

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ESTUDIO CRÍTICO DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD: HURTO Y ROBO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

AUTORES:

OMAR CIFUENTES MENA

DANIEL FRIZ DONOSO MARCELO ROJAS SEPÚLVEDA

MAYUMI SALINAS RAMOS CECILIA TONCIO DONOSO

OSVALDO TOLEDO LÓPEZ LUIS FELIPE TORRES CAMILO

Profesor Guía: Carlos Künsemüller Loebenfelder

Santiago, Chile 2005

TABLA DE CONTENIDO . . .	9
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS GENERAL DE LA MATERIA . .	22
Evolución legislativa del tratamiento de los delitos contra la propiedad . . .	22
Sobre el bien jurídico protegido en el Título IX del Libro II del Código Penal, denominado “Crímenes y Simples Delitos Contra la Propiedad”. . .	30
Clasificación de los delitos contra la propiedad. . .	34
Penalidad en los delitos de hurto y robo. . .	37
Sobre los Límites al Ius Puniendi. . .	39
La necesidad de una reforma a los delitos de hurto y robo. . .	40
CAPITULO II. SOBRE LOS ALCANCES DEL PRESENTE ESTUDIO. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS . .	43
CAPITULO III. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LOS ARTÍCULOS COMPRENDIDOS EN EL ESTUDIO . .	45
Párrafo 1º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”. . .	45
Artículo 432 . . .	45
Evolución durante su vigencia. . .	45
Doctrina. . .	47
Jurisprudencia más relevante. . .	58
Distinción entre hurto (de dinero) y apropiación indebida (hay voto disidente). . .	58
Verbo rector en el delito de hurto. . .	59
Animo de lucro en el hurto. . .	60
Distinción entre hurto y robo con fuerza en las cosas. . .	61
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	62
Acerca Del Bien Jurídico . . .	62
Exigencia del perjuicio como elemento típico del Hurto Simple . . .	65
Texto propuesto para el artículo 432. . .	67
Párrafo 2º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo con violencia o intimidación en las personas”. . .	67
Artículo 433 . . .	68
Evolución durante su vigencia. . .	68
Doctrina. . .	69
Jurisprudencia más relevante: . . .	81
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	85
Texto propuesto para el artículo 433. . .	97
Artículo 434. Delito de Piratería. . .	98
Artículo 435. DEROGADO. . .	99
Artículo 436 . . .	100
Artículo 436 inciso 1º: Robo Simple. . .	100
Evolución durante su vigencia. . .	100
Doctrina. . .	100
Jurisprudencia más relevante. . .	105

Apreciación crítica de los Memoristas. Artículo 436 inciso 1º y artículo 439. ..	115
Texto propuesto para el artículo 436 inciso 1º y para el artículo 439. ..	127
Artículo 437. DEROGADO. ..	142
Artículo 438. Delito de Extorsión. ..	143
Artículo 439 ..	144
Evolución durante su vigencia. ..	144
Doctrina. ..	144
CONCEPTO DE VIOLENCIA ..	144
CONCEPTO DE INTIMIDACION ..	150
SUJETO ACTIVO DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACION. ..	152
SUJETO PASIVO DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACION. ..	152
Jurisprudencia más relevante. ..	154
Concepto de intimidación. ..	154
Amenaza realizada con el empleo de armas de fantasía. ..	155
“Simulación” de porte de arma (más voto disidente). ..	156
Apreciación crítica de los Memoristas. ..	160
Texto propuesto para el artículo 439. ..	160
Párrafo 3º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo con fuerza en las cosas”. ..	160
Artículo 440 ..	161
Evolución durante su vigencia. ..	161
Doctrina. ..	161
Introducción. ..	162
Concepto de “Fuerza” en el denominado Robo con Fuerza en las Cosas. ..	163
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 440. ROBO CON FUERZA EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN O EN SUS DEPENDENCIAS. ..	165
ANÁLISIS DE LOS LUGARES EN QUE SE PUEDE COMETER EL DELITO. ..	166
ANALISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE SE PUEDE COMETER EL DELITO. ..	168
Jurisprudencia más relevante. ..	179
El robo con fuerza en las cosas en lugar habitado constituye una figura pluriofensiva. ..	179
Definición del elemento “fuerza” para el delito de robo con fuerza en las cosas. ..	180
Uso de llave verdadera no configura robo con fuerza en lugar habitado. ..	181
Concepto de “Dependencia”. ..	181
Vehículo estacionado en antejardín de una csa constituye “dependencia”. ..	182
Robo de objetos desde un automóvil estacionado dentro de una casa constituye robo con fuerza en lugar no habitado. ..	183
Casa de veraneo constituye “lugar destinado a la habitación”. ..	184
Voto disidente: Robo cometido en casa de veraneo debe encuadrarse dentro de la hipótesis de robo en “lugar no habitado”. ..	185
Robo en casa de veraneo debe penarse como robo con fuerza en las cosas cometido en “lugar no habitado”. ..	187

Apreciación crítica de los Memoristas. . .	188
Texto propuesto para el artículo 440 . . .	192
Artículo 441. DEROGADO . . .	193
Artículo 442 . . .	194
Evolución durante su vigencia. . .	194
Doctrina. . .	194
Concepto de “lugar no habitado”. . .	194
FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO. . .	195
Jurisprudencia más relevante. . .	197
Examen del verbo “entrar” utilizado por el artículo 442. . .	197
Concepto de “fuerza” para el robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (hay voto disidente). . .	198
Casa de veraneo no constituye “lugar destinado a la habitación”, sino un “lugar no habitado”. . .	199
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	201
Texto propuesto para el artículo 442. . .	201
Artículo 443. . .	202
Artículo 443 inciso 1º. . .	202
Evolución durante su vigencia. . .	202
Doctrina. . .	202
Jurisprudencia más relevante. . .	205
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	206
Texto propuesto para el artículo 443 inciso 1º. . .	206
Artículo 443 inciso 2º. . .	207
Evolución durante su vigencia. . .	207
Doctrina. . .	207
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	208
Texto propuesto para el artículo 443 inciso 2º. . .	209
Artículo 444 . . .	211
Evolución durante su vigencia. . .	211
Doctrina. . .	211
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	212
Derogación. . .	212
Artículo 445 . . .	214
Evolución durante su vigencia. . .	214
Doctrina. . .	214
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	215
Derogación. . .	216
Párrafo 4º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del hurto”. . .	216
Artículo 446 . . .	217
Evolución durante su vigencia. . .	217
Doctrina. . .	218
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	223

Texto propuesto para el artículo 446. . .	226
Artículo 447 . .	228
Evolución durante su vigencia. . .	228
Doctrina. . .	228
ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 447. . .	230
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	232
Derogación. . .	233
Artículo 448 . .	234
Evolución durante su vigencia. . .	234
Doctrina. . .	234
Doctrina de los hurtos impropios: . .	235
Hurto de hallazgo como hurto impropio: . .	236
El tipo de hurto de hallazgo: . .	237
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	241
Derogación. . .	244
EL HURTO DE USO. . .	245
Doctrina. . .	245
Jurisprudencia más relevante. . .	247
El hurto de uso no es típico ni punible, por carecer el hechor de animo de señor y dueño. . .	247
Hurto de uso. Ausencia de apropiación y animo de lucro. . .	249
Carácter no punible del hurto de uso. . .	249
Párrafo 5º del Libro II, Título IX del Código Penal: “Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores”. . .	252
Artículo 449 . .	253
Evolución durante su vigencia. . .	253
Doctrina. . .	253
El Abigeato y formas similares: . .	254
Sustracción de vehículos. . .	258
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	258
Derogación. . .	261
Artículo 450 . .	262
Artículo 450 inciso 1º. . .	262
Evolución durante su vigencia. . .	262
Doctrina. . .	263
Jurisprudencia más relevante. . .	264
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	275
Derogación. . .	281
Artículo 450, incisos 2º, 3º y 4º. . .	281
Evolución durante su vigencia. . .	281
Doctrina. . .	281
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	283
Derogación. . .	284

Artículo 450 bis . .	285
Evolución durante su vigencia. . .	285
Doctrina . .	285
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	286
Derogación. . .	287
Artículo 451 . .	288
Evolución durante su vigencia. . .	288
Doctrina. . .	288
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	289
Derogación. . .	289
Artículo 452 . .	290
Evolución durante su vigencia. . .	290
Doctrina. . .	290
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	291
Derogación. . .	291
Artículo 453 . .	292
Evolución durante su vigencia. . .	292
Doctrina. . .	292
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	292
Derogación. . .	293
Evolución durante su vigencia. . .	293
Doctrina. . .	294
Nociones Generales sobre Participación Criminal . .	295
Análisis del artículo 454. . .	296
Problemas que plantea el artículo 454: . .	296
Jurisprudencia más relevante. . .	297
Alcances de la presunción establecida en el artículo 454 del Código Penal.	297
Requisitos para configurar la presunción del artículo 454 inciso 1º del Código Penal. . .	298
Alcance de la presunción de autoría contenida en el artículo 454. . .	299
Concepto de “encontrarse en poder” del delincuente la especie sustraída. . .	300
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	301
Derogación. . .	303
Artículo 455 . .	304
Evolución durante su vigencia. . .	304
Doctrina. . .	304
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	304
Derogación. . .	305
Artículo 456 . .	306
Evolución durante su vigencia. . .	306
Doctrina. . .	306
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	307

Texto propuesto para el artículo 456. . .	312
Artículo 456 bis . .	313
Evolución durante su vigencia. . .	313
Análisis en particular de cada una de las agravantes del artículo 456 bis . .	315
Análisis del artículo 456 bis, inciso 2º. . .	322
Análisis del artículo 456 bis, inciso final. . .	323
Jurisprudencia más relevante. . .	324
Concepto de “malhechores”. . .	324
Opinión contraria respecto al concepto de “malhechores”. . .	324
Alcance de la agravante de “pluralidad de malhechores” según Tribunales de Juicio Oral en lo Penal. . .	325
Aplicación de agravantes 1 y 3 del artículo 456 bis al robo con homicidio, violación y lesiones graves. . .	326
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	327
En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejecutar el delito en un sitio falto de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad. . .	328
En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física. . .	328
En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser dos o más los malhechores. . .	329
En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito. . .	330
En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el número 1º del artículo 10. . .	330
Derogación. . .	332
Párrafo 5 bis del Libro II, del Título IX del Código Penal: “De la receptación”. . .	332
Artículo 456 bis A. . .	333
Evolución durante su vigencia. . .	333
Doctrina. . .	333
Consideraciones Previas . . .	334
Clases de encubrimiento . . .	334
Elementos básicos del delito de Receptación. . .	335
TIPICIDAD DEL DELITO DE RECEPCIÓN . . .	336
Apreciación crítica de los Memoristas. . .	338
Derogación. . .	339
CAPITULO IV. Conclusión. . .	340
BIBLIOGRAFÍA . . .	342

TABLA DE CONTENIDO

Página

Capítulo I. Introducción. Análisis general de la materia.

Evolución legislativa del tratamiento de los delitos contra la propiedad

Sobre el bien jurídico protegido en el Título IX del Libro II del Código Penal, denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad ”

Clasificación de los delitos contra la propiedad

Penalidad en los delitos de hurto y robo

Sobre los límites al *lus Puniendi*

La necesidad de una reforma a los delitos de hurto y robo

Capítulo II. Sobre los alcances del presente estudio. Declaración de principios

Capítulo III. Análisis de los artículos enmarcados dentro del estudio.

Párrafo 1º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”

Artículo 432.

Evolución durante su vigencia

Doctrina

El Bien Jurídico protegido

Definición del delito

Tipo Objetivo del Hurto Simple

Verbo rector: “apropiarse”

Objeto material.

Cosa corporal

Cosa mueble

Cosa ajena

Que la cosa tenga valor económico

Sin la voluntad de su dueño

Tipo Subjetivo del Hurto Simple: “*Animus Rem Sibi*

Habendi”

distinción entre hurto (de dinero) y apropiación indebida
(hay voto disidente)

Verbo rector en el delito de hurto⁹⁰

Animo de lucro en el hurto

Distinción entre hurto y robo con fuerza en las cosas

Apreciación crítica de los Memoristas

Acerca del Bien Jurídico

Exigencia del perjuicio como elemento típico del hurto
simple.

Texto propuesto para el artículo 432

**Párrafo 2º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo
con violencia o intimidación en las personas”.**

Artículo 433.

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Robo con homicidio

¿Qué debemos entender por “Homicidio”?

Caso de robo con resultado de varias muertes

Robo con violación

Robo con mutilación o lesiones gravísimas

Robo con rescate o retención

Robo con lesiones simplemente graves

Jurisprudencia más relevante

Elementos que componen el robo con homicidio
(Art.433 N°1)

Robo con homicidio subsume el robo con intimidación

Pena aplicable al robo con intimidación y violación

Significado de las expresiones “con motivo” y “con
ocasión”

Apreciación crítica de los Memoristas

Las expresiones “con motivo” y “con ocasión”

Robo con homicidio

El dolo en el robo con homicidio

Extensión de la expresión “homicidio”

Situación de las agravantes en el delito de robo con
homicidio

Participación criminal en el robo con homicidio
 Caso de robo con varios homicidios
 Robo con violación
 Robo con lesiones
 Robo con retención de víctimas
 Texto propuesto para el artículo 433
Artículo 434. Delito de Piratería
Artículo 435. DEROGADO
Artículo 436
 Artículo 436 inciso 1º: Robo Simple
 Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Noción de delito complejo
 La participación en el robo con violencia o intimidación
 en las personas
 El iter criminis en el robo con violencia o intimidación en
 las personas
 Tipicidad del Robo Simple
 Tipo objetivo
 Tipo subjetivo
 Penalidad
 Jurisprudencia más relevante
 Requisitos de la intimidación para configurar robo simple
 (Art.436 inciso 1º)
 El robo con violencia en las personas es un tipo
 complejo
 Hurto de especies. Robo con violencia no tipificado
 Distinción entre robo con intimidación y delito de
 amenaza
 Empleo de arma de “fantasía” constituye intimidación para
 calificar la conducta como robo con intimidación
 Apreciación crítica de los Memoristas. Artículo 436 inciso 1º
 y artículo 439
 Texto propuesto para el artículo 436 inciso 1º y para el
 artículo 439
 Artículo 436 inciso 2º: Robo por Sorpresa

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Jurisprudencia más relevante

Distinción entre robo por sorpresa y el robo con violencia

(más voto disidente)

Opinion en contrario de la sentencia anterior

Distinción hurto-robo por sorpresa

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 437. DEROGADO

Artículo 438. Delito de Extorsión

Artículo 439.

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Concepto de violencia

Concepto legal de violencia

Doctrina sobre el concepto de violencia

Diversas clases de violencia

Violencia propia e impropia

Violencia directa e indirecta

Concepto de intimidación

Sujeto activo de la violencia o intimidación

Sujeto Pasivo de la violencia o intimidación

Teoría objetiva

Teoría subjetiva

Doctrina ecléctica

Jurisprudencia más relevante

Concepto de intimidación

Amenaza realizada con el empleo de armas de fantasía

Simulación de porte de arma (voto disidente)

Apreciación crítica de los Memoristas

Texto propuesto para el artículo 439

Párrafo 3º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo con fuerza en las cosas”

Artículo 440

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Introducción

Concepto de “Fuerza” en el denominado Robo con fuerza en las cosas

Análisis del artículo 440. Robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias

Análisis de los lugares en que se puede cometer el delito

Qué se entiende por “lugar habitado”

Qué se entiende por “lugar destinado a la habitación”

Qué se entiende por “dependencias” de un lugar habitado o destinado a la habitación

Análisis de las circunstancias en las que se puede cometer el delito

Escalamiento

Uso de llaves falsas, verdaderas substraídas, ganzúas u otros instrumentos semejantes

Seducción de algún doméstico o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad

Jurisprudencia más relevante

El robo con fuerza en las cosas en lugar habitado constituye una figura pluriofensiva

Definición del elemento “fuerza” para el delito de robo con fuerza en las cosas

Uso de llave verdadera no configura robo con fuerza en lugar habitado

Concepto de “Dependencia”

Vehículo en antejardín de una casa constituye “dependencia”

Robo de objetos desde un automóvil estacionado dentro de una casa constituye robo con fuerza en lugar no habitado

Casa de veraneo constituye “lugar destinado a la habitación”

Voto disidente: Robo cometido en casa de veraneo debe encuadrarse dentro de la hipótesis de robo en

“lugar no habitado”

Robo en casa de veraneo debe pensarse como robo con fuerza en las cosas cometido “lugar no habitado”

Apreciación crítica de los Memoristas

Texto propuesto para el artículo 440

Artículo 441. DEROGADO

Artículo 442.

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Concepto de “lugar no habitado”

Formas de comisión del delito

Escalamiento

Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados

Hacer uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas o de instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados

Jurisprudencia más relevante.

Examen del verbo “entrar” utilizado por el artículo 442

Concepto de “fuerza” para el robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (hay voto disidente)

Casa de veraneo no constituye “lugar destinado a la habitación” sino un “lugar no habitado”

Apreciación crítica de los Memoristas

Texto propuesto para el artículo 442

Artículo 443

Artículo 443 inciso 1º

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Requisitos exigidos por el artículo 443 inciso 1º

¿Qué se entiende por “bien nacional de uso público”?

¿Qué se entiende por “sitio no destinado a la habitación”?

Modalidades de ejecución

Uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere

substraído, de ganzúas u otros instrumentos
 semejantes
 Fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros
 dispositivos de protección
 Uso de medios de tracción
 Jurisprudencia más relevante
 Robo en lugar no destinado a la habitación (unidad de
 acción)
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Texto propuesto para el artículo 453 inciso 1º
 Artículo 443 inciso 2º
 Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Texto propuesto para el artículo 443 inciso 2º

Artículo 444

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Derogación

Artículo 445

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Derogación

Párrafo 4º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del hurto”

Artículo 446

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Texto propuesto para el artículo 446

Artículo 447

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Análisis particular de las agravantes del artículo 447
 Hurto cometido por un dependiente, criado, sirviente

asalariado, sea en la casa que sirve o en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón³⁸⁹

Hurto cometido por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado

Hurto cometido por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda

Hurto cometido por patrón o comandante de buque, Lancharo conductor o bodeguero de tren, guarda almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 448

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Doctrina de los hurtos impropios

Hurto de hallazgo como hurto impropio

El tipo de hurto de hallazgo

Apropiación de especie al parecer perdida

Apropiación de cosas perdidas o abandonadas a consecuencia de una situación catastrófica

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

El hurto de uso

Doctrina

Jurisprudencia más relevante

El hurto de uso no es típico ni punible, por carecer el hecho de animo de señor y dueño

Hurto de uso. Ausencia de apropiación y animo de lucro

Carácter no punible del hurto de uso

Apreciación crítica de los Memoristas

Párrafo 5º del Libro II, Título IX del Código Penal

“Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores”

Artículo 449.

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 El abigeato y formas similares
 Abigeato propiamente tal
 Hallazgo de especies animales
 Apropiación de partes de un animal previo su beneficio o destrucción
 Sustracción de pelo o plumas de animales ajenos
 Sustracción de vehículos
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Derogación

Artículo 450

Artículo 450 inciso 1º.
 Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Jurisprudencia más relevante
 Jurisprudencia que se inclina por no aplicar el artículo 450 inciso 1º
 Jurisprudencia a favor de aplicar el artículo 450 inciso 1º
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Comentarios sobre la ley 19.617
 Opinión sobre la discusión jurisprudencial en cuanto a la aplicación practica del artículo 450 inciso 1º
 Conclusiones finales
 Derogación

Artículo 450, incisos 2º, 3º y 4º

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Derogación

Artículo 450 bis

Evolución durante su vigencia
 Doctrina
 Apreciación crítica de los Memoristas
 Derogación

Artículo 451

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 452

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 453

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 454.

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Nociones generales sobre participación criminal

Análisis del artículo 454

Problemas que plantea el artículo 454

Jurisprudencia más relevante

Alcances de la presunción establecida en el artículo 454 del Código Penal

Requisitos para configurar la presunción del artículo

inciso 1º del Código Penal

Alcance de la presunción de autoría contenida en el artículo 454

Concepto de “encontrarse en poder” del delinciente la especie sustraída

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 455

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Artículo 456

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Apreciación crítica de los Memoristas

Texto propuesto para el artículo 456

Artículo 456 bis

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Análisis en particular de cada una de las agravantes del artículo 456 bis

Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad
¿Qué entendemos por sitios faltos de vigilancia policial?

¿Qué entendemos por sitios oscuros?

¿Qué entendemos por sitios sin tránsito habitual?

Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física

Ser dos o más los malhechores

Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito

Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1º del artículo 10

Análisis del artículo 456 bis, inciso 2º

Análisis del artículo 456 bis, inciso final

Jurisprudencia más relevante

Concepto de “malhechores”

Opinion contraria al concepto de “malhechores”

Alcance de la agravante de “pluralidad de malhechores” según Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

Aplicación de agravantes 1 y 3 del artículo 456 bis al robo con homicidio, violación y lesiones graves

Apreciación crítica de los Memoristas

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser dos o más los malhechores

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1º del artículo 10

Artículo 456 bis, inciso penúltimo

Artículo 456 bis, inciso final

Derogación

Párrafo 5 bis del Libro II, del Título IX del Código Penal

“De la receptación”

Artículo 456 bis A

Evolución durante su vigencia

Doctrina

Consideraciones previas

Clases de encubrimiento

Elementos básicos del delito de receptación

Haberse cometido previamente un delito contra el patrimonio

Ausencia de participación del receptor en el delito precedente

Animo de lucro en la conducta del receptor

Conocimiento que se cometió el delito de referencia

Tipicidad del delito de receptación.

Tipicidad Objetiva

Conducta típica

Objeto material

Sujetos.5

Tipicidad Subjetiva

Iter Criminis

Penalidad o Sanción

Apreciación crítica de los Memoristas

Derogación

Capítulo IV. Conclusión: Texto del proyecto de nuevo articulado para el Código Penal

Bibliografía

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS GENERAL DE LA MATERIA

Evolución legislativa del tratamiento de los delitos contra la propiedad

Nos parece que una manera adecuada y útil de comenzar el análisis de los delitos de hurto y robo en nuestro sistema jurídico es mediante la exposición del tratamiento legal que dichos ilícitos han tenido a lo largo de los años, tratamiento inserto en el Código Penal, con sus diversas modificaciones.

El presente acápite también nos parece interesante desde el punto de vista de la política criminal estatal, pues del análisis de la evolución legal de los delitos de hurto y robo se pueden apreciar los criterios considerados por el legislador para tipificar una u otra conducta, o para aumentar o disminuir las penas. Este punto nos parece relevante, pues la historia de la ley servirá para comprender los objetivos perseguidos por el legislador y también servirá para comprender las críticas que la doctrina formula para varias de las disposiciones que se estudiarán a lo largo del presente trabajo.

Antes de comenzar, es necesario aclarar que en este acápite se tratarán globalmente las disposiciones relativas a hurto y robo contenidas en el Código Penal y las leyes más importantes que han modificado dicho cuerpo legal. Esta aclaración vale porque en el análisis de los artículos del Título IX del Código Penal se hará mención a las modificaciones particulares que han sufrido los respectivos artículos, cuando ello proceda.

Código Penal de 1874¹

El Código Penal chileno, aprobado el 12 de Noviembre de 1874, fue producto del trabajo de una Comisión constituida especialmente para efectos de elaborarlo. Al tratar la temática que nos convoca, esto es, los delitos de hurto y robo, dicha Comisión deja de manifiesto la influencia de las doctrinas europeas, contenidas en particular, en los Códigos español y belga. En efecto, en la sesión N° 89, celebrada el 27 de Mayo de 1872, se encargó al Sr. Rengifo, quien integraba la Comisión, la tarea de formar un proyecto de redacción para el hurto, es decir, la materia tratada en los dos primeros párrafos del Título IX del primitivo Código Penal. Señala el acta de la citada sesión: *“Pasó enseguida la Comisión a ocuparse del título IX, de los delitos contra la propiedad y se encargó al Señor Renjifo formar un proyecto de redacción para los dos primeros párrafos concernientes al hurto, i solo combinando las disposiciones de la lei patria sobre la materia con las de los códigos español i belga. Se designó el lunes próximo para la presentación de este trabajo”*².

¹ En el análisis de la redacción original del Código Penal se consultó: Diario de Sesiones del Senado, Extraordinaria, 1873, pág. 49, Sesión 10ª; Senado, Extraordinaria, 1873, pág. 88, Sesión 16ª; Senado, Extraordinaria, 1873, pág. 100, Sesión 18ª; Senado, Extraordinaria, 1873, pág. 109, Sesión 18ª.

² Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, Sesión 89, de 27 de Mayo de 1872, pág.388.

En la siguiente sesión (Nº 90), de fecha 3 de Junio de 1872, el Sr. Rengifo hizo presente la seria dificultad encontrada para redactar el proyecto, por cuanto existen discrepancias entre lo que dispone la ley patria sobre hurtos y robos (antiguo antecedente sobre la materia), y el sistema del Código español y de otros códigos extranjeros. Según la ley patria sobre hurtos y robos, la diferencia esencial entre uno y otro delito consiste en la violencia ejercida sobre las personas, situación que caracteriza al robo. Por su parte, en el sistema del Código español y los otros códigos extranjeros, para que exista robo basta la fuerza ejercida sobre las cosas, no siendo necesario el ejercicio de fuerza sobre las personas. Entre estas dos posiciones, el responsable del proyecto se inclina por la segunda, por cuanto está más conforme con el significado jurídico de las palabras hurto y robo.

Tomando en consideración las observaciones formuladas por el encargado del proyecto, la Comisión determinó cinco puntos, los cuales se transformarán en los pilares fundamentales sobre los cuales se va a cimentar su trabajo respecto de los delitos de hurto y robo:

Adoptar en esta materia el sistema seguido por el Código español que llama hurto la apropiación de lo ajeno hecho sin violencia a las personas, ni fuerza a las cosas, y robo la apropiación en que concurre alguna de esas circunstancias;

Considerar ambos delitos como independientes y esencialmente distintos, rechazando la idea de reputar el “robo” como una especie del género “hurto”, pues las circunstancias tan diversas que se exigen para la existencia de uno y del otro, no permite semejante confusión;

Conservar todas las circunstancias especiales que menciona la ley patria para aplicar distinta pena, suprimiendo sólo aquellas que se comprenden en las reglas generales sobre atenuación o agravación de los delitos;

Hacer una marcada distinción entre aquellas circunstancias que solo puedan considerarse como agravantes del hurto o robo y las que forman un delito especial, como el abigeato; y

Finalmente, conservar respecto de la pena del hurto el sistema de la ley patria, que hace el castigo proporcional a la cuantía de la cosa hurtada; pero no en cuanto al robo, cuya gravedad no nace de esa cuantía, sino de la especie de violencia con que se perpetró y de las circunstancias que acompañaron a su perpetración.

Ley Nº 11.183, de 11 de Abril de 1950³

La ley Nº 11.183 tuvo su origen en un mensaje del Ejecutivo dirigido a la Cámara de Diputados, en el que se daba preeminencia a modificaciones a los Códigos de Procedimiento Civil y Orgánico de Tribunales. Las modificaciones introducidas al Código Penal tienen la finalidad de relacionar la pena con la importancia del delito y lograr que las sanciones guarden más armonía con el delito, situación que en concepto del legislador no ocurría, atendida la fecha desde la cual regían las disposiciones del Código punitivo.

El proyecto también contemplaba modificaciones a la ley Nº 4.447, que creó los Juzgados de Menores, y que, en su momento, también modificó al Código Penal. La ley Nº 4.447, inspirada en el propósito de dar un tratamiento más benévolo al delincuente menor con el objeto de proveer a su rehabilitación, había sido aprovechada por delincuentes adultos, desarrollando sus actuaciones ilícitas a través de los menores. Para remediar la

³ Para el análisis de esta ley se consultó: Cámara de Diputados, Sesión 46ª Extraordinaria, en martes 11 de Abril de 1950, págs. 2073 a 2080; Sesión 27ª Extraordinaria, en martes 18 de Diciembre de 1951, págs. 1141 a 1143; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de Documentos), pág. 243

situación, la ley N° 11.183 rebajó a 18 años la edad máxima en que se haga necesaria la declaración previa de falta de discernimiento. Además, agravó las penas para aquellos adultos que aparecen implicados como autores, cómplices o encubridores en delitos en que hayan intervenido menores.

En lo que respecta al Código Penal, el proyecto modificó los artículos 432 (derogando su inciso segundo) y 454, alteró ciertas cuantías establecidas en los artículos 436, 446, 448, reemplazó el texto del artículo 449, el cual reglamenta el delito de abigeato, y derogó el artículo 451.

Ley N° 11.625, de 4 de Octubre de 1954

La Ley N° 11.625 constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales cuerpos legales que modificó el Código Penal, por cuanto no tan sólo alteró sustancialmente los contenidos de los delitos de hurto y robo regulados hasta ese tiempo, sino que también legisló sobre los llamados “Estados Antisociales”, temática no abordada hasta ese momento por la legislación penal.

Por Decreto N° 2.862 del Ministerio de Justicia, de fecha 17 de Mayo de 1951, el Gobierno designó una Comisión, compuesta por el Ministro de la Corte Suprema don Luis Agüero, como presidente; por el Fiscal del mismo Tribunal, don Urbano Marín; por el presidente del Instituto de Ciencias Penales, don Luis Cousiño; por el Juez del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago, don Eduardo González; por el Juez del Juzgado de Letras de Menor Cuantía en lo Criminal, don Eduardo Ramírez, y por el Prefecto Jefe de Investigaciones, don Oscar Peluchonneau, con el fin de que procedieran al estudio de un proyecto de ley sobre represión o prevención de los delitos de “asalto y robo” (como señala el propio mensaje), atendido el incremento que éstos habían tenido en el último tiempo.

El mensaje con que se envió al Congreso Nacional señalaba que el proyecto *“contiene las disposiciones necesarias para prevenir y sancionar, dentro de nuestra actual legislación, adecuadamente esta clase de delitos contra el patrimonio, mediante las reformas convenientes al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la Ley Orgánica del Servicio de Investigaciones, todas ellas precedidas de un título preliminar destinado a legislar sobre los estados antisociales. Si se considera el estado de alarma pública en que vive la población por el recrudecimiento agudo de los ataques a la propiedad, aún con desprecio de la vida y salud de los habitantes, parece evidente la imperiosa necesidad de dictar las normas legales para permitir un pronto remedio al mal”*⁵.

El título I del mencionado proyecto, que regulaba los estados antisociales y las medidas de seguridad, tuvo como base el proyecto que preparó el Instituto de Ciencias Penales, en el año 1941, y en su redacción se siguió de cerca la ley española de 1933, la ley colombiana, un proyecto uruguayo y los proyectos chilenos sobre Código Penal, especialmente el de 1938, de los profesores Gustavo Labatut Glens y Pedro Silva Fernández. Este título fue una verdadera innovación, por su carácter de legislación preventiva del delito, ya que nuestro Código Penal, vigente desde 1874 y de inspiración netamente clásica, es decir basado en los principios del libre albedrío, imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad, no

⁴ Para la revisión de la ley N°11.625 se consultó: Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, Sesión 58ª Ordinaria, en miércoles 12 de Septiembre de 1951, págs. 2857 a 2867; Sesión 38ª Ordinaria, en martes 11 de Agosto de 1953, págs. 1744 a 1746; Sesión 8ª Extraordinaria, en miércoles 28 de Octubre de 1953, págs. 396 a 399; Sesión 34ª Ordinaria, en jueves 22 de Julio de 1954, págs. 1585 y 1586; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3ª (Anexo de Documentos), págs. 104 a 111; Sesión 20ª, en 3 de Agosto de 1954, pág. 1231; Sesión 21ª, de 10 de Agosto de 1954, pág. 1391.

⁵ Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, en Sesión 58ª Ordinaria, en miércoles 12 de Septiembre de 1951, pág. 2858.

contenía, salvo una que otra excepción, normas que contemplaran los estados antisociales o peligrosos, cuyo concepto se encuentra en los fundamentos de la Escuela Positiva, con su teoría de “La Temibilidad”, formulada por el célebre tratadista Rafael Garófalo, quien en 1885 la definió como “la perversidad constante y activa del delincuente y cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”⁶.

En relación con los delitos de hurto y robo, uno de los mayores problemas de la legislación era la facilidad con que los delincuentes se desprendían de los bienes sustraídos tan pronto como se veían sorprendidos o eran perseguidos, con el objeto de obtener la disminución de la pena por no haber perfeccionado su comisión. A este respecto, el mensaje del Ejecutivo señalaba que *“si bien la doctrina universal admite que los grados de tentativa o frustración merecen un tratamiento penal menos severo, por cuanto no se ha alcanzado la lesión del bien jurídico, no es menos cierto que la misma doctrina admite que, en ciertos casos, la lesión está constituida tan sólo por el peligro en que se ha puesto el bien jurídico. En nuestro país, donde se observa con caracteres especialmente graves estos atentados contra el patrimonio, las razones más elementales de política criminal aconsejan que ellos se consideren como consumados aun cuando únicamente se hallen en el grado de tentativa, y, por ende, también de frustración”*⁷. Este es el fundamento de una de las reformas sustanciales que se proponían al artículo 450. Como es sabido, la tentativa consiste en dar principio a la ejecución del delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. No hay en esta materia la específica distinción -de carácter general en la legislación criminal- entre etapas de ejecución del delito, para los efectos de la penalidad, sino que desde la tentativa se penaliza como consumado el delito.

Otra disposición importante, que se introdujo como un inciso dentro del artículo 450, es la que castiga a los culpables de robo cuando sean portadores de armas, hagan o no uso de ellas, con la pena de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, siempre que no les correspondiere una mayor por el delito cometido. El antiguo artículo 433 aparecía reformado en varios aspectos: **a)** el proyecto lo refundía con el artículo 435, el cual se derogaba; **b)** se establecía un orden decreciente de penalidad, según el resultado de las violencias ejercidas; **c)** se suprimía, como figura autónoma, el robo en despoblado y en cuadrilla, circunstancias que pasaban a ser agravantes comunes para los robos y hurtos de cualquier género.

El artículo 436 también se reformaba, especialmente para eliminar la graduación de la pena según el valor de las cosas robadas, por cuanto, en concepto del Ejecutivo *“no corresponde a ningún principio aceptable, ya que el núcleo principal de la figura delictiva está en la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima, a veces para sustraerle dinero o especies cuyo monto o valor se desconocen”*⁸. La pena también se aumentaba, pero se dejaba al juez la latitud necesaria en su aplicación. El inciso 2º de este nuevo artículo 436 configura un delito especial, que técnicamente es un hurto, pero que pasa, en virtud de esta disposición, a ser considerado como robo, y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

En los delitos de robo con fuerza en las cosas se suprimía el requisito de ser el autor portador de armas, ya que se configuraba un tipo especial para esa clase de robos. Así

⁶ Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, en Sesión 58ª Ordinaria, en miércoles 12 de Septiembre de 1951, pág. 2859.

⁷ Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, op. cit. pág. 2861.

⁸ Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, op. cit., pág. 2862.

también, se eliminaba el N° 4 del artículo 440, que consideraba la comisión del delito en despoblado y en cuadrilla, pues estas circunstancias pasaban a ser agravantes genéricas de los robos y hurtos.

También se incluía, como artículo 443, una disposición destinada a sancionar los robos con fuerza en las cosas, que se ejecutan en los bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, para reprimir la sustracción de vehículos o de objetos dentro de los mismos, atendido a que en ese tiempo, si bien estas formas delictuales quedaban comprendidas entre los robos, según la definición del artículo 432, no podían ser sancionadas como tales por no corresponder a ninguno de los tipos descritos en el párrafo III del Código Penal, y debían ser castigados como hurtos.

En atención a la frecuencia con que los delincuentes se valían de menores para la ejecución de los delitos que se tratan, el proyecto establecía que en dichos casos, los mayores siempre serán considerados como autores, aun cuando técnicamente sólo pudieran ser calificados como cómplices o encubridores. El proyecto también cambió la redacción del inciso final del artículo 454, que tenía por objeto aumentar la responsabilidad de aquellas personas que adquirirían especies provenientes de ilícitos. Si bien a veces los tenedores de cosas robadas o hurtadas son simples encubridores del delito, la disposición del proyecto los castigaba como cómplices, porque, a juicio del Ejecutivo, son frecuentemente los instigadores del delito.

Finalmente, se contempló la inclusión de un artículo 456 bis, que comprendía circunstancias agravantes de los delitos de hurto y robo, en cinco casos: **1)** si se ejecuta el hecho en sitios solitarios, faltos de vigilancia policial, oscuros o sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad; **2)** ser la víctima niño, anciano, inválido o persona de manifiesto estado de inferioridad física; **3)** ser dos o más los malhechores; **4)** agredir a las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito; y **5)** actuar con menores de veinte años o con personas exentas de responsabilidad, según el N°1 del artículo 10 del Código Penal.

Ley N° 17.727, de 27 de Septiembre de 1972

La ley N° 17.727, tuvo su origen en un proyecto de ley presentado por el Presidente de la República de aquel entonces, don Salvador Allende G., proyecto que buscaba modificar diversas disposiciones del Código Penal. En el mensaje con el que se inicia el proyecto de ley, el Gobierno hace patente la necesidad de reformar el cuerpo legal que contiene la normativa penal y agrega que *“las reformas que se han introducido en nuestro Código Penal no han alterado su estructura fundamental y se han limitado a remediar situaciones que en un momento determinado de nuestra evolución social aparecían como de extrema peligrosidad. Así ha ocurrido con los delitos de robo y hurto de animales y de vehículos motorizados. En todas estas situaciones se ha establecido una penalidad que la realidad ha demostrado ser exagerada y que no ha contribuido a disminuir la criminalidad”*⁹.

Con la presentación de este proyecto de ley, el Gobierno pretendía llevar a cabo una de las tareas primordiales en la adecuación del sistema jurídico a las nuevas exigencias de la realidad, que consistía, precisamente, en la transformación del sentido, orientación y contenido normativo de nuestra legislación penal. Consecuentemente, lo que se buscaba

⁹ Para el análisis de esta ley se revisaron las siguientes fuentes: Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de Documentos), págs. 348 a 352; Sesión 42ª (Anexo de Documentos), págs. 2008 a 2013; y Cámara de Diputados, Sesión 50ª, en martes 21 de Marzo de 1972, págs. 3898 a 3901, Sesión 14ª, en martes 2 de Mayo de 1972, págs. 830 a 833.

¹⁰ Diario de Sesiones del Senado, Anexo de Documentos, Sesión 6ª Ordinaria, pág. 348.

era abordar los problemas de la criminalidad procurando extirpar las causas del delito y sancionar las conductas antisociales siguiendo un nuevo esquema de valores. Los bienes jurídicos que la legislación penal protege y la forma en que esa protección se realiza debían ser sometidos, en opinión del Ejecutivo, a una revisión crítica que necesariamente debía afectar la totalidad de nuestro Código Penal.

En lo que respecta a los delitos de hurto y robo, el proyecto contiene diversas modificaciones. Así, en el artículo 436, inciso segundo, que sancionaba el robo por sorpresa con las mismas penas asignadas al robo ejecutado con violencia o intimidación en las personas (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo), se propone sustituir la penalidad por la de presidio menor en su grado medio a máximo (541 días a 5 años). La fundamentación del Gobierno fue que ambas figuras delictivas constituían hechos totalmente diferenciados, tanto por la forma en que se cometen y sus resultados, cuanto por las características de los hechores. Se estimaba que los autores de robo con violencia o intimidación en las personas normalmente eran delincuentes habituales de alta peligrosidad, que muchas veces no trepidaban en llegar al homicidio para conseguir sus fines; en cambio, en el robo por sorpresa, los autores eran personas que actúan sobre la base de su rapidez (lanza), y preferentemente elegían como víctimas a personas que no portaban bienes de un valor exagerado. Resultaba, así, injusto sancionar con la misma pena dos hechos claramente diferenciados.

Por otra parte, el proyecto propone agregar un artículo 448 bis, con el fin de castigar la apropiación de plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, esquilándolos o cortándoles las plumas, pelos, crines o cerdas, con la pena de presidio menor en su grado mínimo, es decir, sesenta y un días a quinientos cuarenta días. Esta modificación se basa en que la pena señalada el inciso sexto del artículo 449 del Código Penal para dichas acciones (presidio mayor en su grado mínimo a medio, o sea, de 61 días a tres años) se estimaba excesiva. Otro argumento era que el artículo 449 había sido agregado al párrafo quinto del Título IX del Libro II del Código Penal por la ley N° 13.303, en una decisión contraria a toda técnica jurídica, pues el artículo 449 contempla “Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores”, y ninguno de éstos se refiere a las materias tratadas en el inciso sexto.

Otra modificación que se propuso fue la derogación de la facultad que se concedía en el artículo 449 de aumentar la pena en los delitos de robo o hurto de caballos, bestias de silla o de carga, de ganado mayor o menor o porcino, dejándola exclusivamente para el robo o hurto de vehículos motorizados, en atención a que dichos objetos de por sí son de un valor elevado, lo que hace que la sanción sea rigurosa, y a que, respecto de los vehículos motorizados, se cometen con ordinaria frecuencia.

Finalmente, se proponía reemplazar el inciso primero del artículo 450 por el siguiente: *“Los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este Título, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”*¹¹, lo que significa circunscribir esta ficción jurídica exclusivamente al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, eliminándola del robo con fuerza en las cosas y del hurto. El proyecto recalca que el hecho anotado conduce a situaciones injustas que es preciso enmendar, como quiera que se trata de una ficción legal que va contra los conceptos aceptados por todos los tratadistas en orden a distinguir entre delito consumado, frustrado y tentativa para regular la penalidad. En este orden de cosas, resulta ilustrativo el comentario que Labatut hace de la ley en estudio: *“Con anterioridad a la ley N° 11.625 sólo respecto de los robos calificados, o sea, los más graves, imperaba la regla de que se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. El nuevo inciso primero establecido por la citada ley,*

¹¹ Diario de Sesiones del Senado, op. cit., pág. 351

la hizo extensiva a todos los robos y hurtos del Título IX, sin excepción alguna, lo que implica un aumento desmesurado de penalidad, que de ordinario no guarda relación con la naturaleza e importancia del delito”¹².

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado estuvo por aprobar la modificación del artículo 436, distinguiendo entre el robo por sorpresa y el ejecutado con violencia o intimidación en las personas, aceptando el fundamento esgrimido por el Ejecutivo, ya expuesto anteriormente. Respecto de las dos siguientes modificaciones, que inciden de manera directa sobre el artículo 449 del Código Penal, la Comisión, por unanimidad, discrepó de la opinión del Ejecutivo en cuanto a la necesidad de modificar este artículo en la forma propuesta. Sin embargo, le pareció conveniente eliminar el aumento facultativo de pena respecto de los robos o hurtos de animales o aves que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados. Sobre la modificación del artículo 450 del Código Penal, finalmente se aprobó un texto que permitía castigar como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa solamente los delitos a que se refieren el párrafo 2º y el artículo 440 del párrafo 3º, es decir, los de robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias.

Ley N° 19.029, de 23 de Enero de 1991

13

La Ley N° 19.029, tuvo su origen en un mensaje del Presidente de la República, don Patricio Aylwin A., mediante el cual presentaba al Congreso un proyecto de ley de gran trascendencia, por cuanto abordaba una temática de la más alta relevancia, no sólo jurídico-penal, como es la pena de muerte. En efecto, el proyecto presentado por el Ejecutivo proponía modificaciones al Código Penal, Código de Justicia Militar y Código de Aeronáutica, en cuanto en ellos se había considerado la sanción máxima de la pena capital.

Señalaba el mensaje que una de las reformas constitucionales aprobadas en el plebiscito de 30 de julio de 1989, y sancionada por la Ley N°18.825, había modificado el artículo 5º de la Constitución Política de 1980, estableciendo que el Estado y sus órganos deben garantizar los derechos de las personas asegurados en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Por otra parte, el artículo 19 N° 1 de la Constitución consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona como uno de los derechos fundamentales, toda vez que es inherente a la persona humana. A mayor abundamiento, el mensaje dispone: *“Es propósito de mi Gobierno adecuar, dentro del menor tiempo posible nuestro ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional contenido en los tratados ratificados por Chile. Principalmente me preocupa esta necesidad cuando las normas se refieren a garantizar los derechos humanos de mis compatriotas. En ese orden de materias me preocupa la pena de muerte, vigente en nuestra legislación como la penalidad máxima con que nuestra sociedad espera su reparación de parte de quien ha delinquido”¹⁴.*

En estrecha relación con el precepto constitucional anteriormente citado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Chile por Decreto Supremo

¹² Gustavo Labatut Glens, Derecho Penal, Tomo II, pág. 381.

