaves falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar.—Llave falsa, para los fines jurídico-penales, es aquella que no es la utilizada para abrir la cerradura, por el dueño o las personas autorizadas por él. "Llave no destinada por el dueño para abrir la cerradura de que se trata", dice Oderigo en sus comentarios al código argentino, citando al respecto a Garraud, Irureta Goyena, Carrara, Groizard y Crivellari.

"El concepto tradicional de llave falsa comprende en la ley el uso de una llave que no es la verdadera y el uso de la llave verdadera sustraída o hallada. . . . La llave verdadera es la que usan las personas que pueden hacerlo para abrir la cerradura de que se trata. . . . Llave falsa es no sólo la que no es la verdadera, por no ser la destinada por el dueño para abrir la cerradura, sino también la sustraída o hallada. . . . La llave verdadera se vuelve falsa si es sustraída y usada. Llave sustraída es la habida furtivamente por el ladrón o por un tercero de poder del dueño o de un servidor de la posesión". (Ricardo C. Núñez, Delitos Contra la Propiedad, págs. 158 y ss.).

Para fijar, pues, el concepto de llave falsa debe estarse, más que a la materialidad de la llave, al uso furtivo de ella, como dice Soler. Así, si el dueño pierde la llave de su casa y un tercero se apodera de ella y la emplea luego para penetrar al domicilio de aquél, esa llave debe considerarse como falsa, por su uso indebido, aunque material u objetivamente no lo sea. Y si por el extravío el dueño se vale de una llave contrahecha o adaptada, esta viene a ser la legítima. Si un tercero sustrae una llave de esta naturaleza —contrahecha o adaptada—

y la utiliza, es falsa pero no por no ser la original sino por el doloso empleo.

Si un dependiente ha recibido la llave legítima, con autorización para usarla, y a hurtadillas, maliciosamente, manda hacer un duplicado, tal duplicado es falso e ilícito todo empleo que de él se haga.

Ganzúa.—Es, según el diccionario de la lengua, un alambre fuerte doblado por una punta, a modo de garfio, con que a falta de llave pueden correrse los pestillos de las cerraduras.

Instrumento similar a la ganzúa es cualquier artefacto que permita abrir una cerradura sin dañarla, esto es, obrando de manera análoga a las llaves.

La ley no dice que la llave falsa, la ganzúa o el instrumento similar deban ser empleados para penetrar al establecimiento. En consecuencia, no queda excluido de la agravante el uso de ellos para salir del recinto o para abrir muebles u otros objetos donde pueda estar encerrada o contenida la cosa.

Ordinal 4º.—Según lo dispuesto en este ordinal, el robo se califica especialmente cuando la violencia ejercida sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o en ponerlas de otro modo en imposibilidad de obrar para resguardar sus bienes.

Maniatar, como su nombre lo indica, es poner ataduras en las manos.

Amordazar es colocar mordaza. Y mordaza es cualquier objeto que se pone en la boca para impedir hablar.

El amaniatamiento y el amordazamiento son medios de violencia que reducen a la víctima a la impotencia para defender el patrimonio por acción propia o con la ayuda de terceros, cuyo auxilio no se puede pedir. La imposibilidad defensiva puede lograrla el ladrón por otros medios, p. ej., amarrando a la víctima a una pilastra, encerrándola o suministrándole un narcótico. En todos estos casos se estará en presencia de un robo de la clase agravada del art. 404, ord. 4º.

Exclusión de las agravantes comunes de los artículos 398 y 399, cuando ocurran en el robo causales del artículo 404.—Cuando en la ejecución del robo concurre alguna de las circunstancias del art. 404, quedan por fuera, esto es, no juegan ningún papel las agravantes menores de los arts. 398 y 399, porque, como lo ha expresado la Corte Suprema, "con la aplicación del art. 404 queda debidamente reprimido el robo en sus manifestaciones más graves, y sería aberrante y contrario a la equidad hacer todavía otro aumento, recurriendo a las circunstancias cualificadoras de los artículos 398 y 399" (Sentencias de septiembre 27 de 1955 y mayo 21 de 1956).

Artículo 405.—Este artículo es el que cierra el capítulo referente al delito de robo. Sanciona como delito propio, per se, el sólo hecho de ejercer violencias contra una persona, con el fin de despojarla de sus bienes, lo que en el fondo no es más que una tentativa de robo, sustraída para la represión de la norma general del art. 16, asignándole una penalidad mayor. Dice así el art. 405:

“El que con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, ejecute violencias sobre las personas o las amenace con un peligro inminente, incurrirá en prisión de ochomeses a cinco años” (El mínimo está doblado).

De acuerdo con la disposición, integran la infracción los siguientes elementos:

a)—Propósito de apoderamiento de bienes ajenos;

b)—Empleo de violencias o amenazas que envuelvan peligro inminente para la vida o la integridad corporal, proyectadas a cumplir aquella finalidad. Y,

c)—Que el delito contra la propiedad determinante de la acción violenta no se realice por una energía o causa extraña al ladrón, pues si el ilegítimo apoderamiento se consuma se tratará de un robo perfecto y punible conforme a los artículos precedentes, en el cual la tentativa sui generis prevista en el art. 405 desaparecería como figura delictiva, absorvida y haciendo parte del corpus del delito consumado.

Luis Eduardo Mesa Velásquez