¹³ Para la revisión de la presente normativa, se recurrió a: Documentos de la Cuenta, Cámara de Diputados, en Sesión 1ª, de martes 20 de Marzo de 1990, págs. 18 y 19; Sesión 11ª, en martes 24 de Abril de 1990, págs. 579 a 582; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 31ª (Anexo de Documentos), págs. 2297 a 2299; Sesión 24ª, en miércoles 12 de Diciembre de 1990, págs. 1791 y 1792.

¹⁴ Documentos de la Cuenta, Cámara de Diputados, en Sesión 1ª, del día martes 20 de Marzo de 1990, pág. 18.

Nº 778, de Relaciones Exteriores, de 1989, publicado en el Diario Oficial del 29 de Abril de ese año, reafirma en su artículo 6 el derecho a la vida como inherente a la persona humana, disponiendo que estará protegido por la ley y que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Agrega que en los países que no hayan abolido la pena capital, sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

Por otra parte, se esgrimía el hecho de que, terminado el Gobierno Militar, existían en las cárceles chilenas cerca de medio millar de personas encarcelados por delitos políticos, de los cuales un número cercano a los veinte enfrentaba, en primera instancia, sentencias que contemplaban la pena máxima; otros, con la legislación penal vigente a esa época, podrían llegar a igual situación.

Así entonces, la pena de muerte es, a juicio del Ejecutivo, una violación al derecho fundamental a la vida y constituye, además, un castigo cruel e inhumano que denigra a todas aquellas personas que participan en su puesta en práctica. Por otra parte, esta pena, por su propia naturaleza, invalida el concepto ampliamente aceptado de que es posible rehabilitar al delincuente, no protege a la sociedad y no existen pruebas que demuestre que su empleo tenga el menor efecto disuasivo, como tampoco sirve para aliviar el sufrimiento de las víctimas directas o indirectas del crimen; constituye una pena irreversible, e incluso, en algunos casos aún más lamentables pueden importar la muerte de un inocente.

En concepto de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, las ideas matrices del proyecto eran:

Adecuar nuestro ordenamiento jurídico interno a la Constitución y al Derecho Internacional contenido en los tratados ratificados por Chile, para resguardar los derechos fundamentales de la persona humana;

Eliminar la pena de muerte en aquellas disposiciones que a la fecha de envío del proyecto la consideraban. Así se hace en el proyecto con algunas disposiciones del Código de Justicia Militar y Penal, que contemplan penas de muerte;

Adecuar las penas asignadas a ciertos delitos, en consideración a los bienes jurídicos protegidos y a las circunstancias que derivan de la supresión de la pena capital.

El debate de la Comisión no tuvo como eje central de la discusión las materias relativas al Código Penal, y más bien se concentró en las reservas de algunos diputados en cuanto a la abolición de la pena capital en ciertos delitos militares que pueden cometerse en situación de guerra externa, como son los de traición, espionaje y desertión frente al enemigo. La misma situación se produjo en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, centrándose el debate en las materias propias del Código de Justicia Militar.

En resumen, la Cámara de Diputados aprobó la proposición del Ejecutivo, con enmiendas que no alteraron el propósito original. El Senado modificó la propuesta de la Cámara de origen de tal manera que, sin perjuicio de derogar la sanción máxima en numerosos casos, la mantuvo para otros delitos. En el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados rechazó la mayoría de las modificaciones introducidas por el Senado, con lo que se configuró una discrepancia que tocó resolver a una Comisión Mixta, la cual se hizo cargo de la indicación para conservar la pena de muerte en ciertos delitos del Código de Justicia Militar, cometidos en tiempo de guerra externa. Pero en lo relativo a nuestro tema de investigación, los debates no ahondaron mayormente al respecto, siendo aprobadas las modificaciones a los artículos 433 Nº 2 y 434 del Código Penal, que establecen como sanción máxima el presidio perpetuo efectivo.

15

Ley N° 19.501, de 15 de Mayo de 1997

La Ley N° 19.501, de 15 de Mayo de 1997, tuvo su origen en un mensaje del Presidente de la República, mediante el cual pone en conocimiento de la Cámara de Diputados un proyecto de ley que introduce diversas modificaciones al Código Penal en sus artículos 446, 448 y 451, que en el año de 1996 ya había modificado la Ley N° 19.450 en lo relativo a la escala de multas, por considerar que este último citado cuerpo legal adolecía de deficiencias que se hace menester subsanar. Una vez promulgada esta Ley (la N°19.450), se pudieron constatar diversos problemas que dicen relación con la puesta en marcha de normas e instituciones que el citado cuerpo legal crea, como por ejemplo, la alteración de la competencia de los juzgados del crimen que importó la modificación de las cuantías para los diversos delitos, traspasando causas que hasta entonces eran de su conocimiento, a los de policía local y modificar, asimismo, las reglas procesales aplicables a tales materias.

Así las cosas, el proyecto de ley establecía la determinación de las multas y cuantías de las afectaciones patrimoniales tomando como criterio valorativo la unidad tributaria mensual. De esta forma, en opinión del Ejecutivo, se concretaba la sustitución de los montos señalados en sueldos vitales y la aplicación del principio de igualdad y la adecuación social, fijándose la multa de acuerdo al caudal y las facultades económicas de la persona, permitiendo, al mismo tiempo, que se vayan reajustando para los efectos que no pierdan su proporcionalidad en razón de las devaluaciones de la moneda. Así también, el Ejecutivo estimó de coherencia legislativa mantener las penas privativas de libertad asignadas a los delitos contemplados en los artículos 446 y 448 del Código Penal, sin variación alguna, por cuanto una modificación de esta especie debe realizarse tomando en consideración el conjunto de la legislación penal de fondo, evitando cambios parciales que alteran la proporcionalidad y sanción que cada delito tiene respecto de otros, en función de los bienes jurídicos que se desea proteger y la mayor o menor gravedad de los mismos.

El proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados, previo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. La Comisión efectuó algunas enmiendas al proyecto original, en especial en aquellas normas que fijaban como valor mínimo de la cosa afectada por el delito media unidad tributaria mensual y la elevó a una unidad tributaria, para los efectos de distinguir los nuevos umbrales punitivos de los que había fijado la Ley N°19.450, ya que ella traspasó a los jueces de Policía Local procesos referidos a delitos de malversación, hurto, incendio, ciertos daños, estafas y defraudaciones que no excedan de cinco unidades tributarias mensuales.

Luego el proyecto fue aprobado en el Senado tal y como fue enviado por la Cámara de Diputados, quedando modificados los artículos 446, 448 y 451 del Código Penal.

Sobre el bien jurídico protegido en el Título IX del Libro II del Código Penal, denominado “Crímenes y Simple Delitos Contra la Propiedad”.

¹⁵ Para su revisión, fueron consultados Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, en las siguientes sesiones: Sesión 60ª, en martes 15 de Abril de 1997, págs. 46 a 52; Sesión 61ª, en miércoles 16 de Abril de 1997, págs. 83 a 91; Sesión 62ª, en jueves 17 de Abril de 1997, págs. 10 a 17; Sesión 68ª, en jueves 8 de Mayo de 1997, págs. 7 a 11 y págs. 45 a 51.

El título IX del Libro II del Código Penal se denomina “Crímenes y Simple Delitos Contra la Propiedad”, título que comprende los delitos de hurto, robo, extorsión, receptación, usurpación, defraudación, estafa y otros engaños, incendio y otros estragos, y daños. Tal denominación ha sido objeto de numerosas críticas:

Garrido Montt señala que todos están de acuerdo en que la actual denominación del título no es la adecuada. Considera que el concepto de “ *propiedad*” crea una serie de limitaciones o extensiones al relacionarse con cada una de las figuras, y señala, a modo de ejemplo, el artículo 471 en el cual se castiga al *dueño* de una cosa que la sustrae al tercero que la tiene legítimamente en su poder, o sea se está prohibiendo al propietario de un bien que realice acciones destinadas a recuperarlo, lo que significa que se protege la mera tenencia legítima, que no es propiedad, con preferencia al dominio mismo¹⁶.

El mismo autor señala que el bien jurídico protegido en este título es, en general, la propiedad, pero que el vocablo en este caso tiene un alcance extensivo, o sea que los delitos comprendidos en este título tienen como objeto de protección la propiedad, la posesión y la mera tenencia, cada figura ampara algunos de estos

aspectos y otras no¹⁷. El autor se pronuncia sobre la tendencia a reemplazar la expresión *propiedad* por *patrimonio*, señalando como ejemplo el Código español de 1995 en el cual se cambió la expresión por “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, cambio que también ha sido criticado. Para Garrido Montt, con la modificación el mejoramiento es relativo, ya que si bien el concepto es más expresivo de lo que es objeto de la protección penal, no satisface todas las exigencias, y señala como fundamentos de esto, que el título IX no regula todos los delitos que puedan afectar al patrimonio y además, que el concepto de patrimonio es discutible en su contenido y alcance. Señala que tampoco está claro si lo que se protege es el patrimonio como universalidad o a cada uno de

los elementos que lo integran¹⁸. Respecto al concepto de patrimonio, para Garrido Montt se trata de un concepto que aún está en elaboración. Así, tenemos una noción jurídica del patrimonio : “*universalidad integrada por el conjunto de derechos y obligaciones de índole patrimonial de una persona, de aquellas susceptibles de ser apreciadas económicamente*”. El problema con esta definición, es que no comprendería aquellas cosas que no pueden calificarse de derechos y obligaciones, sino como expectativas. Existe también una noción económica del patrimonio : “*conjunto de valores económicos de que dispone una persona*”. Esta definición extiende demasiado el concepto, señalando Garrido Montt que quizás esta noción sería aceptable en nuestra legislación, puesto que la mayoría de los delitos contra la propiedad requiere, para su consumación, que se provoque un perjuicio apreciable en dinero en el patrimonio de la víctima o de otra persona. Una tercera posición, concilia a las dos anteriores, y considera al patrimonio como un concepto económico y jurídico a la vez, que se referiría sólo a “*aquellos bienes, derechos y demás cosas o entidades susceptibles de valoración pecuniaria, que un sujeto tiene en virtud de cualquier vinculación jurídica reconocida por el sistema*”, donde la mera tenencia, los créditos personales y muchos otros bienes tendrían cabida. Garrido Montt señala que hay algunos autores que piensan que sólo de modo categorial deberían considerarse como delitos que atentan contra el patrimonio, ya que hay

¹⁶ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, V. 4, 1997, pág.139 a 143.

¹⁷ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.139-143.

¹⁸ Mario Garrido Montt, ídem.

delitos que tienen a la propiedad propiamente tal como objeto de protección, y no al patrimonio¹⁹.

Por su parte, Ortiz Quiroga hace referencia a la tesis de los intereses patrimoniales, según la cual el patrimonio debe ser concebido como una relación en que el titular tenga un interés respecto de cada una de las cosas que integran su patrimonio en virtud de un título que legitime su posesión. El titular tiene una relación con la cosa, por lo tanto si le sustituyen la cosa hay un atentado contra esta relación que tiene el titular con la cosa, en cambio en una noción meramente económica no habría delito si se le sustrae al sujeto una cosa y se le deja otra de igual valor en su lugar. Ortiz cree que en una futura reforma del Código Penal la denominación actual debiera reemplazarse por la de **“Crímenes y simples delitos contra los derechos patrimoniales”**, expresión que según este profesor, permite comprender, no sólo el interés que tiene el titular del dominio de una cosa, sino también el interés patrimonial que tiene el poseedor o el mero tenedor, además permitiría la protección de las cosas tanto corporales como incorporales²⁰.

Por otro lado, el profesor Labatut señala que bajo la rúbrica de “Delitos contra la propiedad” se agrupa un conjunto de infracciones que en realidad atentan contra los derechos patrimoniales de las personas. Dice que, en otras palabras, los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que pueden ser estimables en dinero, o sea, que formen su activo patrimonial²¹. También señala que el concepto penal de propiedad es más amplio que el concepto civil, ya que comprende el concepto de propiedad del Código Civil y también los demás derechos reales e incluso los derechos personales o créditos, que son los afectados en el delito de extorsión, de ahí que para este autor sea conveniente emplear la denominación **“Delitos contra el patrimonio”**²².

Sergio Politoff, refiriéndose a la denominación “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, señala: *“es claro que toda fórmula de carácter valorativo, sea que la adopte la ciencia jurídica o el derecho positivo, supone un cierto margen de incertidumbre. En todo caso, es razonable preferir aquella expresión que, de un modo más elocuente, refleje el contenido plural de cada uno de los objetos genéricos de tutela”*²³. Este autor opina que *“esta clase de delitos no consiste en el solo hecho de alterar el patrimonio, sino en disminuirlo, en alterar la relación interna al patrimonio entre el activo y el pasivo. No son, pues, delito contra el patrimonio sino, exclusivamente, contra la parte activa de él, en definitiva contra derechos”*²⁴. Cita la opinión de varios penalistas extranjeros, a saber:

Manzini, quien sostiene que *“el objeto jurídico genérico de la tutela penal en los delitos aquí considerados es el interés público relativo a la inviolabilidad del patrimonio”*, y expresa que *“el patrimonio es (...) la objetividad jurídica genérica, común a todos los delitos del título”*.

Sebastián Soler, quien defiende el empleo del término **“propiedad”**, *“entendido, no ya en su alcance de derecho privado, sino en el que arranca de un concepto de superior*

¹⁹ Mario Garrido Montt, ídem.

²⁰ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2001.

²¹ Gustavo Labatut Glana, Derecho Penal, Parte Especial, tomo II, 6ª edición, Editorial Jurídica, 1972-77, pág.211.

²² Gustavo Labatut Glana, op. cit., pág.211.

²³ Sergio Politoff Lifschitz, “El Delito de Apropiación Indebida”, Stgo. Chile, 1957, pág.14-17.

²⁴ Sergio Politoff Lifschitz, ídem.

jerarquía, cual sería el constitucional”. El “patrimonio” no es un derecho sino la personalidad del hombre puesta en relación con los diversos objetos de sus derechos”.

Rodríguez Muñoz, quien impugna la utilización del vocablo **“patrimonio”**, afirmando que *“la tacha de imprecisión y vaguedad atribuible al concepto civil de propiedad alcanza a aquél en la medida en que no es posible un ataque al pasivo patrimonial”*.

Según Politoff la doctrina nacional de la época, tiende a inclinarse por mantener el término propiedad, pero dándole un alcance más amplio que el propio del Código Civil. Considera acertada esta posición, ya que respeta la tradicional nomenclatura de la ley penal, y, además, por ser aplicable la significación constitucional del vocablo propiedad²⁵.

El profesor Etcheberry, al opinar sobre la posible denominación del título como “delitos contra el patrimonio”, señala que pierde su valor si se considera que el Código Penal usa la voz “propiedad” en un sentido amplio, tal como lo hace la Constitución Política de la República. El autor citado agrega: *“no cabe duda que la garantía constitucional se extiende en realidad a todos los derechos patrimoniales y que nadie puede ser privado de ellos sino en los casos de excepción que la propia constitución señala (...) El legislador penal emplea el término “propiedad” en este sentido; protege el dominio y además los otros derechos reales, también los derechos personales o créditos, e incluso formas más alejadas de la vinculación de las cosas, como la posesión y la mera tenencia”*. Este autor opina que no resulta mejor la denominación “patrimonio”, pues el patrimonio es una universalidad jurídica, que consta de un activo y un pasivo. Los delitos de este título no atentan contra el patrimonio en cuanto atributo de la personalidad, ya que siendo una universalidad jurídica es, en abstracto inmutable. Atacan determinadamente ciertos bienes y derechos que forman parte del patrimonio, y más precisamente, del activo del patrimonio²⁶.

Zugaldía Espinar hace una sugerencia sobre la denominación en el Código español de “delitos contra el patrimonio”, considerándola poco exacta. Señala que el título, bajo esta denominación, va a sancionar conductas que no integran en puridad delitos patrimoniales (apropiación indebida, hurto, robo y daños); para este autor sería más adecuado denominarlo **“delitos contra la propiedad y el patrimonio”**, siempre que no se opte por sancionar en títulos aparte los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la propiedad²⁷.

Rodríguez Devesa opina que hay poderosas razones para rechazar la fórmula **“delitos contra el patrimonio”**, y señala como las principales razones:

Las definiciones del patrimonio dicen relación con un conjunto, como una unidad. Sin embargo, pese a lo que digan algunos autores, no hay delitos contra el patrimonio como tal unidad (cita a Binding). Señala el tratadista español que es un error afirmar que porque hay delitos que no incorporan al tipo, como la estafa, la determinación del derecho patrimonial lesionado, no se dirige siempre y en todo caso contra un derecho determinado, sino contra el patrimonio en su totalidad. Al no mencionarse el interés concreto lesionado en la formulación del tipo, se prueba que el intérprete tiene que asumir la obligación de determinarlo.

Si el patrimonio se compone de un conjunto no de bienes, sino de relaciones jurídicas, entonces sería jurídicamente imposible una lesión al patrimonio, considerado en su totalidad como complejo activo y pasivo, ya que siempre la sustracción, por ejemplo, de una de las

²⁵ Sergio Politoff Lifschitz, op.cit., pág.14-17.

²⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.291 y 294.

²⁷ José Miguel Zugaldía Espinar, “Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio”, 1985, pág. 60-61.

cosas o bienes que constituyen el objeto de esa relación jurídica patrimonial, da lugar a una pretensión de resarcimiento de valor exactamente igual, desde el punto de vista jurídico – no económico- que el de la relación afectada por el delito. Si un ladrón hurta una cosa, automáticamente surge una acción reivindicatoria o una pretensión de resarcimiento por el valor de la cosa y de los deméritos que hayan podido sufrir.

La lesión de una parte del patrimonio no puede confundirse con la lesión del patrimonio como conjunto económico. Tal teoría llevaría a excluir, por ejemplo, el hurto cuando el delincuente deje en lugar de la cosa hurtada, su valor, o cuando a consecuencia de un aumento de valor del resto o de parte de patrimonio a consecuencia de la destrucción o desaparición de la cosa resulta en su conjunto aumentado y no disminuido²⁸.

En definitiva, para Rodríguez Devesa *“los delitos contra la propiedad son delitos contra elementos integrantes, separados, del patrimonio”*. Señala que la fórmula “Delitos contra la propiedad” (haciendo referencia al anterior Código penal español) es la designación de un conjunto indeterminado de relaciones jurídico- patrimoniales que tienen un valor económico y que son objeto de ataque en los delitos que abarca dicho título (en el Código español). Para el autor, no es posible una nomenclatura más precisa, esto en razón de la inexactitud inherente a los términos *“patrimonio”* o *“propiedad”* tomados en sentido estricto, e insiste en su preferencia por el segundo término, porque *“alude además a la cuestión ética y constitucional que late en el fondo de la construcción de estos delitos, implicando el que, en principio, el derecho a tener un patrimonio es un derecho natural reconocido por las leyes y no un mero producto de ellas”*²⁹.

Cuello Calón señala que la designación *“delitos contra la propiedad”* no es de extrema exactitud pues las infracciones reunidas bajo este epígrafe no están integradas solamente por hechos dirigidos contra el derecho de propiedad, sino también contra la posesión, hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas, y aún contra derechos de obligación. Por lo cual opina que la expresión *“propiedad”* debe entenderse en un amplio sentido, como comprensiva de los derechos que integran el patrimonio económico³⁰.

Clasificación de los delitos contra la propiedad.

Debemos comenzar por admitir que no existe una clasificación del todo satisfactoria, sin embargo en este trabajo quisimos rescatar algunas de las clasificaciones que ha dado la doctrina, con una finalidad didáctica, para ordenarnos en el tema objeto de este trabajo.

Ortiz Quiroga clasifica los delitos contra la propiedad en:

Delitos de apropiación:

Delitos de apropiación por medios materiales: hurto, robo, piratería, extorsión, usurpación.

²⁸ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales Sobre los Delitos Contra la Propiedad”, Anuario de Derecho Penal, págs. 51-54.

²⁹ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales Sobre los Delitos Contra la Propiedad”, Anuario de Derecho Penal, págs. 51-54.

³⁰ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág. 761.

Delitos de apropiación por medios inmateriales o intelectuales: fraudes del deudor (fraudes del deudor civil, fraudes del deudor comerciante), fraudes por engaño, fraudes por abuso de confianza, fraudes impropios, fraudes contenidos en leyes especiales.

Delitos de destrucción: incendio, estrago y daño ³¹ .

Por su parte, el profesor Alfredo Etcheberry clasifica los delitos contra la propiedad de la siguiente forma:

Delitos de apropiación:

Delitos de apropiación cometidos por medios materiales . Dentro de esta clasificación distingue, según su forma, los delitos de: clandestinidad; de fuerza sobre las cosas; o de violencia (material o moral) sobre las personas.

Etcheberry también hace referencia a una posible subclasificación según la naturaleza de la cosa objeto de la apropiación, esto es: mueble (hurto, robos) o inmueble (usurpación), sin embargo considera que dicho criterio no goza de la importancia suficiente como para convertirse en un criterio útil de clasificación.

Delitos de apropiación cometidos por medios inmateriales . En esta clasificación incluye todos los fraudes.

Delitos de destrucción: incendio, estragos, daños ³² .

Mario Garrido Montt, formula su propia esquematización, dentro de la cual distingue:

Delitos de enriquecimiento: cuando el sujeto persigue con la comisión del delito una ventaja de naturaleza económica para sí o para un tercero. Dentro de estos delitos diferencia entre:

Delitos de apoderamiento, que requieren que el autor realice el acto material de tomar el bien objeto de la acción, como sucede en el hurto, el robo y en la usurpación.

Las defraudaciones, en los cuales el medio de comisión es el engaño o el abuso de confianza, cuyos mejores exponentes son la estafa y la apropiación indebida.

Delitos sin enriquecimiento: aquellos en que el sujeto no persigue un provecho económico con la comisión del delito. Entre ellos menciona los de daño, los estragos y el incendio, la acción consiste en la destrucción o perjuicio material del bien ³³ .

En doctrina comparada, Zugaldía Espinar ³⁴ **resume varias clasificaciones, citando a diversas fuentes, entre ellas:**

La doctrina alemana comúnmente clasifica los “delitos contra los valores patrimoniales” en dos grandes grupos:

Delitos contra el patrimonio en su conjunto (en general o en su totalidad) donde merece destacarse fundamentalmente al delito de estafa.

³¹ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal, Parte Especial. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2001.

³² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.291 y 294.

³³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.144.

³⁴ José Miguel Zugaldía Espinar, “Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio”, 1985, pág.21-24.

Delitos contra bienes patrimoniales concretos absolutos (o particulares) donde destaca la protección otorgada al derecho de propiedad. Dicha protección se lleva a cabo mediante:

El delito de daños.

Los delitos de apropiación: El tipo base de este grupo es la apropiación indebida, también pertenece a este grupo, como delito independiente, el hurto³⁵.

En España, Muñoz Conde³⁶ distingue entre:

Delitos patrimoniales de enriquecimiento.

De apoderamiento: hurto, robo, extorsión, uso ilícito de vehículos de motor, usurpación.

Defraudatorios: estafa, apropiación indebida, infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones del fluido eléctrico y análogo, cheque en descubierto, insolvencias punibles.

De explotación: maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, receptación.

Delitos patrimoniales sin enriquecimiento: daños, incendios y estragos.

A su vez, Antonio Quintano Ripollés³⁷ efectúa la siguiente distinción:

Infracciones de apoderamiento lucrativo.

De dinámica material sobre cosas muebles.

De mero apoderamiento (el hurto).

Con violencia (el robo).

De dinámica fraudulenta.

Estafas.

Apropiación indebida.

Sobre patrimonios especiales.

Usurpación de inmuebles.

Defraudación de fluidos.

Infracciones de uso abusivo del propio patrimonio.

Crediticias de insolvencia: alzamiento, quiebras, concursos.

Negociaciones ilícitas: maquinaciones sobre precios, usura, receptación.

³⁵ Zugaldía Espinar señala que la anterior clasificación es la que sostiene la doctrina absolutamente dominante en Alemania, citando los siguientes autores: Liszt-Schmidt, "Lehrbuch des Deutschen Strafrechts", pág.489; Edmund Mezger, "Derecho Penal", pág.237; Hans Welzel, "Das Deutschen Strafrechts", pág.638; Kart Lackner, "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 9 Auflage, Munchen, 1975. Lo anterior, aparecido en comentario al parágrafo 263, N°2.

³⁶ La cita de Zugaldía Espinar está sacada del texto de Francisco Muñoz Conde, "Derecho Penal. Parte Especial", Valencia, 1996, pág.187-188.

³⁷ Zugaldía Espinar toma la citada clasificación del texto de Antonio Quintano Ripollés, "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal", pág. 28 y 29.

Infracciones de menoscabo patrimonial.

Daños de cosa ajena.

Daños de cosa pública.

Daños de cosa propia.

Estragos.

La última clasificación recogida por Zugaldía Espinar es la postulada por Rodríguez Devesa³⁸, quien divide los delitos “contra la propiedad” en dos grandes grupos:

Delitos de expropiación sin apropiación correlativa: daños, incendio y estragos.

Delitos de enriquecimiento: apropiación indebida, hurto, robo, uso indebido de vehículos de motor, usurpación, defraudaciones, estafa, cheque en descubierto, defraudaciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura y receptación.

Finalmente, Zugaldía Espinar opina que la primera de las clasificaciones señaladas en su texto es la más preferible. Según este autor, *“aquella responde al grado de desarrollo dogmático y elaboración casuística que los delitos contra los valores patrimoniales han alcanzado en la ciencia penal alemana y resulta sumamente indicativa de los bienes jurídicos protegidos en las concretas infracciones señaladas. De otra parte evita un error muy difundido en la doctrina española como es el de considerar a los delitos de daños, apropiación indebida y hurto como estrictos delitos patrimoniales, lo que conduce a aplicarles sin más un concepto –el de patrimonio– que nace y se desarrolla por y para las necesidades y exigencias del delito de estafa, conduciendo a resultados materialmente injustos y político criminalmente absurdos su aplicación a los ya mencionados delitos de daños, apropiación indebida y hurto”*³⁹.

Penalidad en los delitos de hurto y robo.

En este apartado haremos referencia a la penalidad de estas figuras, pero en términos generales, puesto que más adelante, a medida que se analice cada tipo, se irá revisando su penalidad.

Este tema es objeto de discusión en la doctrina, principalmente porque las conductas contenidas en los tipos de hurto y robo son sancionadas con penas desproporcionadamente severas. Sin embargo, lo desproporcionado o extremo de estas penas dependerá de la valoración que se dé al bien jurídico protegido, ya que si para algunos la propiedad es tan relevante como la vida, es claro que para ellos estos delitos ameritan fuertes sanciones.

Tampoco podemos obviar factores criminológicos fundamentales en estos delitos, como el alcohol y la droga. Bajo estas consideraciones, notamos que los sujetos que cometen estos delitos no tienen como móvil necesariamente la superación de la pobreza o una desmedrada situación económica, lo cual es importante al momento de analizar la parte subjetiva del tipo y el grado de penalidad. Como hemos dicho, la crítica más importante que

³⁸ Tomado por Zugaldía Espinar del autor José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.343 y sgtes.

³⁹ José Miguel Zugaldía Espinar, “Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio”, 1985, pág.21-24.

se hace a la actual estructura de estos delitos, es respecto a la severidad de las penas. Sin más, consideremos que se contemplan penas más altas en estos delitos que las señaladas para el delito de homicidio.

Ortiz Quiroga afirma que otro problema en esta materia dice relación con la poca utilidad que demuestra la cárcel. La privación de libertad como pena fundamental en nuestro país no ha resultado de acuerdo a los fines de prevención general o especial que pudieren entenderse debe cumplir la pena. Desde el punto de vista de la prevención especial, la pena de cárcel no cumple con el fin resocializador, lo cual queda demostrado en que la mayoría de los sujetos condenados por hurto, son

⁴⁰ **reincidentes** . Según este autor, las penas de corta duración lo único que hacen es transformar al sujeto en una persona que hace del crimen su profesión. Desde el punto de la prevención general, la idea es que la pena produzca un efecto intimidante al extremo que el sujeto asustado con la posibilidad de que esa amenaza se concrete no cometa nunca más delitos. Lo que obviamente no ocurre . Agrega que *“en virtud de todo lo antes expuesto, es que existen partidarios por la despenalización de todo el capítulo de atentados no violentos contra la propiedad y aplicar sanciones civiles con el objeto de dar soluciones patrimoniales a problemas patrimoniales”* ⁴¹ .

Mera Figueroa hace una fuerte crítica al exceso de severidad penal en estos delitos y señala como una violación a los principios de humanidad, racionalidad y desproporcionalidad de las penas, entre otras, el que la sanción del robo simple es mayor que la del homicidio simple, y el robo calificado en su forma más grave se sancione con una pena mayor que para el homicidio calificado, que hasta hace poco podía llegar a la muerte⁴² .

Rodríguez Devesa, al referirse a la necesidad de una reforma al antiguo Código penal español, postula que una reforma debe satisfacer las necesidades de una política criminal bien orientada y opina que estas necesidades pueden dividirse de acuerdo al siguiente esquema:

Con relación a las penas. El autor señala que *“una de las conclusiones que parecen hoy más inconmovibles de la Criminología es la de que las penas no son una panacea en la lucha contra el delito”*. Partiendo de esta conclusión, afirma que se hace necesaria una revisión de los módulos punitivos que hoy se aplican a los delitos contra la propiedad.

En relación con la incriminación de determinadas conductas. El autor nos dice que autores como Binding, Antolisei y Cuello Calón, han señalado la inadecuación de la tutela penal a las formas actuales de la economía y el tráfico jurídico. En la economía moderna el crédito y la intensidad del tráfico comercial han modificado radicalmente el teatro en que ha de operar el legislador penal, formas más sutiles de enriquecimiento torticero han aparecido. Espera que se ponga remedio, dando más intensidad a delitos que tratan para muchos de cuestiones “meramente civiles”, y da como ejemplo la necesidad de castigar

⁴⁰ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2001.

⁴¹ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2001.

⁴² Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.35 y siguientes.

con penas al que abusa de una posición privilegiada para pagar un salario inferior a los mínimos admitidos⁴³.

Según el mismo autor, en la ponderación de la gravedad deben jugar otros factores además del perjuicio económico, prácticamente sólo en el robo con violencia o intimidación en las personas se prescinde de éste. Señala que no debemos abandonar totalmente el criterio del perjuicio inferido por el delito, cuya gravedad depende en gran parte, del valor de la cosa.

Por otro lado, Serrano Gómez señala que *“parte de los delitos tipificados en el código penal debían considerarse privados, por ejemplo los hurtos, estafas, (...) y otros delitos contra el patrimonio, incluidos los robos con fuerza en las cosas. Debe admitirse que la renuncia de la víctima del delito, o perjudicado en su caso, lleve al sobreseimiento y archivo del procedimiento. Esto permitiría que la víctima consiguiera ser indemnizada, siendo ella misma la que decidiera si la compensación ha sido suficiente como para pedir el archivo de la causa”*. No obstante, el autor indica que la privatización de los delitos contra el patrimonio tiene sus riesgos, señala como ejemplo: que a veces los delincuentes descubiertos cometerían un nuevo delito contra la propiedad para conseguir el perdón de la víctima del delito anterior; la víctima puede exigir una reparación superior a la del daño sufrido; puede que la víctima sufra amenazas para que otorgue el perdón⁴⁴.

Sobre los Límites al Ius Puniendi.

La potestad punitiva del Estado no es absoluta ni arbitraria, por lo cual no podemos obviar la existencia de ciertos límites al ius puniendi, límites que en general comprenden los tradicionalmente denominados **“Principios del Derecho Penal”**.

Para los efectos de este trabajo resulta de suma necesidad hacer un repaso a estos límites, ya que constituyen uno de los puntos en que se basa el estudio crítico de los delitos de hurto y robo que presentamos en estas páginas.

Dentro de los límites al ius puniendi podemos señalar los siguientes:

Principio de la necesidad de la intervención : Principio planteado por César Beccaria en los albores del Estado moderno, sobre la idea del contrato social y de que el Estado está para la felicidad de los hombres. Este principio se traduce en que la intervención del Estado sólo se justifica en la medida que resulte “necesaria” para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática, todo lo que vaya más allá de esta medida lo lleva por la vía autoritaria, terminando con las bases democráticas del Estado.

Este principio tiene distintas proyecciones:

a.1. Principio de “ultima ratio” . El derecho penal debe entenderse como la última ratio (mejor aún extrema ratio), o sea que debe recurrirse a él sólo cuando todos los demás controles no han sido suficientes. Se fundamenta este principio en la gravedad de la reacción penal, en el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que significa.

⁴³ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales Sobre los Delitos Contra la Propiedad”, pág.62-63.

⁴⁴ Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999, pág.312.

a.2. *Carácter fragmentario del derecho penal* . Dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino sólo respecto de hechos muy determinados y específicos, los de mayor lesividad para bienes jurídicos fundamentales. De no ser así se corre el riesgo de paralizar toda la actividad social a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, sería la negación del Estado de Derecho.

a.3. *Principio de Proporcionalidad* . Implica que la pena o sanción impuesta debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad del autor.

a.4. *Carácter subsidiario del derecho penal* . Postula que la reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser protegido por otros medios, menos gravosos que la pena y más eficaces que ella, coincidiendo con el principio de “última ratio”.

Principio de protección de los bienes jurídicos : Resulta necesario precisar “qué es lo protegido”, problema que la doctrina ha tratado de solucionar mediante la teoría del bien jurídico. Esta teoría se traduciría, a grandes rasgos, en que la intervención del Estado sólo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de bienes jurídicos. No se pueden establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, no se pueden establecer delitos que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico. Desde esta perspectiva es que se habla de *principio de lesividad* o de *nullum crimen sine injuria*.

Principio del hecho : Este principio señala que no debemos vincular la conducta descrita en el tipo con las características de las personas, sino con la concreta conducta realizada, ya que esa opción nos llevaría por la vía del derecho penal de autor.

Principio de culpabilidad : La ley debe castigar comportamientos culpables, no debe haber pena sin culpabilidad. La culpabilidad debe ser fundamento y medida de la pena.

Principio de legalidad : No puede existir crimen ni pena sin una ley promulgada previamente que los establezca. Se resume en el aforismo “*nulla poena, nullum crimen sine lege praevia* (irretroactividad de la ley penal), *scripta et stricta*” .

Principio de non bis in idem : Este principio dice relación con que la ley no puede castigar dos veces por el mismo hecho. En nuestra legislación está consagrado en el artículo 63 del Código Penal: “*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta hay expresado al describirlo y penarlo*”.

Ius cogens o normas de Derecho Internacional : La ley penal chilena debe respetar los Tratados Internacionales en esta materia, pasando a ser ley interna una vez que sean ratificados por Chile, esto, en razón de lo dispuesto en el artículo 5º, inciso 2º de la Constitución Política de la República.

La necesidad de una reforma a los delitos de hurto y robo.

Conforme a lo señalado en los apartados anteriores -la excesiva casuística, la extrema severidad de las penas, la errónea denominación y distribución de las figuras, lo anticuado

de la terminología, lo anacrónico de algunas disposiciones, etc.- y al análisis que se hará más adelante de los tipos de hurto y robo, resulta evidente la necesidad de modificar la regulación del Código Penal en esta materia.

Desde hace bastante tiempo que en nuestra doctrina penal se han venido presentando una serie de fundadas críticas respecto a la regulación que los delitos patrimoniales tienen en el texto legal, en especial, las figuras de hurto y robo. Tales críticas, mayoritarias en el pensamiento de nuestros juristas y que debemos compartir, se refieren a los variados aspectos negativos que nuestra principal normativa penal presenta de cara a los requerimientos actuales de la sociedad que pretende regular el Derecho y se orientan hacia la necesidad de solucionar aquellas imperfecciones por medio de una urgente reforma.

Muchas y muy variadas son las razones en que se funda el descontento de nuestra doctrina -y, en parte, de nuestra jurisprudencia- y que obliga a reclamar una radical modificación de la normativa penal sobre hurtos y robos. Aparte de las múltiples críticas que en el ámbito práctico suscita la aplicación de las normas sustantivas, también existen poderosas razones de carácter dogmático, agrupadas en torno a la convicción de que nuestro Código Penal de 1875 refleja fielmente el pensamiento del legislador decimonónico, es decir, un legislador que tiene una fijación excesivamente rigurosa con el derecho de propiedad, (concepción perfectamente atendible en un sistema de economía agraria), un legislador que se preocupa de instaurar un amplio catálogo de penas (muchas de las cuales hoy son consideradas crueles y degradantes), de establecer una penalidad fundada principalmente en atención al valor del objeto sustraído, una penalidad más elevada para los delitos patrimoniales que para delitos que protegen bienes jurídicos de mayor importancia (como la vida o la integridad física) y de asignar las penas con un criterio estrictamente retribucionista. Sin embargo, *“aquella mentalidad propia del legislador chileno de 1874, ha sido largamente sobrepasada, no solo por el natural devenir del tiempo, sino por los radicales cambios que en las valoraciones ético-sociales han introducido las profundas transformaciones sufridas en las concepciones liberal-individualistas de la economía, en particular, del rol de la propiedad privada en la sociedad moderna, y debe adecuarse —a través de previsiones penales modernas y realistas, político-criminalmente orientadas— a los postulados garantistas que informan, en cuanto limitantes del mismo, al poder punitivo estatal”*⁴⁵. En el mismo sentido, se ha señalado reiteradamente que nuestra legislación origina en la práctica notorias injusticias, que vulneran ampliamente varios de los principios limitadores del ius puniendi estatal y tornan ilusorias las garantías esenciales que derivan de ellos, principios como el de intervención mínima y última ratio (o extrema ratio para algunos), de lesividad, de proporcionalidad, de igualdad ante la ley, de humanidad de las penas, de protección de bienes jurídicos y otros, igualmente fundamentales, se ven afectados día a día por la aplicación de la normativa aludida, que lleva a soluciones del todo injustas. Casos específicos podrían nombrarse muchos, así, por ejemplo, la elevada penalidad del robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado (artículo 440) se puede equiparar a la del homicidio simple (artículo 391 N°2), es superior a la de las lesiones dolosas (artículo 397 N°2) y de las mutilaciones (artículo 396), de lo que se podría desprender claramente que el legislador considera más graves los atentados patrimoniales en que se ejerce fuerza en las cosas que los atentados contra la vida o la integridad física. ¿Corresponden tales distorsiones normativas a un legislador acorde con los tiempos, atento a los cambios sociales y a los requerimientos de seguridad jurídica de los ciudadanos, respetuoso de las garantías mínimas de tales ciudadanos y de los principios que rigen

⁴⁵ Carlos Künsemüller, “Delitos de hurto y robo. Caracteres generales en el Código Penal Chileno. Consideraciones político-criminales. Bases para una reforma”, Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2002, pág.2.

y limitan su poder punitivo?. La respuesta obviamente es negativa, razón por la cual se necesita imperiosamente de una reforma que solucione todas las deficiencias de nuestro Código Penal en lo relativo a los delitos de hurto y robo, reforma que será esbozada en sus bases fundamentales en el presente trabajo.

La reforma anhelada se basa no sólo en una preocupación por perfeccionar desde la perspectiva técnico-jurídica la estructura de los delitos contra la propiedad, sino más bien en razones de política criminal, de respeto a los principios informadores del derecho penal y a los requerimientos de justicia.

Quizás alguna parte de la doctrina, de los legisladores e incluso de los magistrados de nuestro país consideren adecuada la actual regulación de las figuras de hurto y robo en el Código Penal y estamos conscientes que no pocos de ellos, amparándose en el creciente sentimiento de inseguridad que vive nuestra comunidad, vean con muy buenos ojos las propuestas que apuntan a una reforma -“contra-reforma”- que endurezca aun más las penas para estos delitos, sin embargo existen voces mayoritarias, plenamente autorizadas, que se pronuncian con ácidas críticas al actual sistema. De estas últimas posturas tomaremos partido en el desarrollo de este trabajo, correspondiendo aclarar desde la partida, que la reforma que propondremos al culminar nuestra investigación, tiende, entre otras propuestas, a reducir la excesiva penalidad de los delitos de hurto y robo y a sistematizar de manera más apropiada el delito de robo, con lo cual adherimos a las fundadas críticas que la doctrina hace a estos delitos. La posición de la doctrina frente a ellos se analizará de manera detenida al revisar cada uno de los tipos penales objeto de este trabajo.

A fin de recoger experiencias de otras legislaciones, en este estudio y como basamento de las reformas que se proponen, hemos seguido muy de cerca la evolución de la legislación española, que ha introducido una reciente modificación a los delitos patrimoniales y por ello citaremos en muchas ocasiones opiniones y críticas relativas a la mencionada reforma, con lo que pretendemos tener una visión más amplia de las ventajas y desventajas que producen en el sistema penal y en la realidad social las reformas en un tema tan sensible como el de los delitos patrimoniales. En este sentido, Rodríguez Devesa, al pronunciarse sobre la necesidad de una reforma al antiguo Código Penal español -mucho antes de las propuestas que llevaron al nuevo texto vigente- señala que para esto es necesario trazar un programa mínimo de modificaciones que demandan reformas técnicas y exigencias político criminales⁴⁶. En relación a las reformas técnicas, crítica el sistema de los delitos contra la propiedad, haciendo alusión por ejemplo a la confusión entre el robo con violencia e intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, planteando como solución llevar el robo con fuerza en las cosas al capítulo de los hurtos. También objeta las fórmulas legales, sobre todo, la excesiva casuística de los delitos contra la propiedad, y señala que, aún siendo inevitable este casuismo en la Parte Especial, la tesis de condensar todos o la mayoría de los delitos contra la propiedad en un solo precepto es rechazada de modo general; estima que el casuismo es tolerable únicamente dentro de ciertos límites y es digno de repudio cuando no conduce a ninguna parte, porque el legislador se ve obligado a completar sus normas con fórmulas tan vagas que rebasan incluso las fronteras de la analogía prohibida.

⁴⁶ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales Sobre los Delitos contra la Propiedad”, pág.60 y 61.

CAPITULO II. SOBRE LOS ALCANCES DEL PRESENTE ESTUDIO. DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS

En este apartado queremos señalar el alcance del presente estudio. La investigación tiende en primer lugar al análisis particular de cada artículo de los **párrafos 1º** (*De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño*, artículo 432); **párrafo 2º** (*Del robo con violencia o intimidación en las personas*, artículo 433 a 439); **párrafo 3º** (*Del robo con fuerza en las cosas*, artículo 440 a 445); **párrafo 4º** (*Del hurto*, artículo 446 a 448); **párrafo 5º** (*Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores*, artículo 450 a 456 bis); y **párrafo 5º bis** (*De la receptación*, artículo 456 bis A), del Título IX del Libro II del Código Penal, ofreciendo la perspectiva legal, el enfoque doctrinal y el tratamiento jurisprudencial de cada disposición. No se contemplaron en nuestro análisis ni el artículo 434, que trata sobre el delito de piratería, ni el artículo 438, que tipifica el delito de extorsión, pues ambos ilícitos exceden del marco de estudio que nos hemos fijado: los delitos de hurto y robo.

Sobre la base del análisis de la legislación vigente se efectúa un examen crítico de las múltiples falencias que este tipo de delitos presenta, para finalizar con una propuesta de nuevo articulado para el Código Penal, que constituya una solución posible a los múltiples problemas que presenta la legislación aludida. Presentamos como base de trabajo, una declaración de principios y aspiramos a que el presente estudio sea un aporte a nuestra doctrina, a través de recopilar lo más importante de la doctrina nacional e internacional, indagar en el pensamiento del legislador y entender las diferentes modificaciones que se han incorporado a la regulación de los delitos de hurto y robo, con el fin de mostrar las evidentes falencias que el tratamiento de ellos implica, tanto para nuestro sistema penal, en cuanto orden racional, como para quienes son víctimas o responsables de dichos ilícitos.

Con la visión de las ventajas, y sobre todo, las desventajas de la regulación que contiene el Código, postulamos una nueva redacción para los artículos pertinentes del Código, que se ajuste a la realidad delictiva actual, pero que, esencialmente, se preocupe de respetar los principios y postulados básicos del Derecho Penal moderno y la Política Criminal, que muchas veces se han vulnerado sin una justificación aceptable en ese contexto.

La tarea que nos hemos fijado no ha resultado fácil ni alejada de discusiones, pues en una materia tan sensible como son estos delitos, de tan alta frecuencia y de tanta importancia para la ciudadanía, cuesta encontrar formulas de consenso. En la misma línea, y a modo de declaración de principios, queremos dejar establecido que en el proyecto de nuevo articulado para el Código Penal que se propondrá al culminar el presente estudio, no se han contemplado las penas concretas para los tipos que se proponen, por ser un tema de esencial complejidad y que, además de las consideraciones meramente estadísticas y doctrinarias, requiere de la ponderación de muchos otros factores, como son los referentes a los índices de marginalidad del país, a la efectividad de las políticas de carácter social, a los factores económicos (en especial los niveles de empleo y la distribución de los ingresos), a los recursos y características del sistema penitenciario, a la efectividad del accionar de

las policías, a la posibilidad de reinserción social de quienes han cumplido condenas, a la efectividad de la pena, etc; ponderaciones que, por ser indudablemente multidisciplinarias, sobrepasan en mucho el marco de este trabajo.

Consideramos que la tarea de determinar las penas aplicables a los delitos corresponde más al legislador, mejor preparado para plasmar en la ley el sentimiento de la ciudadanía, que a un grupo de memoristas.

Dicho lo anterior, comenzaremos con la exposición del tema materia de estudio.

CAPITULO III. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LOS ARTÍCULOS COMPRENDIDOS EN EL ESTUDIO

Párrafo 1º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”.

Artículo 432

Evolución durante su vigencia.

La presente disposición, desde su creación, no ha tenido modificación alguna en su primer inciso, sólo se ha visto modificado por la derogación que sufrió su primitivo inciso segundo.

Este artículo, como todo el Código Penal, tiene su génesis en una Comisión constituida especialmente para efectos de elaborarlo. La Comisión que preparó el Código Penal de Chile, al tratar la temática que nos convoca, esto es, los delitos de hurto y robo, deja de manifiesto la influencia de las doctrinas europeas, en particular, los códigos español y belga. En efecto, en la sesión N° 89, del 27 de Mayo de 1872, se encargó al integrante de ella, Sr. Rengifo, la tarea de formar un proyecto de redacción para el hurto. Señala el acta de la citada sesión: *“Pasó enseguida la Comisión a ocuparse del título IX, de los delitos contra la propiedad”, y se encargó al Señor Renjifo formara un proyecto de redacción para los dos primeros párrafos concernientes al hurto, i solo combinando las disposiciones de la lei patria sobre la materia con las de los códigos español i belga. Se designó el lunes próximo para la presentación de este trabajo”.*

En la sesión N° 90, de 3 de Junio de 1872, el encargado de formar un proyecto de redacción para el hurto, hizo presente la dificultad encontrada para para redactar el proyecto, por existir discrepancias entre lo que disponía la ley patria sobre hurtos y robos (antiguo antecedente sobre la materia), y el sistema del Código español y de otros códigos extranjeros. Tomando en consideración las observaciones formuladas por el responsable del proyecto, la Comisión determinó cinco puntos o temas esenciales, los cuales se transformarán en los pilares fundamentales sobre los cuales se va a cimentar su labor respecto de estos delitos. Estos acuerdos fueron los siguientes:

Adoptar en esta materia el sistema seguido por el Código español que llama hurto la apropiación de lo ajeno hecho sin violencia a las personas, ni fuerza a las cosas, y robo la apropiación en que concurre alguna de esas circunstancias;

Considerar ambos delitos como independientes y esencialmente distintos, rechazando la idea de reputar el “robo” como una especie del género “hurto”, pues las circunstancias tan diversas que se exigen para la existencia de uno y otro, no permite semejante confusión;

Conservar todas las circunstancias especiales que menciona la ley patria para aplicar una pena distinta, suprimiendo sólo aquellas que se comprenden en las reglas generales sobre atenuación o agravación de los delitos;

Hacer una marcada distinción entre aquellas circunstancias que sólo puedan considerarse como agravantes del hurto o robo y las que forman un delito especial, como el abigeato;

Finalmente, conservar respecto de la pena del hurto el sistema de la ley patria, que hace el castigo proporcional a la cuantía de la cosa hurtada; pero no en cuanto al robo, cuya gravedad no nace de esa cuantía, sino de la especie de violencia con que se perpetró y de las circunstancias que acompañaron a su perpetración.

Los señores Ibáñez y Gandarillas observaron que no correspondía considerar al abigeato como un delito especial, distinto del robo y del hurto, pues siempre podrá incluirse en uno u otro de éstos sin que la calidad del objeto hurtado o robado baste para alterar la naturaleza del delito. Se hace esta referencia, ya que el comisionado señor Reyes, había solicitado la mención especial del abigeato, considerando este como un delito distinto, digno de mayor pena que el robo o el hurto simple, para que pudieran aplicársele también las circunstancias agravantes que concurren. Si se le considera como una de éstas últimas, no podría tomarse en cuenta junto con otros de la misma especie, y no produciría resultado alguno en caso de existir circunstancias que merecieran igual o mayor pena. Para obviar la dificultad propuesta por Reyes, se acordó disponer que el aumento de pena en el robo o hurto de animales puede coexistir con el que corresponda por cualquiera de las demás circunstancias agravantes, como sucede respecto al robo y hurto de cosa sagradas;

quedando eliminado el abigeato del artículo en discusión ⁴⁷ .

En otro orden de cosas, para darle mayor claridad al artículo 419 (hoy 432), se resolvió también emplear la frase “sin la voluntad de su dueño”, en vez de “contra la voluntad”, porque con la segunda podrían no comprenderse los casos de hurtos hechos sin noticia del dueño de la cosa hurtada.

El año 1953 este artículo sufrió la derogación de su segundo inciso, que se realiza mediante la Ley N°11.183, que tuvo su origen en un mensaje dirigido a la Cámara de Diputados, de fecha 11 de Abril de 1950, por parte del Ejecutivo, en el que se daba preeminencia a modificaciones a los Códigos de Procedimiento Civil y Orgánico de Tribunales. En relación al Código Penal, las modificaciones practicadas a éste por el citado proyecto de ley, tienen la finalidad de relacionar la pena con la importancia del delito, con el objeto de que las sanciones guarden más armonía con el delito, lo que, en concepto del legislador, no ocurría, atendida la fecha desde la cual regían las disposiciones del mencionado Código objeto de la reforma.

El proyecto, además, contemplaba modificaciones a la Ley N° 4.447, que creó los Juzgados de Menores, y al Código Penal, en cuanto aquélla modificó ese cuerpo legal. En efecto, la mencionada ley, inspirada en el propósito de dar un tratamiento más benévolo al delincuente menor con el objeto de proveer a su rehabilitación, había sido aprovechada por delincuentes adultos, desarrollando sus actuaciones

⁴⁷ Sesión N° 92 de fecha 7 de Junio de 1872, Comisión Redactora del Código Penal.

ilícitas a través de los menores. Así las cosas, el proyecto rebajó a 18 años la edad máxima en que se haga necesaria la declaración previa de falta de discernimiento. Además, agravó las penas para aquellos adultos que aparecen implicados como autores, cómplices o encubridores en delitos en que hayan intervenido menores .

Doctrina.

Este artículo es el primero del Título IX del Libro II del Código Penal y su análisis resulta de capital importancia, pues en él se contiene la definición del delito de hurto en su forma más básica, que la doctrina ha denominado “Hurto Simple”, en contraposición con el “Hurto Calificado” que se regula en el artículo 447. También resulta importante la definición del artículo 432, debido a que aporta los elementos básicos de los delitos de apropiación y también porque define, en forma residual, los delitos de robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia en intimidación en las personas.

Artículo 432 del Código Penal “ *El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo, si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto*”.

Análisis del tipo:

El Bien jurídico protegido:

Algunos autores chilenos (Garrido Montt, Etcheberry⁴⁸), consideran que el bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad, no la posesión ni la mera tenencia. Sin embargo existe otra tendencia, que considera el patrimonio como el bien protegido en estos delitos, ésta es la opinión de los profesores Jorge Mera Figueroa⁴⁹ y Juan Bustos. Para Bustos, el bien jurídico protegido es el patrimonio, pero no basta con una exclusiva relación fáctica entre el sujeto y la cosa protegida jurídicamente, sino que es necesaria la existencia de alguna clase de relación jurídica; pero por otra parte lo jurídico (sean derechos, obligaciones u otras formas jurídicas) no agota el problema, sino que es necesario que tales relaciones tengan una significación económica, esto es, avaluable en dinero. Postula este comentarista una revisión profunda de este título (en el Código Penal español) y de los hechos contemplados en él⁵⁰.

Recordemos que Politoff también se refiere a la problemática de cuál es el bien jurídico protegido, cuando señala que *“esta clase de delitos no consiste en el solo hecho de alterar el patrimonio, sino en disminuirlo, en alterar la relación interna al patrimonio entre el activo y el pasivo. No son, pues, delitos contra el patrimonio sino, exclusivamente, contra la parte activa de él, en definitiva contra derechos*”. Agrega que la doctrina nacional, tiende a inclinarse por mantener el término propiedad, pero dándole un alcance más amplio que el propio del Código Civil. Considera correcta esta posición, ya que respeta la tradicional nomenclatura de la ley penal, y, además, por ser aplicable la significación constitucional del vocablo propiedad⁵¹.

⁴⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.141; Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.292-293.

⁴⁹ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.71-89.

⁵⁰ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona.

⁵¹ Sergio Politoff Litschitz, “El Delito de Apropiación Indebida”, Stgo. Chile, 1957. Págs. 14-17.

Según Rodríguez Devesa “el bien jurídico protegido en el hurto es la propiedad como derecho real contraído a las cosas muebles, tanto porque el consentimiento del dueño excluye el tipo como porque, cuando es el propietario el que quita a otro la cosa que éste tenía legítimamente en su poder, el hecho se califica de otra forma. Este autor señala que al afirmar que es un delito contra el “derecho” de propiedad no se ha de pensar que requiere la destrucción total o parcial del mismo derecho, pues por su naturaleza el derecho de propiedad es elástico y sus facultades revierten automáticamente al titular cuando cesan los obstáculos materiales o jurídicos que impiden su ejercicio. La lesión no se refiere al derecho mismo, que mientras subsiste la cosa permanece incólume, sino al contenido jurídico y económico. El propietario lo que pierde es la posibilidad de obtener de la cosa sustraída aquella utilidad que la propiedad reportaba o le podía reportar”⁵².

Para Bajo Fernández, *“el bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad, pero entendida no como derecho subjetivo, sino como valor que el derecho quiere proteger, por lo que no basta con decir que en el hurto se protege el derecho de propiedad, sino que es necesario precisar qué valor subyace en el instituto de la propiedad digno de protección frente al hurto y otros delitos patrimoniales. Que la propiedad sea el bien jurídico protegido y que sea el propietario el sujeto pasivo del delito de hurto, lo prueba el hecho de que el consentimiento del dueño excluya el tipo”*. Este mismo autor cita a Huerta Tocildo, quien entiende que el bien jurídico del delito de hurto no lo es la propiedad sino *“el patrimonio de que goza una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico”*, de modo que sujeto activo del delito de hurto lo puede ser también el legítimo propietario si sustrae la cosa al legítimo poseedor, considerando que el *furtum possessionis* no necesita ser regulado aparte al entrar de lleno como hurto propio⁵³.

José Miguel Zugaldía Espinar señala que este tema es muy discutido, tanto en la doctrina alemana como en la española. Así señala que:

“ a) En la doctrina alemana, mientras algunos autores han considerado que a través del tipo del delito de hurto se protege tanto a la propiedad como a la custodia (diferente a la posesión) sobre bienes muebles (señala como defensores de esta opinión a Edmund Mezger, Karl Lackner y Hans Welzel), parece prevalecer hoy el punto de vista según el cual a través del mencionado tipo se protege sólo a la propiedad sobre cosas muebles (Karl Binding, Eberhard Schmidhäuser , Peter Cramer) en base a la consideración de que la custodia no es un bien jurídico independiente, sino un criterio para mediar frente al delito de apropiación indebida – que no precisa quebrantamiento de custodia alguno- la gravedad del ataque a la propiedad: esto es, la custodia no sería algo, se afirma, “alternativo” a la propiedad, sino “acumulativo” a ella como emanación de la protección misma otorgada al derecho de propiedad. De ahí que su consideración en el delito de hurto, se afirma, sólo tenga sentido en cuanto se protege a la propiedad y normalmente la custodia suele tenerla el propietario: de no ser así, el quebrantamiento de la custodia sólo servirá para fijar el “perjudicado” del delito, que no el sujeto pasivo titular del bien jurídicamente protegido.

El tema es más discutido en la doctrina española. Mientras algunos autores encuentran dicho bien jurídico en la posesión de hecho sobre las cosas muebles cualquiera que sea su origen (derecho de propiedad, posesión o mera tenencia de la cosa, según señala Cuello Calón), otros apuntan directamente al derecho de propiedad en sentido amplio,

⁵² José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.416.

⁵³ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de derecho penal. Parte especial”, pág.64.

como Rodríguez Devesa (opinión que se expone más adelante), comprensivo no sólo de la propiedad en sentido estricto, sino también de la posesión en su forma más simple de tenencia, a la propiedad y posesión sobre las cosas muebles o al patrimonio mobiliario de que goza una persona bajo la protección del ordenamiento jurídico⁵⁴.

Para este penalista hispano, los argumentos esgrimidos por la doctrina alemana para no considerar a la custodia que es ejercida por el sujeto sobre las cosas muebles como bien jurídico autónomo junto al derecho de propiedad en el delito de hurto, son absolutamente convincentes y elimina la posibilidad de entender que en el hurto son bienes jurídicamente protegidos tanto la propiedad como la posesión sobre las cosas muebles. No le parecen convincentes aquellas construcciones que, bien asignan al hurto el bien jurídico de “la propiedad (o posesión)” sobre las cosas muebles – lo que pasaría por tener que aceptar la tesis de la autonomía penal de esos conceptos-, bien consideran al patrimonio mobiliario como bien jurídico protegido en el delito de hurto. Concretamente, esta última tesis –que rechaza expresamente que el hurto sea un delito contra la propiedad- olvida que el derecho de usufructo o de prenda que alguien tenga sobre una cosa mueble sólo es protegido a través de la figura del hurto “en tanto en cuanto” la sustracción de la cosa al usufructuario o al acreedor pignoraticio supone al mismo tiempo un acto de expropiación dirigido contra el propietario del bien mueble (sujeto pasivo). El poseedor no propietario, a lo más, podrá tener la consideración de perjudicado, pero no de sujeto pasivo de la infracción. Entonces, nos dice este autor, la opción es clara: o se entiende con la doctrina dominante que el bien jurídico del delito de hurto es la propiedad sobre las cosas muebles, o se entiende con sectores minoritarios de la ciencia jurídica, que el bien jurídico en el delito de hurto es exclusivamente la posesión sobre las cosas muebles⁵⁵.

Por su parte, Serrano Gómez, al tratar el delito de hurto, señala que el patrimonio es el bien jurídico protegido. Es el derecho que el dueño tiene sobre un patrimonio y disfrute de sus bienes muebles⁵⁶.

En una posición distinta está Cuello Calón, quien señala que el interés jurídico aquí protegido es la posesión de hecho de las cosas muebles cualesquiera sea su origen (derecho de propiedad, posesión o mera tenencia de la cosa)⁵⁷.

Definición del delito:

El código define en un solo texto (artículo 432) los delitos de hurto y de robo.

En relación a la definición del delito de hurto contenida en el Código, el profesor Garrido Montt señala que normalmente se tiende a hacer la distinción entre hurto y robo basándose en que el apoderamiento de la cosa en el hurto se realiza por medios subrepticios o clandestinos, y que en el delito de robo se recurre a medios que importan violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, pero, según este autor, aquélla afirmación es relativa, ya que la ley penal para describir las figuras de robo consideró ciertas clases de violencia o de fuerza, no todas. En conclusión, en palabras de Garrido Montt, el delito de hurto es: *“la apropiación con ánimo de lucro, de una cosa corporal mueble, ajena y apreciable en dinero, sin la voluntad de su dueño, y siempre que no concurren*

⁵⁴ José Miguel Zugaldía Espinar, “Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio”, 1985, pág.33 y sgts.

⁵⁵ José Miguel Zugaldía Espinar, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 1985, pág.33 y sgts.

⁵⁶ Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999, pág.315.

⁵⁷ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, parte especial, Barcelona, 1967, pág. 765.

*ciertas modalidades de violencia o intimidación en contra de las personas o de fuerza en las cosas*⁵⁸ .

La misma salvedad nos hace el profesor Etcheberry, al definir el delito de hurto, como *“la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin que concurra la violencia o intimidación en las personas, ni ciertas formas de fuerza en las cosas”*⁵⁹ . Esta definición contiene elementos positivos (apropiación con ánimo de lucro de y sin la voluntad del dueño de una cosa mueble ajena) y elementos negativos (la no concurrencia de violencia o intimidación o de fuerza en las cosas).

Según Mera Figueroa, por tratarse de un delito de lesión, para su configuración plena debe existir perjuicio, o sea, un detrimento económico para el dueño de la cosa sustraída, tal como ocurre en la estafa y en la apropiación indebida. Se fundamenta esta tesis en razones de política criminal y en los principios de última ratio y lesividad, pudiendo conducir a una reducción importante en la práctica de condenas y procesos por hurto. En este punto, es importante la idea que se tenga de bien jurídico protegido en el hurto, ya que si se trata del patrimonio en su conjunto, es imprescindible la concurrencia de perjuicio para configurar el tipo; en el caso del hurto, la doctrina casi es unánime en que el bien jurídico protegido es la propiedad⁶⁰ .

El profesor Künsemüller apoya, por razones fundamentalmente sistemáticas, la idea de incorporar el “perjuicio” como elemento esencial para la tipificación del hurto, más específicamente, para su consumación⁶¹ .

En contrario, Bajo Fernández opina que si bien existen casos en que el perjuicio de la víctima coincide con el valor de la cosa sustraída, ello no es suficiente para deducir que el perjuicio constituye un elemento del delito de hurto. Sostiene que en los delitos de apoderamiento no se exige perjuicio en el sujeto pasivo, al decir que *“la desconexión entre el delito de hurto y el perjuicio de la víctima es tal, que puede sostenerse que hay hurto sin perjuicio, incluso con beneficio de la víctima (quien hurta el viejo caballo que sólo produce gastos a su propietario) y que puede haber supuestos de apoderamiento con grave perjuicio que no constituyen delito. Imaginemos el caso de una persona que con ánimo de perjudicar a otro y sin ánimo de lucro le sustrae un billete de lotería antes del día señalado para el sorteo y, alcanzado el premio, espera a que el billete caduque en cuyo momento lo devuelve a su titular. Se ha producido un grave perjuicio al titular, que ya no puede cobrar el premio, ha habido un apoderamiento y sin embargo no hay delito de hurto por faltar el ánimo de lucro”*⁶². El mismo autor agrega que, *“la simplicidad del delito de hurto lo convierte en la figura delictiva más leve de entre los delitos patrimoniales. De ahí que la moderna criminología pueda pretender, con fundamento, relegar el hurto a un simple ilícito civil o administrativo. Ciertamente, el hurto, desprovisto del desvalor de acción que implica la violencia, la intimidación, la fuerza o el engaño, resta como simple apoderamiento productor de un resultado lesivo de la propiedad ajena, en donde sólo cuenta como desvalor este efecto. El parecido que la mayor parte de los supuestos pueden tener con el incumplimiento*

⁵⁸ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte especial”, V. 4, 1997, pág.148-149.

⁵⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág. 295.

⁶⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur, pág 71.

⁶¹ Carlos Künsemüller, en “Delitos de hurto y robo. Caracteres generales en el Código Penal chileno. Consideraciones político-criminales. Bases para una reforma”, Apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.3.

⁶² Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.64.

de obligaciones, permite admitir como materia de discusión la despenalización o, al menos, la conversión del delito de hurto en delito perseguible a instancia de parte, lo que haría más acorde con la realidad criminológica la persecución de este hecho delictivo”⁶³.

Tipo objetivo del Hurto Simple:

Verbo Rector: “APROPIARSE”.

Para Garrido Montt, el sujeto activo nunca adquiere el derecho de propiedad de la cosa por la acción de tomarla y llevársela, porque el hurto jamás ha constituido un modo de adquirir, lo que ocurre es que, de hecho el delincuente se arroga las facultades de uso, goce y disposición, y ese es el sentido de la expresión **“apropiarse”**. Según el mismo autor, la apropiación debe consistir en una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño al del agente, acción que corrientemente se denomina **“sustracción”**, que comprende el desapoderamiento de la víctima y el apoderamiento del delincuente, respectivamente. Es imprescindible que la cosa ingrese a la esfera de custodia del delincuente, o no estaremos frente a un hurto consumado, sino a una mera tentativa⁶⁴.

El Profesor Mera Figueroa dice que la figura de hurto ha sido entendida por la doctrina como un puro desvalor de acto, que se consuma por el solo hecho de la apropiación, y como consecuencia de esto se incluyen dentro de la figura de hurto situaciones en las que no se afecta en forma real la propiedad de la víctima, y además se sanciona por hurto aunque no se haya visto disminuido económicamente el patrimonio del afectado⁶⁵.

Para el profesor Etcheberry, la voz “apropiarse” indica la idea de “hacer propia” una cosa, pero este concepto lo estima jurídicamente rechazable, puesto que el delito no es fuente de derechos para el que lo comete, así, el hurto no puede ser un modo de adquirir el dominio, por lo tanto, en su opinión, el concepto se refiere a la adquisición de hecho, no de derecho, de las facultades propias del dominio: usar, gozar y disponer libremente de una cosa, tal como podría legítimamente hacerlo el verdadero dueño, no siéndolo en realidad. Etcheberry nos dice que se puede definir la acción de apropiación como **“sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella”**, definición que toma de Jaime Vivanco, a quien cita⁶⁶.

Según Rodríguez Devesa, la acción en el delito de hurto consiste en **“apropiarse”**. La acepción gramatical, según la cual “tomar” es igual que *“coger, asir con la mano una cosa, coger aunque no sea con la mano, quitar”*, no es utilizable, porque implica un contacto físico, no esencial en el hurto. Además señala que la apropiación puede realizarse por el camino de la aprehensión manual, pero también por otros medios, por ejemplo valiéndose de un tercero en autoría mediata. El sujeto puede servirse de un animal o de procedimientos mecánicos o químicos. En algunos casos puede ser suficiente una exteriorización de la voluntad de apropiarse la cosa⁶⁷.

¿En qué momento se entiende consumada la apropiación?. Teorías al respecto.

⁶³ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.64.

⁶⁴ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.148-149.

⁶⁵ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur, pág.70-71.

⁶⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág. 296.

⁶⁷ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.418-419.

Sobre el tema de la **“apropiación”**, se plantea uno de los grandes problemas en la teoría del hurto: ¿cuándo se entiende consumado este delito?. Aquí tenemos diversas respuestas en forma de tesis:

Teoría de la Contrectatio o Apprehensio Rei: El hurto se consuma en el momento que el delincuente toque la cosa, ponga mano sobre ella.

Teoría de la Amotio: Enunciada por Carrara, establece como requisito que el sujeto activo haya removido la cosa de su lugar.

Teoría de la Ablatio: Planteada por Pessina, requiere además de la remoción, que la cosa sea sacada de la esfera de custodia o resguardo de quien la tenía.

Teoría de la Illatio: Constituye la posición extrema, y es la de quienes exigen que la cosa haya sido llevada por el ladrón al lugar a que se proponía.

En nuestro sistema, la mayoría de la doctrina ha sostenido que debe entenderse consumado el delito de hurto, cuando la cosa pasa de la esfera de señorío del dueño o del que tiene la cosa a la esfera de señorío del ladrón, aplicando entonces la teoría de la ablatio, criterio compartido, en general, por la jurisprudencia.

Comentando las diferentes teorías resumidas precedentemente, y después de rechazar las de la “contrectatio” y de la “illatio”, por extremas, Etcheberry nos dice que los que apoyan la teoría de la amotio suelen recalcar el hecho de que emplea un criterio netamente objetivo y fácil de determinar, como el simple movimiento material de la cosa, razón por la que sería la teoría mas acertada para determinar en qué momento se consuma la apropiación. La teoría de la ablatio, continúa, se vale de un criterio abstracto, como es el de **“esfera de custodia”** de la cosa, que puede variar en cada caso, y no esta sometido a límites variados y precisos: empero, la mayoría de la doctrina se inclina por esta teoría: Manzini y Maggiore en Italia; Núñez y Soler en Argentina; Antón y Rodríguez, Cuello Calón y Groizard, en España; Labatut, entre nosotros⁶⁸.

En palabras de Garrido Montt, *“ninguno de estos criterios se considera en la actualidad como satisfactorio, por cuanto son formales y no responden a la naturaleza del delito de hurto –y también del robo- que consiste en apropiarse de algo, en apoderarse del bien y arrogarse las facultades inherentes al dominio, una de los cuales es fundamental, la de disposición. El delito conforme a este criterio, sólo podrá estimarse consumado cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena; no es suficiente sacar la especie de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sino además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante”*⁶⁹.

Para Bajo Fernández, quien opina sobre un texto que no exige “apropriarse”, sino “tomar” las cosas ajenas, es inútil pretender diferenciar entre el comportamiento y un posible resultado externo consecuencia del mismo. Reconoce que la admisión de un resultado en el delito de hurto y, en general, en todos los delitos de apoderamiento, va a depender del concepto de resultado que se maneje. A juicio de este autor, basta con apreciar que la doctrina mantiene una concepción más o menos similar de la acción en el apoderamiento, y que separa el momento de la aprehensión física del objeto del posterior, que implica la posibilidad de disposición, teniendo un dudoso interés teórico saber si el desplazamiento

⁶⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.297.

⁶⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.166.

patrimonial o la posibilidad de disposición, que los delitos de apoderamiento exigen, deben de concebirse como resultado de la acción o no⁷⁰.

En cuanto al medio de comisión, el legislador no ha hecho exigencia alguna, como se desprende de la figura, puede ser cualquiera, siempre que no constituya alguna forma específica de violencia o intimidación o fuerza contempladas en las hipótesis de robo.

Objeto material en el delito de hurto:

Según la definición del artículo 432, se trata de una ***cosa corporal, mueble, ajena y susceptible de apreciación pecuniaria*** .

Cosa corporal:

La noción de cosa corporal es la que se contiene en el artículo 565 del Código Civil, que, al definir los bienes, señala que consisten en cosas corporales o incorpóreas, agregando que ***“Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro ”***. Por lo tanto, no son objeto de hurto las cosas incorpóreas, como créditos o derechos, tampoco el sonido, el calor, la energía o los gases, ni tampoco el agua (salvo, naturalmente, que esté envasada, p.ej. en una botella), porque expresamente la ley configura el delito de usurpación tratándose de las aguas corrientes. Respecto a los títulos de valores, ellos pueden ser objeto de hurto, pero se distingue si son al portador o no. Si los títulos son al portador, valdrán por la cantidad representada en el título, y no se tomará en cuenta su mero valor material. En cuanto a los billetes de sorteos y loterías, hay que distinguir si son premiados o no, si es premiado su valor será el monto del premio, si no, el valor del boleto.

Cosa mueble:

La cosa sustraída debe ser mueble, pero en un sentido más amplio que el que le da al concepto el artículo 567 del Código Civil, que señala: *“Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ella a sí mismas, como los animales, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.*

Se exceptúan las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570”.

En opinión del profesor Garrido Montt, en el tema de los delitos contra la propiedad, el concepto de mueble se *“extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa, aunque sufra detrimento”*⁷¹ .

Etcheberry hace presente que el Código Civil divide las cosas corporales en muebles e inmuebles, y que después reglamenta estos conceptos. Pero para este autor esas disposiciones no son las que determinan el concepto de cosa mueble en materia penal, pues esta rama del ordenamiento jurídico tiene una naturaleza y objetivos diversos. Para él, en el delito de hurto debe considerarse cosa mueble *“todo objeto corporal que sea **movible** , esto es, transportable en el espacio, sin que sea necesario exigir siquiera que este desplazamiento pueda hacerse sin detrimento”*⁷² . Restringe, en consecuencia, el carácter de “cosa mueble” sólo a las tierras y a las minas.

⁷⁰ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.67.

⁷¹ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.152-154.

⁷² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.300.

Arturo Alessandri Rodríguez, en su trabajo “Similitud del Concepto Mueble en el Derecho Civil y en el Derecho Penal”, sostiene que ambos conceptos son idénticos, proposición apoyada por Labatut⁷³.

Rodríguez Devesa señala que para decidir qué se entiende por cosa **“mueble”** no es necesario acudir al derecho privado, porque en él se consideran como tales algunos derechos y cosas incorporales. El concepto penal es un concepto funcional. Según este autor, se puede definir como *“aquella cosa que puede ser movilizada”*, es decir, separada fácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente⁷⁴.

Por otro lado, Bajo Fernández opina que la cosa ha de ser mueble, en el sentido de que sea susceptible de traslado físico de un patrimonio a otro. Así, el concepto de cosa mueble en materia de hurto no coincide con el concepto civil⁷⁵.

Cosa ajena:

La cosa sustraída debe ser ajena, descartando con ello la posibilidad de autoría del delito de hurto por parte del dueño de la cosa. Además, el artículo 432 exige que la conducta se lleve a cabo sin la voluntad del dueño de la cosa, reafirmando el requisito de ajenidad. Para que se cumpla este requisito, es necesario que las cosas tengan un dueño, aunque ignoremos su identidad, por ello, ciertas cosas quedarán fuera del delito de hurto, entre ellas: las cosas comunes a todos los hombres (artículo 585 del Código Civil); las cosas que carecen de dueño (res nullius); las cosas abandonadas por su dueño (res derelictae). El profesor Garrido Montt nos dice que bajo ningún punto los cadáveres pueden considerarse como "cosa" apropiable, a pesar que nadie discute su falta de personalidad⁷⁶. En el mismo sentido, Etcheberry afirma que *“la propia persona, antes de su muerte, ni sus deudos o herederos, ni la autoridad pública podrían disponer libre y arbitrariamente de dichos restos”*⁷⁷.

Respecto al requisito de que la cosa hurtada debe ser ajena, el profesor Etcheberry señala que *“es ajena para el delincuente no sólo la cosa sobre la cual otro tiene el dominio o propiedad, sino también aquella sobre que otro tiene un derecho amparado por el orden jurídico: la posesión, o aún la mera tenencia, caso en el cual el mero tenedor tiene la cosa en lugar y a nombre del dueño. Si es el propio dueño quien sustrae la cosa de quien la tiene legítimamente en su poder, se produce la figura denominada tradicionalmente furtum possessionis o hurto de posesión, pero que entre nosotros constituye derechamente un caso de estafa (Art.471)”*⁷⁸.

En este punto suscita mucha discusión el tema del comunero respecto de los bienes comunes. Se estima, en general, que no comete hurto el comunero que se apropia de la cosa común, dado que el comunero se entiende poseer por todos los indivisarios y el uso de la cosa común le está explícitamente permitido a todos, sin menoscabar el derecho de los demás. Según Bajo Fernández, *“la Doctrina dominante entiende que no puede hablarse de ajenidad de la cosa cuando pertenece proindiviso a todos los condóminos.*

⁷³ Labatut cita el artículo de Arturo Alessandri R., aparecido en Revista de Ciencias Penales, tomo VIII, 1945, pág.175 a 182. La cita se encuentra en “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.199, de Gustavo Labatut G.

⁷⁴ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.417.

⁷⁵ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.74.

⁷⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.156.

⁷⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.302.

⁷⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.300-301.

Sin embargo, si la propiedad está dividida en partes entre los condóminos, el hurto del exceso, constituirá hurto de cosa ajena. Cita a Vives quien afirma que *“todos estos casos deben solucionarse atendiendo al acto de apoderamiento que normalmente faltará porque faltará el desplazamiento posesorio necesario para integrar el tipo de estos delitos dada la existencia de una previa coposesión del condueño*. Por ello, según Bajo, *“deberán considerarse atípicas”*. El autor señala que, según Muñoz Conde, hay hurto incluso cuando el copropietario se apodera sólo de la cuota que le corresponde, pero antes de que se proceda a la división, perjudicando el valor económico del todo. La ajenidad para él, en este caso, debe ser entendida como falta de legitimación para disponer de las cosas poseídas en común sin el permiso de la otra parte. Para Bajo, esta interpretación es extensiva y debe ser rechazada, porque además presupone la situación contradictoria de que una cosa pueda ser propia y ajena a la vez⁷⁹.

El que la cosa haya de ser ajena, presupone para Rodríguez Devesa: 1º que tenga un propietario; 2º que ese propietario no sea el sujeto activo. Para la ajenidad de la cosa hay que remitirse al derecho civil, porque no existe un concepto penal de la propiedad en sentido estricto⁸⁰.

Serrano Gómez estima que la ajenidad de la cosa mueble supone dos notas negativas: que no sea propia y que no sea susceptible de ocupación⁸¹.

Que la cosa tenga valor económico:

Es necesario que la cosa sustraída sea apreciable pecuniariamente. Este requisito se desprende de las disposiciones del Código Penal que gradúan la pena para el delito de hurto en función del valor de la cosa sustraída. Esta exigencia ha dado mucho que hablar, ya que se están excluyendo de la protección aquellas cosas que tienen un valor meramente subjetivo, pero no por ello insignificante⁸². Respecto a esto, Etcheberry destaca que a veces ciertos objetos que intrínsecamente carecen de valor pueden tener un cierto valor económico dentro de un círculo más o menos amplio de personas, aparte del valor de afección que puedan tener (v. gr., los filatelistas respecto de sellos de correo usados)⁸³.

Bajo Fernández señala que la exigencia que la cosa ha de ser valuable económicamente es opinión común en la doctrina española, al contrario de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, en el Derecho penal alemán. En realidad, nos dice este autor, no se trata de una disparidad de opiniones entre la doctrina española y la alemana, sino de una exigencia del texto legal español, que aparecía con más claridad antes de la reforma de 1983 por la razón de que el legislador sigue utilizando referencias cuantitativas económicas para diferenciar entre delito y falta, y en una disposición del código español hay continuas remisiones al perjuicio y al valor económico de la sustracción para la determinación de la pena⁸⁴.

Cuello Calón dice que la cosa sustraída ha de tener algún valor y su pérdida o sustracción ha de causar un perjuicio efectivo a su propietario. No obstante, la sustracción

⁷⁹ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte especial”, pág.76.

⁸⁰ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.417.

⁸¹ Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999. Pág.317.

⁸² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.157.

⁸³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.302.

⁸⁴ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, pág.71.

de cosas sin valor económico, si poseen un valor de afección para su propietario, puede constituir delito, pues origina un perjuicio aun cuando no sea de carácter económico⁸⁵.

Politoff cita a Biagio Petroccelli, para quien puede ser objeto de hurto no sólo una cosa que represente un valor económico, sino también una cosa que importe un valor afectivo, extendiendo así la noción de patrimonio más allá de su significado estricto. Sin embargo Politoff opina que *“resulta abusiva toda incorporación de bienes que no sean pecuniariamente valubles a la idea de objeto jurídico genérico de este grupo de formas delictivas”*⁸⁶.

Sin la voluntad de su dueño:

El hurto esta dentro del párrafo "De la apropiación de cosas muebles ajenas **contra** la voluntad de su dueño", pero el único artículo que lo compone es el que define el hurto, donde la exigencia es "sin la voluntad de su dueño". Según el profesor Garrido Montt, en virtud de la historia fidedigna de la ley, el sentido de la expresión empleada en la denominación del párrafo corresponde a un actuar "sin la voluntad de su dueño". El consentimiento de la víctima es entonces una causal de atipicidad da la conducta, siendo necesario que ese consentimiento sea dado por una persona capaz para darlo, y debe existir antes o en el momento del apoderamiento⁸⁷. Ortiz Quiroga opina que el consentimiento, cuando la ley exija el disenso de la víctima, constituye una causal de atipicidad de exclusión del tipo y no de justificación⁸⁸.

Para Bajo Fernández, *“el que la ley exija que no concurra la voluntad del dueño de la cosa, quiere decir que el consentimiento del propietario, sujeto pasivo del delito, determina la atipicidad del comportamiento por cuanto el bien jurídico propiedad es disponible”*⁸⁹.

Serrano Gómez y Cuello Calón también apoyan la tesis de que el consentimiento del dueño excluye la tipicidad⁹⁰.

Para el profesor Etcheberry, la concurrencia de consentimiento en este caso, elimina la antijuricidad, sin embargo, para ello el consentimiento debe ser válido. Por otro lado, la presencia de un consentimiento, aún viciado, impide la incriminación por hurto: si ha habido fuerza, se tratará de robo o extorsión; si ha habido engaño, habrá estafa. El consentimiento debe referirse, no al aspecto material de la entrega o salida de la cosa de la esfera de custodia de su titular, sino al aspecto jurídico de ella, esto es, la apropiación por parte del tercero. El consentimiento puede ser expreso o tácito, pero se requiere en todo caso que exista efectivamente⁹¹.

Respecto al consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad, opina Rodríguez Devesa que *“ha de considerarse como eficaz solamente aquella falta de oposición entre la voluntad del sujeto activo y la del pasivo, manifestada por éste expresa o tácitamente,*

⁸⁵ Eugenio Cuello Calón, "Código Penal revisado de 1963", tomo II, parte especial, Barcelona, 1967. pág. 765.

⁸⁶ Sergio Politoff Litschitz, "El Delito de Apropiación Indebida", Stgo. Chile, 1957, pág.18.

⁸⁷ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, V. 4, 1997, pág.158-159.

⁸⁸ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

⁸⁹ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", pág.77.

⁹⁰ Alfonso Serrano Gómez, "Derecho Penal, Parte Especial", Madrid, 1999, pág.318 y Eugenio Cuello Calón, "Código Penal revisado de 1963", tomo II, parte especial, Barcelona, 1967, pág. 773.

⁹¹ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, 3ª ed., 1998, pág.304.

*siempre que concurra en el momento de verificarse la acción y que el sujeto que lo otorga tenga capacidad para percatarse del alcance patrimonial del acto que realiza, siendo en todo caso decisiva la voluntad "real" del que consiente*⁹².

Tipo subjetivo del Hurto Simple: "Animus Rem Sibi Habendi"

El delito de hurto no exige un simple apoderamiento, sino "apropiarse con ánimo de lucro" (animus rem sibi habendi), o sea que es necesario que el sujeto tenga ánimo de señor y dueño respecto de la cosa. Para Garrido Montt *"el dolo del tipo penal de hurto consiste, en el apoderamiento de una cosa ajena con al ánimo de hacerse dueño de ella (...), junto a este elemento subjetivo, (...) debe concurrir **el ánimo de lucro, que consiste en la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de índole patrimonial**"*. En palabras del mismo autor, hay otros comentaristas, como Sergio Politoff, que piensan que el ánimo de lucro es una exigencia innecesaria porque se confundiría con la apropiación, el sujeto con el solo hecho de apropiarse tendría manifestación de lucro⁹³.

Para Ortiz Quiroga, uno puede actuar con ánimo de apropiación y sin ánimo de lucro, o puede haber ánimo de lucro sin apropiación⁹⁴.

En opinión de Labatut, la expresión "ánimo de lucro" es el género, y el "ánimo de apropiación" sería la especie⁹⁵.

El profesor Etcheberry cita a Cuello Calon, quien, por su parte, ve en el ánimo de lucro un dolo específico, propio de este delito, y a Antón y Rodríguez, quienes ven en el ánimo de lucro un elemento subjetivo de la antijuridicidad⁹⁶.

Según Etcheberry, el "ánimo de apropiación" y el "ánimo de lucro" no poseen elementos comunes, sino divergentes. *"El primero significa simplemente el propósito de adquirir de hecho las facultades del dominio. El segundo significa el deseo de obtener de la cosa una utilidad o provecho. Para que exista hurto deben concurrir necesariamente ambos elementos"*⁹⁷.

Rodríguez Devesa opina que *"pertenecen a la antijuridicidad, como elementos subjetivos, el ánimo de apropiarse de la cosa y el ánimo de lucro. Uno y otro no se identifican, pues es posible un ánimo de lucro sin el de apropiarse. El ánimo de lucro es un momento psicológico referido al lucro, el cual gramaticalmente significa provecho. Más concretamente, puesto que es suficiente cualesquiera provecho, puede definirse diciendo que es el propósito de obtener un provecho económico, contemplado desde el punto de vista del autor. Es irrelevante, en cambio, que el lucro que se pretende beneficie al propio autor de la sustracción o a un tercero; lo que importa es que en el momento de realizar la acción esté poseído de la intención de adquirir antijurídica y gratuitamente la cosa, con independencia del destino ulterior que le piense dar"*⁹⁸.

⁹² José María Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español. Parte Especial", pág.420.

⁹³ Mario Garrido Montt, "Derecho Penal, Parte Especial", V. 4, 1997, pág.160-161.

⁹⁴ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universalidad de Chile, año 2001.

⁹⁵ Gustavo Labatut G. "Derecho Penal. Parte Especial", tomo II, Editorial Jurídica, 6ª edición, 1972-77, pág.200.

⁹⁶ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, 3ª ed., 1998, pág.305.

⁹⁷ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, 3ª ed., 1998. Pág. 305.

⁹⁸ José María Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español. Parte Especial", pág.419.

Jurisprudencia más relevante.

Distinción entre hurto (de dinero) y apropiación indebida (hay voto disidente).

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°230, página 142, Rol 34.157-98.

Doctrina.

La sustracción desde una caja de fondos de una suma determinada de dinero y especies por parte del administrador de un local comercial, utilizando la llave que se le había entregado para resguardar los fondos recaudados al término de la jornada, constituye un delito de hurto de dinero y especies, por concurrir los elementos típicos del artículo 432 del Código Penal.

No concurre en la especie un delito de apropiación indebida de especies, por faltar la entrega del dueño de la cosa a un tercero respecto de quien nace la obligación de devolverla, toda vez que la sustracción se produjo sin consentimiento de aquél.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que como quedó establecido en el considerando segundo de la sentencia que se revisa, es un hecho probado en la causa el siguiente: un sujeto que se desempeñaba como administrador del local denominado Indianápolis, en un momento determinado y en forma subrepticia sustrajo de la caja de fondos una suma determinada de dineros y especies que se encontraban en su interior, llevándolas consigo y sacándolas de esta forma de la esfera de resguardo del lugar donde las mantenía su propietario y para lograr su propósito, abusó de la confianza que se le había concedido, utilizó como medio la llave de la caja de fondos que, obviamente se le había entregado para poder guardar los fondos recaudados al término de la jornada.

2°.- Que los sentenciadores del voto de mayoría concuerdan con lo razonado por el juez a quo, en el sentido que en la especie se está en presencia de un delito de hurto de dineros y especies por cuanto se dan los elementos típicos establecidos por el artículo 432 del Código Penal, a saber; apropiación de cosa mueble ajena sin el consentimiento de su dueño y haberlo perpetrado en forma subrepticia para después huir con los dineros. No puede estimarse que en el caso en estudio, se trate de un delito de apropiación indebida de especies, pues los elementos que configuran este tipo penal dista mucho de lo que en realidad ocurrió. En efecto, el tipo penal que sanciona el artículo 470 del Código punitivo requiere en primer término que haya apropiación o distracción de dineros o cualquier otra cosa mueble que se haya recibido en depósito, comisión etc., u otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, se requiere entonces como lo ha señalado la doctrina que haya existido una entrega por parte del dueño de la cosa mueble o dinero a un tercero respecto de quien nace la obligación de devolverla; que se produzca el elemento material, apoderamiento de la cosa y el subjetivo de comportarse como dueño respecto de aquélla, elementos que, como se ha dicho, no concurren en la especie pues jamás existió entrega de los dineros por parte del propietario, quien señaló a fojas 5: "Castillo como administrador tenía a su cargo las llaves de la caja de fondos y el dinero que había allí se lo llevó...". Faltando el elemento entrega, necesariamente se debe concluir que la sustracción se produjo sin consentimiento de aquél y así lo reconoce el propio procesado a fojas 16, cuando reconoce: "... cuando hice abandono de mi trabajo, sin previo aviso sustraje \$ 415.000 de la caja de fondos...".

Consideraciones más relevantes del voto disidente (Abogado Integrante señor Claudio Díaz Uribe).

1º.- Que siendo las labores del encausado las de administrador de un local comercial, para el desarrollo de las cuales contaba con la llave de la caja de seguridad, donde se guardaban los dineros provenientes de las ventas y otras especies, llave que le había sido entregada precisamente en virtud del cargo de confianza que desempeñaba. Así se desprende de manera fehaciente de los dichos del propio dueño del local y de empleados del mismo, que rolan a fojas 3, 4, 4 vta., 5 y de la diligencia de absolución de posiciones de fojas 220.

2º.- Que los dineros y especies fueron sustraídas por el encausado utilizando precisamente la llave que tenía en su poder, sin que mediara por ende la clandestinidad propia del hurto sino que por el contrario, el abuso de confianza.

3º.- Que, en consecuencia, la conducta típica desarrollada por el inculpado es la descrita en el artículo 470 N° 1 del Código Penal, que sanciona a "Los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla".

Verbo rector en el delito de hurto.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°180, página 103, Rol N° 292-95.

Doctrina.

1.- Si bien en la tipificación del hurto (art. 432 del Código Penal), juega como núcleo el verbo rector "apropiarse", ello no significa que dicho ilícito constituya un modo de adquirir el dominio, esto es, un hecho jurídico idóneo para producir la adquisición de un derecho a favor de determinadas personas. La voz alude en cambio a la adquisición material o de hecho de las facultades propias del dominio por parte del sujeto activo, quien se comporta respecto de la cosa como si en verdad fuese su dueño, sin serlo. (Consid. 8º)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Quinto: Que, contestando, a fs. 151, la acusación por el procesado Euson Hernández, su defensor pide que absuelva a éste de los cargos que se le formularon como partícipe en los delitos de hurto e incendio de un vehículo de propiedad de Ramón Aguilera, expresando que no intervino en la ejecución de esos ilícitos; en subsidio, invoca las minorantes de responsabilidad previstas en el art. 11 N°s. 6 y 7 del Código Penal; y pide que la pena que pudiera imponérsele por su autoría en el delito de "robo" (sic) se fije en sesenta y un días de privación de libertad y se le dé por cumplida;

Sexto: Que corresponde rechazar la solicitud de absolución del encausado, desde que, amén de lo expuesto al respecto por sus co-reos Lueiza y Rojas, obran en su contra sus propias declaraciones prestadas a fs. 28 (extrajudicialmente) y 33 (ante el Juez de la causa) en que acepta haber intervenido en el episodio de la sustracción e incendio del móvil de Aguilera;

Séptimo: Que en los alegatos producidos en estrados se abogó por la defensa del procesado Hernán Rojas para que se le absolviera por el delito de incendio, aduciendo que tal ilícito resultaba en la especie jurídicamente imposible, por cuanto ocurrió después que el agente había hurtado el vehículo y como el hurto supone la "apropiación" de la cosa, al momento de incendiarlo, el móvil era de su propiedad, estaba incorporado a su patrimonio,

y por ello, en virtud de las facultades inherentes al dominio, podía disponer a su arbitrio de él, incluyendo la posibilidad de su incineración;

Octavo: Que semejantes argumentos carecen de sustentación jurídica seria, por variadas razones.

En efecto, si bien en la descripción típica de hurto -artículo 432 del Código Punitivo- juega como núcleo el verbo rector "apropiarse", ello no significa que dicho ilícito constituya un modo de adquirir el dominio, esto es, un hecho jurídico idóneo para producir la adquisición de un derecho a favor de determinada persona.

Y ello es así, porque entre los modos de adquirir el dominio que acepta el Código Civil, aquellos que podrían aproximarse a la situación de traspaso de cosas muebles provocada por el hurto, serían la ocupación y la tradición.

Empero, si bien en la primera existe apoderamiento de la cosa y ánimo de parte del sujeto activo de comportarse como dueño de la cosa -animus rem sibi habendi- se requiere, además, que ésta no pertenezca a nadie, que se trate de "res nullius" (artículo 606 del Código Civil), sea porque nunca tuvo dueño sea porque, habiéndolo alguna vez tenido, dicha tenencia se perdió, al haber permanecido largo tiempo oculta o porque su dueño la abandonó de manera voluntaria para que se la apropiara el primer ocupante; situación que no es la del caso en estudio, supuesto que el móvil sustraído tenía un propietario que ejercía activamente a su respecto los atributos inherentes al dominio.

Tampoco podría configurarse en la especie una forma de tradición, ya que ésta estriba esencialmente, de acuerdo con su definición legal -artículo 670 del Código Civil- en un acuerdo de voluntades o convención, mediante la cual el dueño de una cosa, el tradente, la entrega a otra, con la manifiesta intención de transferírsela en dominio.

El simple enunciado conceptual de este modo derivativo de transferir la propiedad demuestra su absoluta incompatibilidad con la naturaleza, contenido y efectos jurídicos del hurto.

La voz "apropiarse" que se emplea en la tipificación de este ilícito se refiere, por ende, a la adquisición material o de hecho de las facultades o arbitrios del dominio por parte del sujeto activo quien, motivado por el ánimo de hacer suya la cosa, se comporta respecto de la misma como si en verdad fuese su dueño, sin tener dicha calidad jurídica;

Noveno: Que, aun si se aceptara como válida la hipótesis de que el hurto fuese un medio jurídicamente idóneo para transferir el dominio, ello no significaría que el incendio posterior de la cosa hurtada quedase siempre al margen de toda consideración punitiva, desde que el legislador ha tomado en cuenta al tipificarlo no sólo la protección de la propiedad, sino también la seguridad colectiva;

Animo de lucro en el hurto.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°175, página 132, Rol N° 2.730-94.

Doctrina.

1.- Corresponde absolver al enjuiciado del cargo de hurto, descrito en el artículo 446 del Código Penal, si del mérito de autos fluye que no hubo en él ánimo de apropiarse antijurídicamente de cosa mueble ajena con ánimo de lucrarse, sino sólo de hacerse pago de un crédito laboral que tenía en contra del dueño de la especie, o de asegurar el pago de lo que se le adeudaba. (Consids. 2° y 4°)

2.- No constituye falta el apoderamiento sin violencia de una cosa perteneciente a su deudor, ya que el artículo 494, N° 20 del Código Penal sólo sanciona esta figura si concurre dicho elemento de violencia. (Consid. 5°)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que el procesado Sergio del Carmen Huerta Cornejo, en su declaración extrajudicial de fojas 10 e indagatoria de fojas 13, confesó su participación en el hecho investigado, pero le atribuye circunstancias que pueden eximirlo de responsabilidad. Estas circunstancias consisten en que estuvo trabajando en las obras del Colegio Cristóbal Colón, su patrón era don Enrique Riffo, quien se fue del lugar sin cancelar los sueldos a los trabajadores, adeudándole \$ 55.000 (cincuenta y cinco mil pesos), por lo que decidió quedarse con una sierra eléctrica que estaba en poder de otro trabajador, Víctor Silva. Fue a su casa y, con engaño, obtuvo la entrega de la especie. Aduce que su intención era quedarse con la sierra para presionar al patrón señor Riffo para que le pagara.

2°.- Que esta Corte, de la declaración del procesado, desprende que no hubo en él, el ánimo o intención de apropiarse antijurídicamente de cosa mueble ajena con ánimo de lucrarse, sino sólo de hacerse pago de un crédito laboral que tenía en contra del dueño de la especie, o de asegurar el pago de lo que se le adeudaba.

3°.- Que el denunciante de los hechos es precisamente Eliecer Víctor Silva Bravo, que también trabajaba en las obras del Colegio Cristóbal Colón, dirigidas por Enrique Riffo San Martín. Aquél, a fs. 23, se desiste de su denuncia porque ha "llegado al convencimiento que él no tuvo intención de cometer delito alguno".

4°.- Que el procesado no acreditó con otras pruebas que Enrique Riffo le adeudara la suma de \$55.000 que señala en su declaración. Sin embargo, esta Corte le dará valor a tales dichos, atendida la irreprochable conducta anterior del reo, la impresión de veracidad que fluye de sus declaraciones, la declaración de Eliecer Víctor Silva Bravo, citada en el considerando 3° y la forma en que verosímilmente habrían ocurrido los hechos.

5°.- Que el número 20 del artículo 494 del Código Penal, sanciona como autor de falta al "que con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella". Por lo tanto, si tal apoderamiento se verifica sin violencia, ha de quedar impune, ya que la ausencia del elemento violencia no puede conducir a una penalización superior a la de una mera contravención.

6°.- Que, en consecuencia, y como se expuso en el considerando primero, apreciándose en conciencia los antecedentes, no puede tenerse por configurado el delito de hurto sancionado en el N° 2 del artículo 446 del Código Penal.

Distinción entre hurto y robo con fuerza en las cosas.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°189, página 153, Rol N° 2.806-95.

Doctrina.

La característica esencial del tipo de robo con fuerza en las cosas, que lo distingue de la figura de hurto, reside en la circunstancia que el sujeto activo despliega energía física sobre las defensas o resguardos que protegen la cosa mueble ajena y no sobre ella misma.

Si la única fuerza que cabe tener por establecida es la necesaria para coger la cosa y sacarla de su lugar de ubicación, sólo cabe hablar de hurto de cosa mueble ajena.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1.- Que, existe acuerdo en que la característica esencial del tipo de robo con fuerza en las cosas, que lo distingue de la figura de hurto, reside en la circunstancia que el sujeto activo despliega energía física sobre las defensas o resguardos que protegen la cosa mueble ajena y no sobre ella misma.

2.- Que, precisamente es esa peculiaridad, de aplicarse fuerza para vencer o sobrepasar los elementos dispuestos para asegurar la permanencia de la cosa dentro de la esfera de custodia del dueño, la que en el pensamiento del legislador de 1874, justifica el tratamiento del robo con fuerza como un delito de mayor injusto y gravedad que el hurto.

Lo anterior, sin perjuicio que la moderna doctrina penal se orienta a considerar que no existen razones para diferenciar cualitativamente al hurto del robo con fuerza en las cosas. Como señala Muñoz Conde, "el uso de fuerza no constituye una peculiaridad frente al hurto simple, y quien la utiliza puede hacerlo de una forma transitoria por no poder conseguir la cosa de otro modo. Aun cuando determinados modos de comisión: escalo, uso de llaves falsas, etc., pueden revelar una cierta profesionalidad o habitualidad del autor, esto es una cosa a tener en cuenta para determinar la pena a aplicar, pero no para una diferenciación dogmática con el hurto". (Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, España, 1991, pág. 229). (cfr Juan Bustos Ramírez, Manual de Derecho Penal, Pte. Especial, Ariel Derecho, Barcelona, 1991, pág. 169).

3.- Que, en el caso de autos, apreciando en conciencia los elementos de juicio, se ha tenido por acreditado que un sujeto extrajo a viva fuerza un farol desde una pértiga en la que se encontraba instalado.

4.- Que, dicha situación fáctica sólo puede ser encuadrada en el tipo de hurto y no en el robo, imputado en la acusación, toda vez que no se ha comprobado a través de los medios legales de prueba que para sustraer el farol, el encausado haya violentado algún elemento defensivo destinado a resguardar dicha especie y precaver su apoderamiento.

5.- Que, la única fuerza que cabe tener por establecida es la necesaria para coger la cosa y sacarla de su lugar de ubicación, hipótesis ésta, en la cual sólo cabe hablar de hurto de una cosa mueble ajena.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Acerca Del Bien Jurídico

A nuestro juicio, la figura típica de hurto requiere imperiosamente un mejoramiento tanto en su aspecto técnico como en su concepción ideológica, para así hacerse cargo, en parte, de una serie de deficiencias que impiden que nuestro ordenamiento penal pueda incorporar corrientes dogmáticas más modernas y acordes con los principios limitativos del ius puniendi, como asimismo, garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución Política y en los tratados internacionales que, al respecto, ha ratificado Chile.

En cuanto al bien jurídico protegido, este concepto surgió producto de la Ilustración, fundamentado principalmente por Johan Anselm Von Feuerbach, a modo de contar con un instrumento de oposición hacia corrientes moralizantes del Derecho Penal. Es decir, la llave de entrada al Derecho Penal debe ser la lesión de bienes jurídicos, intereses materiales de las personas y no normas divinas o meramente éticas.

Nuestro legislador expresamente señala que los crímenes y simples delitos contenidos en el Título IX del Libro II del Código Penal atentan contra la “ **propiedad** ”. Sin embargo, este concepto genera problemas en cuanto al alcance que pueda dársele. Si nos dejamos llevar por una acepción civilista estricta, en el sentido de dominio o propiedad quiritaria, debemos llegar al concepto del artículo 582 del Código Civil, concluyendo que es un derecho real que se tiene sobre las cosas corporales para usar y gozar arbitrariamente de ellas, no siendo contrario a la ley o contra derecho ajeno. A todas luces, este derecho subjetivo no es el objeto a proteger en varias de las disposiciones del título; basta con mirar los artículos 457 a 473.

Si actualmente en nuestro Código la penalidad del hurto depende del valor de la cosa hurtada, no es descabellado el considerar como bien jurídico el concepto de patrimonio que, aún cuando hace referencia al ordenamiento jurídico, presupone como elemento esencial la disminución de valores económicos para configurar una lesión en él.

La aplicación del concepto de patrimonio al hurto, conlleva la no consumación del tipo frente a la sustracción de aquellos bienes que representan solamente un valor afectivo o sentimental; igual, respecto del apoderamiento de una cosa mueble, cuando en su lugar se deje un bien o dinero equivalente o superior. Al plantear que la lesión es al patrimonio en su conjunto, podría argumentarse que esto no sería posible, ya que siempre la sustracción de una cosa o bien objeto de la relación patrimonial da lugar a la pretensión y su correspondiente acción por un valor equivalente, es decir no hay lesión; sin embargo, esta crítica desconoce el hecho de que la teoría intermedia establece un concepto primordialmente económico del patrimonio, aún cuando está referido al orden jurídico. Por lo demás, la intervención patrimonial no querida, causada por un tercero, derivada de una conducta antijurídica es sin duda una lesión.

Evidentemente estos casos serán los menos, pues desconocemos una tendencia criminológica que apunte a aumentar patrimonios ajenos en desmedro del propio. Por lo demás, es ese precisamente el propósito de considerar al patrimonio como el bien jurídico protegido en la figura de hurto, esto es, la exclusión del ámbito penal de aquellas situaciones que si bien eventualmente afectan algún elemento particular del patrimonio como puede ser la propiedad por ejemplo, no lesionan propiamente tal el patrimonio en su concepción estrictamente penal, que es la que nos interesa; ello, puesto que no existe un desmedro de su representación monetaria. En todo caso, el asunto actualmente se soluciona por la vía de no configurar el tipo por la ausencia de ánimo de lucro, más, eventualmente, este podría existir en el caso concreto.

Por lo anterior, parte dominante de nuestra doctrina usa el término propiedad en su sentido más amplio⁹⁹. Esta amplitud puede llevarnos a acepciones de carácter más bien filosófico considerando la propiedad, con relación al Derecho Penal, como uno de los derechos naturales adquiridos por el hombre al modo como lo planteó Rousseau. Esta postura ya está siendo abandonada por algunos de sus seguidores¹⁰⁰, por lo extremadamente vaga que resulta. Luego, la interpretación que se haga al término propiedad siempre resultará inexacta respecto de los delitos del título, siendo en demasía restrictiva o excesivamente amplia.

La propiedad constituye el tipo de instituciones que “*por su validez general para todo el Ordenamiento jurídico y por su tradición científica, tienen un significado preciso y concreto, que no puede variarse sin más, pues, además de que este procedimiento sería formalmente*

⁹⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed.1998.

¹⁰⁰ Como José María Rodríguez Devesa, en “Consideraciones Generales Sobre los Delitos Contra la Propiedad”.

inadmisibile, se ocasionaría también un confusionismo en los términos empleados en las distintas ramas del Derecho”¹⁰¹.

En este punto, se ha optado por establecer al patrimonio como el bien jurídico protegido del Título IX, y por ende, del hurto. Sin embargo, el contenido que se le dé al término debe limitarse a la teoría intermedia o económica-jurídica, es decir, debe entenderse el patrimonio como la suma de los valores económicos que se encuentran a disposición de alguien bajo la protección del ordenamiento jurídico¹⁰². De esta manera, no solo los derechos pertenecen al patrimonio, sino también las posiciones económicas objeto de protección jurídica como por ejemplo la posesión. En consecuencia, son tres los elementos copulativos que configuran esta concepción de patrimonio:

Existencia de valores económicos. El acento debe recaer sobre la representación monetaria, la traducción en dinero que en el intercambio económico se hace sobre los bienes.

Que exista una relación de disposición de estos valores económicos por parte del sujeto pasivo.

Que las situaciones de disposición sobre estos valores económicos sean susceptibles de protección jurídica.

No es nuestra intención desconocer el hecho evidente que la conducta desplegada por el agente en el hurto amenaza o perturba la propiedad, aún cuando no la lesiona, por el contrario, en estricto sentido jurídico, la propiedad como derecho subjetivo permanece intacta, e incluso reforzada con la acción reivindicatoria. Lo que en realidad se afecta es el contenido de la propiedad, que es, por una parte, la relación de señorío de la persona del dueño con la cosa mueble, y por la otra un eventual contenido económico-jurídico que tal derecho implica. Este último aspecto debe ser el centro de la preocupación de los delitos meramente patrimoniales, y en esa línea debiera considerarse al patrimonio, con su alcance ya expuesto, como el bien jurídico protegido en el hurto.

En definitiva, la diferencia fundamental estará en que se requerirá de un perjuicio patrimonial, esto es, una disminución en los valores económicos de éste, no bastando el mero apoderamiento de la cosa mueble ajena. Frente a este tipo de posturas, hay autores que califican estas consecuencias como de un alto vacío en la protección del derecho de propiedad¹⁰³, lo que no es tan así, puesto que con el hurto lo que se protege no es el derecho de propiedad como tal, sino que solo una parte de su contenido, cual es la relación de señorío sobre la cosa, que es lo único que materialmente se puede arrebatar por el apoderamiento. Por otro lado, el erigir al Derecho Penal como el único guardián eficaz del derecho de propiedad es una postura falaz, tanto político-criminalmente, como por el hecho de afirmar implícitamente la inutilidad de otras ramas del Derecho en esta tarea. Creemos que es deber de toda revisión dogmática de la norma penal, el adjetivizar el bien jurídico penalmente protegido de manera que dentro de un contexto de ultima ratio se determine cuando habrá lugar al llamamiento de la acción punitiva estatal.

Para finalizar este acápite, nos parece importante hacer mención a que dentro de los delitos patrimoniales, el hurto, por su simplicidad, es la figura más leve. Es por ello que la criminología moderna incluso ha postulado, no sin fundamento, relegar el hurto a un ilícito civil, ya que la conducta desprovista de los desvalores que significan la intimidación, la

¹⁰¹ Francisco Muñoz Conde, “El Delito de Alzamiento de Bienes”, BOSCH Casa Editorial, Barcelona, 1971, pág.33.

¹⁰² Sentencia de 6.VI.1932 (RGST 66, 285), Welzel, Das Deutsche Strafrecht 11ª ed. 1969).

¹⁰³ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”.

violencia, la fuerza o el engaño, basada en el simple apoderamiento de la cosa ajena, hace dificultosa la tarea de justificarla como una figura penal. Incluso existen voces que postulan la descriminalización, sea total o parcial del hurto¹⁰⁴. Ciertamente, nuestra sociedad no está, ni estará en un futuro cercano preparada para dar acogida favorable a este tipo de propuestas, no obstante, urge la adecuación y replanteamiento del objeto de protección en el hurto.

Exigencia del perjuicio como elemento típico del Hurto Simple

Siguiendo la misma línea de pensamiento a partir de las consideraciones expuestas al referirnos al bien jurídico protegido en este delito, hemos de llegar irremediamente a la exigencia de lesividad, que, como principio esencial, tomaremos en cuenta a modo de dar entrada a la configuración del tipo penal en estudio. En este sentido, hemos acogido la postura expuesta por el profesor Jorge Mera Figueroa¹⁰⁵, en cuanto a considerar que no basta, o no debiera bastar, una afectación puramente ideal de la propiedad en relación con la intervención del Derecho Penal. Por el contrario, creemos en la necesidad de un menoscabo real y efectivo del bien jurídico objeto de protección -el que ya previamente hemos determinado- para que el delito de hurto se configure. Lo anterior resulta más patente si tomamos en cuenta que los delitos de apropiación por medios inmateriales, como la apropiación indebida, p.ej. (que no difieren del delito en estudio, que es de apropiación por medios materiales, más que en el modo de lograr la apropiación) requieren que se produzca un perjuicio patrimonial en la víctima. Tal como expresa el citado autor, no vemos el fundamento de establecer esta disparidad de criterios, puesto que el perjuicio debiera ser un elemento integrante tanto en los delitos de apropiación por medios materiales (hurto) como en los delitos de apropiación por medios inmateriales. Además, en la práctica, tales modificaciones en las exigencias del tipo favorecerían una reducción de los procesos y condenas del hurto cuando se den situaciones en que no haya una afección real del patrimonio del dueño o de tenedor, por ejemplo, en el caso de que las cosas sean recuperadas o devueltas.

La apropiación de las cosas muebles ajenas, aún cuando lesiona el dominio, o bien alguna otra relación fáctico-jurídica, no produce *per se* un perjuicio económico real y efectivo del tipo al que nos hemos estado refiriendo. Ahora bien, la ausencia de perjuicio no originaría una impunidad total ya que, siguiendo las reglas generales del iter-criminis, nos encontraríamos en presencia de un delito frustrado o tentado.

Independientemente de las concepciones por las que se opte frente al patrimonio; y aunque se considere que el bien jurídico protegido en el hurto es un elemento concreto que se incluye en el mismo, como en el caso de la propiedad; y aún cuando se estime que su afección ha de producirse bajo criterios rigurosamente jurídicos, esto es, lesión de derechos subjetivos, igualmente en muchos casos faltará el perjuicio. Tal sería el caso si la cosa es devuelta antes de que el dueño haya tenido siquiera la oportunidad de ejercer los atributos del dominio. En tal evento, de ninguna manera se ha afectado el bien jurídico protegido. La postura contraria importaría sostener que la ley presumiría de Derecho un daño, por el solo hecho de realizarse la apropiación con ánimo de lucro. En todo caso, creemos que el perjuicio en el hurto debe considerarse bajo una óptica netamente económica, como una disminución de valores en el patrimonio; circunstancia que no necesariamente acompaña a la lesión del derecho de dominio resultado de una apropiación. Esto iría en mayor armonía

¹⁰⁴ Entre nosotros, Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pag.53 y siguientes.

¹⁰⁵ Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.71 y sigtes.

con el principio de lesividad, cuyo respeto ha de ser esmerado especialmente en materias penales.

La no consideración del perjuicio en la figura de hurto, genera, como ya se advirtió, incoherencias respecto de otras figuras como la estafa y la apropiación indebida en las cuales sí se exige. Es efectivo que las estructuras típicas en el hurto y la estafa son distintas, en cuanto a que en la primera figura la acción recae sobre una cosa determinada -la cosa apropiada- y en la estafa no existe un objeto material determinado, bastando el perjuicio causado por una disposición patrimonial derivada del engaño. Sin embargo, este perjuicio es consecuencia de la afectación de uno de los elementos integrantes del patrimonio –como puede serlo la propiedad–, de tal manera que el sujeto activo se apropia de la cosa que se le entrega mediante engaño. En último término, se dirá que la prescindencia del perjuicio en el hurto deriva de que la construcción de los tipos es diferente, lo que es efectivo. No obstante, puede concluirse en la exigencia del perjuicio en el hurto a partir del principio de lesividad, que requiere una efectiva afectación del bien jurídico protegido, lo que sólo podría ocurrir realmente si el sujeto pasivo resulta perjudicado¹⁰⁶.

En cuanto a la apropiación indebida y al hurto, en ambos, el núcleo de la acción típica es la apropiación, aún cuando se diferencian en la forma de obtenerla, sin quebrantamiento de custodia en la apropiación indebida, pero con abuso de confianza; con quebrantamiento de custodia en el caso del hurto. Se podría pensar que la razón para que en el caso de la apropiación indebida o en la estafa se exija perjuicio y no así en el caso del hurto, reside que en este último la clandestinidad como medio de comisión constituiría un desvalor de mayor gravedad. Empero, la clandestinidad, además de no ser un requisito indispensable para la configuración del hurto, no puede ser considerada arbitrariamente más reprochable que el engaño empleado en la estafa, o el abuso de confianza requerido en la apropiación indebida. Más bien, pareciera que la situación es a la inversa, puesto que en el hurto no se afecta la libertad de la persona, ni el sujeto activo se aprovecha de una situación en que lo ha colocado la víctima, ni tampoco se han vencido resguardos de la cosa. De esto se desprende que la esencia del desvalor de la acción en el caso del hurto no recae en la sustracción solamente, sino que en la apropiación, pasando la sustracción a un papel complementario y agravatorio respecto del acto principal, apropiarse¹⁰⁷. Por lo demás, tal visión es plenamente compatible con el criterio expresado por nuestra jurisprudencia respecto del llamado hurto de uso, para declararlo atípico. En consecuencia, creemos de toda conveniencia el incorporar el perjuicio dentro de las exigencias contenidas en la figura de hurto.

Una adecuación en el sentido expresado permitirá no continuar con una anacrónica criminalización respecto de la protección de la propiedad mueble lesionada por medios materiales, ya que mantener tal situación indiscutiblemente hace a la ley penal más rigurosa respecto de la parte de la sociedad menos resistente a la acción punitiva del Estado; no así respecto de otros integrantes de la sociedad -delincuentes de cuello y corbata- vinculados a las estafas y a las apropiaciones indebidas, ambas figuras en las que sí encontramos mayores exigencias típicas, lo que, por de pronto no resulta ni siquiera técnicamente coherente.

De esta manera y en virtud de la teoría económica-jurídica del patrimonio que hemos aplicado a la figura de hurto, es el patrimonio de la víctima considerado globalmente el

¹⁰⁶ En este sentido, con gran claridad, Jorge Mera F., "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.71 y siguientes.

¹⁰⁷ José Miguel Zugaldía Espinar, "Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio", 1985.

que debe reportar una disminución en su valor económico, la que en definitiva ha de manifestarse en un efectivo perjuicio, penalmente entendido.

Para no producir una confusión con el Derecho Civil es necesario adjetivizar el patrimonio para luego protegerlo¹⁰⁸. Así, el bien jurídico protegido para el caso del hurto, como en la estafa y en la apropiación indebida debe ser el patrimonio, traduciéndose la lesión de este en la disminución de los valores económicos conforme a la teoría mixta. Otra clase de lesión de derechos o intereses patrimoniales no debiera ser suficiente para una protección penal, sin perjuicio de la protección seguramente más útil que puedan brindar otras ramas de Derecho. Al requerir perjuicio en el caso del hurto, surge el problema de saber si el robo también debiera exigir este elemento, en cuanto a que, comúnmente se ha sostenido que en el robo se comprenden todos los elementos del hurto más la fuerza en las cosas o la violencia o la intimidación en las personas.

En cuanto al robo con fuerza en las cosas, creemos, siguiendo a los profesores Mera Figueroa, Künsemüller y otros, que el injusto es básicamente el mismo que en el hurto, más aún estimamos que representa un hurto agravado, tema al cual nos referiremos más adelante, sin perjuicio de sostener ahora que la figura del robo con fuerza en las cosas debiera exigir el perjuicio patrimonial.

Tratándose del robo con violencia o intimidación en las personas, hemos de estimar que al ser esta figura compleja y pluriofensiva, la situación es distinta. El desvalor que presenta este delito relativo a la afección a la seguridad física de la persona y otros bienes jurídicos personalísimos, determina que la exigencia de la lesión patrimonial sea menor, bastando sólo un perjuicio potencial, el que quedará dado por el solo hecho de la apropiación. Nuestro Código Penal en el tratamiento que da a la violencia e intimidación como medios de comisión delictiva, establece un criterio general de agravar moderadamente la responsabilidad cuando concurren dichos medios. Sin embargo, este sistema se altera en el robo con violencia o intimidación en las personas, que, como figura compleja sanciona con mayores penas las que se aplicarían según las normas de concursos de delitos, por ejemplo, en las lesiones corporales más hurto.

Texto propuesto para el artículo 432.

Art. 432. El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena causando perjuicio patrimonial al ofendido, comete hurto.

Párrafo 2º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo con violencia o intimidación en las personas”.

¹⁰⁸

Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona.

Artículo 433

Evolución durante su vigencia.

El artículo 433 del Código Penal ha tenido innumerables modificaciones durante su vigencia. Su redacción primitiva, contenida en la primera edición del Código Penal de 1874, establecía lo siguiente:

Artículo 433: *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo a muerte:*

1º.- *Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio.*

2º.-*Cuando fuere acompañado de violación o mutilación de un miembro importante.*

3º.-*Cuando se cometiere en despoblado i en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito se causare algunas de las lesiones penadas en el núm. 1º del artículo 397, o el robado fuere retenido bajo rescate o por más de un día.*

4º.- *En todo caso el jefe de la cuadrilla armada total o parcialmente.*

Hay cuadrilla cuando concurren a un robo más de tres malhechores.

Esta era la primitiva redacción del artículo en análisis. En su génesis no existió gran discusión por parte de la Comisión Redactora, la que aprobó su texto en forma inmediata, como consta en el acta de la sesión N° 92, de fecha 7 de junio de 1872.

La primera modificación que experimentó esta disposición se produjo el año 1954, mediante la dictación de la Ley N° 11.625¹⁰⁹. En relación con los delitos de hurto y robo, una de las particularidades más salientes con que hasta ese momento se presentaban, y que el mismo mensaje recalca, era la facilidad con que los delincuentes se desprendían de los bienes sustraídos tan pronto como se veían sorprendidos o eran perseguidos, con el objeto de obtener la disminución de la pena por no haber perfeccionado su comisión. A este respecto, el Ejecutivo señalaba que “*si bien la doctrina universal admite que los grados de tentativa o frustración merecen un tratamiento penal menos severo, por cuanto no se ha alcanzado la lesión del bien jurídico, no es menos cierto que la misma doctrina admite que, en ciertos casos, la lesión está constituida tan sólo por el peligro en que se ha puesto el bien jurídico. En nuestro país, donde se observa con caracteres especialmente graves estos atentados contra el patrimonio, las razones más elementales de política criminal aconsejan que ellos se consideren como consumados aun cuando únicamente se hallen en el grado de tentativa, y, por ende, también de frustración*”

En lo que respecta al artículo 433, éste aparece reformado en varios aspectos:

El proyecto lo refunde con el artículo 435, el cual se deroga;

Se establece un orden decreciente de penalidad, según el resultado de las violencias ejercidas;

¹⁰⁹ El análisis en general de la ley N° 11.625 se encuentra a partir de la página 21 de este trabajo, análisis al cual nos remitimos.

Se suprime, como figura autónoma, el robo en despoblado y en cuadrilla, circunstancias que pasan a ser agravantes comunes para los robos y hurtos de cualquier género.

Posteriormente, mediante la Ley N°13.303 de 31 de Marzo de 1959, promulgada durante el gobierno del Presidente Sr. Jorge Alessandri Rodríguez, se produce una segunda modificación, en los siguientes términos:

Art.2º, Ley N°13.303: *“Reemplázanse los números 1 y 2 del artículo 433 del Código Penal por los siguientes:*

1º) Con presidio mayor en su grado medio a muerte cuando, con, motivo u ocasión del robo, se cometiere, además homicidio, violación o, algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1.

2º) Con presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren las lesiones de las que trata el N°2 del artículo 397”.

Esta ley modificatoria es producto de una moción del Senador, Sr. Luis Quinteros Tricot, y tiene como principal fundamento otorgar mayores facultades a los jueces para que no se vean obligados a aplicar sanciones que no coinciden con la gravedad del delito. Como lo dice el Senador en la moción *“...se trata de evitar que por el juego de agravantes, que a menudo concurren en los delitos de robo, como la de ser dos o más los malhechores, o de realizarlos en lugares oscuros o solitarios, en los casos más graves en que también se lesione gravemente a la víctima, el juez se vea constreñido a aplicar la pena de muerte, sin darle la posibilidad de una pena inferior cuando juzgue aquella excesiva. La tendencia moderna en los países en que subsiste la pena de muerte es darle la flexibilidad suficiente para que nunca se transforme en pena única.”*. Es esto, precisamente lo que se intenta con la dictación de esta ley modificatoria, darles mayor amplitud a los jueces al aplicar una pena, para no aplicar sanciones excesivamente drásticas, que no se condicen con el principio de proporcionalidad que rige en el Derecho Penal moderno. Se aprecia, además, en la moción del Senador la inquietud por evitar la aplicación de la pena de muerte, señalando que se debe dar la flexibilidad suficiente al sentenciador para que este no la aplique como pena única.

Una modificación posterior se produce el año 1991, mediante la dictación de la Ley N° 19.029, que en su artículo 2 señala:

Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

5º.- Reemplázanse en el número 2 del artículo 433 la frase “presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”, por la frase “presidio mayor en su grado medio a máximo”.

El principal objetivo de esta ley es eliminar, de cierta manera, la imposición de la pena de muerte, como pena susceptible de ser aplicada por nuestros tribunales de justicia¹¹⁰.

La última modificación que ha tenido este artículo, es la que se produjo con la dictación de la Ley N° 19.734, de Junio de 2001, mediante la cual se proscribió la pena de muerte.

Doctrina.

¹¹⁰ El análisis del contexto histórico en el que se enmarca la dictación de la ley N° 19.029 y su análisis en general se encuentra a partir de la página 30 del presente trabajo, al cual nos remitimos.

Artículo 433 del Código Penal: **“El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:**

1º Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, N.º 1º.

2º Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones de las que trata el N.º 2 del artículo 397”.

El artículo 433 tipifica el delito que la doctrina ha denominado “Robo Calificado”, por ser una figura compleja, que además de implicar un atentado de carácter patrimonial llevado a cabo mediante violencia o intimidación en las personas, afecta otros bienes jurídicos, como la vida, la integridad física y síquica, la libertad sexual y la libertad individual, por lo que resulta ser una conducta especialmente grave. Dicho artículo, en sus dos numerales establece dos grupos de situaciones:

El N° 1 tipifica el robo con homicidio, el robo con violación, y el robo con castración, mutilación o lesiones gravísimas.

El N° 2 tipifica el robo con rescate, secuestro o lesiones graves.

ROBO CON HOMICIDIO.

Etcheberry destaca que la disposición legal se refiere, con posterioridad a la reforma de la Ley 13.303, a que con motivo u ocasión del robo, “se cometiere, además, homicidio”. O sea, el legislador contempla esta figura como un delito complejo, si hubiera querido referirse a un delito preterintencional o calificado por el resultado habría redactado el precepto de otra manera, en vez de decir homicidio habría dicho “resultare la muerte”. En todo caso, primitivamente la disposición preceptuaba: “cuando con motivo u ocasión del robo *resultare* homicidio...”, con lo cual parecía incluir tanto el homicidio doloso en relación al robo cometido, como el culposo e incluso el meramente accidental, con lo que esta figura tenía el carácter de calificada por el resultado, carácter que claramente no tiene, dada la exigencia de dolo con respecto al homicidio¹¹¹. Agrega que la ley ha reunido, por razones de política criminal, dos delitos independientes en una sola unidad o pena común, debido a la conexión ideológica en que se encuentran: el homicidio es una consecuencia ocasional del robo, o bien sirve a éste, y por tal razón, siendo en principio más grave un atentado contra la vida que contra la propiedad, prevalece dentro de esta unidad el elemento robo, que da su denominación y ubicación sistemática al delito, el cual es fundamentalmente contra la propiedad y no contra la vida. También señala que se discutió si a esta figura delictiva se le hacían aplicables o no las agravantes (y calificantes) del homicidio, en especial la premeditación y la alevosía, aplicables sólo a los delitos contra las personas¹¹². En este punto, Labatut señala que la jurisprudencia se mostró vacilante, y si bien la mayoría de los fallos admiten que en esta clase de delitos pueden concurrir todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que la ley establece, el problema carece de importancia, porque el artículo 456 bis, agregado por la ley N.º 11.625, dispone

¹¹¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.338. Garrido Montt destaca lo mismo en Derecho Penal, Parte Especial, V. 4, 1997, pág.197.

¹¹² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.339.

en uno de sus incisos que las aludidas circunstancias agravantes serán aplicables en los casos en que se ejerza violencia sobre las personas¹¹³.

Labatut señala que “por su naturaleza es un delito complejo, cuyo *núcleo rector*, eje del tipo, el ataque contra la propiedad ajena -lo que explica su ubicación en el Código- siendo el hecho principal, no es, sin embargo, el más grave. Lo integran la necesaria concurrencia de dos elementos:

Un atentado contra la propiedad –el robo- y conjuntamente otro contra las personas o la moralidad pública: el homicidio, las lesiones corporales o la violación (...).

La relación estrecha entre ambos atentados y que pone de relieve la frase “con motivo u ocasión del robo”. Ella nos indica la subordinación a la figura principal (robo) del homicidio o de los otros delitos que acompañan al robo, como asimismo, que la ley comprende tanto el caso del que mata o lesiona para facilitar el robo (con motivo), como aquel en que el homicidio u otro de los delitos que integran la figura resultan a consecuencia de él (con ocasión). El alcance de ambas acciones debe sujetarse a lo dispuesto en el encabezamiento del artículo 433, por lo que la fórmula antes mencionada puede estimarse como un refuerzo de dicho nexo, pues está reafirmando la necesidad de que el homicidio, las lesiones o la violación se encuentren en la esfera de acción del robo”¹¹⁴.

Bajo Fernández se refiere a la crítica que se hace a la existencia de la figura compleja del robo con homicidio en la legislación española anterior a la reforma de 1995: *“cada vez son más los autores que entienden que la reforma de 1983 (reforma al Código Penal español) ha desaprovechado una excelente ocasión para la eliminación del delito complejo de robo con homicidio y sustituirlo por la fórmula más adecuada del concurso. Además de las dificultades interpretativas en el plano dogmático, que devienen en una fuente de incerteza y de plantear más dificultades de las que resuelve, se dice que el argumento fundamental del delito complejo, cual es del tratamiento más severo de estos supuestos, podría lograrse por la vía de aumentar la pena del robo con violencia o intimidación en las personas hasta tal grado que el concurso con el homicidio provoque siempre el tratamiento severo del supuesto. Sin embargo, Torío ha hecho alguna matización en el sentido siguiente: Entiende Torío que el homicidio preordenado al robo, es decir, la muerte cometida con el fin de desposeer a la víctima, es un supuesto político criminalmente carente de sentido entre los delitos contra la propiedad, debiendo tratarse –de lege ferenda- como modalidad del asesinato. Desde el punto de vista político criminal, este supuesto no es un delito contra el patrimonio –aunque hoy la ley así lo considere-, y sí un homicidio cualificado, caracterizado por el ánimo de lucro o la codicia del autor que deben incluirse en el asesinato (homicidio calificado) como se hace también en el Derecho comparado”*¹¹⁵.

Consideramos necesario señalar que a contar de la dictación del Código Penal de 1995, la legislación española deja de considerar el robo con violencia o intimidación en las personas como una figura compleja autónoma, dejando su tratamiento entregado a las reglas de los concursos¹¹⁶. Esta modificación es explicada por Muñoz Conde en los

¹¹³ Gustavo Labatut Glens, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, pág.203. En el mismo sentido se manifiesta Etcheberry, en “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.340.

¹¹⁴ Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.202 y 203.

¹¹⁵ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.122.

¹¹⁶ El artículo 242 N°1 del Código Penal Español de 1995 señala textualmente: *“El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”*.

siguientes términos: *“La intimidación, que por sí sola constituye un delito de amenazas o de coacciones, es inherente al delito de robo de forma que no puede castigarse independientemente de él. No sucede lo mismo, sin embargo, con la violencia, ya que ésta, cuando es de cierta entidad, puede dar lugar a resultados lesivos constitutivos de delitos de lesiones u homicidio, que entrarán en concurso con el delito de robo. También cuando la intimidación da lugar a un delito contra la libertad distinto de la simple amenaza o coacción (por ej., unas detenciones ilegales) habrá el correspondiente concurso. Esta es la principal diferencia entre la nueva regulación y la regulación anterior, en la que estos delitos formaban uno complejo con el robo, lo que planteaba especiales problemas interpretativos de difícil solución. Ahora, conforme al apartado 1 del art. 242, se castiga el robo con violencia o intimidación en su tipo básico con la pena de prisión de dos a cinco años, <<sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase>>, y aunque el precepto se refiere exclusivamente a los actos de violencia física, no hay por qué excluir del las reglas generales del concurso otros delitos que puedan derivarse del empleo de la intimidación (detenciones ilegales y secuestros, agresiones sexuales, etc.)”*¹¹⁷.

Existe en otras legislaciones la figura del “latrocinio”, que es el homicidio cometido para preparar, consumir u ocultar un robo, o para asegurar su resultado o su impunidad, o el cometido por no haber obtenido el resultado propuesto con el robo, esto es, el homicidio preordenado al robo o a la venganza, la diferencia entre esta figura y el robo con homicidio reside en el aspecto subjetivo, en el ánimo del ladrón al momento de ejercer la violencia de resultado mortal¹¹⁸.

Para Carrara, el latrocinio es, tradicionalmente, homicidio cometido con fin de lucro. Se compone por lo tanto, de dos extremos: el lucro como fin y la muerte como medio¹¹⁹. Señala que por lucro se entiende cualquier ventaja que se desee conseguir merced a la muerte¹²⁰.

Fontán Balestra, refiriéndose al Código argentino, señala que cuando el homicidio ha estado en los planes y en la decisión del autor, se trata de latrocinio, y cuando sin existir el propósito previo de matar, el homicidio resulte con motivo u ocasión del robo, se estará en presencia de un caso de robo con homicidio¹²¹.

Para Ricardo C. Núñez, otro penalista argentino, *“de ahí que la acción del ladrón sólo será un robo con homicidio, si las circunstancias particulares del hecho demuestran que, a pesar de la aptitud para matar del medio empleado, el autor lo usó precisamente, tratando de evitar ese resultado” (...)* *“El ladrón ha querido violentar pero, previendo como posible la muerte, no la ha querido. En esta hipótesis, si bien se le puede imputar al ladrón dolo homicida, éste no consiste en la preordenación de la muerte al robo, requerida por el latrocinio”*¹²².

Emilio C. Díaz, refiriéndose también a la legislación transandina, señala que *“cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio, esta calificativa de tanta gravedad, hace que la pena se cambie...(por una más elevada)”*. Dice que esta figura se refiere al caso

¹¹⁷ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal. Parte Especial”, 11° edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.342 y 343.

¹¹⁸ Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1951, pág.211-212.

¹¹⁹ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 1186.

¹²⁰ Francesco Carrara, idem, parágrafo 1187.

¹²¹ Carlos Fontán Balestra, “Derecho Penal, Parte Especial”, ed. Abeledo-Perrot, 1959, pág.459.

¹²² Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1951, pág.211-212.

en que el homicidio fuera resultado accidental del robo, no al caso en que se emplee como medio para consumir, ocultar, preparar o asegurar la impunidad del robo. Agrega que por justicia, en estos casos debe darse a la pena un carácter más extenso y flexible, para que se atienda a todas las circunstancias que medien en lo que la ley no puede prever con precisión, y da como ejemplo, el supuesto de haberse atado y amordazado a la víctima, para consumir el robo, y dejada, luego, en la precipitación de la huída, en tales condiciones, fallece por asfixia¹²³.

Bustos Ramírez señala que “el homicidio doloso del otro se podrá producir tanto con motivo del robo (esto es, en relación de finalidad, cualquiera sea ella), o bien, con ocasión de él (es decir, aunque no exista tal relación de finalidad, sino simplemente se dé el homicidio en el transcurso del robo, en cualquier momento de él). “Con motivo” amplía la conexión a hechos anteriores al robo mismo, pues basta la finalidad y no la coetaneidad con el robo (así matar la noche anterior al sereno del banco, con el objeto de poder entrar sin mayor problema la noche siguiente a robar)”¹²⁴.

En palabras de Rodríguez Devesa, “no basta con un robo y un homicidio, sino que hace falta una relación entre ambos. De ordinario, el peso de este problema se hace recaer sobre las palabras: con motivo u ocasión. Creo, sin embargo, que la esencia del nexo se encuentra en el verbo causar (en el Código español dice: cuando con motivo u ocasión del robo se cause un homicidio doloso), que hace referencia a una relación de causalidad, pone de manifiesto la índole de la relación que ha de mediar entre el robo y el homicidio; el homicidio debe ser causado por el robo, el efecto o resultado del robo. El robo es un antecedente del homicidio. Las palabras “con motivo u ocasión” han venido a transformarse en uno de los logogrifos de la parte especial. Homicidio con motivo de robo es aquel que entra en la línea de la violencia ejercida para conseguir el apoderamiento: se maltrata brutalmente a la víctima para que revele dónde tiene el dinero, y muere a consecuencia de los malos tratos sufridos. Homicidio con ocasión del robo es aquel que aparece en la periferia de la conducta: un vecino acude en auxilio del robado, el ladrón le da muerte para conseguir el apoderamiento. Pero siempre, obsérvese, en relación de causalidad con él, pues las palabras con motivo u ocasión sólo vienen a matizar, concretándolo, el nexo causal entre ambos delitos, que no puede faltar sin que desaparezca el complejo: robo con homicidio”¹²⁵.

Cuello Calón señala que “el homicidio ha de resultar con motivo u ocasión del robo. Basta que entre aquél y éste exista una relación meramente ocasional. No se requiere que el homicidio se cometa como medio de ejecución del robo, ni que el culpable tenga intención de matar, el delito existe según constante jurisprudencia, aun cuando no concorra animo homicida, incluso si la muerte sobreviene por mero accidente siempre que el homicidio se produzca con motivo o con ocasión del robo, siendo indiferente que la muerte sea anterior, coetánea o posterior a éste”¹²⁶.

Ortiz Quiroga señala, acerca del robo con homicidio, que el sujeto debe “querer robar”. La muerte, por lo tanto, es una cuestión que acompaña al robo, ya que si la apropiación acompaña a la muerte, se trata de dos delitos y no de uno solo, cual es este delito complejo elaborado por el legislador atendiendo a conductas disímiles (robar y matar) y atendiendo a la afectación de bienes jurídicos diversos, la conducta aquí es por consiguiente

¹²³ Emilio C. Díaz. “El Código Penal para la República Argentina”, 1928, pág. 322.

¹²⁴ Juan Bustos R., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.178.

¹²⁵ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales sobre los Delitos contra la Propiedad”, pág.411 y 412.

¹²⁶ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.798.

“robar matando”. Según el profesor Ortiz, “con motivo” comprende la alternativa en que el delincuente quiere robar y ante la resistencia de la víctima la mata para robar, y “con ocasión” dice relación con que el sujeto ya puede tener la cosa y no ha necesitado matar para hacerse de ella y teme no mantener su impunidad, por lo que mata a la víctima y huye¹²⁷.

Etcheberry señala que en todo caso, el homicidio debe cometerse con motivo u ocasión del robo. Para este autor, “con motivo” del robo se refiere a cuando existe una vinculación ideológica y común a toda violencia integrante del robo: subjetivamente, el homicidio es para el delincuente un medio para facilitar la ejecución del delito. Cometerlo “con ocasión” del robo significa que para el delincuente el homicidio es una manera de lograr seguridad o impunidad; no es matar para robar, sino matar al robar¹²⁸.

En el mismo sentido, Garrido Montt nos dice que *“con motivo importa que tiene que existir una relación de medio a fin entre la muerte que se provoca y la apropiación que persigue el sujeto activo; subjetivamente el autor ha de considerar la privación de la vida de la víctima, como una forma de facilitar o llevar a efecto el apoderamiento de la cosa mueble (...). La expresión con ocasión, debe entenderse como los homicidios ejecutados no para concretar el robo, sino mientras se realizaba o inmediatamente de cumplida la apropiación y, en ese último caso, siempre que sea para asegurar la impunidad del hecho. La muerte debe estar vinculada ideológicamente con el robo y ha de llevarse a cabo dolosamente; quedan excluidas las muertes accidentales o atribuibles a culpa”*¹²⁹.

¿Qué debemos entender por “Homicidio”?

Un punto importante es qué debemos entender por “homicidio”. ¿Vamos a comprender el homicidio culposo, fortuito, con dolo eventual, con dolo directo, el parricidio, el homicidio calificado?

El profesor Ortiz Quiroga señala que la muerte fortuita no constituye para estos efectos homicidio. Ahora, respecto a si cabe o no dentro del homicidio la figura del parricidio de acuerdo a la disposición en estudio, el citado profesor nos dice que hay juristas que opinan que sí, y en este caso estaríamos en presencia de un robo con homicidio porque, básicamente, el parricidio no es sino la muerte de una persona por otra con un vínculo de parentesco, por consiguiente el tipo básico es homicidio. Señala este académico, que en nuestro país, sin embargo, dada nuestra legislación y en una interpretación sistemática, la mayoría de los intérpretes piensan que debemos excluir el parricidio del elemento normativo “homicidio” que establece la ley, esto resultaría porque el parricidio, contemplado en el artículo 390 del Código Penal, tiene una pena que es ligeramente mayor a la del robo con homicidio, empieza en 15 años y un día, en cambio en el robo con homicidio, la pena comienza en 10 años y un día. El profesor Ortiz, en definitiva apoya la opinión de la mayoría; sostiene que en el robo con homicidio queda excluido el robo con parricidio. En ese caso estaríamos frente a un parricidio más el delito contra la propiedad respectivo de acuerdo a sus modalidades¹³⁰.

¹²⁷ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

¹²⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.341-342.

¹²⁹ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.195-196.

¹³⁰ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

Para Labatut, en cambio, “el término *homicidio* que emplea la ley está tomado en sentido genérico y no específico, por lo cual comprende el homicidio simple, el asesinato y el parricidio”¹³¹.

Etcheberry apunta: “en nuestra opinión, sin embargo, el homicidio que se comete debe ser doloso, aunque sea con dolo eventual. Difícil es sostener que un cuasidelito, en el cual está ausente la intención, se cometa “con motivo” del robo. Es más posible estimar que sí puede ser cometido “con ocasión” del mismo, pero es indudable que el sentido agravatorio que supone esta figura no se da con igual intensidad cuando el homicidio ha sido querido o al menos consentido, que cuando se ha provocado sólo en forma imprudente. En este último caso, estimamos que debe sancionarse el hecho como un concurso de robo simple con cuasidelito de homicidio. (...) estimamos que si se trata de un robo con parricidio, debe sancionarse como un concurso de robo simple con parricidio (si ha habido otras violencias que no sean las constitutivas del parricidio mismo; si no las ha habido, el concurso será entre hurto y parricidio)”¹³².

Garrido Montt opina que la ratio legis lleva a sostener que sólo puede ser constitutivo de robo con homicidio el homicidio simple, si con motivo u ocasión del apoderamiento se comete parricidio u homicidio calificado, estaríamos frente a un concurso real entre estos delitos y el de robo con violencia, que debería sancionarse según el artículo 75 del Código Penal, siempre que se diera la relación de medio a fin¹³³. Este autor también señala que se requiere un homicidio doloso en esta figura, y que el dolo eventual podrá presentarse normalmente cuando el homicidio se produce con ocasión del robo, ya que al cometerse el homicidio con motivo del robo, necesariamente requiere una determinación previa¹³⁴.

Entre los tratadistas hispanos, Cuello Calón opina que es indiferente que el hecho de la muerte constituya un homicidio en sentido estricto o un parricidio o un asesinato. Señala que “la expresión “*homicidio*”, que emplea el texto legal, no se refiere estrictamente al delito específico de homicidio, sino que conforme al contenido del capítulo denominado “*Del homicidio*” (en nuestro Código es un párrafo), que se usa en un sentido amplio y genérico para designar toda muerte dolosa de un hombre, cualquiera que sean las circunstancias concurrentes y comprende además del parricidio y del homicidio común, el asesinato”¹³⁵.

Juan Bustos opina que “como reiteradamente se ha dicho, configura un delito complejo, cuya finalidad es alterar las reglas del concurso de delitos. Y dicha alteración en este caso (y generalmente) va dirigida a un aumento de la penalidad por razones preventivo generales; (...) en cambio, si se incluyera en el N° 1 el parricidio y el asesinato resultaría que la pena sería menor que la del homicidio. Tal solución resulta ajena a la ratio del artículo 501 (robo con homicidio) y lleva al absurdo (...). En definitiva, habría que concluir que sólo se abarca el homicidio doloso (lo que ciertamente restringe este supuesto en el caso de “motivo”, ya que a menudo habrá asesinato por premeditación), comprendiendo también el dolo eventual”¹³⁶.

¹³¹ Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.203.

¹³² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.339-341.

¹³³ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.198-199.

¹³⁴ Mario Garrido Montt, op. cit, pág.200.

¹³⁵ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.797-798.

¹³⁶ Juan Bustos R., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.178.

Por su parte, Rodríguez Devesa señala: “... a primera vista da la impresión de que estamos ante un delito cualificado por el resultado, bastando una simple relación de causalidad e, incluso, que era indiferente que se tratase de un homicidio, un asesinato o un parricidio, poniéndose a cargo de los partícipes tuvieran o no conocimiento de la muerte, estuvieran o no de acuerdo con ella. Una interpretación, a mi juicio, correcta aunque no compartida en muchos casos por la jurisprudencia, conducía, sin embargo, a la conclusión de que, tanto histórica como teleológicamente, debía tratarse de un homicidio simple, doloso o culposo”¹³⁷.

Sobre el particular, Soler señala: “resulta equívoco preguntar a qué clase de homicidio se refiere la ley en esta disposición. La muerte resultante debe estar conectada, como en los demás delitos preterintencionales, bajo la forma de responsabilidad culposa, porque lo que sea resultado de un puro caso fortuito no es un resultado de la acción desplegada para robar. Pero obsérvese que el sentido de esta figura evidentemente comprende formas de muerte que tal vez no deban ser imputadas en otros casos. Por ejemplo, si en un asalto nocturno una señora anciana muere del terror suscitado por asaltantes armados, ese resultado es sin duda imputable en este caso, porque una de las características de la acción del robo es precisamente la de paralizar por terror a las víctimas. El ladrón cuenta con el terror y debe contar con las consecuencias de éste (culpa)”¹³⁸.

Caso de robo con resultado de varios homicidios

Finalmente, si en relación a un mismo delito de robo con homicidio se da muerte, por ejemplo, a más de una persona, tendremos un caso de tipicidad reforzada, evento en que existe un solo delito, por cuanto los hechos (resultado múltiple) encuadran en una misma figura. En tal caso cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal¹³⁹⁻¹⁴⁰. Etcheberry opina que si se cometen varios homicidios el delito siempre es único, y la mayor extensión del mal sólo se hace sentir a través del artículo 69¹⁴¹.

Garrido Montt, por su parte, adhiere a “la posición que cuenta con el acuerdo mayoritario de la doctrina considera que una sola muerte, más la apropiación, colman el tipo delito de robo con homicidio y que, como consecuencia, las demás muertes causadas han de constituir delitos de homicidio independientes. Esta doctrina responde a la finalidad histórica de la existencia del delito de robo con homicidio, que es sancionar con más severidad un hecho de tanta gravedad como es matar con motivo de la apropiación de bienes muebles, que al estar ubicado en los delitos contra la propiedad permite, para efectos de reincidencia, considerar no sólo los atentados a la vida anteriores, sino también los delitos contra el patrimonio en el pasado por el autor”¹⁴².

¹³⁷ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales sobre los Delitos contra la Propiedad”, pág. 411 y 412.

¹³⁸ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, volumen IV, pág. 277.

¹³⁹ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.203.

¹⁴⁰ Artículo 69: “Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

¹⁴¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.341.

¹⁴² Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, T. IV, año 2000, pág.197-198.

Según Bajo Fernández, la pluralidad de resultados de muerte se resuelve apreciando un robo con homicidio en concurso con el resto de los homicidios cometidos¹⁴³ (en referencia al texto anterior a la reforma de 1995).

ROBO CON VIOLACIÓN.

También trata el legislador como calificado, el robo con motivo u ocasión del cual se cometiere, además, violación.

El delito de violación se encuentra definido en el artículo 361 inciso 2º: *“Comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:*

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

Esta es la figura base de la violación, sin embargo también es violación el acceso carnal vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, castigándose con una pena mayor que la contemplada en el artículo 361, independientemente de si concurren o no las circunstancias antes enumeradas (artículo 362 del Código Penal).

Es difícil concebir una violación cometida con motivo del robo, o sea, que se emplee la violación para robar. Por lo tanto esta figura de robo con violación quedará reducida a la violación que se cometa con ocasión del robo. Los actos de violencia deben estar encaminados a los dos objetivos, la apropiación y el acceso carnal¹⁴⁴.

Por su parte Garrido Montt señala que *“dada la naturaleza del primer delito - violación- es obvio que no puede llevarse a cabo para cometer la apropiación, o sea con motivo de ella según la expresión del precepto, de suerte que sólo será posible que se abuse sexualmente de una persona con ocasión del atentado a la propiedad”*. El mismo autor agrega que razones de política criminal hacen que subsista esta figura, pues este delito es muy frecuente y atenta dos bienes muy valiosos, la libertad sexual y el patrimonio¹⁴⁵. En la misma línea el profesor Etcheberry opina que en el robo con violación *“el delito de violación aparece algo artificialmente unido al robo en esta disposición, ya que, por su naturaleza, la violencia no va dirigida en él a la apropiación de especies, sino a la cópula. Difícilmente puede concebirse un caso en que la violación se concreta con motivo del robo, es decir en conexión de medio a fin con la apropiación. Quedará sólo la hipótesis de que se cometa con ocasión del mismo”*¹⁴⁶.

Para salvar el anterior problema, en legislaciones como la española, se hacía referencia –antes de la reforma de 1995- a la violación que *acompaña* al delito de robo. Bajo Fernández señala que *“la ley exige que el robo **fuere acompañado** de violación, quizás porque el legislador ha podido percatarse de que en puridad no puede exigirse ninguna otra vinculación más estrecha entre robo y violación. Así como la muerte del propietario de*

¹⁴³ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.137.

¹⁴⁴ Esta tesis ha sido expuesta por el profesor Luis Ortiz Quiroga, en “Derecho Penal Especial, Parte Especial”. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

¹⁴⁵ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal. Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.201.

¹⁴⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.343-344.

*la cosa pudiera ser un medio para lograr el robo, la violación nunca puede cumplir esa función*¹⁴⁷.

Garrido Montt sostiene que “si bien de *lege ferenda* ha sido objeto de reparos teóricos la mantención de esta figura como única y compleja, razones de política criminal permiten que aún subsista, ya que importa dos graves atentados, uno a la libertad sexual de la víctima y otro en contra de su patrimonio, que desgraciadamente son realizados conjuntamente con demasiada frecuencia en la realidad social, lo que históricamente ha justificado una reacción punitiva excepcionalmente drástica”¹⁴⁸.

En este mismo sentido, Bajo Fernández apunta que “*por lo general, la doctrina crítica con bastante severidad el delito de robo con violación por carecer de justificación criminológica y su creación ha sido imputada a una arbitrariedad histórica del legislador. Sin embargo, no puede ignorarse la gravedad que supone el doble ataque a una mujer para violentar su libertad sexual y desposeerla, lo que, de añadir una extraña frecuencia de comisión conjunta, explicaría que el legislador quisiera tratar con severidad estos supuestos*”¹⁴⁹.

Dada la naturaleza de este delito, no cabe dudar acerca de si se trata de un delito complejo o calificado por el resultado, ya que nunca una violación puede resultar de un robo en forma puramente casual, fortuita, ni cometerse culposamente. Es forzoso que se realice por lo menos con dolo eventual. La víctima de la violación y la de la apropiación pueden ser distintas (por ejemplo marido y mujer)¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

En caso de cometerse varias violaciones, con una sola violación se conforma el delito de robo con violación, las otras violaciones constituyen delitos independientes que deben ser castigados en concurso material¹⁵².

Bajo Fernández opina que en caso de cometerse varias violaciones, deberá apreciarse como un delito complejo de robo con violación en concurso con cada una de las violaciones que se hubieran realizado¹⁵³.

Rodríguez Devesa apunta que “la violación ofrece peculiaridades porque no siempre está conectada al empleo de la violencia o intimidación precisas para cometer el delito de robo. No hay que olvidar aquí que el delito de violación comprende muy diferentes hipótesis, y que no todas suponen el ejercicio de la violencia o la intimidación. Por tanto, en lo que a

¹⁴⁷ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.140-141.

¹⁴⁸ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo IV, año 2000, pág.202.

¹⁴⁹ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.139-140.

¹⁵⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.344.

¹⁵¹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.203, señala también que, “*la víctima del robo puede ser una persona distinta a la que es objeto de la violación, siempre que esta última acción sea realizada con ocasión y en momentos inmediatos al apoderamiento del bien mueble*”.

¹⁵² Mario Garrido Montt, ídem.

¹⁵³ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.141. Debemos hacer notar que esta cita corresponde a los comentarios del autor en relación al texto del Código Penal español anterior al del año 1995.

la violación se refiere, hay que destacar una interpretación que coloque al delito en la línea del apoderamiento de las cosas ajenas”¹⁵⁴.

Bustos señala “en cuanto a la violación, su inclusión aparece como una clara manifestación de un criterio preventivo general, en que se trataría de contrarrestar el aprovechamiento de la situación de superioridad en que se encuentra el agresor en este caso. Por ello mismo (...) hay que entender que la violación ha de ser en el robo. Esto es, por lo menos ha de preceder la intención de robar expresada en los hechos (un principio de ejecución), no podría ser el robo posterior a la violación”¹⁵⁵.

ROBO CON MUTILACIÓN O LESIONES GRAVÍSIMAS.

Este delito se configura cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometen, además, lesiones que se contemplan en los artículos 395 (castración), 396 (mutilaciones) y 397 N°1 (lesiones gravísimas). Señalan estos artículos:

Artículo 395 Código Penal: **“El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”.**

Artículo 396 Código Penal: **“Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.**

En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como de un dedo o una oreja, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio”.

Artículo 397 N°1 Código Penal: **“El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como procesado por lesiones graves:**

1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resulta de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”.

Etcheberry señala que “por las razones expuestas en relación con el cuasidelito de homicidio dentro del robo con homicidio, estimamos que quedan fuera del ámbito de esta disposición las mutilaciones o lesiones que se causen por culpa (cuasidelito de lesiones). Las lesiones gravísimas pueden ser causadas con dolo directo o eventual. Es más discutible la situación de las mutilaciones (incluida la castración), ya que el código habla de cometerlas, remitiéndose a los Arts. 395 y 396, y en ellos se exige el dolo directo como forma subjetiva de culpabilidad. Empero, el problema carece de relevancia práctica, ya que en todo caso las mutilaciones causadas con dolo eventual serían punibles como lesiones gravísimas, y siempre quedarían comprendidas en el Art. 433 N° 1”¹⁵⁶.

Garrido Montt, citando a Etcheberry, señala que “el tipo subjetivo no ofrece modalidades especiales, salvo respecto de las mutilaciones, que exigen dolo directo, que en principio no sería necesario en las lesiones gravísimas, que se satisfacen con dolo

¹⁵⁴ José María Rodríguez Devesa, “Consideraciones Generales sobre los Delitos contra la Propiedad”, pag.416-417. Debemos hacer notar que esta cita corresponde a los comentarios del autor en relación al texto del Código Penal español anterior al del año 1995.

¹⁵⁵ Juan Bustos R., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.179. Debemos hacer notar que esta cita corresponde a los comentarios del autor en relación al texto del Código Penal español anterior al del año 1995.

¹⁵⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.344.

eventual¹⁵⁷. Las lesiones causadas culposamente quedan excluidas, más aún las fortuitas, por las razones que se señalaron al analizar el robo con homicidio y, además, porque al hacer referencia el artículo 433 a los artículos 395, 396 y 397 se está aludiendo a los delitos allí descritos que requieren de dolo, y no a los culposos descritos en el artículo 490". Además Garrido Montt opina que *"la incorporación de las mutilaciones de miembro importante y menos importante dentro del N.º1 del Art. 433 merece reservas; pareciera más apropiado haberlas ubicado en el N.º2, dejando sólo la castración y las lesiones gravísimas en el N.º1, en razón de la penalidad de estos delitos, que evidencian una diferente valoración sobre su gravedad"*¹⁵⁸.

Emilio C. Díaz sostiene que, al igual que en el robo con homicidio, las lesiones deberán resultar por modo accidental. Si apareciere cometido el delito de lesiones para preparar, facilitar, ocultar el de robo, o para asegurar sus resultados o la impunidad para los partícipes existiría concurso de delitos. Estrictamente como debe interpretarse la disposición es necesario entenderla refiriéndose a violencias no dirigidas desde su iniciación a producir lesiones¹⁵⁹.

Fontán Balestra señala que las lesiones leves están excluidas de esta figura, ya que se encontrarían absorbidas en la figura de robo simple¹⁶⁰. Esta opinión se adecua perfectamente a nuestra legislación, pues en nuestro Código tampoco se contemplan las lesiones leves en las figuras calificadas de robo.

Bajo Fernández opina que, según la doctrina mayoritaria, debemos entender que conforman el delito de robo con lesiones, las lesiones dolosas, y debe apreciarse concurso de delitos si hay lesiones culposas¹⁶¹.

Soler opina que el robo con lesiones *"no solamente resulta aplicable cuando las lesiones se infieren directamente para robar, sino siempre que sean el producto de la violencia ejercida contra las personas, en cualquiera de los momentos que la violencia resulta constitutiva de robo. Según este autor, no es necesario que las lesiones sean dolosas, bastaría que sean preterintencionales, o sea, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles"*¹⁶². Además, este autor cita la opinión de Carrara, el cual destaca que, *"si bien en algunos casos la gravedad de las lesiones podría ser un motivo para llevar esa figura compleja del robo con lesiones al capítulo de los delitos contra las personas, ello no obstante, debe mantenerse esa forma compleja dentro de los delitos contra la propiedad para todas las hipótesis, porque la distinción de las figuras se hace sobre la base de las hipótesis corrientes y lo corriente es que las violencias para cometer un hurto sean un verdadero accesorio del hecho básico contra la propiedad"*¹⁶³.

ROBO CON RESCATE O RETENCION.

¹⁵⁷ Alfredo Etcheberry, ídem.

¹⁵⁸ Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal. Parte Especial", Volumen IV, año 2000, pág.204.

¹⁵⁹ Emilio C. Díaz. "El Código Penal para la República Argentina", año 1928, pág. 321.

¹⁶⁰ Carlos Fontán Balestra, "Derecho Penal, Parte Especial". Buenos Aires, 1959, pág.464.

¹⁶¹ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", pág.144.

¹⁶² Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, 1951, pág.279.

¹⁶³ La cita que Soler hace de Carrara está tomada del libro "Programa del Corso di Diritto Criminale, 11° edición, 1924, parágrafo 1433, de Francesco Carrara.

Es una de las hipótesis contenidas en el numeral 2° del artículo en estudio, formas menos graves del robo calificado. Las conductas típicas que debe desplegar el actor para esta en presencia de esta hipótesis son:

Retener a las víctimas bajo rescate; o

Retener a las víctimas por más de un día.

La retención, como nos señala Etcheberry, es una situación de privación de libertad personal. **“Por más de un día”** alude a la duración únicamente, y es un concepto fácilmente determinable en forma objetiva. **“Bajo rescate”** significa “exigiendo un precio por la libertad de la víctima sea a ésta o a un tercero”¹⁶⁴. Se trata de un delito complejo, ya que retener personas es privarlas de su libertad ambulatoria y dejarlas sujetas a la voluntad de sus captores, lo que puede dar lugar a un delito de secuestro, de sustracción de menores, de detención ilegal u otras. Por consiguiente para que concurren los elementos de este delito es necesario que existan tanto una apropiación como una retención.

La voz “rescate” tiene un alcance normativo, cualquier beneficio vinculado con el delito de robo, sean medios materiales para facilitar la huída, sumas de dinero, o beneficios de otro orden, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria¹⁶⁵.

La segunda hipótesis que se plantea en esta disposición es la retención de personas, pero es necesario que ésta tenga una duración de más de un día. Esta exigencia se explica, ya que lo frecuente en este tipo de delitos es que se retenga a la víctima y demás personas que con ella se encuentran, por lo menos unos momentos, pero que la retención se extienda por más tiempo se considera excesivo, por lo que motiva el agravamiento de la sanción.

ROBO CON LESIONES SIMPLEMENTE GRAVES.

Las lesiones simplemente graves son tratadas en nuestro derecho en el artículo 397 N° 2 del Código Penal que señala “son las que producen enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”.

Es importante señalar que estas lesiones deben inferirse hiriendo, golpeando o maltratando de obra a la persona afectada, pero también comprenden, de acuerdo a la opinión de Garrido Montt, a aquellas que se infieren recurriendo a los medios señalados en el artículo 398 del Código Penal, es decir, suministrando a sabiendas sustancias o bebidas nocivas y aún abusando de la flaqueza de espíritu de la víctima. Quedan marginadas las lesiones culposas de esta figura delictual, pues se hace alusión exclusiva a las lesiones dolosas, lo cual no obsta a que se sancionen en concurso real con el robo¹⁶⁶.

Jurisprudencia más relevante:

Elementos que componen el robo con homicidio (Art.433 N°1).

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°147, página 99, Rol N° 1.980-90.

Doctrina.

¹⁶⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.344 y sgts.

¹⁶⁵ Mario Garrido Montt, “Derecho Penal, Parte Especial”, V. 4, 1997, pág.206.

¹⁶⁶ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, V. 4, 1997, pág.206 y 207.

“El robo con homicidio consiste en la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad del dueño y con propósito de lucro, matando a una persona con el fin de facilitar la ejecución del apoderamiento, para cometerlo, o para favorecer su impunidad. Entre el acto de violencia y el acto de apoderamiento debe existir una conexión objetiva y un enlace subjetivo. La primera dice relación con la necesidad de que ambos hechos han de producirse en un mismo contexto de acción o, como lo señala la ley, la violencia debe ejercitarse antes, durante o después de la acción de apoderamiento.

El enlace subjetivo significa que entre ambos hechos ya aludidos, debe existir una vinculación ideológica, de modo que la violencia o intimidación esté en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad”.

Consideraciones más relevantes de la sentencia :

“La estructura del tipo de robo con violencia o intimidación en las personas, es compleja en sí misma y la concurrencia de varias personas en la ejecución del hecho, hace aún más difícil la tarea de apreciar con exactitud la naturaleza jurídica del caso concreto”.

“Relacionando los arts. 432 y 433 del C. Penal, tenemos que el robo con violencia o intimidación consiste en sustraer, con ánimo de señor y dueño y propósito de lucro, una cosa de la esfera de custodia ajena -apropiarse-, empleando violencia o intimidación, antes del acto de apropiación, coetáneamente con él o con posterioridad a su realización. Entre el acto de apoderamiento y el acto de violencia (entendida en sentido amplio) debe existir una conexión objetiva y un enlace subjetivo. (Gaceta Jurídica N° 26, pág. 45 y ss.)”.

“La conexión objetiva, dice relación con la necesidad de que ambos hechos -el acto de violencia y el de apropiación- han de producirse en un mismo contexto de acción, dentro de un mismo entorno fáctico-temporal, en otras palabras, debe existir entre ambos elementos típicos una conexión cronológica más o menos inmediata. La ley ha señalado el momento en que ha de ejercitarse la violencia, antes, durante o después de la acción de apoderamiento lucrativo”.

“El enlace subjetivo significa que entre los dos hechos ya aludidos, debe existir una vinculación ideológica, un elemento subjetivo vinculatorio. (El delito de robo con homicidio, Jaime Vivanco, Edit. Universitaria, Santiago, 1957).

La violencia o intimidación deben desplegarse al servicio de la apropiación, el propósito del agente ha de ser el utilizarla para alguno de esos fines. La acción constitutiva de violencia o intimidación debe tener una dirección subjetiva específica, ella debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad. (Vivanco, op. citada, pág. 22)”.

“La exigencia de un nexo ideológico determina que si la violencia o intimidación no son motivadas por y ejercitadas para la apropiación (en el triple sentido ya señalado), no se da el delito complejo, sino que habrá un delito de hurto en concurso con el respectivo atentado contra las personas o contra la libertad.

En general, obstará al surgimiento de la hipótesis compleja -robo con violencia o intimidación, simple o calificado- la circunstancia de que el sujeto mate o emplee otra forma de violencia y se apropie luego de especies ajenas, sin que la acción homicida o de maltrato se emplee para conseguir el apoderamiento, esto es, propósito de sustraer, producido y realizado con independencia del de matar o violentar de otro modo (Gaceta Jurídica ya citada, pág. 46)”

“En tal virtud, como lo expresa el Prof. Vivanco, la ley ha precisado la ocasión en que pueden desplegarse la violencia o intimidación y con qué fines deben ser ellas empleadas, para que la acción toda se adecue al delito tipo de robo violento. (Vivanco, op. citada, pág. 21)”.

“Por tanto, el robo con homicidio consiste en la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad del dueño y con propósito de lucro, matando a una persona, con el fin de facilitar la ejecución del apoderamiento, para cometerlo o para favorecer su impunidad”.

“Si el agente da muerte a la víctima para arrebatarse una especie y no ejecuta fuera del acto mismo de matarla, ninguna otra acción constitutiva de violencia, ni coetánea, ni anterior o posterior a la apropiación, entendemos que surge el delito complejo, de robo con homicidio, porque el sujeto ejerce violencia -acción de matar- al apoderarse de la cosa y para conseguir ese fin, esto último, en el amplio sentido ya indicado, de realización misma del apoderamiento o de lograr su impunidad”.

“Como se ha declarado, el robo con homicidio es un delito complejo, formado por "la reunión de un hurto con un homicidio, que legalmente pasan a considerarse una unidad específica, ya que deben estar reunidos en el dolo del autor en tal forma, que la muerte siempre se conciba y ejecute en función de la apropiación". (Corte de Valparaíso, en causa contra Carlos Díaz Orrego y otro, citada en "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Alfredo Etcheberry; T. II pág. 513)”.

“Las expresiones "con motivo u ocasión", tienen por finalidad resaltar la conexión estrecha que debe unir a la acción de apoderamiento con el acto de violencia, representado por el homicidio y las demás conductas que el art. 433 del C. Penal señala. A través de dicha fórmula, que debe relacionarse obligatoriamente con el enunciado general del inciso primero del citado precepto, la ley ha especificado la clase de vínculo que debe ligar a ambos atentados. Quedan fuera del ámbito del robo calificado, aquellas situaciones fácticas en que no está presente esa vinculación objetiva y subjetiva”.

“No importa el orden o secuencia en que se presenten ambos hechos, siempre que la violencia se ejecute en relación temporal estrecha con la apropiación (antes, durante o después de ella) y con dolo homicida vinculado al apoderamiento, para favorecer la ejecución, cometerla o lograr impunidad”.

Robo con homicidio subsume el robo con intimidación.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°214, página 147, Rol N° 48.356-97.

Doctrina.

La figura de robo con homicidio en que el dolo consiste en el robo, que desencadenó una serie de consecuencias culminadas en homicidio, subsume al inicial robo con intimidación, con que se comienzan a ejecutar los hechos.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1º) Que el hecho establecido en el fundamento cuarto del fallo, refrendado con los antecedentes que arroja el proceso y que se configuran en el fundamento tercero, en que se aprecian en conciencia, es constitutivo de un solo hecho punible, el de robo con homicidio, porque el dolo consistió en el robo que desencadenó una serie de consecuencias, concluyendo con el homicidio de Pablo Segundo Campos Morales.

2º) Que en consecuencia, la figura de robo con homicidio subsume al inicial robo con intimidación, con el que se comienzan a ejecutar los hechos.

3º) Que de esta manera aparece establecido el delito de robo con homicidio que corresponde sancionar de acuerdo a lo previsto por el artículo 433 del Código Penal; y la participación de autor, entre otros de Mario Humberto Pezoa Pinda.

Pena aplicable al robo con intimidación y violación.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°219, página 161, Rol N° 31.499-98.

Doctrina.

Corresponde tipificar como un solo delito de robo calificado de especies con intimidación, cometiéndose con ocasión de él violación, la conducta consistente en unos mismos actos de intimidación constituidos por el porte de arma cortante, que causaron por una parte, apropiación de especies muebles de dos personas y por otra acceso carnal a una de estas últimas.

Por no concurrir atenuantes ni agravantes, procede considerar la norma del artículo 68, inciso 1º del Código Penal en la aplicación de la pena.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1º) Que los hechos descritos en el considerando segundo del fallo en alzada son constitutivos del delito de robo calificado de especies con intimidación en la persona de Ana Karina Gómez Mella y de L. Q. C., cometiéndose con ocasión del mismo, la violación de esta última, sancionado en el artículo 433 N° 1 del Código Penal con presidio mayor en su grado medio a muerte; puesto que unos actos de intimidación, constituidos por el porte de arma cortante, causaron, por una parte, apropiación de especies muebles de dos personas y, por otra, acceso carnal a una de estas últimas;

2º) Que de esta forma se acoge, parcialmente, la petición de la defensa del procesado en cuanto a considerar los hechos investigados como constitutivos de un solo delito y, con igual fundamento, se disiente de la opinión del Ministerio Público en cuanto en su dictamen de fojas 220 estuvo por compartir lo razonado por el juez de la causa e imponer al procesado la pena mayor asignada al delito más grave.

3º) Que en la imposición de la pena que corresponde aplicar al encausado se considerará la norma del artículo 68 inciso 1º del Código punitivo por no concurrir a su respecto ni atenuantes ni agravantes de su responsabilidad criminal.

Significado de las expresiones “con motivo” y “con ocasión”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Gaceta Jurídica N°174, página 164, Rol N° 389.640.

Doctrina.

El artículo 433, N° 1 del Código Penal exige -al sancionar el delito de robo con homicidio- que ambas figuras estén unidas entre sí por conexión ideológica, que fluye del término "con motivo", o con conexión objetiva, que fluye de la expresión "con ocasión", que también utiliza. "Con motivo" quiere decir para lograr el robo o para facilitararlo, y "con ocasión" significa matar al robar, sin designio previo de matar. (Consid. 3º)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Primero: Que de las probanzas pertinentes reunidas en el proceso y que se sintetizan en el fundamento 1º del fallo apelado, en especial de las declaraciones de los testigos Francisco Javier Puebla Díaz de fs. 13, Sergio Omar Madrid Verdejo, de fs. 14, y de Luis

Pérez Olivares de fs. 15, en cuanto contestes manifiestan haber visto entrar juntos, el día de los hechos, al procesado con el occiso a la mediagua en que vivía este último y luego salir solo, de la misma habitación, al primero portando un colchón de propiedad del segundo, una mochila y un cuchillo machetón -suceso que los movió a interceptarlo por presumir que le había robado a Mondaca, constatando que en el interior de la mochila llevaba un blue jeans y un par de botas de reno también de dominio de la víctima-, y posteriormente al entrar a la mediagua comprobar que Mondaca se encontraba moribundo botado boca abajo sobre su cama, desnudo de la cintura hacia los pies, presentando heridas en la cabeza, en la espalda y en una nalga, se acredita efectivamente que Eduardo Mondaca Oyanedel resultó muerto como consecuencia de los golpes de machete que recibió cuando se encontraba en el interior de su habitación el 29 de abril de 1993 en la noche, sustrayéndosele un colchón, un blue jeans y un par de botas de reno, cuyo dominio se acreditó.

Segundo: Que los hechos establecidos configuran el delito de robo con homicidio, materia de la acusación ya que resulta evidente que el responsable dio muerte a Mondaca con ocasión del apoderamiento de las especies de propiedad de éste.

Lo anterior se deduce, además, al constatar la inexistencia en el expediente de antecedentes suficientes que demuestren otro móvil para el homicidio, toda vez que respecto del abuso sexual sugerido por los mismos testigos, atendido la posición en que fue encontrado el cuerpo del occiso, no fue corroborado en el informe de autopsia que se le practicara al cadáver y, en cuanto a la posibilidad de tratarse de un delito independiente del de robo (hurto), tampoco existen los elementos de juicio bastantes para así estimarlo, desde que nadie declara haberlos visto discutir o pelear previamente o tener conocimiento de una enemistad grave entre ellos.

Tercero: Que el artículo 433 N° 1 del Código Penal, al sancionar el delito de robo con homicidio exige que el homicidio esté unido al robo, conectados entre sí por conexión ideológica que fluye del término "con motivo" que emplea, o con conexión objetiva, que surge de la expresión "con ocasión" que también utiliza. "Con motivo" quiere decir para lograr el robo o para facilitararlo y "con ocasión" significa matar al robar, sin designio previo de matar. Por lo demás este mismo artículo extiende el momento de la violencia ejercida antes, para facilitar la ejecución del robo, o en el momento de cometerlo o después para favorecer la impunidad del delincuente.

Cuarto: Que en la especie, como ha quedado demostrado, la muerte de Eduardo Mondaca se produjo con ocasión del robo, toda vez que al responsable de ella se le encontró en su poder especies de propiedad del occiso, no existiendo antecedentes que permitan suponer otro móvil en la comisión de dicho ilícito, y, en consecuencia el vínculo que une a las figuras delictivas del robo y homicidio, no es otra que la conexión objetiva a que se ha hecho alusión en el considerando anterior.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Para una mejor comprensión y por razones de orden, las consideraciones sobre el delito de robo calificado se tratarán con la siguiente división:

Robo con homicidio.

Robo con violación.

Robo con lesiones.

Robo con retención de víctimas.

Hecha la división de los temas a tratar, nos parece necesario referirnos previamente a las expresiones “con motivo” y “con ocasión” que utiliza el artículo 433 N° 1 del Código Penal.

Las expresiones “con motivo” y “con ocasión”

Bajo este acápite se encuentran varios temas relacionados, como son el alcance de las expresiones “con motivo” y “con ocasión”; y la conexión objetiva y subjetiva entre la violencia e intimidación y el acto de apropiación, entre otros. Como debidamente se explicó en el apartado correspondiente, existe amplio consenso en nuestra doctrina respecto al significado de las expresiones “con motivo” y “con ocasión”. No es necesario reproducir en esta parte aquellas consideraciones, ni pronunciarnos sobre las mismas, pues compartimos aquellos conceptos, sin embargo, creemos importante señalar que no concordamos con la opinión del profesor Mario Garrido Montt, quien considera que si la expresión “con motivo” importa que tiene que existir una relación de medio a fin entre la muerte que se provoca y la apropiación que persigue el sujeto activo, es posible ampliar el ámbito de un homicidio como elemento de un robo en el ámbito temporal, y *“comprender a muertes llevadas a cabo con la finalidad de robar, pero realizadas con antelación a la acción misma de apoderamiento, aunque con cierta proximidad a esta última (matar al guardia el día anterior al robo, para asegurar la acción de sustracción)”*¹⁶⁷.

Estimamos que la expresión “con motivo” denota claramente la exigencia de una vinculación subjetiva y también objetiva o fáctico- temporal. La conexión objetiva implica una *“razonable inmediatez cronológica”*, criterio que consideramos de enorme relevancia para efectos de distinguir claramente cuándo se configura un robo con homicidio y cuándo se configura un concurso real entre homicidio y otros atentados patrimoniales (hurto, robo simple). Nos parece que la expresión “con motivo” está bien definida por la doctrina, con límites bastantes precisos, sin embargo no estamos de acuerdo con aquella ampliación de ámbito temporal que propone el profesor Garrido Montt ni con el ejemplo dado para explicar tal idea, pues nos parece que la acción de matar debe ocurrir *“para”* cometer el robo, es decir, en una época próxima a la comisión del robo, y no advertimos en el ejemplo de este autor, matar al guardia el día anterior para asegurar el robo, que sea un espacio de tiempo lo suficientemente cercano al robo mismo como para que se configure efectivamente el criterio de la *“razonable inmediatez cronológica”*; pues el matar un día antes no es lo mismo que horas antes o que instantes antes, que es como creemos que debe entenderse aquella *“razonable inmediatez cronológica”*. Piénsese por ejemplo, si se mata al guardia el día antes del robo al banco, pero el delincuente es sorprendido horas antes de cometer el robo, ¿la sanción será robo con homicidio tentado?; ¿robo con homicidio frustrado?; ¿homicidio consumado?; ¿concurso entre ambas figuras?. Nos parece que la calificación correcta sería la de homicidio consumado, pues falta aquella *“razonable inmediatez cronológica”* de que se habla en nuestra doctrina, circunstancia que impide la calificación de robo con homicidio tentado.

El tema de ampliar el ámbito de acción de las expresiones “con ocasión” y “con motivo” también ha sido tratado por Vivian Bullemore, pero a propósito de la relación objetiva y subjetiva a que aludimos hace poco, pues expone que hay quienes distinguen entre los casos de “homicidio en conexión final con la apropiación” y el

¹⁶⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.195.

“homicidio en conexión ocasional con la apropiación”, para explicar que la relación objetiva no siempre es necesaria ¹⁶⁸. Luego intenta explicar esta postura con el ejemplo del que para robar a un vecino el dinero que éste guarda bajo su colchón, le da muerte ofreciéndole alimentos envenenados y, para evitar sospechas, espera que pasen una o dos semanas para entrar a la casa de su vecino y apoderarse del dinero. En apoyo a lo expuesto, señala este autor que *“el hecho de que el legislador utiliza la expresión disyuntiva “u” y no la copulativa “y” destaca que, al parecer, es posible que las hipótesis que después se enumeran no requieran siempre de una conexión objetiva y subjetiva en forma simultánea. Por ejemplo, y como lo vimos, se ha señalado que un homicidio en conexión final con la apropiación no requerirá de una conexión objetiva tan rigurosa, sino que bastaría con la subjetiva”* ¹⁶⁹.

Este autor está consciente de que el asunto es discutible, y no se equivoca en ello, pues nosotros discrepamos de la postura de los que creen que en el caso del homicidio en conexión final con la apropiación no se requiere de la vinculación objetiva o fáctico-temporal, como lo explicamos al comentar la idea de Garrido Montt, de ampliar el ámbito temporal de un homicidio como elemento del robo calificado.

En síntesis, estamos absolutamente de acuerdo con la forma en que se han explicado las expresiones “con motivo” y “con ocasión”, salvo las tesis que no compartimos, que buscan extender el ámbito temporal del ilícito, principalmente porque el criterio de la proximidad espacio-temporal debe entenderse de manera restrictiva, ya que de esa manera se puede delimitar claramente cuándo se trata de dicha figura y cuándo no. Creemos que el homicidio se debe cometer en un espacio temporal cercano al robo, como por ejemplo horas antes o instantes antes, para que se pueda ver claramente la vinculación fáctico-temporal, pues espacios de tiempo más prolongados, como días e incluso semanas, hacen más difícil distinguir aquella vinculación. Aplicando los mismos argumentos, también queremos expresar que no estamos de acuerdo con la opinión de quienes creen que en la hipótesis del homicidio en conexión final con la apropiación no se requiere de la conexión objetiva.

Con estas consideraciones, damos por terminado el apartado correspondiente a las expresiones “con motivo” y “con ocasión”. Ahora pasaremos a revisar los diversas hipótesis comprendidas en el artículo 433 del Código Penal, partiendo por el delito de robo con homicidio.

ROBO CON HOMICIDIO

Se podría decir que el robo con homicidio es la figura base del robo calificado y la que tiene mayor atención tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, por ser el ilícito que ocurre con mayor frecuencia dentro de todas las hipótesis contempladas en el artículo 433 del

¹⁶⁸ Este autor señala que hay quienes distinguen entre el “homicidio en conexión ocasional con la apropiación” y el “homicidio en conexión final con la apropiación”, señalando que el primero corresponde a la expresión “con ocasión”, es decir, el sujeto comete homicidio en el momento mismo del robo o inmediatamente después, caso en el cual es indiscutible la necesidad de una conexión fáctico-temporal. *“En cambio, el homicidio en conexión final con la apropiación, admite claramente la posibilidad de una violencia previa. Como el homicidio tiene por finalidad el robo (apropiación) y es, por lo mismo, “preparatorio” de él, no sería necesario un enlace cronológico inmediato”*. Vivian Bullemore, en “Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.101.

¹⁶⁹ Vivian Bullemore, en “Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.105.

Código Penal. Por su importancia nos parece que es aconsejable tratar por separado los múltiples aspectos que encierra esta figura, a saber:

El dolo en el robo con homicidio.

Extensión de la expresión “homicidio”.

Situación de las agravantes en el delito de robo con homicidio.

Participación criminal en el robo con homicidio.

Caso de robo con varios homicidios.

El dolo en el robo con homicidio.

En este apartado nos referiremos a la opinión formulada por el profesor Alfredo Etcheberry, quien considera que el delito de robo con homicidio sólo es posible cuando el actor obra dolosamente, sin embargo hace una precisión muy útil, en el sentido de distinguir entre el homicidio que se comete “con motivo” del robo y el que se comente “con ocasión” del mismo. Señala este autor que en el homicidio cometido “con motivo” del robo el actor debe obrar al menos con dolo eventual, debido precisamente al hecho de cometerse “con motivo” del robo. Agrega sin embargo que en un homicidio “con ocasión” del robo sí es posible una actuación culposa, aunque el reproche debe ser menor, de manera que dicha situación debiera sancionarse como un concurso de robo simple con cuasidelito de homicidio¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

No podemos desconocer el gran valor de las apreciaciones señaladas y de la conveniencia práctica de incluir el homicidio culposo dentro del régimen del robo con homicidio para llegar a la aplicación de una pena más favorable¹⁷², sin embargo, no estamos de acuerdo con el postulado esencial, pues no nos parece posible que se pueda dar un caso de robo con homicidio donde el homicidio sea culposo. En este sentido adherimos a la mayoría de la doctrina y consideramos que, afirmar que el homicidio en el robo puede ser culposo, es una interpretación bastante forzada y que en todo caso no concuerda con lo que puede ocurrir en el plano netamente empírico, pues parece muy difícil que un delito complejo, con las especiales características del robo con homicidio (en especial el hecho de encontrarse estrechamente conectados, bajo una conexión objetiva y otra de carácter subjetiva, los ilícitos del robo simple y del homicidio) y en la que se exige la concurrencia de los requisitos típicos de cada figura tomada en forma individual, el resultado de muerte se pueda alcanzar con una actuación negligente o culposa de parte del actor. El grado mínimo de representación y aceptación de las consecuencias del accionar del actor está dado por el dolo eventual. Nos parece aceptable que un robo donde ocurre la muerte de una persona por el actuar culpable o negligente del autor, pueda estimarse calificado, ya que el homicidio debe ser la consecuencia causal de la violencia dolosamente empleada, y si se ejerce violencia ya hay un grado de representación de las posibles consecuencias (entre ellas la muerte de la víctima), que a lo menos configura dolo eventual, lo que se ve reforzado por la especial vinculación entre aquellas violencias y la apropiación, determinada por las expresiones “con motivo” y “con ocasión”, vinculación que hace aun más necesario que el autor obre, a lo menos, con dolo eventual.

¹⁷⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.339-340.

¹⁷¹ El profesor Antonio Bascuñan Rodríguez defiende la postura de que el robo con homicidio se puede cometer culposamente. Esta idea se pudo captar en las clases expositivas impartidas por el profesor Bascuñan en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el año 2001, extraída de los apuntes tomados por la alumna Marcela Poblete R., facilitados a los memoristas.

¹⁷² Según la tesis expuesta en las clases del profesor Antonio Bascuñan R.

En síntesis, consideramos que no es posible la hipótesis de un robo con homicidio culposo en cuanto figura compleja y que sólo es concebible dicha figura si el actor obra con dolo homicida, el que a lo menos debe ser eventual; lo que deja libre la vía para las hipótesis concursales generales, delito doloso (robo simple)-delito culposos (homicidio).

Extensión de la expresión homicidio.

En este acápite procederemos a tratar el sentido que debe darse a la expresión “homicidio” que utiliza el artículo 433 N°1 y a tomar partido por alguna de las teorías que la doctrina ha propuesto.

Lo primero es resaltar que la discusión se presenta frente a cuáles figuras quedan comprendidas por la expresión “homicidio”. La doctrina descarta de plano que el infanticidio forme parte del delito de robo con homicidio y al mismo tiempo no le cabe duda sobre la inclusión del homicidio simple en la figura compleja. La discusión entonces gira en torno al homicidio calificado y el parricidio.

Autores como Labatut y Etcheberry postulan que el homicidio calificado queda comprendido en la figura de robo calificado¹⁷³. Por otra parte, autores como Garrido Montt y Bullemore se manifiestan en el sentido contrario, estimando que el homicidio calificado no forma parte del robo calificado.

Frente a esta discusión, adherimos a la segunda postura y a la fundamentación del profesor Bullemore, quien, basándose en las agravantes de premeditación y alevosía, explica que el homicidio calificado queda excluido de la expresión “homicidio” del artículo 433. Señala este autor que el principio de *non bis in idem* impide que una misma circunstancia pueda agravar, por un lado, el acto de apropiación y por otro, el homicidio. El hecho de que la alevosía y premeditación estén contempladas expresamente como agravantes del delito de robo con homicidio (artículo 456 bis) hace que dichas circunstancias, que actúan como calificantes en el delito de homicidio, no puedan volver a tomarse en cuenta como agravantes, pues ello violentaría el referido principio de *non bis in idem*, por lo que hay que descartar al homicidio calificado de las hipótesis contempladas por la expresión “homicidio” del artículo 433. Traemos a colación estas reflexiones ya que adherimos al presente criterio, en el sentido de considerar que el homicidio calificado no cae dentro del término “homicidio” que utiliza el artículo 433 N°1.

El otro punto que genera controversia en la doctrina está referido al parricidio, pues un sector minoritario (Labatut), considera que sí está comprendido en el robo calificado. Hay otros que no comparten dicha opinión por una razón terminológica, pues el artículo 433 habla de “homicidio” y no de “parricidio”. Nosotros nos manifestamos partidarios de la opinión mayoritaria de la doctrina, pues consideramos que por razones de sistematicidad y consistencia lógica se debe excluir al parricidio como una de las hipótesis del robo calificado (específicamente del robo con homicidio), ya que el parricidio tiene asignada una pena más severa que el robo calificado. Afirmar que el robo calificado comprende la figura de parricidio nos llevaría al absurdo de que si se agregara un atentado patrimonial al parricidio la pena sería mas baja que si se comete únicamente un parricidio, afirmación que nos parece insostenible.

Para resumir todas estas reflexiones nos basta con decir que consideramos que desde el punto de vista sistemático y lógico es necesario excluir el homicidio calificado y el parricidio de las hipótesis contempladas por el legislador al sancionar el robo con homicidio.

¹⁷³ Para ver la fundamentación de estos autores, remitirse a pág.119 y 120 del presente trabajo, donde se trata lo que la doctrina ha comentado a propósito del robo con homicidio).

En el tema de la extensión del término "robo con homicidio" en análisis, también nos parece importante expresar alguna opinión sobre la hipótesis de un robo con homicidio preterintencional, y señalar que consideramos que esta es una hipótesis que cabe dentro del concepto de robo con homicidio, pues consideramos que el homicidio no se puede cometer con culpa, sino que solo cabe la idea del dolo eventual como grado mínimo de representación de las posibles consecuencias del uso de la violencia por parte del actor y, de paso, reafirmamos nuestros dichos a propósito de la posibilidad del homicidio culposo. Adherimos plenamente al criterio del profesor Bullemore, quien dice que *"es discutible que quien ejerce violencia suponga que puede controlar el curso en forma tan eficiente que pueda descartarse a su respecto el dolo eventual, de modo que la sola posibilidad de estar frente a pura culpa, frente a la muerte ya es discutible. Pero incluso en tal evento, en este caso a diferencia del homicidio meramente culposo, se trata de una culpa con representación que puede vincularse subjetivamente al acto apropiatorio. En consecuencia (...) el homicidio preterintencional supuesto que es consecuencia de las violencias o intimidaciones en conexión subjetiva con el acto apropiatorio, puede incluirse dentro de la expresión "robo con homicidio"*¹⁷⁴.

Resumiendo lo señalado, queremos decir que adherimos a la idea de que el robo con homicidio preterintencional es una hipótesis que cabe dentro del concepto de "homicidio" que utiliza el artículo 433 N°1 del Código Penal.

Situación de las agravantes en el delito de robo con homicidio.

El tema de las agravantes tiene varios aspectos, como el tema de las agravantes de premeditación y alevosía, que son especialmente aplicables al robo con homicidio, y la situación de las demás agravantes del artículo 12.

Respecto a las agravantes de premeditación y alevosía, bastante se ha discutido en nuestra doctrina, pues antes de la modificación de la ley 11.625, que introdujo el artículo 456 bis, había un sector que, interpretando literalmente el artículo 12, señalaba que en un robo con homicidio no eran aplicables las agravantes en cuestión, ya que expresamente se dice que son aplicables a los delitos *"contra las personas"*. El otro sector, principalmente la jurisprudencia, señalaba que el robo con homicidio es un delito complejo que forma un todo indivisible y que participa de los caracteres propios de ambos hechos punibles, en consecuencia pueden concurrir todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que la ley contempla tanto para el robo, delito contra la propiedad, como para el homicidio, delito contra las personas.

Dicha discusión aparece superada con el artículo 456 bis, que señala que las circunstancias agravantes de los números 1 y 5 del artículo 12 serán aplicables a los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas, sin embargo, se ha generado una nueva diferencia de criterios, pues como se ha dicho, Etcheberry se basa en esta disposición para afirmar que el homicidio calificado se incluye dentro de lo que es el robo con homicidio, criterio que no es compartido por otros autores (como Vivian Bullemore).

Sin pronunciarnos aún sobre el fondo del tema de las agravantes en cuestión, queremos hacer notar que en nuestro proyecto de articulado no hemos contemplado al artículo 456 bis, el que quedaría, entonces, derogado, lo que podría generar nuevas discusiones sobre las agravantes. Para evitar dichos problemas, y para expresar nuestra

¹⁷⁴ Vivian Bullemore, en "Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales", apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.105.

opinión, es que proponemos la inclusión de un artículo, que en nuestro proyecto llevará el número 438, y que será del siguiente tenor:

“Art. 438. Las circunstancias agravantes de los números 1 y 5 del artículo 12 serán aplicables a los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas”.

La explicación de mantener este texto es de carácter práctico. En primer lugar hay que aclarar que nosotros adherimos a la postura que considera que el robo con homicidio es un delito complejo, lo que implica que se trata de **una** figura, con especiales características, pero **una** al fin y al cabo. Por dicha razón debieran serle aplicables todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que la ley establece, y dentro de ese contexto, le debieran ser aplicables todas las agravantes contenidas en el artículo 12 del Código Penal¹⁷⁵. Por el hecho de no contemplarse el texto del artículo 456 bis en nuestro proyecto de nuevo articulado para el Código Penal, creemos necesario establecer claramente que las agravantes de premeditación y alevosía son aplicables a este delito complejo, cuyo eje central es el atentado patrimonial (de ahí su ubicación en el Título IX del Libro II del Código Penal). Con ello queremos dejar implícitamente establecido que todas las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se aplican al delito de robo con homicidio, y que operan de la misma manera que en los demás delitos contemplados en la parte especial del Código Penal.

Participación criminal en el robo con homicidio.

En este tema parece haber acuerdo en nuestra doctrina, en el sentido de resolver esta situación aplicando el principio de que cada sujeto debe responder hasta donde alcance su culpabilidad, es decir, en relación a la extensión de su propio dolo. Sin embargo, existe una pequeña discusión, ya que el profesor Etcheberry señala que la ley exige dolo tanto en la comisión del robo y como en la del homicidio, el que, a lo menos debe ser eventual. Agrega que *“los partícipes en quienes no concurra siquiera dolo eventual con respecto al homicidio, responderán de robo simple o de*

hurto, según su dolo se haya extendido o no a las violencias”¹⁷⁶. Frente a esta aseveración, el profesor Bullemore afirma: ***“las expresiones del profesor Etcheberry nos parecen inexactas ya que nunca un homicidio en conexión con un acto de apropiación podrá verificarse con dolo eventual; solo podrá concurrir con***

¹⁷⁵ En este sentido adherimos a la opinión del profesor Vivian Bullemore, quien señala que *“la alevosía y la premeditación calificantes del homicidio no presentan diferencias en su contenido con respecto a la alevosía y premeditación agravantes genéricos del art.12 (...). Ahora bien, estas calificaciones del homicidio actúan como AGRAVANTES del delito complejo “robo con homicidio”, de acuerdo al art.456 bis inciso 2º, de modo que en cuanto calificantes no inciden en la pena aplicable, pues simplemente se consideran agravantes (...), el resto de las calificantes tampoco inciden en la penalidad, salvo a través del tantas veces citado art.69 (...). En otras palabras, no se sanciona el homicidio calificado por sí mismo en relación con la apropiación, sino el “robo con homicidio” agravado de acuerdo a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito”*. Además agrega que *“es importante, finalmente, resaltar el principio de non bis in idem; una misma circunstancia no puede agravar, por un lado, el acto de apropiación y por otro, el homicidio, constituyendo una doble agravación; en otros términos, no puede ser considerada dos veces. Una circunstancia solo puede considerarse una vez y aplicarse al delito complejo en su totalidad, sea que recaiga sobre el acto de apropiación, sobre el homicidio o sobre ambos”*. Vivian Bullemore, en “Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.103 y 104.

¹⁷⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.342.

dolo directo¹⁷⁷ . La aseveración del profesor Bullemore nos parece acertada si consideramos que existe acuerdo en señalar que en el delito de robo con homicidio se deben cumplir los requisitos típicos de ambas figuras, y es indudable que un robo no puede cometerse con dolo eventual, pues solo es posible un robo con dolo directo.

El tema de la participación criminal en el robo con homicidio se encuentra muy bien tratado en el manual del profesor Garrido Montt, y adherimos plenamente a sus reflexiones, las que culminan con la afirmación de que, para solucionar las múltiples situaciones que se pueden generar por la concurrencia de varios partícipes en el ilícito, hay que aplicar el principio de que cada sujeto debe responder de su propio

dolo¹⁷⁸ .

Caso de robo con varios homicidios.

Como se dijo en la parte doctrinaria del artículo 433, sobre este tema existen varias posturas. La que tiene mayor aceptación en la doctrina es la que considera que el robo en el que se ha cometido un homicidio es suficiente para configurar el tipo, y que las otras muertes que puedan resultar deben ser castigadas como delitos independientes, es decir, como homicidio simple, calificado o parricidio, según corresponda.

Difiere de esta postura el profesor Alfredo Etcheberry, quien señala que dicha solución es *“inadmisible”*, ya que *“prescinde de la vinculación ideológica de los homicidios “sobrantes” con la apropiación, vinculación que por expresa voluntad de la ley determina el nacimiento de la figura compleja. Además piénsese que de los diversos homicidios cometidos unos pueden ser simples y otros calificados; no es indiferente, en consecuencia, decidir cuál de ellos se integrará en el delito complejo y cuáles conservarán su autonomía para entrar en concurso”* . Agrega que *“en*

*verdad, tal selección debería ser enteramente arbitraria”*¹⁷⁹ . Para nosotros el tema es bastante discutible, sin embargo nos parece que la alternativa correcta es la de considerar que existe un solo delito de robo con homicidio y que las otras muertes que resulten deben sancionarse en forma independiente, en concurso material con el robo con homicidio. A esta conclusión hay que llegar si se adhiere, como nosotros, a la idea de que el delito de robo con homicidio es de carácter patrimonial y que *“la pluralidad de homicidios no basta para multiplicar el delito, si la apropiación*

*sigue siendo única”*¹⁸⁰ , es decir que en caso de apropiación única, no por el hecho de resultar varias muertes habrá varios robos con homicidio, sino que el delito (robo con homicidio) se multiplicará únicamente si hay más de una apropiación y,

¹⁷⁷ Vivian Bullemore, en “Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág.106.

¹⁷⁸ Muy útil y didáctica es la distinción que este autor hace entre los casos de participación criminal en un homicidio que se ha cometido “con ocasión” de un robo y el homicidio cometido “con motivo” del robo; sin embargo, la solución está en la aplicación de la regla de la mayor o menor extensión del dolo y en las reglas generales sobre la comunicabilidad del vínculo, cualquiera sea la hipótesis en la que nos encontremos. El principio de “convergencia intencional” es el que, en congruencia con el principio esencial “no hay pena sin culpabilidad”, deberá ser idóneo las múltiples dificultades que en este ámbito específico de co-participación en un hecho único se plantean en la práctica.

¹⁷⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.341.

¹⁸⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.341.

con motivo u ocasión del mismo, resultan varias muertes. En cuanto a la crítica esbozada por Etcheberry a esta solución, hay que señalar que para determinar cuál de los homicidios será el que conformará con el robo el tipo complejo de robo con homicidio habría que examinar cuidadosamente las circunstancias del hecho y hacer una ponderación racional del mismo, para poder llegar a una solución que no sea “arbitraria”, como sugiere este autor.

Creemos que en este punto es esencial distinguir al menos dos casos:

La primera hipótesis es la de apropiación única, cometida por un sujeto, con resultado de varias muertes. Por ejemplo, un sujeto entra a la casa de su vecino, quien vive solo, para robar un valioso cuadro. Al ver que el dueño de casa se encuentra descansando en su sillón favorito, le dispara y lo mata. Luego, mientras sale huyendo con el cuadro, se da cuenta de que su vecino está en compañía de una mujer, la que al percatarse de lo ocurrido comienza a gritar e intenta tomar el teléfono para avisar a la Policía. Para evitar su acción, el sujeto le dispara, dándole muerte.

En este caso hay una sola apropiación y dos muertes a consecuencia de un robo. No hay duda de que existe un solo delito de robo con homicidio, pues la apropiación es única, pero cabe preguntarse cuál de los homicidios integrará el delito complejo de robo con homicidio. Creemos que la respuesta se determina examinando las circunstancias del hecho. En el ejemplo, la muerte del dueño de casa ocurre “con motivo” del robo, es decir, siempre estuvo en los planes del delincuente matar a su vecino para apoderarse del cuadro, ese homicidio se cometió para robar el cuadro. Sin embargo, la segunda muerte fue circunstancial, fue cometida en el mismo espacio temporal del robo, es decir “con ocasión” del mismo. Entonces creemos que el homicidio cometido “con motivo” del robo debe ser el que se tome en cuenta para configurar el robo con homicidio, debido a que es el que tiene relación más estrecha con la apropiación, que es el eje del delito. La segunda muerte, por no tener esta relación tan estrecha, debería ser sancionada de forma independiente, aun cuando se haya cometido dentro del mismo contexto temporal, pues a pesar de estar conectada con el delito patrimonial, se ejecutó para favorecer la impunidad del autor.

La segunda es la de apropiación única, cometida por varios sujetos, con resultado de varias muertes. Se trata del mismo ejemplo anterior, pero donde hay varios sujetos implicados. La solución es la misma, sin embargo también hay que tomar en cuenta lo dicho a propósito de la participación criminal, es decir, hay que analizar también cuál es la extensión del dolo de cada sujeto para determinar si es autor, coautor, cómplice o encubridor del robo con homicidio.

En síntesis, creemos esencial establecer cuál de los homicidios está más estrechamente relacionado con la apropiación para establecer cuál de ellos conforma el “robo con homicidio”, y dicha relación de cercanía se puede determinar al examinar si los homicidios se han cometido “con motivo” o “con ocasión” del robo. El problema se complica si todos los homicidios se han cometido o “con motivo” o “con ocasión”, sin embargo, en dichos casos el juzgador deberá hacer un esfuerzo aun mayor para determinar cuál de los homicidios está más estrechamente vinculado con la apropiación, analizando concienzudamente el hecho y, en última instancia, aplicando su propio criterio y raciocinio. Esta última solución no va en contra de ninguno de los principios del Derecho Penal, pues solo implica que se deben apreciar con cierta libertad los hechos, y nada tiene que ver con la aplicación del derecho a aquella circunstancia fáctica.

Con estas apreciaciones queremos decir que es posible determinar de forma racional cuál de los diversos homicidios que se pueden haber cometido es el que ha de integrar el delito complejo de robo con homicidio, es decir, no se trata de una selección arbitraria, como sostiene Etcheberry. En este mismo sentido, hay que decir que no existe inconveniente en aplicar el criterio que proponemos y el que sigue la mayoría de nuestra doctrina (de sancionar los demás homicidios en forma independiente), ya que del exhaustivo análisis de las circunstancias del delito perfectamente se puede determinar si los restantes homicidios son simples, calificados o parricidios. Es cierto lo que dice Etcheberry respecto a que “ *de los diversos homicidios cometidos unos pueden ser simples y otros calificados; no es indiferente, en consecuencia, decidir cuál de ellos se integrará en el delito complejo y cuáles conservarán su autonomía para entrar en concurso*” , sin embargo, no es imposible determinar si los demás homicidios son simples o calificados. Además, cuando un homicidio se cometiere “con motivo” de un robo, lo más probable es que si ese robo no pudiese incluirse en el delito complejo, se deba calificar de homicidio calificado, pues habrá, al menos, premeditación conocida, circunstancia que califica el homicidio (artículo 391 N°1).

ROBO CON VIOLACIÓN.

Sobre esta figura en particular, manifestamos estar de acuerdo con lo que dice la doctrina, pues, si bien son muy atendibles las críticas técnicas que esta figura recibe, lamentablemente es un hecho que ocurre con una frecuencia creciente, constituyendo una hipótesis especialmente grave, que requiere de un tratamiento más riguroso que el del concurso, solución mucho más ajustada a los principios del Derecho Penal que la creación de esta extraña figura compleja. Por tanto, en este apartado nos referiremos a la manera en que quedará regulada esta figura en nuestra reforma¹⁸¹.

De partida, creemos que no corresponde que atentados contra diversos bienes jurídicos queden contenidos en un mismo numeral, como ocurre hoy con el numeral 1° del artículo 433, que sanciona el robo acompañado de homicidio, violación, castración, mutilaciones o de lesiones gravísimas; y el numeral 2°, que sanciona el robo con rescate, con secuestro y con lesiones graves. Por esta razón, consideramos que lo correcto sería establecer un numeral para la hipótesis del robo con homicidio, otro para el robo con violación, otro para el robo con resultado de lesiones, y otro para el robo acompañado de privación de la libertad.

Además, hay que recordar que en nuestro trabajo hemos declarado no tocar el tema de la pena, por ser un tema muy técnico y que no puede estar ausente de consideraciones de orden político y coyuntural. Sin embargo, creemos necesario dejar claro, una vez más, que la pena asignada al delito es demasiado alta y que no obedece a los principios fundamentales del Derecho Penal, tantas veces citados en este trabajo. Por tanto, creemos que el robo con violación debe ir en el numeral 2° del artículo que reemplace al actual artículo 433, cuyo texto será:

"2°. Con ... (la pena) si con motivo del robo cometiere, además, violación."

ROBO CON LESIONES.

¹⁸¹ En relación a las múltiples críticas que la doctrina formula a la construcción de esta figura, dirigirse a las consideraciones doctrinarias de este artículo, contenidas a partir de la página 123 del presente trabajo.

En este capítulo queremos hacer mención a la hipótesis del robo que va acompañado de castración (artículo 395), de mutilación de miembro importante (artículo 396 inciso 1º), mutilación de miembro menos importante (artículo 396 inciso 2º), lesiones graves gravísimas (artículo 397 N°1) y lesiones simplemente graves (artículo 397 N°2). Es cierto que todas estas lesiones son de distinta gravedad, tienen distinta penalidad y se contemplan en numerales diversos dentro del actual artículo 433, sin embargo las trataremos aquí ya que todas afectan al mismo bien jurídico: la salud o integridad física.

Poco es lo que se puede aportar a lo que ya existe en nuestra doctrina, pues la mayoría de los autores se limitan a explicar cómo han de entenderse dichos ilícitos, cuestión que no nos merece nuevos comentarios. Sin embargo, queremos hacernos eco de la crítica de Garrido Montt, en el sentido de que es aconsejable una correcta sistematización de estos ilícitos, en relación a la penalidad que se les ha asignado. Señala este autor que *“la incorporación de las mutilaciones de miembro importante y menos importante dentro del N°1 del art.433 merece reservas; parecería mas apropiado haberlas ubicado en el N°2, dejando solo la castración y las lesiones gravísimas en el N°1, en razón de la penalidad de estos delitos, que evidencian una diferente valoración sobre su gravedad”*¹⁸². Creemos acertada la opinión del profesor citado y en atención al criterio propuesto es que en el artículo que reemplazará al actual 433, en nuestro proyecto, todas las lesiones que se cometan con motivo u ocasión de un robo estarán en un solo numeral, pero con distinta penalidad. Dicho numeral será del siguiente tenor:

Art. 437. *El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:*

3º. Con.. (la pena) **cuando, con motivo u ocasión del robo se cometiere, además, alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395 y 397 N°1. Si sólo se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 396 o 397 N°2 la pena será..** (la pena).

Como se ve, en este numeral hay dos distintos niveles de gravedad: el más alto está compuesto por el robo con castración y el robo con lesiones gravísimas; y el segundo nivel de penalidad está compuesto por el robo con mutilación (sea de miembro importante o de miembro menos importante) y el robo con lesiones simplemente graves. Esta distinción obedece a la diversa gravedad de los ilícitos y a su penalidad. La agrupación se ha efectuado tomando en cuenta la penalidad de cada figura por separado, agrupando a las lesiones que tienen penalidad similar.

ROBO CON RETENCIÓN DE VÍCTIMAS.

En este capítulo trataremos de las hipótesis del robo con retención de víctimas por más de un día o bajo rescate, ambas sancionadas en el N°2 del artículo 433.

El primer tema que consideramos de interés es respecto a las expresiones “con motivo” y “con ocasión”, introducidas en el numeral anterior. El profesor Garrido Montt, señala que *“curiosamente el legislador no exigió en este caso que la retención fuera con motivo u ocasión del robo, pero debe concluirse que va subentendida dicha exigencia; no se visualiza razón para que en este caso rigiera un criterio diferente”*¹⁸³. Concordamos con la idea de este autor, razón por la cual, en el numeral donde se tratará esta hipótesis se incluirá

¹⁸² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.204.

¹⁸³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.205.

expresamente la circunstancia de que la retención de personas bajo rescate o por más de un día debe ocurrir con motivo u ocasión de un robo.

Otro tema importante dentro de la redacción de este tipo es el de la palabra “*víctima*” que se utiliza actualmente. Cuando el artículo 433 N°2 describe la acción punible habla del caso en que “las víctimas” fueren retenidas bajo rescate o por más de un día. La expresión “víctima” manifiesta identidad entre quien sufre el robo y quien es retenido, sin embargo dicha identidad no siempre se verifica, por ejemplo el caso del delincuente que roba un banco y toma como rehenes a los clientes que se encontraban en el banco al momento del robo u otras muchas situaciones en las que se retiene a una persona que no tiene ninguna relación, ni jurídica ni de facto, con las cosas objeto del robo. Para evitar confusiones y para dejar claro que la persona que es retenida no necesariamente debe ser la persona ofendida por el ilícito patrimonial es que creemos que, como bien lo dice Garrido Montt, se debe utilizar la expresión “retención de **personas** bajo rescate o por más de un día”. La expresión “persona” denota más claramente la idea recién expuesta, y es por eso que en el texto de nuevo artículo que propondremos más adelante, usaremos esta expresión en vez de “víctima”.

En otro orden de ideas, también quisiéramos aclarar que nos parece necesario que el atentado contra la libertad personal (la retención de personas bajo rescate o por más de un día) debe ser cometido con dolo, aun con dolo eventual, ya que, como lo hemos señalado, consideramos que en el delito complejo ambos ilícitos (el de carácter patrimonial y el que atenta contra la libertad personal) deben ejecutarse completamente, en el sentido de que se deben cumplir todas las exigencias del tipo, tanto las de carácter objetivo, como las de carácter subjetivo, y en ambos tipos se exige el dolo y se descarta la hipótesis culposa¹⁸⁴.

También consideramos importante señalar que concordamos con la concepción de rescate que presenta el profesor Mario Garrido, quien considera que “*la voz “rescate” tiene un alcance normativo: cualquier beneficio vinculado con el delito de robo, sean medios materiales para facilitar la huída, sumas de dinero, o beneficios de otro orden, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria*”¹⁸⁵.

Tomando en cuenta las diversas opiniones de la doctrina, quisiéramos referirnos a las ideas aportadas por los profesores Alfredo Etcheberry y Antonio Bascañán. El profesor Etcheberry, al explicar el delito complejo de robo con retención de víctimas bajo rescate o por más de un día señala que “*para que concurren los elementos del mismo es necesario que existan tanto una apropiación como una retención. Debe haber, por consiguiente, una apropiación, sea o no violenta, y luego usarse de violencia para retener a la víctima, sea pidiendo rescate, sea por más de un día*”¹⁸⁶. No compartimos el criterio de este autor, pues consideramos que la retención puede lograrse utilizando tanto la violencia como la intimidación. En este sentido hay que recordar nuestra concepción de lo que se considera violencia e intimidación, que debidamente se explicó en el capítulo correspondiente al robo simple. En base a ello no vemos la razón de considerar que la retención solo se pueda perfeccionar con violencia, siendo también bastante probable y frecuente que solo se utilicen medios intimidatorios para impedir que las personas retenidas permanezcan en el lugar que ha determinado el captor. Ejemplos de esto hay muchos, pero podemos citar

¹⁸⁴ Por ejemplo, si el autor del robo no sabe y no se percata que en el lugar existen personas y que con sus actos (cerrar puertas para no ser visto o evitar que se oigan ruidos) las priva temporalmente de libertad, no parece claro que el delito de robo deba incluirse dentro de la hipótesis del artículo 433 N°2, pues no se han cumplido todos los presupuestos de punibilidad de dicha figura.

¹⁸⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.205.

¹⁸⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.341.

el del que roba un banco y cuando es sorprendido por la Policía amenaza a los clientes y funcionarios del banco con dispararles si salen del banco. Así el delincuente ha tomado rehenes para exigir que se le permita escapar, sin embargo no ha ejercido violencia alguna sobre ellos, solo los ha amenazado con el arma que porta. Por esta razón consideramos que se puede retener a una o varias personas no solo mediante violencia, sino también utilizando medios intimidatorios.

El otro tema a tratar es el de los posibles concursos entre la figura de robo calificado con otras figuras que atentan contra la libertad personal, como el secuestro (artículo 141), la sustracción de menores (artículo 142), detenciones ilegales u otros semejantes. En este sentido creemos que el robo calificado es la norma de aplicación preferente y de que la excepción está en el caso de sustracción de menores, donde esta última figura debe predominar sobre el robo, excepción que se justifica por la mayor penalidad que tiene la figura de sustracción de menores frente al robo calificado y por aplicación del artículo 75 del Código Penal, que resuelve el tema del concurso sancionando con la pena mayor asignada al delito más grave, en este caso, la sustracción de menores.

Otro de los problemas que se puede presentar es el referente a la obtención o no del rescate y a la interrogante de si se configura un nuevo delito de robo simple o amenaza condicional en caso de obtenerse el rescate. Consideramos que el problema se resuelve mediante las reglas del concurso aparente, principalmente porque la solución contraria implicaría una violación al principio de *non bis in idem*.

Texto propuesto para el artículo 433.

Con todas las consideraciones precedentemente expuestas, damos por terminada la exposición de las opiniones personales de los memoristas respecto al delito de robo calificado contemplado en el artículo 433, y pasamos a presentar el nuevo articulado para este ilícito, donde se plasman y expresan todas las consideraciones señaladas. El siguiente es el texto del robo calificado, que en nuestro nuevo articulado será el artículo 437:

Art. 437. “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

1º. Con (la pena) cuando, con motivo u ocasión del robo cometiere, además, homicidio.

2º. Con (la pena) cuando, con motivo del robo cometiere, además, violación.

3º. Con (la pena) cuando, con motivo del robo se cometiere, además, alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395 y 397 N°1. Si sólo se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 396 y 397 N°2 la pena será (la pena) .

4º. Con (la pena) cuando, con motivo u ocasión del robo retenga a personas bajo rescate o por mas de un día”.

Artículo 434. Delito de Piratería.

Como señalamos en el Capítulo II, este ilícito, denominado “Piratería” no ha sido contemplado en este estudio, pues es un delito que excede el marco de la investigación, centrada únicamente en los delitos de hurto y robo.

Artículo 435. DEROGADO.

El artículo 435, actualmente derogado, y que fue aprobado sin mayor discusión por la Comisión Redactora, decía en su primera edición:

Artículo 435: *“Cuando en el robo concurriere alguna de las circunstancias señaladas en el núm.3 del art.433 i no se hubiere cometido en despoblado i en cuadrilla, el culpable sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.*

Causándose las lesiones de que trata el núm. 2 del art. 397, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

Este artículo fue derogado por el artículo 44 de la Ley N°11.625, ley ya analizaday que contiene las disposiciones necesarias para prevenir y sancionar adecuadamente esta clase de delitos contra el patrimonio, mediante las reformas convenientes al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, a la Ley Orgánica del Servicio de Investigaciones, todas ellas precedidas de un Título Preliminar destinado a legislar sobre los estados antisociales. Sabemos además que para la dictación de esta ley se consideró el estado de alarma pública en que se encontraba la población por el recrudecimiento agudo de los ataques a la propiedad, aún con desprecio de la vida y salud de los habitantes.

La modificación de este artículo se produce en términos de que su contenido se refunde con el artículo 433 del Código Penal, norma que sancionará la figura punitiva anteriormente descrita en este artículo.

Artículo 436

Artículo 436 inciso 1º: Robo Simple.

Evolución durante su vigencia.

El primitivo artículo 436 señalaba:

Artículo 436 : *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas serán penados:*

1º.- Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si el importe de las cosas robadas excediere de quinientos pesos.

2º.- Con presidio menor en sus grados medio a máximo, cuando excediere de cincuenta i no pasare de quinientos pesos.

3º.-Con presidio menor en su grado mínimo a medio, si no excediere de cincuenta pesos.

Para la aplicación de estas penas se estimará como circunstancia agravante, haberse cometido el delito arrebatando por sorpresa ropa, alhajas u otros objetos a la persona que los lleva consigo, o aparentando riñas en lugar de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento i confusión, a fin de robar por este medio o proporcionar ocasión para que roben los compañeros”.

Originalmente se había propuesto sancionar el delito de robo con una pena privativa de libertad y, además, con una pena de multa. Sobre este artículo, hay que señalar que en su redacción por parte de la Comisión Redactora, el Señor Gandarillas se opuso a la pena de multa que se impone al robo, por considerarla impropia en los delitos de esta especie. El señor Rengifo contestó que la había empleado sólo como un medio de agravar el presidio sin salir de los grados que el artículo contiene, pues tratándose de reos que no habían de satisfacer penas pecuniarias se convertirían ellas en presidio, según las reglas aplicadas en el libro primero. Agregó, además, que no podrían aumentarse los grados de la última pena sin alterara la escala fijada ya en los delitos más graves de la misma especie ¹⁸⁷ .

Habiendo insistido el Señor Gandarillas en la supresión propuesta por creer mejor el aumento directo del presidio que el cambio de la multa en aquella pena, y observándose por el mismo y el señor Altamirano que las cantidades fijadas para la determinación del castigo parecían demasiado subidas y no correspondientes a los casos que en la práctica ocurren, previa suspensión de la discusión, se decidió en la próxima sesión, la N° 93 de 12 de junio de 1872, introducir las modificaciones propuestas por el señor Gandarillas.

Doctrina.

¹⁸⁷ Sesión N° 92 de fecha 7 de Junio de 1872, Comisión Redactora del Código Penal.

Como ya hemos dicho anteriormente, en nuestra ley, el robo se encuentra definido junto con el hurto en el artículo 432 del Código Penal, siendo el hurto la figura base. La ley define entonces el delito de “Robo Simple” (llamado así por la doctrina en contraste con el denominado “Robo Calificado”, sancionado en el artículo 433) o también conocido como robo con violencia o intimidación en las personas como: *“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas”*.

El robo con violencia o intimidación en las personas, atendida su gravedad y las modalidades de ejecución, se divide en calificado, simple y por sorpresa, dentro del cual hay que distinguir la variante que los autores denominan rapiña.

*“El robo con violencia o intimidación en las personas pertenece a la categoría de los llamados delitos complejos, cuya característica distintiva es la pluralidad de lesiones jurídicas, no obstante lo cual forman un todo indivisible para los efectos de la participación criminal y de la pena aplicable, pues a la lesión patrimonial se agrega, según los casos, el atentado a la vida, integridad corporal, libertad sexual o a la libertad en general”*¹⁸⁸.

Garrido Montt, al referirse sobre los delitos del párrafo “robo con violencia o intimidación en las personas”, señala que la diferencia con el hurto se encuentra en el empleo de violencia física o de coacción contra las personas para facilitar la apropiación, hay un ataque a la vida o integridad física de la víctima, o por lo menos peligro de que se lleve a cabo¹⁸⁹.

Respecto al tema del bien jurídico protegido en estos delitos, Garrido señala que en los delitos de robo es la propiedad, como en todos los delitos de apropiación, pero en este caso no es el único bien jurídico protegido, pero sí el primero. Agrega que se trata de una figura pluriofensiva, ya que no sólo atenta contra la propiedad, sino a otros bienes, como la libertad personal, la salud y aun la vida de las personas. La propiedad es el bien que se protege en forma principal y sólo subsidiariamente la vida, la integridad física o la libertad, de manera accesorio, pero actualmente se tiende a estimar que estos delitos son complejos y que los bienes jurídicos son amparados directamente, ninguno de ellos es un objeto secundario de protección¹⁹⁰.

Según Etcheberry, “la razón de ser de esta calificante radica también en el debilitamiento de la defensa privada que ella supone, como la fuerza en las cosas, pero además, como este debilitamiento se produce a través de una situación de lesión o peligro para otro bien jurídico (o la vida, la integridad corporal o la salud de la víctima), parece también la necesidad de proteger estos otros bienes, lo que justifica el distinto título de delito y la más elevada penalidad del robo. La víctima se encuentra imposibilitada para resistir, sea por el efecto directo de la energía física desplegada, sea por la reacción de temor que en ella provoca la amenaza directa e inmediata”¹⁹¹.

Noción de Delito Complejo

¹⁸⁸ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo II, 1972-77, pág.201-202.

¹⁸⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.181-182.

¹⁹⁰ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.182-183.

¹⁹¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.335.

En un sentido estrictamente legal, delito complejo “es el constituido por la unificación de dos o más infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente”¹⁹². Garrido Montt entiende el delito complejo como, “aquel que está integrado por dos o más acciones claramente diferenciadas, cada una de ellas constitutiva aisladamente considerada de un delito, pero que por razones de política criminal el legislador las ha unificado para efectos de su penalización (unificación legislativa)”¹⁹³. Muñoz Conde lo define como “*un delito integrado por varias acciones que a su vez pueden constituir varios delitos, independientemente de que luego se castiguen por separado conforme a las reglas concursales*”¹⁹⁴. Dice que en esta modalidad de robo existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos. Además de la propiedad-posesión contraída a los bienes muebles, con la realización de un robo con violencia o intimidación se pueden atacar bienes de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física o la vida. Para este autor el robo con violencia o intimidación sigue siendo un delito complejo. Señala que lo más importante de este delito es, en el aspecto subjetivo el “ánimo de lucro”, y lo accesorio (en un sentido instrumental, no de menos importancia), es la violencia o intimidación, por eso que cuando a la violencia o intimidación sobrevenga posteriormente un apoderamiento –por ejemplo, el sujeto después de haber agredido en el curso de una discusión a una mujer le quita el bolso- sea preferible optar por un concurso entre dichos delitos y el de hurto¹⁹⁵.

Rodríguez Devesa opina que, “hay una pluralidad de bienes jurídicos lesionados. Además del ataque al derecho de propiedad contraído a las cosas muebles ajenas, se ataca también la libertad por los medios expresados. El que roba de este modo, o bien impide que se forme la decisión de defender la cosa, poniendo a su víctima en un estado que la imposibilita tomar cualquier decisión, o impide que la víctima actúe, que lleve a cabo la decisión ya formada de defender la cosa objeto de la acción criminal”¹⁹⁶.

Emilio C. Díaz apunta: “*Al interés público general de garantizar la propiedad, y en estos delitos en particular la posesión de las cosas muebles, se asocia aquí el de amparar enérgica y eficazmente la libertad y la seguridad de las personas*”¹⁹⁷.

Bustos señala: “*Se trata de un delito complejo en que junto al ataque al patrimonio se considera la afección a la vida, la salud, libertad y seguridad de las personas. De ahí que se usen los términos violencia e intimidación, es decir, no basta con la apropiación de la cosa mueble ajena, sino que además siempre ha de estar presente la violencia o la intimidación para tal apropiación, luego el ataque a otro bien jurídico, esto es, a la libertad de actuar (ella es el fundamento del carácter complejo de este delito)*”¹⁹⁸.

¹⁹² Gustavo Labatut Glens, Derecho Penal, Parte Especial, tomo I, 1972-77, pág.170. Definición de Sebastián Soler.

¹⁹³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.183.

¹⁹⁴ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.338.

¹⁹⁵ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág. 339.

¹⁹⁶ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.408.

¹⁹⁷ Emilio C. Díaz. “El Código Penal para la República Argentina”, 1928, pág.318.

¹⁹⁸ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.174.

Cuello Calón opina que el bien jurídico aquí protegido es la posesión de hecho de las cosas muebles, pero también se protegen intereses jurídicos personalísimos como la vida, la integridad corporal, honestidad, libertad¹⁹⁹.

Carrara señala “Cuando el malvado que desea enriquecerse con las cosas ajenas, para alcanzar su fin perverso, escoge el medio de la violencia sobre la persona del propietario, indudablemente ejecuta un maleficio que aun cuando no haya causado daños efectivos a la persona ofendida (lesiones o inconvenientes en la salud) presenta, sin embargo siempre caracteres destacados de gravedad. En primer lugar, siempre existe la ofensa a dos derechos, e incluso a tres, porque el agresor, además de atacar el derecho de propiedad, ofende a lo menos como medio el derecho de libertad individual, y algunas veces hasta el derecho a la integridad personal ”

²⁰⁰

La participación en el robo con violencia o intimidación en las personas

En estas figuras pueden darse todas las formas de participación criminal, las diversas formas de autoría, la complicidad y el encubrimiento, todo esto sin dejar de considerar las disposiciones comunes al hurto y al robo relativas a la participación criminal²⁰¹.

El iter criminis en el robo con violencia o intimidación en las personas

Estos delitos se encuentran dentro de la clasificación de los delitos de resultado – tema analizado en las disposiciones comunes relativas al iter criminis-, por lo cual aceptan todas las formas imperfectas. Para su consumación es necesario que se den todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo, y por tratarse de figuras complejas, estos elementos deben concretarse tanto en relación con la apropiación²⁰² como con la acción tendiente a lesionar los otros bienes jurídicos amparados .

TIPICIDAD DEL ROBO SIMPLE

Artículo 436 inciso 1º: **“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies substraídas”.**

En nuestra legislación el robo simple constituye la forma básica del robo con violencia e intimidación en las personas. De la disposición recién transcrita se desprende que el robo simple es una figura residual, subsidiaria. Quedan comprendidas en esta figura todas las formas de apropiación con violencia o intimidación, siempre que no se encuentren contempladas dentro de los tipos especiales o preferentes de robo con violencia, que se contemplan en el artículo 433 y 434.

Opina Mera Figueroa que deben incluirse en el robo simple las lesiones menos graves, ya que el artículo 433 N°2 considera las lesiones simplemente graves. En

¹⁹⁹ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, parte especial, Barcelona, 1967. Pág. 792-793.

²⁰⁰ Francesco Carrara. “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2118.

²⁰¹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.190.

²⁰² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.190.

cambio, opina que las lesiones leves, sancionadas como faltas, atendida la calidad de las personas y las circunstancias del hecho, no llegan a configurar un injusto como el requerido para el tipo de robo con violencia o intimidación, dada su alta penalidad. Para este autor, este caso debe tratarse como concurso entre lesiones leves y hurto

203

Tipo objetivo:

El tipo objetivo de la figura en análisis comprende los siguientes elementos:

Una acción de apropiación. En realidad, deben concurrir los elementos generales del tipo de hurto (Art. 432), elementos analizados a propósito de ese delito.

Atentado contra la libertad, la integridad física o síquica de una persona.

Que dicho atentado sea cometido por medio de violencia o intimidación. En este sentido, Muñoz Conde señala que *“en el tipo objetivo el elemento específico del robo con violencia o intimidación es precisamente, la concurrencia de alguno de estos elementos como medios para conseguir ese apoderamiento ”*²⁰⁴.

Los conceptos de violencia e intimidación se analizarán a propósito del artículo 439, que señala específicamente qué debe entenderse por violencia y por intimidación.

Tipo subjetivo:

Esta figura requiere dolo, un dolo que debe extenderse a todos los extremos de la conducta. La intención del sujeto va encaminada primeramente a la apropiación de la cosa mueble, y de manera secundaria tiene la voluntad de afectar los otros bienes amparados en esta figura (libertad, salud, etc). Esto no significa que el legislador le dé mayor importancia a la propiedad que a los otros bienes jurídicos afectados, esta figura les da igual rango a la vida y a la propiedad. La violencia o intimidación deben vincularse subjetivamente con la apropiación o con la impunidad de la conducta, de lo contrario podría tratarse de dos delitos distintos, por ejemplo hurto y lesiones. La violencia debe ser empleada con dolo, no habrá robo con violencia en las personas, cuando el daño o lesión a la víctima en su persona, sea consecuencia de caso fortuito o simple culpa, el sujeto quería apropiarse de la especie mueble y causa culposamente lesiones en el ofendido, deberá responder en concurso por el cuasidelito de lesiones²⁰⁵.

A este respecto, Muñoz Conde señala que el robo con violencia o intimidación *“es un delito eminentemente doloso, en el que, además del ánimo de lucro, debe darse el dolo respecto a la propia violencia o intimidación utilizada para su realización, independiente de que, por ejemplo., la violencia ejercida dé lugar después de la comisión de un delito, doloso o imprudente, de lesiones o de homicidio, con los que entrará en concurso”*²⁰⁶.

Bustos Ramírez señala que *“ha de existir siempre dolo para que se dé la figura del robo con violencia o intimidación (también entonces en relación a la violencia y la intimidación como respecto de los posibles resultados que se produzcan). La intimidación de por sí, por*

²⁰³ Jorge Mera Figueroa, “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.116.

²⁰⁴ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.339.

²⁰⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.192-193.

²⁰⁶ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.342.

ser un abuso a la libertad requiere dolo, no es posible la culpa. El problema surgirá respecto de los resultados producidos por la violencia”²⁰⁷.

Penalidad:

La disposición en estudio señala una pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, cualquiera sea el valor de las especies sustraídas. Es evidente el grado de severidad del legislador en comparación con el hurto. Por una parte, no se castiga en función del valor de la cosa sustraída, y por otra se eleva considerablemente la pena privativa de libertad respecto del hurto, *“a niveles discutibles, superiores al homicidio simple”²⁰⁸*. En el mismo sentido señala: *“más aberrante resulta esta sanción al recordar que si el delito hubiera quedado en grado de tentativa o frustración, tampoco podría disminuirse por mandato del Art. 450”²⁰⁹*.

Carrara apunta: *“en el hurto violento, además, existe esto de particular: que la insignificancia de lo sustraído juega de un modo totalmente distinto que de ordinario. Con ésta se atenúa, es cierto, el daño inmediato y por ello la cantidad natural del maleficio; pero el daño mediato y, por lo tanto, la cantidad política del mismo, aumenta con ello en tanto cuanto disminuye el valor de lo sustraído”²¹⁰*. Agrega este autor: *“por lo tanto, tuvieron razón los legisladores al mostrarse especialmente severos contra el hurto violento; pero en esta severidad se llegó a excesos, cuando se conservó contra el hurto violento la pena de muerte”²¹¹*. Carrara acepta que en el “hurto violento” no tiene importancia como criterio mensurador la cantidad de lo sustraído, pero afirma además que en estos casos *“la insignificancia de lo sustraído se transforma en circunstancia agravante, así como lo es en el asesinato la insignificancia de la paga”²¹²*. Esto nos sirve para ilustrar lo severo que ha sido el legislador durante el tiempo frente a este delito.

Mera Figueroa señala que, respecto del robo simple, probablemente los jueces no aplican penas más severas que en el homicidio, pero dice que también es cierto, que dada la rigidez de los marcos penales y las reglas legales sobre determinación de la pena, se ven obligados muchas veces a aplicar penas que de todas formas resultan muy altas, y en muchos casos comparables a las penas impuestas por homicidio²¹³. El mismo autor nos dice que debemos tener en consideración, por una parte, que la pena mínima para el robo con violencia o intimidación simple es de suyo alta, la misma del homicidio, y por otra, la existencia de numerosas circunstancias agravantes especiales y otras reglas excepcionales que extreman la severidad para los responsables de este delito²¹⁴.

Jurisprudencia más relevante.

Requisitos de la intimidación para configurar robo simple (Art.436 inciso 1º).

²⁰⁷ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.177.

²⁰⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.193.

²⁰⁹ Mario Garrido Montt, ídem.

²¹⁰ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2118.

²¹¹ Francesco Carrara, op. cit., parágrafo 2119).

²¹² Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2118.

²¹³ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.37.

²¹⁴ Jorge Mera Figueroa, op. cit., pág.38.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°178, página 146, Rol N° 2.831-94.

Doctrina.

“No basta con que exista intimidación y que ésta haya sido eficaz como medio de apropiación, para que se configure el robo simple que castiga el artículo 436 del Código Penal. Es preciso además, atendido el carácter complejo de esta figura, que dicha intimidación sea idónea para afectar la seguridad física de las personas, esto es, poner en peligro su vida, su salud o su integridad corporal”.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que el hecho que se da por establecido en el considerando tercero del fallo en alzada consiste someramente en que en circunstancias que la ofendida transitaba en horas de la tarde por la vía pública, le fueron arrebatados sus aros y chaqueta que llevaba puesta, conjuntamente con el dinero que guardaba en uno de los bolsillos de la última; no encontrándose acreditada en esta acción con la certeza necesaria, que de parte del agente hubiese existido intimidación, pues el solo dicho de la ofendida que la habrían intimidado de palabra, fuera de no precisar tales expresiones, es insuficiente para tener por establecido que se amenazó a la víctima con el empleo de fuerza física ni tampoco la indispensable mínima violencia para arrebatar a la víctima sus prendas de vestir y sus joyas, puesto que la propia perjudicada soltó de sus orejas y desprendió sus aros entregándoselas al procesado; además su versión en el sentido de que hubiese sido arrebatada su chaqueta no aparece respaldada con otros elementos del proceso”

“Que de esta forma, apreciando los antecedentes en conciencia, este Tribunal desestima todo acto intimidatorio o de violencia en la apropiación de bienes muebles por parte de terceros que sufrió la denunciante. Consideraciones que permiten concluir que en la especie, se encuentra acreditado solamente el delito de hurto que prescribe el artículo 432 del Código Penal, y sanciona el artículo 446 N° 2 del Código Penal”.

En apoyo del anterior pronunciamiento se mostró el Abogado Integrante señor Carlos Künsemüller Loebenfelder, teniendo presente para ello los siguientes razonamientos, que se contienen en el fallo que estamos citando:

“Que, el hecho dado por establecido en el motivo tercero del fallo en alzada, y que someramente consiste en que la ofendida fue intimidada de palabra por dos sujetos, viéndose obligada a entregarles varias especies que portaba, no reúne, a juicio de quien previene, los caracteres típicos del delito de robo con intimidación, por el cual fue acusado el reo Guzmán Hernández”.

“Que, aun cuando la denunciante señala que dicho procesado "intentó" sacarle a viva fuerza sus aros de oro, no se estableció que de dicha tentativa hubiera resultado algún peligro de lesión corporal y ella misma dice que se los sacó y entregó; por otra parte, señala que el segundo individuo siempre la tuvo tomada del brazo derecho, pero éste nunca fue habido, dirigiéndose la indagación únicamente contra Guzmán Hernández, como autor de robo con intimidación en la persona de Paola Angélica Rozas Ferrada”.

“Que, por de pronto cabe dejar constancia que en ninguna de sus declaraciones la ofendida precisó la forma y términos en que fue intimidada verbalmente, lo que resultaba altamente necesario, por ser tal intimidación un elemento esencial del tipo penal del artículo 436 inciso 1° del Código Penal, cuya concurrencia o ausencia habían de ser dilucidadas con igual celo”

“Que, aun cuando la víctima declara que iba acompañada al momento de los hechos de una sobrina de 13 años de edad, la que podría haber aportado algún antecedente sobre la forma de ocurrencia de aquellos, no fue citada a declarar”.

“Que, en el inciso primero del ya citado artículo 436 del Código Penal, se castiga severamente -con una pena superior a la de homicidio simple- el denominado "robo simple", aun cuando la violencia se integra únicamente con lesiones menos graves o leves y a dicha aplicación de fuerza física, se equipara y produce el mismo efecto, la mera coacción -intimidación o amenaza-, en cuanto medio para lograr el apoderamiento”.

“Que, el fundamento de este tratamiento penal tan riguroso, está constituido por el hecho de utilizarse como instrumento para atentar contra el bien jurídico propiedad un acto que lesiona o pone en serio peligro otro interés jurídico personalísimo, de mayor jerarquía que el patrimonio, como la vida, la salud, la libertad personal, la seguridad individual.

El ataque a los intereses pecuniarios reviste en este caso específico una especial intensidad, que deriva, como se ha visto, del empleo de un medio particularmente ofensivo para bienes jurídicos de gran valía y que son objeto de especial amparo por la ley penal, a fin de obtener el apoderamiento de cosa ajena”.

“Que, el delito de robo con violencia o intimidación es una hipótesis compleja y pluriofensiva, en la cual se reúnen en una sola abrazadera típica, dos hechos diferentes, constitutivos cada uno de un ilícito penal autónomo, los que, por la estrecha conexión objetiva y subjetiva que los vincula, pasan a ser -alterándose las reglas sobre concurso de delitos- una unidad específica, que representa un contenido de injusto mucho mayor que si esos hechos fueran considerados por separado y es por ello, drásticamente sancionada, como se advirtió”.

“Que, como corolario de lo anterior, la antijuridicidad del comportamiento no puede entenderse radicada esencialmente en la afeción de la propiedad, sino en el daño efectivo o puesta en peligro de la integridad física de las personas”.

“Que, el problema de la presencia o ausencia de intimidación no puede resolverse con un mero criterio subjetivo, atendiendo únicamente a si se empleó un medio coactivo y si éste determinó la apropiación, entrega o manifestación de las cosas. No parece razonable ponerse solamente en el papel de la víctima -quien muy probablemente se sienta amenazada por cualquier individuo que le diga en tono fuerte "¡la bolsa o la vida!" o algo similar-, prescindiendo de una consideración fundamental, cual es la relativa a la idoneidad, aptitud o eficacia del acto intimidatorio, para generar una situación de peligro concreto para bienes jurídicos personalísimos del ofendido, única manera de encontrar, vía una interpretación contextual de la ley, justificación para el tratamiento penal tan riguroso que establece el texto ya mencionado”.

“Que, lo señalado en el artículo 439 del Código Penal, no es óbice para la interpretación desarrollada, toda vez que debe vincularse con el sentido y finalidad de los tipos penales a los cuales se aplica. La frase "o cualquier acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación de entrega", ha de entenderse, en el caso del inciso 1º del artículo 436, referida a cualquier acto que, por la entidad y significación que reviste, para dañar o poner en concreto peligro intereses vitales del sujeto pasivo, está dotado del "plus" necesario para sobreponer a la tutela de la propiedad, la de otros intereses, satisfaciéndose de este modo, la "ratio legis", la cual no puede entenderse que sea pretender castigar con una pena que puede llegar hasta 20 años de presidio mayor, una intimidación banal -irrelevante en cuanto

fuente de riesgo inmediato- para obtener la entrega de alguna especie, que en muchas ocasiones, además, tiene ínfimo valor”.

“Que, en la dogmática nacional, el profesor de Derecho Penal Jorge Mera Figueroa, al comentar en la Revista de Ciencias Penales, una sentencia de la I. Corte de Santiago, conforme a la cual, "...el hecho que se tiene por acreditado en el motivo... sólo debe ser calificado como hurto, en atención a que del proceso no aparecen antecedentes suficientes para dar por establecida la existencia de intimidación en la perpetración de la apropiación del reloj del ofendido, ya que el empleo de un revólver a fogueo no constituye una amenaza seria contra la integridad del ofendido con el delito", expresa: "En el caso a que se refiere la sentencia, existió, sin duda, intimidación. Esta última tiene efectivamente un carácter subjetivo. Sin embargo, no basta con que exista intimidación y que ésta haya sido eficaz como medio de apropiación para que se configure el robo; es preciso, además, atendido el carácter complejo y pluriofensivo de la figura, que dicha intimidación tenga la idoneidad para afectar la seguridad física de las personas, esto es, poner en peligro su vida, su salud o su integridad corporal. En el caso examinado la intimidación -amenaza con revólver de fogueo- no tiene, por la propia naturaleza del medio empleado, la capacidad siquiera potencial de afectar en manera alguna la seguridad física de la víctima. Su empleo no puede, pues, transformar el hurto en robo, si bien de lege ferenda debiera dar lugar a una agravación del primero de los delitos mencionados, por cuanto existe en tal caso un plus en relación con el puro desvalor de carácter patrimonial, representado por la afeción del sentimiento de tranquilidad y de seguridad personales, que el empleo de la intimidación supone". (Revista de Ciencias Penales, T. XLII, N° 3, pág. 118 y siguientes)”.

“Que, constituye un elemento útil para el razonamiento del sentenciador, la gran diferencia de penalidad que se aprecia entre la hipótesis del inciso 1° y la del inciso 2° del artículo 436 en cuestión. En el caso de robo por sorpresa, en que pueden producirse roturas de vestidos, producto de tirones violentos, empujones al ofendido, pequeñas heridas por efecto del arrebatación sorpresivo de relojes o alhajas y otras situaciones semejantes, la penalidad es de presidio menor en sus grados medio a máximo. No puede haber ninguna duda que la sanción mucho mayor que se contempla para el robo simple, deriva -como ya se ha dicho- de la muy distinta intensidad que el ataque a la propiedad ajena reviste en este último caso, intensidad que sólo puede entenderse concurrente cuando hay daño corporal efectivo o amenaza de riesgo grave y concreto, para la persona de la víctima”.

“Que, por último, y tal como lo afirma el profesor Mera, en su comentario ya citado, la equiparación que hace la ley de la violencia con la intimidación -aun cuando existe entre ellas una apreciable diferencia de graduación, en cuanto a su naturaleza y potencialidad para afectar los bienes jurídicos del ofendido- es demostrativa que el segundo de los medios aludidos debe revestir la suficiente entidad para que de su utilización se siga un peligro concreto de cierta significación para la vida o integridad corporal de las personas. De otra manera, la equiparación legal sería enteramente arbitraria, lo que no puede suponerse sin más a la hora de elaborar dogmáticamente en forma responsable estos conceptos jurídicos. "A nuestro juicio, sólo una intimidación que ponga relevantemente en peligro en forma concreta la vida, la salud o la integridad corporal puede racionalmente equipararse a la violencia y dar lugar a un delito que, como el robo simple, figura entre los más graves de nuestra legislación penal". (Op. citada)”.

“Que, la Excma. Corte Suprema, al interpretar el concepto de violencia propio de la figura delictiva en comento, ha declarado: "En consecuencia, existe violencia por el hecho de la aplicación sobre la persona de la víctima de una energía material que pueda vencer su resistencia o que pueda provocarle un daño aun cuando esa energía no cause lesiones

de ningún género, pues bastan los simples malos tratamientos a que se refiere el artículo 439 del mismo Código, que define en forma amplia el concepto de violencia con referencias a las finalidades perseguidas, de obtener que se manifiesten o entreguen las cosas o de impedir la resistencia u oposición a que se quiten. Constituyen violencia, por ende, tanto el hecho de golpear, de arrojar en el suelo, de maniatar o de amordazar a la víctima". (R.D.J., T. 63, 2ª parte, sección 4ª, pág. 444).

La intimidación, asimilada por el legislador a la violencia, deberá revestir sin duda, la necesaria significación -en términos de amenaza a un bien jurídico superior a la propiedad- que permita equipararla en el caso concreto, a los actos de maltrato corporal señalados precedentemente".

"Que, no habiéndose establecido a través de los medios de prueba legal, que el procesado haya intimidado efectivamente con expresiones verbales a la ofendida, en términos de ponerla en situación de peligro relevante para su integridad, el hecho que se le ha imputado no puede ser calificado de robo con intimidación, sino como delito de hurto".

El robo con violencia en las personas es un tipo complejo.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica, N°199, año 1997, pág. 143 y sgtes. Fallo de fecha 10 de enero de 1997

Doctrina

El delito de robo con violencia en las personas es un tipo complejo, en el cual se reúnen en una sola abrazadera típica dos atentados distintos, referidos a bienes jurídicos diversos, los que, de acuerdo a las reglas generales y considerados aisladamente, dan lugar a una hipótesis de hurto y una hipótesis de delito contra la vida o integridad física de las personas, ambas en concurso material (Consid.3°)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“1.- Que, la defensa del procesado ha sostenido que los hechos materia de la indagación deben ser calificados como robo por sorpresa, toda vez que el imputado no empleó violencia para apoderarse de la cartera que llevaba la mujer sino que su acción fue rápida y vivaz, propia de un “lanzazo”, produciéndose las lesiones de la ofendida como una consecuencia del fuerte tirón que el reo le dio al bolso.

2.- Que, dadas las peculiaridades contenidas en el hecho de autos, resulta indispensable desarrollar con precisión las consideraciones legales y dogmáticas que conduzcan a una adecuada calificación jurídico penal de la situación fáctica, a fin de satisfacer el requerimiento del artículo 500, en sus N°s 4 y 5, del Código de Procedimiento Penal.

3.- Que, el delito de robo con violencia en las personas es un tipo complejo, en el cual se reúnen en una sola abrazadera típica dos atentados distintos, referidos a bienes jurídicos diversos, los que, de acuerdo a las reglas generales y considerados aisladamente, dan lugar a una hipótesis de hurto y una hipótesis de delito contra la vida o integridad física de las personas, ambas en concurso material.

4.- Que, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que la complejidad deriva de la vinculación estrecha que une a ambos atentados, un nexo objetivo o material y uno subjetivo o ideológico, que configuran la existencia de una “unidad de acción”.

5.- Que, ambas agresiones, violencia y apoderamiento de cosa ajena, han de estar enlazadas por un vínculo fáctico temporal, al cual se refiere el inciso primero del artículo 433

del Código Punitivo, que debe entenderse aplicable a todo el párrafo respectivo, al señalar que la violencia puede tener lugar antes del robo - entiéndase antes del apoderamiento -, coetáneamente con él o después de cometido, para favorecer la impunidad. Si entre el robo y la violencia media un sensible espacio de tiempo o de lugar, la conexión desaparece y sólo está presente, en la medida que las dos acciones se desenvuelvan dentro de un mismo contexto de hecho, “lo que no significa que los distintos actos deban ser simultáneos, pero sí que cronológicamente no estén tan alejados que requieran de nuevas manifestaciones de voluntad...” (Corte Suprema, sentencia de casación, 17.01.79, T.37; Vol. II, Pàg.155 y ss.).

6.- Que, la ligazón objetiva no es suficiente, sino que debe concurrir además, la conexión ideológica, en el sentido que la violencia debe estar al servicio de la apropiación, esto es, motivada por el apoderamiento lucrativo perseguido por el hechor y dirigida a su obtención. El texto nacional comprende esta exigencia, al señalar que la violencia o intimidación pueden ser desplegadas para facilitar la apropiación, para consumarla o para favorecer la impunidad. La acción violenta debe tener una dirección subjetiva específica, debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad.

7.- Que, si bien la ofendida resultó, en el caso en examen, con lesiones corporales al caer al suelo, como consecuencia de haberle sido sorpresivamente arrebatado su bolso; merced al tirón efectuado por el sujeto que estaba a sus espaldas, tal circunstancia no autoriza, a juicio de los sentenciadores, para calificar el hecho como adecuado al tipo de robo con violencia en las personas.

8.- Que, según opinión dominante - afianzada desde la modificación introducida al artículo 433 del Código Penal, que reemplazó la expresión “resultare” por “se cometiere además”- el delito de robo violento no es una figura de calificación por el resultado, la energía física desplegada por el agente debe estar dirigida al logro de la apropiación de cosa ajena o su impunidad –al servicio de uno de estos fines- debiendo hallarse ambos atentados cubiertos por el dolo del sujeto activo.

9.- Que, no fluye del mérito de la causa que el agente haya empleado violencia en contra de la persona de la ofendida como medio para arrebatarle la cartera. Dicho sujeto tiró del bolso, a raíz de lo cual cayó la dama.

Ha sido la modalidad física del apoderamiento –tirón violento, sorpresivo y desde atrás- unida a las circunstancias fácticas de la posición del bolso –colgada de un hombro - lo que determinó la caída de la mujer y sus lesiones -, como consecuencia causal del acto de asir la cosa y no de una violencia enderezada específicamente a remover la resistencia oponible por aquella persona para defender sus pertenencias.

10.- Que, en una decisión de 17 de enero de 1995, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió que la acción del procesado, que causa a la ofendida una erosión al tirar de su cuello una gargantilla, no es constitutiva de robo con violencia, sino típica de robo por sorpresa. (Gaceta Jurídica m175, pàg.125).

11.- Que, este Tribunal no cree que por el hecho de haber sido de cierta entidad las lesiones de la víctima en este caso – graves, del artículo 397 N°2 del Código Penal- deba trasladarse la adecuación típica desde el robo por sorpresa al robo con violencia, toda vez que esto implicaría reconocer aquí una figura calificada por el resultado y sería además aplicable el precepto del N°2 del artículo 433 del Código Penal, hipótesis esta, impensable por lo ajena y desproporcionada que resulta, frente a las características del hecho incriminado, tanto en su faz objetiva como subjetiva.

12.- Que, lo que desvaloriza en el delito de robo con violencia en las personas, es la relación especial que se da entre la violencia o intimidación en las personas (por ejemplo,

lesiones) y la apropiación. No basta con que objetiva y subjetivamente existan ambos injustos (lo que daría lugar a un concurso entre hurto y lesiones); es preciso que la violencia en las personas (lesiones, en lo que ahora interesa) se realice para obtener la apropiación, lo que obviamente no sucede cuando las lesiones son sólo el efecto inherente de la apropiación rápida y sorpresiva de los objetos que las personas llevan consigo. (Cnfr. Jorge Mera Figueroa, comentario de jurisprudencia, Revista de Ciencias Penales, T.XLII, N°3, pág.113).

13.- Que, en el caso de autos, las lesiones sufridas por la ofendida no pueden ser atribuidas a la figura compleja de robo con violencia en las personas, por no aparecer esas lesiones vinculadas con la apropiación en la forma requerida en el texto legal.

14.- Que, por todo lo anterior, la calificación jurídico penal que ha de otorgarse a la sustracción rápida y sorpresiva del bolso de la denunciante, es la de robo por sorpresa, delito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo del Código Punitivo.”

Hurto de especies. Robo con violencia no tipificado.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°175, página 126, Rol N° 51.649-94.

Doctrina.

La imputación al hechor de haber opuesto resistencia con arma blanca, encontrada en su poder, no constituye violencia o intimidación en los términos del artículo 433 del Código Penal, puesto, que esa acción tuvo lugar a varias cuadras del sitio donde se sustrajo la especie, y frente a la intimidación de un individuo a quien el procesado no estaba en condiciones de identificar como un agente del afectado por el ilícito cometido.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1º) Que el hecho descrito en el considerando quinto del fallo que se revisa, en la parte que se mantiene, es constitutivo del delito de hurto de un equipo musical "Aiwa" de propiedad de Margarita Álvarez González, especie que se valora prudencialmente en una suma superior a cuatro sueldos vitales de la época pero inferior a cuarenta sueldos vitales, por lo que su penalidad se encuadra en el artículo 446 N° 2 del Código Penal.

2º) (...) También se ha considerado, para calificar de ese modo el ilícito investigado, que la imputación que se hace al hechor, por una de las personas que lo redujo, de haber opuesto resistencia usando un arma blanca, la que fue encontrada en su poder, no constituye violencia o intimidación en los términos previstos en el artículo 433 del Código Penal puesto que esa acción tuvo lugar a varias cuadras de distancia del sitio desde donde sustrajo la especie, y frente a la intimidación de un individuo a quien el procesado no estaba en condiciones de identificar como un agente de la persona afectada por el ilícito cometido.

3º) Que no obstante que Luis Ignacio Azócar Gutiérrez negó su participación en el hecho punible de que se trata, obra en su contra la presunción de autoría que contempla el artículo 454 del Código Penal, la que no fue desvirtuada, en atención a que la especie sustraída fue encontrada en su poder como lo atestiguan Alfonso Antonio Valderrama Valderrama a fs. 37 y Rodolfo Luis Álvarez González a fs. 39 y remitida al tribunal por Carabineros.

5º) (...) Por estas consideraciones, y lo dispuesto además, en los artículos 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal y 59 de la ley N° 11.625, se revoca la sentencia en consulta de fecha 31 de octubre último, escrita a fs. 76 y siguientes en la parte que absuelve a Luis Ignacio Azócar Gutiérrez de ser autor del delito de robo con intimidación en

las personas de Alfonso Antonio Valderrama Valderrama y Rodolfo Luis Álvarez González, de especies de propiedad de Patricia Álvarez González, perpetrado el día 15 de mayo de 1992 en la comuna de Conchalí de esta ciudad, y se declara en cambio, recalificando el ilícito materia de la acusación de fs. 64, que se condena a dicho sentenciado como autor del delito de hurto de especies de propiedad de la citada Álvarez González, a la pena de ochocientos veinte días de presidio menor en su grado medio y a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante la condena, si alguno desempeñare, y al pago de las costas de la causa.

Distinción entre robo con intimidación y delito de amenaza.

Corte Suprema, Gaceta Jurídica N°179, página 181, Rol N° 28.973.

Doctrina.

Si bien el delito que contempla el art. 296 N° 1 en relación con el art. 297 del C. Penal, tiene caracteres parecidos al delito de robo con intimidación, no se les puede confundir. En efecto, como lo ha dejado sentado la doctrina, la intimidación que singulariza el tipo de robo, representa para el ofendido un mal que ve venir como inminente, al paso que en el delito de amenazas, el apremio se traduce en una mera posibilidad de sufrir el mal. (Consids. 5° y 6°)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

3°.- Que el citado recurso (casación en el fondo) reclama de la infracción de los artículos 432, 436 inciso 1° y 439 del Código Penal, desde el momento que la sentencia impugnada califica como robo con intimidación, el hecho en que participaron los sentenciados, el que en realidad no se encuentra en la figura descrita en tales artículos que sirven de base al fallo, sino que en la descripción contenida en el artículo 296 N° 1 en relación con el artículo 297 del mismo Código, todos los cuales resultan por lo tanto transgredidos. Se afirma asimismo que consecuentemente, también fueron quebrantados los artículos 18 y 572 del Código de Procedimiento Penal que se refieren a los delitos de acción privada y a que el ilícito verdaderamente cometido, el de amenazas de atentado, es un delito de acción privada que sólo puede perseguirse a partir de una querrela, lo que aquí no ha acontecido.

4°.- Que al tenor de la sentencia de primera instancia, reproducido por la de segunda, son hechos de la causa los siguientes: "... en horas de la mañana del 2 de junio de 1990, en circunstancias que Mario González se encontraba cumpliendo sus labores de repartidor de cigarrillos en un negocio ubicado en la calle Cinco de Abril N° 5907, se le acercó un grupo de individuos los cuales, luego de intimidarlo al decirle que eran funcionarios de la Policía de Investigaciones, para lo cual le mostraron unas insignias y que lo detendrían por no llevar la documentación pertinente en su poder, lo obligaron a subirse a un automóvil Datsun 160-J, con el fin de que fuera a buscar la suma de \$200.000 que en esos momentos no portaba, dinero que se procuró y una vez que se los hubo entregado lo dejaron libre para seguir en sus ocupaciones";

5°.- Que si bien el delito que contempla el artículo 296 N° 1, en relación con el artículo 297 del Código Penal, tiene caracteres en efecto parecidos al delito de robo en cuanto se halla descrito como aquel que se comete cuando alguien amenaza seriamente a otro con causar un mal, que no constituye delito, a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, como un modo de conseguir determinado provecho, no se les puede confundir;

6°.- Que la doctrina por una parte y también la jurisprudencia española por la otra juzgando con respecto a textos legales semejantes a los nuestros, ha entendido desde

antiguo con evidente propiedad, que la intimidación que singulariza este tipo de robos, representa para el ofendido un mal que ve venir como inminente, al paso que en el delito de amenazas, el apremio se traduce en la mera posibilidad de sufrir un mal. (Código Anotado y Concordado por Cuello Calón, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946);

7º.- Que frente a los hechos que han quedado establecidos en la sentencia cuestionada, tal distingo está fuera de lugar, puesto que en aquéllos se pone en evidencia que la amenaza no era simplemente una probabilidad o posibilidad sino que el ofendido fue coaccionado moral y físicamente, hasta lograr que entregará el dinero.

En efecto, primeramente fue intimidado mediante la exhibición de emblemas oficiales con que los reos respaldaban y conferían seriedad a su intervención; luego fue amenazado con proceder a su detención en vista de que carecía de ciertos documentos que se le requerían; acto seguido y en vista de que González se allanó a ir a buscar la suma exigida, fue conducido, en un vehículo que no era el suyo, hasta el lugar donde logró procurarse los \$200.000.

Como se advierte, no sólo hubo un amedrentamiento de palabras, sino que el apremio se materializó en la práctica, bajo la forma de una detención transitoria, cuando la víctima fue conducida bajo control de los sentenciados, al lugar donde lo proveyeron de dinero, haciendo este trayecto en un vehículo ajeno, al que además, según la sentencia, fue obligado a entrar;

8º.- Que, en la especie hubo una típica forma de intimidación, no sólo bajo el prisma doctrinal o jurisprudencial sino que también de atenerse de modo estricto al texto del artículo 439 del Código Penal, según el cual: "Para los efectos del presente párrafo (del robo con violencia o intimidación en las personas) se estimarán por violencia o intimidación en las personas, los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, harán también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí, fingiéndose ministro de justicia o funcionario público";

9º.- Que, como se ve, no es efectivo, como asevera también el recurso en otro de sus párrafos, que para tener por configurado el delito de robo con intimidación sea necesario que se acredite que las amenazas consistieron necesariamente en el empleo de fuerza física en contra de la persona de la víctima (su vida, su integridad corporal o su salud);

10º.- Que en el escrito de fojas 178 se insiste en que la situación de autos "mal no constitutivo de delito" (dado que la ley autoriza la detención en caso de delito flagrante) que constituiría la amenaza, en modo alguno provocó en el ofendido un temor o miedo irresistible que anulara su voluntad, sino que por el contrario, lo indujo a tomar la iniciativa para conseguir el dinero que los malhechores le exigían para no detenerlo... "de ahí que la presión de carácter psicológico sumado al fingimiento de que fue objeto, lo indujeron a consentir en la entrega, aunque su consentimiento estaba viciado por el engaño, pues no cabe sino concluir que actuó absolutamente convencido de que realmente estaba sobornando a funcionarios públicos para que omitieran un acto propio de sus cargos";

11º.- Que se ignora, desde luego, la naturaleza de los documentos que González no pudo exhibir, de modo que no se sabe tampoco si el ofendido pudo creer inocentemente, que su detención estaba justificada. De cualquier manera, el solo hecho de que los reos (dos de ellos guardias de investigaciones y conductor del mismo Servicio, el tercero) se hayan atribuido falsamente la calidad de funcionarios públicos con facultades para detener

y hayan recurrido a amenazas "para hacer que se entregaran o manifestaran cosas", como lo expresa el mencionado artículo 439 los hace caer de lleno, en la calificación que corresponde hacer de acuerdo con el artículo 436 inciso 1º en que se funda la sentencia impugnada;

Empleo de arma de “fantasía” constituye intimidación para efectos de calificar la conducta como robo con intimidación.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°234, página 140, Rol N° 1.468-99.

Doctrina.

Acreditado que la amenaza inferida con un arma de fantasía determinó la voluntad del ofendido en orden a entregar sus pertenencias al procesado, resulta improcedente la modificación del delito de robo con intimidación al de hurto de especies, solicitada por el defensor.

Un revólver de fantasía es un arma que se esconde bajo una apariencia inofensiva, conforme al artículo 3º de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por lo que su posesión o tenencia se encuentra prohibida.

Atendida tal circunstancia, no puede entenderse que dicha arma careciera de idoneidad y eficacia para poner en peligro real y actual los bienes jurídicos personalísimos de las personas, a menos que se demostrara lo contrario en el proceso. (Hay prevención).

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Primero: Que, del mérito de los antecedentes que se aprecian en conciencia, aparece suficientemente establecido que uno de los elementos utilizados para intimidar a la víctima fue un revólver de fantasía, de fabricación italiana, calibre 22, que fue incautado por la policía. El cuchillo que, según dichos de los ofendidos, también habría sido empleado para intimidarlos, no fue encontrado por los aprehensores. En cuanto a una suerte de escopeta "hechiza", compuesta de dos tubos metálicos envueltos en un género de color azul, ninguno de los denunciados refiere haber visto en poder de los hechores ese elemento.

Segundo: Que, el encausado Luis Manuel Salfate Salfate está confeso de haberse acercado a un pasajero del microbús, amenazándole con un revólver que él portaba para que le entregara todo lo que tenía.

Tercero: Que, es efectiva la circunstancia de que esta Corte ha resuelto en varias sentencias que para los efectos del tipo penal complejo de robo con intimidación en las personas, sólo una coacción que ponga relevantemente en peligro en forma real y concreta la vida, la salud o la integridad corporal del sujeto pasivo puede racionalmente ser equiparada a la violencia como medio ejecutivo y dar lugar a una figura delictiva como el robo simple, que destaca entre las más graves de nuestra legislación. Asimismo, ha dicho que la intimidación -asimilada por ley a la violencia- deberá estar revestida de la suficiente entidad, en términos de amenaza a un bien jurídico personalísimo, que permita equipararla, en el caso concreto, a las acciones de maltrato corporal (Gaceta Jurídica N° 199, pág. 146, Gaceta Jurídica N° 204, pág. 158).

Es correcta la cita hecha en estrados por el defensor del recurrente, en cuanto a que la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo publicado en Revista de Ciencias Penales, T. XLII, Vol. 3, pág. 116, decidió que el empleo de un arma a fogeo para intimidar y apropiarse, no configura el delito de robo con intimidación, sino el de hurto, en atención a no encontrarse establecida la existencia de intimidación en el apoderamiento de un reloj perteneciente a

la víctima, ya que el empleo de un arma a fogeo no constituye una amenaza seria contra la integridad del sujeto pasivo de la acción.

Cuarto: Que, no obstante lo anterior y más allá del debate doctrinario que los pronunciamientos citados puedan originar, es lo cierto que en la especie el elemento empleado para intimidar y obtener la apropiación de cosas muebles ajenas, fue -según consta del documento policial de fs. 9- un revólver de "fantasía", objeto éste que -en cuanto arma de fuego y por ende- la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, incluye dentro de esta última noción y, por lo mismo, lo reglamenta, prohibiendo su posesión o tenencia, entendiéndose por tales armas de "fantasía", "aquellas que se esconden bajo una apariencia inofensiva" (artículo 3°).

Quinto: Que, atendida la circunstancia precedente y no habiéndose demostrado en el proceso que dicha arma careciera de idoneidad y eficacia para poner en peligro real y actual los bienes jurídicos personalísimos de las personas y estando comprobado además, que la amenaza inferida con esa arma determinó la voluntad del ofendido Vásquez Duarte en orden a entregar sus pertenencias al procesado Salfate, contra la voluntad de aquél, resulta improcedente la modificación del título del delito imputado, al de hurto de especies, como se solicitó en el alegato del defensor.

Se previene que el Abogado Integrante señor Carlos Kunsemuller L., estuvo por calificar el hecho ilícito materia del proceso como delito de robo por sorpresa e imponer una pena adecuada a este tipo penal al encausado, teniendo especialmente en cuenta la equivocidad e imprecisión de los antecedentes probatorios relativos a la presunta aptitud del instrumento utilizado en la perpetración del hecho para poner en actual y serio peligro la integridad física de los ofendidos, situación ésta, que al tenor de lo que se expone a continuación -en cuanto a la insuficiencia probatoria- y conforme al precepto garantista del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, impiden, en concepto de quien previene, adquirir la plena convicción de que se produjo una intimidación apta para realizar el tipo complejo descrito en el inciso primero del artículo 436 del Código Penal, no pudiendo resolverse este punto con el solo mérito de la apreciación subjetiva de la víctima (miedo, temor o inquietud), como se ha fallado anteriormente en esta Corte.

Dictada esta sentencia, después de rechazada por mayoría de votos la indicación previa del Abogado Integrante señor Carlos Kunsemuller L., en orden a decretar, como medida para mejor resolver, la realización de un peritaje al revólver incautado (fs.7), a fin de establecer fehacientemente su real aptitud para operar como arma de fuego y poner en serio peligro la integridad de las personas, en mérito, especialmente, al dicho de una de las víctimas, que a fs.10 señala que "el arma era de juguete", diligencia ésta, indispensable para una más certera y segura calificación jurídico-penal del hecho imputado y que debió haberse cumplido en la etapa indagatoria".

Apreciación crítica de los Memoristas. Artículo 436 inciso 1° y artículo 439.

Luego de la revisión de la historia legislativa, la doctrina y la jurisprudencia más relevante, nos corresponde pronunciarnos y comentar de una manera crítica la figura contenida en el artículo 436 inciso 1° del Código Penal, que sanciona el denominado "Robo Simple". En las próximas líneas reproduciremos de manera genérica las discusiones y diversas opiniones aportadas por los memoristas a lo largo de la investigación, haciendo hincapié en que el análisis de esta figura se ha hecho a la par con lo preceptuado en el artículo 439, que

señala qué debe entenderse por violencia e intimidación, elementos esenciales en el tipo en estudio. De esta manera, en este apartado nos referiremos tanto a las consideraciones que nos merece tanto el artículo 436 inciso 1º, como el artículo 439.

Debido a las múltiples propuestas que se presentaron para regular este delito, daremos a conocer las ideas que cada memorista presentó para una nueva redacción del tipo de robo simple.

La primera presentación fue la de Omar Cifuentes, quien puso interés en varios principios básicos, “capitales”, como que en un Estado democrático y constitucional deben existir las instituciones, los órganos y los instrumentos que le den sustento y legitimación a dicho Estado, y que tal sustento y legitimación viene en la medida que cumpla con su rol fundamental: estar al servicio de la persona humana; que el sistema penal, como parte del aparato estatal y de las instituciones democráticas, debe subordinar su acción a los principios elementales que inspiran una sana sociedad democrática; que el sistema penal busca proteger los bienes que se consideran vitales para la comunidad, como la vida, la salud, la libertad y la propiedad, entre otros; que el delito de robo con violencia o intimidación o robo simple constituye una figura en la cual se protegen dos bienes jurídicos: la propiedad y la vida o integridad corporal de las personas, por tanto se trata de una figura compleja y pluriofensiva.

Con todo lo anterior, comienza su reflexión en torno al tema, poniendo énfasis en el tema de la violencia, al señalar que, en base al principio de lesividad, es lícito exigir que el empleo de la violencia en las personas en el delito de robo debe trascender del ámbito puramente patrimonial, afectando, además, la seguridad física de la persona, ya que dicha afectación constituye el fundamento, el plus en relación con el hurto. Además, la doctrina española mayoritariamente exige que la violencia sea de cierta entidad, lo que en el aspecto cuantitativo se traduce en la exigencia de, al menos, lesiones faltas como resultado de dicha violencia. Sin embargo, no se trata de considerar a la violencia como medio de obrar en sí repudiable, sino que debe tratarse de una violencia capaz de poner efectivamente en peligro o derechamente lesionar el bien jurídico vida o integridad corporal, pues, en caso contrario, solo se trataría de un delito patrimonial.

Respecto a la definición de violencia, critica la forma en que tradicionalmente se ha tratado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, señalando que es un error considerar la violencia como mero medio apropiatorio que, de concurrir, transforma el hecho en robo con violencia, dejando a un lado el examen de la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, como ha ocurrido hasta ahora, y, a modo de ejemplo, comenta una sentencia que, basándose en la definición de Etcheberry, señala que para decidir se existe violencia en la víctima no necesariamente debe buscarse un resultado que afecte su integridad física, pues es suficiente para configurarla el que se afecte con ímpetu y fuerza físicos para inmovilizar y vencer la resistencia de aquella, razón por la cual se califica como robo con violencia la conducta de dos sujetos que tomaron a la víctima por la espalda y la tiraron al suelo sin agredirla y sin intimidarla con armas con el objeto de reducirla y sustraerle las especies que llevaba consigo²¹⁵.

Luego continúa con su crítica en el sentido de que el Código no trata de igual manera la violencia, pues en los casos de violación de morada, usurpación, ultraje a un ministro de culto en el ejercicio de su ministerio, rotura de sellos, evasión de detenidos, celebración de

²¹⁵ Fallo aparecido en revista “Fallos del Mes”, N°465, Agosto de 1997, pág.1437. Sentencia de fecha 12 de Agosto de 1997, pronunciado por la Excm. Corte Suprema, integrada por los Ministros Señores: Roberto Dávila, Adolfo Bañados, Luis Correa, Guillermo Navas y el Abogado Integrante Vivian Bullemore. Causa ROL N°1.849-97 contra Juan Zamora C. y otros.

matrimonios ilegales y otros, se trata de figuras simples y no complejas ni pluriofensivas, no obstante el empleo de la violencia. En dichos casos el empleo de la violencia no produce un disvalor autónomo, que exceda el de la figura base, por tanto la agravación que la ley establece en el robo con violencia está dado por el medio en sí mismo, es decir, únicamente en el robo la violencia transforma un delito puramente patrimonial en complejo y pluriofensivo, y en los demás tipos mencionados, la violencia no genera ese efecto agravatorio.

Por último, Omar Cifuentes critica el hecho de que se equipare la violencia con la intimidación, al establecer las mismas penas para ambos supuestos. Señala que es evidente que la violencia puede afectar a los bienes jurídicos protegidos (propiedad y vida o integridad corporal), pero que es más difícil relacionar la intimidación con la lesión efectiva del bien jurídico vida o integridad corporal. Además, la ley no distingue grados de violencia, aplicando las mismas sanciones (5 años y un día a 20 años) y tampoco atiende a los resultados producidos, al peligro que corra la vida o la integridad corporal, a la naturaleza o entidad de la violencia, etc; en síntesis, el empleo de la violencia se sanciona siempre de la misma manera. Señala además que este tratamiento injusto, irracional y desproporcionado debido a su tratamiento indiferenciado, hace llegar al absurdo de que al autor le resulte indiferente el tipo de violencia a emplear, pues la pena, aunque elevada, será la misma.

Terminan todas estas reflexiones con una propuesta, que se basa en el hecho de que la violencia debe afectar efectivamente el bien jurídico protegido, es decir, que violencia no es solo la aplicación de fuerza física sobre la víctima, sino que esa fuerza debe afectar la vida o integridad corporal para que el atentado patrimonial se transforme en delito de robo con violencia; y en que es necesario diferenciar entre la violencia y la intimidación, a fin de dar un tratamiento justo a la figura. Por lo mismo, propone que la sanción se determine según la entidad y magnitud de la violencia empleada y a las circunstancias que determinen el grado de peligro que corrió la víctima en su seguridad física. Además, ambos elementos deberán estar determinados en la ley, y no entregarse al arbitrio judicial.

Finalmente la nueva redacción que propone para el robo simple es la siguiente:

“El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas comete robo.

Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia los malos tratos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público. En todos estos casos deberá considerarse la magnitud y naturaleza de la violencia o intimidación empleadas, así como los grados de peligro que constituyeron dicha violencia o intimidación para la integridad física de la persona.

Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes –robo calificado–, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, atendiendo la magnitud y naturaleza de la violencia o intimidación empleadas, y el peligro efectivo para la integridad física de la víctima, cualquiera que sea el valor de las especies sustraídas”.

Con el documento aportado por Omar Cifuentes se inició la discusión del tratamiento que, en nuestro nuevo articulado, tendría el robo simple.

En la exposición de Mayumi Salinas y Cecilia Toncio se presentaron varias ideas, como la de dar una sistematización a los artículos, partiendo por redefinir el robo simple y ubicarlo

como disposición inicial del párrafo respectivo, y dejar en las disposiciones siguientes los tipos calificados. Luego exponen sus críticas a la equiparación que hace la ley entre la violencia y la intimidación en los mismos términos que Omar Cifuentes, razón por la cual nos abstendremos de reproducirlas. En relación a esta crítica, señalan que es preciso diferenciar la violencia de la intimidación, para lo cual proponen dejar la intimidación como una hipótesis de robo simple, independiente de la violencia y con una pena más baja. Esta idea se concreta en el articulado que culmina su presentación y que se reproducirá mas adelante.

En seguida, llaman la atención sobre el tema de la violencia y sobre qué tipo de consecuencias debe producir para que estemos en presencia de un robo simple. Señalan que no les cabe duda que las lesiones menos graves caen dentro del resultado típico del robo simple, puesto que en este caso se ha producido un daño, configurándose el plus con respecto a la afectación de la propiedad que se requiere para transformar el hecho en robo, sin embargo les quedan dudas respecto a las lesiones leves (tratadas como faltas) y las vías de hecho, entendidas como aquellas en que, no obstante ejercerse violencia sobre la víctima, no se le provoca lesión o daño físico aparente, como cuando a la víctima se le da una cachetada o se le empuja. Consideran que, de producirse lesiones leves, estaríamos en presencia de un robo simple puesto que entre estas lesiones y las lesiones menos graves no existe una diferencia objetiva, por lo cual el daño a la víctima es el mismo. Para el caso de las vías de hecho consideran que no debieran incluirse dentro del robo simple, ya que la violencia debe ser de cierta entidad, debiendo existir un daño real. En el mismo sentido, postulan que las vías de hecho podrían constituir un caso de hurto agravado, en función de la violencia empleada.

Respecto a lo que se entiende por violencia, se hacen partidarias de la opinión del profesor Luis Ortiz, en el sentido de que la violencia es la fuerza actual aplicada sobre la víctima, y que dicha fuerza se debe ejercer sobre la víctima y no sobre un tercero. Por ejemplo, si un delincuente quiere apoderarse de la cartera de una mujer y para lograrlo toma a su hijo y lo golpea, se trataría de una intimidación a la mujer y de lesiones al menor.

Siguiendo con su análisis del tema, critican la penalidad de la figura, por considerarla contraria a los principios de proporcionalidad de la pena y lesividad del bien jurídico tutelado, ya que la sanción es incluso mayor que la del homicidio simple. Por esta razón proponen una disminución de la pena, la que debiera ser presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, o sea, más baja que la del homicidio, pero de todas formas de gran severidad.

En relación a la intimidación, centran su análisis en su naturaleza, en el hecho de que se trate de un concepto puramente subjetivo o si requiere caracteres de objetividad. La posición mayoritaria es la que apoya la tesis subjetiva, es decir, lo importante es el efecto sobre la víctima y la intención del delincuente de intimidar, aunque también hay autores que se inclinan por la tesis objetiva, es decir, que la conducta sea capaz de poner en peligro la vida o la integridad corporal de las personas. Sobre esta discusión, las memoristas se ponen en una posición intermedia al señalar que el medio utilizado debe ser objetivamente apto para causar temor en la víctima (que no es lo mismo que efectivamente) y que haya logrado provocar dicho temor en la víctima, además del ánimo del sujeto de lograr ese objetivo.

Muy relacionado con lo anterior, llaman la atención sobre un problema de nuestra sociedad, consistente en la estigmatización que se tiene de determinados sujetos, que por su forma de vestir o su forma de hablar logran intimidar, incluso sin quererlo; como es el caso de individuos mal vestidos y con apariencia de delincuente, quienes logran ejercer una coacción psicológica por su sola presencia. Por ejemplo si una persona de muy mala

aparición le dice en forma agresiva a una señora que le entregue la cartera, la víctima se verá intimidada y accederá a entregar sus pertenencias, sin que haya sido amenazada de ninguna manera por el sujeto.

Resumiendo lo que a intimidación se refiere, las memoristas señalan que el concepto de intimidación, pese a no ser tan grave como la violencia, es muy amplio, y se presenta cuando la conducta del sujeto que quiere sustraer la cosa de la esfera de cuidado de su dueño deja de ser clandestina, ya que desde ese instante la víctima se sentirá amenazada.

Finalmente, Mayumi Salinas y Cecilia Toncio proponen 2 nuevos artículos, que reemplazarían al artículo 436 y al 439 respectivamente, cuyo texto es el que sigue:

“ Art. 436 . El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas, comete robo, y se castigará con las siguientes penas:

1º Cuando el robo se cometiere usando de violencia, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

2º Cuando el robo se cometiere usando intimidación, la pena será de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado en su grado mínimo.

En los casos contemplados en esta disposición, la pena se aplicará cualquiera sea el valor de las especies sustraídas”.

“Art. 439. Para los efectos del presente párrafo:

1.- Se estimará por violencia en las personas los malos tratamientos de obra para obtener la entrega o manifestación de las cosas, o impedir la resistencia u oposición a que se quiten.

2.- Por intimidación en las personas las amenazas, o cualquier otro acto que implique la utilización de un medio idóneo que objetivamente provoque la entrega o manifestación de las cosas, o impida la resistencia u oposición a que se quiten”.

La siguiente exposición por escrito fue la de Osvaldo Toledo, quien parte criticando el tratamiento de delito complejo y pluriofensivo dado por la doctrina y la jurisprudencia al robo, basándose en los planteamientos del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez. En efecto, señala que para la enorme mayoría de la doctrina de nuestro país la severidad de la sanción se explica por ser un delito pluriofensivo, que atenta simultáneamente contra dos bienes jurídicos, pero sin mayores precisiones ni fundamentos. Igualmente, se considera que la sola existencia de violencia o intimidación, cualquiera sea su forma determinará que la figura sea robo, pues siempre habrá un peligro para la vida o la integridad física, lo que en la práctica no siempre es efectivo.

Luego analiza los conceptos de violencia e intimidación contenidos en el artículo 439, y pone el énfasis en la hipótesis del que para obtener la entrega o manifestación alega orden falsa de alguna autoridad o la da por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público, que el artículo 439 asimila a violencia, haciendo notar que esta regla proviene del artículo 12 de la ley del 7 de Agosto de 1849, que, a su vez, proviene del Código Penal español, y que no es tan extraña la asimilación señalada, si se considera que la falsa representación de la realidad es una amenaza indirecta. Al mismo tiempo llama la atención en cuanto a que no debe confundirse la hipótesis del artículo 439 con alguna de defraudación, pues lo distintivo del caso artículo 439 es que quien entrega o manifiesta la cosa lo hace por el temor de sufrir alguna consecuencia perjudicial por parte de la autoridad en caso de no obedecerla y no por el solo hecho de creer en la falsa representación.

Sin perjuicio de las críticas anteriores, este memorista denuncia varias incongruencias e inconsecuencias del Código Penal en el tratamiento del delito de robo, que, a su parecer, se producen por errores conceptuales frente al tipo y por la regulación decimonónica contenida en el Código. En primer lugar señala que, partiendo por constatar que el Código Penal da igual tratamiento a la violencia y a la intimidación, resulta necesario preguntarse ¿por qué el Código reiteradamente y de manera casi majadera hace tal asimilación?. Evidentemente en la práctica habrá diferencias entre una y otra en relación con la vida e integridad física, e iguales diferencias habrá entre los distintos niveles de violencia que pueden encontrarse en el robo simple, más, todas son igualmente tratadas. Continúa señalando que la situación planteada lleva a pensar que la diferencia entre hurto y robo simple no es que en éste último se afecte la vida o integridad física de la víctima, sino que está en la forma de lograr la apropiación, sustrayendo en el hurto; ejerciendo violencia o intimidación en el robo. Entonces cabe la pregunta: ¿puede el ejercicio de violencia o intimidación en sí mismo afectar la propiedad o el patrimonio?. Para Osvaldo Toledo la respuesta es claramente la negativa, entonces se pregunta ¿cómo puede conectarse la violencia o intimidación con la apropiación, formándose la relación medio a fin requerida por el tipo?. La respuesta no es otra que eliminando la voluntad del sujeto pasivo, o bien, eliminando la capacidad de actuar del sujeto pasivo conforme a su voluntad, es decir, y en último término, coaccionándolo. De esta manera, la única forma de ver la naturaleza del delito de robo es como un delito de coacción, en la que al sujeto se le coacciona para poder lograr la apropiación. Además, eso se desprende de una correcta interpretación del artículo 439, disposición que no define los medios comisivos del robo, sino que señala las funciones que ellos cumplen en el delito, es decir que la violencia y la intimidación se emplean para constreñir a la víctima a entregar la cosa, a manifestar la cosa o a que omita oponer resistencia a la apropiación. De esta manera Osvaldo Toledo hace suyos los planteamientos del profesor Bascuñán, en el sentido de que el robo es un delito de coacción, y es un delito complejo, pues afecta tanto al patrimonio como la libertad (por medio de la coacción), o, en otras palabras, la pluriofensividad del robo simple está dada por el atentado patrimonial y la adicional afectación de la libertad de la víctima.

Siguiendo en la línea crítica, este memorista señala que la penalidad del robo simple (5 años y un día a 20 años) es exagerada, y que el fundamento dado por la doctrina y la jurisprudencia en orden a que se trata de un delito complejo y pluriofensivo no es convincente, por lo señalado precedentemente. Además agrega que dicha penalidad tiene su origen en la valoración social que se daba a la propiedad dentro de la sociedad agraria existente en Chile a la época de dictación del Código Penal y que las consideraciones que apuntan a la protección de la vida y la integridad física surgieron con posterioridad, con la finalidad de restringir la aplicación de las desmesuradas penas asignadas al robo calificado, ya que no cualquier muerte cometida con ocasión de un robo implicaba robo calificado, sino solo aquella muerte que funciona como violencia sería merecedora de la severa pena contemplada. Con esto se quiere decir que la pena asignada al robo es excesiva y que el tratamiento que da el Código a este delito (asimilando la violencia con la intimidación y fundando la penalidad en el hecho de tratarse de un delito complejo y pluriofensivo) no hace sino dejar patente dicha situación, por lo cual, Osvaldo Toledo propone que cualquiera sean los injustos que se incluyan en el tipo de robo simple, la pena no debiera superar el presidio menor en su grado medio, es decir, de 541 días a 3 años.

Con la concepción del robo como coacción, según Osvaldo Toledo se solucionarían los problemas de la actual legislación, ya que se estaría frente a un delito patrimonial con una pena proporcional, aun cuando se produzcan las eventuales lesiones que comprende

el tipo y se explica la ausencia de distinciones que hace el Código frente a los diversos grados de violencia que en la práctica pueden concurrir.

Luego de estas reflexiones, propone los siguientes textos para reemplazar los artículos 436 y 439:

“Art.436. *“El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando violencia o intimidación en las personas comete robo”.*

“ Art.439. *Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas u otro acto que pueda facilitar la ejecución del delito, hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, o impedir la resistencia u oposición, o para retener la cosa sustraída, o favorecer su impunidad.*

Hará también amenaza el que para los efectos del inciso anterior alegare orden falsa de alguna autoridad pública, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”.

Quien también se refirió al tema fue Luis Felipe Torres, y lo hizo reflexionando, en primer lugar, sobre la redacción que debería tener el tipo de robo simple. Tomando en cuenta que el robo simple tiene los mismos elementos típicos que el hurto, más la violencia o intimidación, y, teniendo presente que el hurto fue redefinido, incorporando el perjuicio como elemento típico, señaló que hay que preguntarse si el perjuicio sería o no incluido como elemento del robo simple. A su parecer, y tomando el planteamiento del profesor Jorge Mera, es necesario exigir el perjuicio para configurar el robo simple, ya que es indispensable que se afecten efectivamente los bienes jurídicos protegidos, y que solo puede verse afectada la propiedad, o mejor dicho el patrimonio, al verificarse un perjuicio real y efectivo. Si no concurriera el perjuicio, el delito de hurto no estaría completo, y, por ende, tampoco el robo, razón por la cual correspondería castigar los resultados producidos como consecuencia del empleo de la violencia (lesiones) o de la intimidación (coacción). Si no se exigiera el perjuicio, en un caso en que el robo simple no ocasiona perjuicio patrimonial a la víctima, no habría hurto (afectación patrimonial), sino solo los resultados de la violencia o la intimidación, y en tal caso se tendría que aplicar la elevada pena del robo simple a una situación que no ha afectado el patrimonio de la víctima, lo que no es justo.

En atención a estas reflexiones, postula que el texto del robo simple debiera ser el siguiente:

“ Art.436. *El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena causando perjuicio patrimonial al ofendido mediante violencia o intimidación, comete robo ”.*

Luego, este memorista procede a explicar esta redacción y señala que élla contiene todos los elementos del hurto, además de incorporar los elementos característicos que transforman al hurto en robo (violencia o intimidación) y al utilizar la palabra **“mediante”** quiere expresar la especial relación que debe existir entre la violencia o intimidación y el resultado apropiatorio, relación que según la doctrina y la jurisprudencia debe ser de carácter subjetivo, esto es, que el uso de la violencia o la intimidación esté en relación de medio a fin con la apropiación, que subjetivamente el delincuente vea como necesario utilizar violencia o intimidación **“para”** apropiarse de la cosa, relación que queda de manifiesto en el actual artículo 439, que señala *“Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya **para** hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya **para** impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar*

a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que **para** mantener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”. La palabra “**mediante**” inserta en el tipo de robo simple propuesto busca dejar de manifiesto que, en el tipo básico de robo, se exige este vínculo entre la violencia o intimidación y la apropiación. Sin perjuicio de lo aquí comentado, la relación señalada es tratada con mayor detalle por este memorista más adelante, cuando explica los alcances del texto que propone para el artículo 439.

A continuación, toca el tema del concepto de violencia y de intimidación que contiene el artículo 439, señalando que lo primero es intentar dar una sistematización a dicho artículo, partiendo por señalar qué es la violencia y qué es la intimidación, luego que se señale cuáles son los objetivos perseguidos por el uso de tales medios comisivos, para finalizar aludiendo al momento en que se pueden utilizar (antes, durante o después de la apropiación). Señala que para lograr dicho objetivo es necesario establecer claramente los conceptos de violencia e intimidación, razón por la cual continúa dando su parecer respecto al tema.

En el tema de la violencia, manifiesta estar de acuerdo con el concepto del profesor Alfredo Etcheberry, en el sentido de entender por violencia “*toda energía física aplicada directamente a la víctima, y que también se puede verificar por la utilización de medios, como por ejemplo un animal o una trampa que produzca los mismos efectos*”, y señala adherir a la idea de que la violencia debe ser de cierta magnitud, en términos semejantes a los señalados por los otros memoristas, sin embargo cree que el resultado de la violencia debe ser apreciable, medible, cuantificable; con el objeto de que se afecte realmente y de manera sustancial la integridad física de la víctima, razón por la cual señala que, a su parecer, el robo simple debiera verificarse cuando el despliegue de energía física aplicada directamente sobre la víctima cause, a lo menos, lesiones leves (tratadas en el artículo 494 N°5 del Código Penal como faltas), y como límite máximo de la fuerza estarían las lesiones menos graves (tratadas en el artículo 399) ocasionadas en la ejecución del delito, ya que si se causan lesiones graves, se trataría de robo calificado. El hecho de que se exija un resultado como las lesiones leves o lesiones menos graves, además de hacer patente la idea de que la violencia debe ser de cierta magnitud, quiere decir que todas aquellas otras formas de violencia que no provoquen las lesiones antes señaladas, como son los casos en que a la víctima se le da un empujón, se le remece fuertemente, se le da un leve golpe que no deje marcas, u otras similares, por constituir un atentado a la integridad física y sobre todo síquica a la víctima, pasen a formar parte del concepto de intimidación, concepto que se tratará a continuación.

Con esta opinión, Luis Felipe Torres manifiesta su desacuerdo con la opinión de Omar Cifuentes, quien califica como un error tanto de la doctrina como de la jurisprudencia el considerar la violencia como mero medio apropiatorio que por su sola presencia transforma el hecho en robo con violencia, y luego cita como ejemplo la sentencia de la Excm. Corte Suprema, reproducida anteriormente²¹⁶. A este respecto, Luis Felipe Torres señala estar de acuerdo con la Corte en el sentido de afirmar que “*para decidir si existía violencia en la víctima no necesariamente debía buscarse un resultado que afectase su integridad física, pues sería suficiente para configurarla el que se hubiese actuado con ímpetu y fuerzas físicas para inmovilizar y vencer la resistencia de aquella*”, sin embargo cree que hay un error al considerar que tal actuación constituye violencia en el sentido del delito de robo con

²¹⁶ Fallo aparecido en revista “Fallos del Mes”, N°465, Agosto de 1997, pág.1437. Sentencia de fecha 12 de Agosto de 1997, pronunciado por la Excm. Corte Suprema, integrada por los Ministros Señores: Roberto Dávila, Adolfo Bañados, Luis Correa, Guillermo Navas y el Abogado Integrante Vivian Bullemore. Causa ROL N°1.849-97 contra Juan Zamora C. y otros.

violencia, ya que aquella situación, a su entender, configura una hipótesis de intimidación y que quizás el error de la Corte se debe a que con nuestra actual legislación la violencia y la intimidación se encuentran equiparadas.

Siguiendo con el tema de la violencia, este memorista señala que también discrepa de la opinión de Etcheberry, que citando a Nuñez señala que *“también es violencia (...) el empleo sobre la víctima de una energía lesionadora que no la alcanza (disparo que yerra en el blanco)”*²¹⁷, ya que considera que en esos casos en que hay despliegue de fuerza física, pero que no alcanza a constituir un resultado objetivo de lesiones en la víctima, aquel despliegue de energía no es de la entidad o gravedad necesaria para constituir violencia, pero si es suficiente para configurar una intimidación.

Para cerrar el tema de la violencia, Luis Felipe Torres se refiere a la parte final del artículo 439, que señala que *“hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”*. Su opinión es que se debiera excluir esta hipótesis de aquellas que se castigan a título de robo, pues adhiere a la opinión de Etcheberry en el sentido de considerar que la hipótesis en cuestión no constituye violencia ni intimidación, sino que *“aquí hay astucia o engaño, o bien una intimidación que no brota de la amenaza de empleo de fuerza física inmediata. Esta forma asimilada de violencia guarda mucha semejanza con la hipótesis contemplada en el art.440 N°3 (entrar en el lugar del robo merced a simulación de autoridad). La diferencia esencial entre un caso y otro radica en que el art.440 señala un medio engañoso para entrar en el lugar del robo (no para la apropiación misma de las cosas), en tanto que el art.439 indica una simulación de autoridad que tiene por objeto obtener la entrega o manifestación misma de las cosas. En verdad, sin embargo, no se advierte una diferencia apreciable entre la conducta del que se finge agente de Investigaciones con orden de allanamiento para penetrar en la casa y allí apropiarse subrepticamente de algún objeto, y la del que se finge receptor judicial con orden de retiro de especies y se las hace entregar, sin entrar a la casa. Sin embargo, el segundo caso debe ser considerado como robo con violencia o intimidación, y el primero, robo con fuerza en las cosas, con apreciable diferencia de penalidad”*²¹⁸. Por estas consideraciones, que sintetizan sus ideas, es que este memorista propone derogar la citada hipótesis del delito de robo simple, como se podrá apreciar mas adelante en el texto que propone como nuevo artículo 439.

Expresada su opinión sobre lo que debiera considerarse violencia, pasa a referirse a lo que es “intimidación”. Parte señalando que la definición actual de intimidación (amenazas o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega) no tiene una relación sistemática con el tipo autónomo de amenazas contenido en el artículo 296, por lo que es necesario exigir que el concepto de intimidación tenga, a lo menos, los mismos elementos que el tipo de amenazas, esto es, que la amenaza sea **seria** y **verosímil**, pero más que por razones de sistematicidad, es por una razón lógica, cual es que no puede ser que el robo con intimidación, figura de eminente gravedad, contemple menos requisitos que el tipo autónomo de amenazas, de penalidad bastante menor; no puede ser que el delito menos grave sea más difícil de configurar que el delito más grave.

Además de la exigencia de los requisitos de seriedad y verosimilitud, en los mismos términos que el delito de amenazas, Luis Felipe Torres propone un concepto mucho más amplio de intimidación, que comprendería todo despliegue de energía física aplicada

²¹⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.335.

²¹⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.337.

directamente sobre la víctima que no produzca lesiones leves, es decir, todo aquello que no sea capaz de configurar lo que él postula como violencia. También comprendería toda otra fuerza aplicada sobre una persona distinta de la víctima o de una cosa, que logre causar temor en la víctima, y cualquier otro tipo de coacción o amenaza que sea capaz de producir un temor que determine a la víctima a entregar la cosa o a dejar que el delincuente la tome, sin oponer resistencia.

Por las consideraciones expuestas es que Luis Felipe Torres propone el siguiente nuevo artículo 439:

“Art.439. *Para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia los malos tratamientos de obra que ocasionen, a lo menos, lesiones leves en la víctima. Por intimidación se entenderán las amenazas serias y verosímiles o cualquier otro acto que pueda causar efecto intimidatorio.*

La violencia o intimidación constituirán robo cuando se las use para hacer que se entregue la cosa o para impedir la resistencia u oposición a que se quite, sea que ello ocurra antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometer el robo o después de cometido para favorece su impunidad”.

Luego de proponer este nuevo texto, procede a explicar qué se quiere lograr con él y cuál es el sentido que se le debe dar. En efecto, señala que este texto, bastante extenso pero a la vez muy ordenado y completo, refleja la intención de sistematizar las diversas materias que trata el actual artículo 439, partiendo, en el inciso primero, con las definiciones genéricas de violencia e intimidación, definiciones que serán aplicables a todos los delitos contemplados en el párrafo 2º del Título IX del Código Penal, entre los cuales se cuenta, además de los tipos de robo, los ilícitos de piratería y extorsión.

La definición de violencia está acorde con las consideraciones que este memorista expresó anteriormente, dentro de las cuales está la idea de eliminar la asimilación de violencia que el artículo 439 hace para el caso de quien alega orden falsa o la da por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público. Asimismo, la definición de intimidación propuesta toma los mismos elementos de la definición actual, pero agrega dos requisitos extra, que son la seriedad y verosimilitud de la amenaza, requisitos tomados del tipo de amenazas (artículo 296), por las razones ya expresadas. También dentro de la definición de intimidación se ha contenido la frase **“o cualquier otro acto que pueda causar efecto intimidatorio”**, lo que ha perseguido dar la posibilidad de sancionar a título de intimidación todo otro acto que logre causar un temor en la víctima y que la haga entregar la cosa o dejar que el delincuente la tome, pero también persigue que cualquier otro despliegue de energía física que no logre tener la intensidad para constituir violencia (que cause al menos lesiones leves) se pueda castigar como intimidación.

Respecto al efecto subjetivo en la víctima, Luis Felipe Torres señala estar de acuerdo con el criterio intermedio propuesto por Mayumi Salinas y Cecilia Toncio, es decir, que la víctima se sienta atemorizada y que las circunstancias fácticas sean capaces de producir tales efectos.

Luego de estas dos definiciones generales, en el inciso segundo se precisan cuáles son los fines perseguidos con el uso de la violencia o intimidación, que serán obtener la entrega de la cosa o impedir la resistencia u oposición a que se quite.

Respecto a los fines perseguidos por el uso de la violencia, señala que no hay duda de que se busca la apropiación, sin embargo, la violencia se ejerce específicamente para hacer que las cosas se entreguen o manifiesten, o para impedir la resistencia u oposición a que se quiten (según el texto del artículo 439). En este sentido, este memorista cree

necesario hacer una precisión, ya que el solo uso de la violencia para que se manifieste la cosa no es suficiente para configurar el tipo de robo simple, se requiere que a ello se acompañe la apropiación, razón por la cual considera que los fines perseguidos con el uso de la violencia debieran ser solo dos: hacer que se entregue la cosa o impedir la resistencia a que se quite, lo que se refleja en el texto propuesto.

Siguiendo con su exposición, se refiere al tema de la relación de la violencia e intimidación con la apropiación. Reproduce las consideraciones de la doctrina, que exige una relación subjetiva, en el sentido de que *“la violencia debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad: debe haber sido ejercida para facilitar o cometer el robo, o para procurar su impunidad. Si la violencia responde a otro motivo, habrá un delito de hurto en concurso con el respectivo delito contra las personas o la libertad”*²¹⁹, agregando que la palabra **“para”** precisamente expresa ese vínculo subjetivo entre la violencia o intimidación y la apropiación. Pero también toca el tema de la exigencia de una conexión objetiva entre la violencia y la apropiación, propuesta por el Profesor Antonio Bascuñán, y que implicaría que la coacción (violencia o intimidación) efectivamente haya posibilitado la apropiación, o, en otras palabras, que la apropiación sea objetivamente un efecto directo e inmediato de la violencia ejercida por el autor²²⁰.

En términos generales, Luis Felipe Torres comparte el criterio del profesor Bascuñán en el sentido de que es necesario plantearse el problema de la conexión objetiva, pero opina que tal requerimiento debiera contemplarse en el tipo (como ocurre con el vínculo subjetivo que aparece en el tipo de robo simple que propuso mas arriba, con la palabra “mediante”, y en el actual artículo 439, con la palabra “para”), sin embargo, considera preferible mantener la exigencia del nexo objetivo como un principio doctrinario, ya que cree que la conexión objetiva debe entenderse que concurre siempre, pues en la mayoría de los casos de robo simple la apropiación será el efecto de la violencia empleada, es decir, el medio comisivo “violencia” será objetivamente eficaz para realizar la apropiación. Los casos en que el vínculo objetivo no exista (como cuando la apropiación se consiga por un medio diverso a la violencia empleada), son casos de laboratorio, muy excepcionales, razón por la que dichos casos debieran ser subsumidos por las otras figuras penales que existen, como son el hurto o el robo con intimidación que se ha propuesto.

La disposición que propone Luis Felipe Torres termina señalando que la violencia o intimidación puede tener lugar antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometer el robo o después de cometido para favorecer su impunidad. A modo de explicación señala que estas hipótesis se han trasladado desde el artículo 433, ya que se trata de un aspecto de carácter general que, por ende, debe estar en el artículo que

²¹⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.336.

²²⁰ Este autor señala que hay que distinguir entre los casos de auténtica apropiación y los casos de recepción de la cosa entregada. En caso de recepción de la cosa entregada bajo coacción se requiere una conexión objetiva entre el uso de la violencia (o la intimidación) y la entrega de la cosa, pues se trata de una hipótesis de pura coacción, de manera que la esfera de cuidado del autor termina por la acción del autor de la violencia o la coacción; de lo contrario, ni siquiera podría afirmarse la imputación objetiva de la lesión de la propiedad al autor del delito. En el caso de apropiación propiamente tal, la afección al patrimonio se puede atribuir objetivamente a la conducta del autor, con independencia de la violencia o coacción. Esta hipótesis implica una coacción a tolerar la apropiación, por lo que el problema de la exigencia de una conexión objetiva se determina en razón de si debe o no afectarse o lesionarse la libertad de la víctima, además de la propiedad. Para el profesor Bascuñán, sí es necesaria la lesión efectiva de la libertad, y por tanto, en este caso también debe existir una relación objetiva entre el uso de la violencia o intimidación y la apropiación. Consideraciones expuestas por el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez en sus clases expositivas de Derecho Penal, Parte Especial, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile del año 2001, según apuntes tomados por la alumna Marcela Poblete R., facilitados a los memoristas).

habla en general de las circunstancias del robo. Luego señala por qué se dice “antes de la apropiación” y no “antes del robo”, como ocurre actualmente. La razón del cambio en la terminología obedece a que comparte las consideraciones del profesor Antonio Bascuñán R., quien considera que no se puede hablar de violencia o intimidación antes de cometer el “robo”, pues el delito aun no se ha consumado como tal, siendo mas propio referir la violencia o intimidación ejercida antes de la apropiación²²¹

Respecto a la inclusión de la situación del uso de la violencia o intimidación en el momento de cometer el (hurto) apoderamiento, señala que no parece haber reparos en la doctrina, ya que se trata de la hipótesis más pura de robo con violencia o intimidación. Tampoco hay discusión en cuanto a que la hipótesis del uso de violencia o intimidación antes del robo (aunque como lo señaló anteriormente, es más preciso hablar del uso de la violencia o intimidación antes de la apropiación) sea tratada como robo. El caso más discutido es el del uso de la violencia o intimidación con posterioridad a la apropiación, tema que Luis Felipe Torres reproduce de los comentarios del profesor Antonio Bascuñán, quien señala que este es un caso de hurto y coacción posterior, lo que daría lugar a un concurso material entre estas dos figuras, situación que el legislador ha tratado conjuntamente en la hipótesis en cuestión²²².

En seguida señala este memorista que si se siguiera el criterio del profesor Bascuñán, se llegaría a la conclusión de que en el artículo propuesto se tendría que excluir la hipótesis de que el uso de la violencia o intimidación puede tener lugar después de la apropiación y que ello configuraría un robo, pero expresa no estar de acuerdo con dicho criterio, por considerar que esta situación, si bien es diferente al uso de la violencia o intimidación antes o durante el robo, de todos modos está estrechamente conectada con el robo y lo está de manera tan estrecha que si la violencia o intimidación no se ejerciera después de la apropiación, el delito de robo no se consumaría. Continúa diciendo que hay que recordar que no es lo mismo que se consume la apropiación a que se consume el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Si en los casos de violencia o intimidación antes o durante la comisión del ilícito ello se ve como un medio para obtener la apropiación, la violencia o intimidación usada después de la apropiación es para que aquella apropiación se mantenga. En términos subjetivos, los móviles en uno y otro caso son similares, lo mismo que en el ámbito fáctico, pues la violencia o intimidación se debe ejercer en la misma coacción, debe haber una conexión espacio-temporal para que el uso de la violencia o

²²¹ Antonio Bascuñán Rodríguez, en “El robo como coacción”, publicado en la Revista de Estudios de la Justicia, N°1, año 2002, pág.85) (Otro pie: “Este mismo autor señala que la hipótesis del uso de la violencia o intimidación antes de la apropiación es la consagración de que aquellas acciones son típicamente relevantes para la constatación del principio de ejecución del delito de robo, y agrega que “no se trata, en consecuencia, de una norma que configura un tipo distinto al del robo en sentido estricto, sino de una norma referida al iter criminis de este mismo delito, conforme a la cual el ejercicio de la coacción para facilitar la apropiación constituye ya tentativa de robo”, Antonio Bascuñán Rodríguez, en “El robo como coacción”, publicado en la Revista de Estudios de la Justicia, N°1, año 2002, pág.84.

²²² La opinión de este autor se resume en la siguiente cita: “Tratándose de la violencia o intimidación ejercidas con posterioridad a la comisión de la apropiación, es manifiesto que no puede hablarse de robo en el sentido propio del término, tal como es definido en el art.432 C.P. Ello, por la sencilla razón que si ya se encuentra consumada la apropiación, ésta no se ha cometido “usando” de medios coercitivos violentos o intimidatorios. Tal como lo demuestra el examen del derecho comparado, se trata aquí de una regla que por razones prácticas somete un caso de hurto y coacción (o lesiones u homicidio) al mismo tratamiento penal del robo. Por esta razón, debe evitarse el error en que usualmente incurre la doctrina al definir el concepto de robo incluyendo esta regla como criterio de configuración del tipo. Desde un punto de vista dogmático se trata de un tipo de delito distinto, sometido a un mismo régimen de penalidad y punibilidad”. Antonio Bascuñán Rodríguez, en “El Robo Como Coacción”, artículo publicado en la “Revista de Estudios de la Justicia”, N°1, año 2002, pág.84.

intimidación sea de la misma gravedad que la que se ejerce antes o durante el robo. Si la violencia o intimidación están desconectadas de la apropiación, estamos en presencia del concurso material que denuncia Bascuñán, pero en la mayoría de los casos la violencia o intimidación están estrechamente relacionadas con dicha acción apropiatoria, lo que se refuerza aun más si vemos que el fin último de estas acciones es procurar la impunidad, fin que no se puede perseguir si la violencia o intimidación no están en estrecha relación con la apropiación.

Por estos motivos es que Luis Felipe Torres, en el texto que propone mantiene la distinción entre los tres momentos en que puede ejercerse la violencia o intimidación para que ello de lugar a un robo.

Para concluir con su exposición, este memorista hace notar el efecto que produciría el artículo propuesto en la figura de extorsión contemplada en el artículo 438²²³. El texto que propone comienza diciendo *“para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia...”*, por lo que las definiciones de violencia e intimidación del señalado texto se tendrían que aplicar a esta figura, lo que no ofrece mayores dificultades pues los términos “violencia” e “intimidación” del nuevo texto son perfectamente aplicables a la figura de extorsión. Sin embargo en la extorsión el uso de la violencia o intimidación tiene fines específicos, distintos de los del robo (suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero), razón por la cual no sería aplicable el inciso segundo del artículo que se propone. Para salvar este inconveniente es que el inciso segundo de dicho artículo parte diciendo *“la violencia o intimidación **constituirán robo** cuando se las use para...”*. Con esta redacción se logra que a la figura de extorsión solo le sean aplicables las definiciones de violencia o intimidación contenidas en el inciso primero del artículo propuesto, y no el inciso segundo, pues éste señala expresamente que solo es aplicable al robo. De esta manera, el artículo que propone Luis Felipe Torres no modifica el tratamiento de la figura de extorsión, ni tampoco el de los robos calificados, pues a todas ellas les aparece compatible.

Con estas consideraciones termina la exposición de Luis Felipe Torres y se tienen suficientes opiniones como para proceder a discutir cada una de las propuestas y acordar un texto definitivo para los artículos referentes al robo simple. Cada memorista estudió cuidadosamente cada propuesta, y a continuación se discutió, cada memorista dio su parecer, se contrastaron las diferentes ideas y se llegó a consenso respecto del texto que, en conjunto, se propone.

Texto propuesto para el artículo 436 inciso 1º y para el artículo 439.

Dicho texto toma elementos de las diversas propuestas, y en definitiva es el que sigue:

El tipo de robo simple (actual artículo 436 inciso 1º) acordado es:

“Art.436. El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena causando perjuicio patrimonial a este mediante violencia o intimidación en las personas comete robo y será castigado:

1º Con (la pena) cuando el robo se cometa usando de violencia.

2º Con (la pena) cuando el robo se cometa usando intimidación.”

²²³ Señala el artículo 438: *“El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo”.*

Para reemplazar el actual artículo 439 se propone el siguiente texto:

“Art.441. Para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia los malos tratamientos de obra que ocasionen, a lo menos, lesiones leves en la víctima. Por intimidación se entenderán las amenazas serias y verosímiles o cualquier otro acto que pueda causar efecto intimidatorio.

La violencia o intimidación constituirán robo cuando se las use para hacer que se entregue la cosa o para impedir la resistencia u oposición a que se quite, sea que ello ocurra antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometer el robo o después de cometido para favorece su impunidad.”

Artículo 436 inciso 2º: Robo por Sorpresa.

Evolución durante su vigencia.

El primitivo artículo 436 señalaba:

Artículo 436 : *“Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas serán penados:*

1º.- Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si el importe de las cosas robadas excediere de quinientos pesos.

2º.- Con presidio menor en sus grados medio a máximo, cuando excediere de cincuenta i no pasare de quinientos pesos.

3º.-Con presidio menor en su grado mínimo a medio, si no excediere de cincuenta pesos.

Para la aplicación de estas penas se estimará como circunstancia agravante, haberse cometido el delito arrebatando por sorpresa ropa, alhajas u otros objetos a la persona que los lleva consigo, o aparentando riñas en lugar de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento i confusión, a fin de robar por este medio o proporcionar ocasión para que roben los compañeros”.

Este artículo se reforma mediante la Ley Nº 11.625, de 4 de Octubre de 1954, especialmente para eliminar la graduación de la pena según el valor de las cosas robadas, por cuanto, en concepto del Ejecutivo *“no corresponde a ningún principio aceptable, ya que el núcleo principal de la figura delictiva está en la violencia o intimidación ejercida sobre la víctima, a veces para sustraerle dinero o especies cuyo monto o valor se desconocen”*²²⁴ . La pena también se aumentaba, pero se dejaba al juez la latitud necesaria en su aplicación. El inciso 2º de este nuevo artículo 436 configura un delito especial, que técnicamente es un hurto, pero que pasa, en virtud de esta disposición, a ser considerado como robo, y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

Posteriormente, este artículo fue modificado mediante la Ley Nº17.727, de 27 de Septiembre de 1972, ley que produce substanciales cambios en su redacción. En efecto, en el artículo 436, inciso segundo, que sancionaba el robo por sorpresa con las mismas penas asignadas al robo ejecutado con violencia o intimidación en las personas (presidio mayor en sus grados mínimo a máximo), se propone sustituir esa penalidad por la de presidio menor

²²⁴ Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, op. cit., pág. 2862.

en su grado medio a máximo (541 días a 5 años). Fundamentaba el Gobierno su posición, señalando que ambas figuras delictivas constituyen hechos totalmente diferenciados, tanto por la forma en que se cometen y sus resultados, cuanto por las características de los hechos. Se estimaba por los propulsores del proyecto que los autores de robo con violencia o intimidación en las personas normalmente son delincuentes habituales de alta peligrosidad, que muchas veces no trepidan en llegar al homicidio para conseguir sus fines; en cambio, en el robo por sorpresa, los autores son personas que actúan sobre la base de su rapidez (lanza), y preferentemente eligen como víctimas a personas que no portan bienes de un valor exagerado. Resultaba, así, injusto sancionar con la misma pena dos hechos claramente diferenciados.

Doctrina.

Señala el artículo 436 inciso 2° del Código Penal: *“Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero, alhajas, ropas u otros objetos que los ofendidos lleven consigo, cuando se procede por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento y confusión”*.

Este delito adquirió autonomía en virtud de la ley 11.625, con anterioridad a esta ley el proceder por sorpresa era considerado sólo una circunstancia agravante del robo con violencia, esto, según nos señala Etcheberry, causaba dificultades en la aplicación práctica de la disposición, ya que siendo circunstancia agravante, para que pudiera operar como tal era necesario que existiera primeramente apropiación con violencia, y luego se agregara la sorpresa²²⁵.

La primera interrogante que surge es a propósito del hecho que se haya empleado nuevamente la voz “apropiación”, no haciendo remisión, como debería haber sido, a la definición general de hurto y de robo. Por ello cabe preguntarse si los elementos típicos del hurto y del robo deben recibir aplicación en esta figura.

Etcheberry, a propósito del tema, nos señala: *“Por definición legal, la apropiación también recae aquí sobre cosa mueble. Aunque el tenor literal de la ley no lo señala, no es difícil admitir que el delito recae sobre cosas ajenas. Por la índole misma de la acción realizada, se advierte que ella se ejecuta contra la voluntad de quien lleva las cosas, o al menos sin su consentimiento”*²²⁶. Nos queda entonces responder la pregunta en torno a la concurrencia o no, en este delito, del ánimo de lucro. Nos inclinamos a pensar, al igual que Etcheberry, que este requisito también es necesario, ya que el legislador hay entendido considerar este delito como un caso de robo, que al igual que el hurto requiere tal ánimo.

El delito en estudio puede cometerse de dos formas. La primera forma de comisión es obrando **“por sorpresa”**, concepto que no es enteramente claro. Etcheberry señala que *“debe ser algo menos que la violencia, puesto que de otro modo esto no sería sino un robo simple; y por otra parte, algo más que la simple clandestinidad o furtividad propias del hurto”*²²⁷. De ahí que autores como Labatut señalen que el delito de robo por sorpresa, técnicamente hablando, ocupe una situación intermedia entre el robo y el hurto²²⁸. Su mantención en el sistema penal, por esta razón, resulta un tanto discutible, tanto desde un

²²⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.345.

²²⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.345.

²²⁷ Alfredo Etcheberry, op.cit. pág.346.

²²⁸ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo II, 1972-77, pág.204.

punto de vista político criminal, como desde el punto de vista sistemático. Si examinamos la disposición, nos daremos cuenta la duda del legislador de que esta figura sea realmente un robo, por ello, partió expresando “*se considera robo*” la conducta allí descrita, lo cual implica que únicamente estamos en presencia de una figura asimilada al robo. No hay clandestinidad, puesto que se procede abiertamente y la víctima, aunque sorprendida y desprevenida, advierte lo que sucede, pero tampoco hay realmente violencia en las personas o en las cosas, no más de lo indispensable para arrebatar de las manos, del brazo o de un bolsillo, el objeto que se desea sustraer a la víctima. Hay un empleo de cierta fuerza, pero no aquella necesaria para calificarla como agresión física en su alcance normativo. La falta de reacción de la víctima o sujeto pasivo de la acción, como bien señala Etcheberry, se debe a lo rápido e inesperado de lo ataque. Y este estado de desprevenimiento debe haber sido calculado por el hechor, sea que lo haya procurado, sea que lo haya aprovechado²²⁹.

Esta figura corresponde a lo que algunas legislaciones entienden como rapiña o arrebato, en legislaciones como la italiana la rapiña es un agravante del delito de hurto. El factor fundamental de este delito es el debilitamiento de la defensa privada debido a que la víctima es sorprendida por el hechor. Por otro lado, en delito de robo por sorpresa la acción sólo puede recaer sobre el dinero y demás especies muebles que la víctima lleve consigo.

Labatut, en cambio, considera que “la sorpresa” es una forma de apropiación violenta de la cosa, asimilándola a lo en legislaciones extranjeras califican como rapiña, señalando que consiste en arrebatar sorpresivamente la cosa al que la lleva consigo, actuando la fuerza sobre la cosa y no sobre la persona²³⁰.

La otra forma de comisión es aparentando riñas en lugares de concurrencia y haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión. La primera de estas dos hipótesis consiste en simular el delincuente una riña, que no existe en realidad, en un lugar donde haya posibilidad de público que la observe o preste atención, circunstancia que aprovecha otro delincuente para sustraer subrepticamente las cosas que lleva consigo la concurrencia; esta modalidad supone la participación de varios sujetos. Por riña se entiende una pendencia o reyerta en que intervienen varias personas que se atacan recíprocamente, la que, en el caso en comento, es simulada. La otra forma de cometer el delito se asemeja un poco con la circunstancia anterior, usualmente se requerirá la participación de varios delincuentes, aunque podría, de modo excepcional, ser uno sólo. Se trata como lo señala Garrido Montt, de crear situaciones de agolpamiento o de simple confusión, que involucren desorden, dirigido a distraer a las víctimas a las cuales enseguida se les sustraen clandestinamente las cosas que tienen consigo²³¹.

Para que se configure el delito, el delincuente debe provocar el agolpamiento. Aquí el estado de debilitamiento de la defensa de la víctima se logra por la distracción de la misma, o por la dificultad que ésta tiene para vigilar y proteger sus pertenencias como consecuencia de la aglomeración o agolpamiento. En este último caso, señala Etcheberry, no se requiere que la víctima se de cuenta, es decir, esta variedad del delito es compatible con la clandestinidad²³².

²²⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.346.

²³⁰ Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 7ª Edición, 1976-83, pág.204.

²³¹ Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte Especial, V. 4, 1997, pág.210-211.

²³² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.346.

Labatut se refiere a esta segunda hipótesis, como apropiación no violenta que se ejecuta mediante destreza, la cual comprende cualquier habilidad manual para apoderarse de lo ajeno, o la utilización de los artificios que la ley señala²³³.

Jurisprudencia más relevante.

Distinción entre el robo por sorpresa y el robo con violencia (voto disidente).

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°204, página 154, Rol N° 1.620-97.

Doctrina.

En primer lugar, la Corte estimó que: "No corresponde calificar como robo por sorpresa, sino como robo con violencia en las personas, la conducta del hechor que, actuando en forma repentina, infirió a la ofendida una lesión que, por la naturaleza de la especie sustraída -un aro- y la forma como la ofendida la portaba, el hechor no ha podido menos que representarse que se produciría la lesión".

Voto disidente. Doctrina.

"Aun cuando existió conexión objetiva, espacial y temporal, entre el apoderamiento y la herida sufrida por la víctima, esta última no fue un medio para doblegar la resistencia del sujeto pasivo u obtener posterior impunidad, por lo que la acción no fue constitutiva de robo con violencia, sino típica de robo por sorpresa".

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

"Si bien el hechor actuó en forma repentina, con su acción infirió a la ofendida una lesión, que por la naturaleza de la especie sustraída y la forma como la ofendida la portaba, el hechor no ha podido menos que representarse que se produciría la lesión; de esta manera, existiendo una acción voluntaria destinada a la aprobación de la especie, la cual, además ocasionó una lesión corporal previsible, no es dable estimar que no existió la conexión temporo-espacial y que la lesión no aparezca inferida con la finalidad de ejecutar la apropiación".

Consideraciones más relevantes del voto disidente.

"La fuerza física empleada por el reo estuvo dirigida hacia el objeto de la apropiación -un aro- sin que el acusado tuviera la intención de dañar o violentar a la persona dueña de esa especie como modo de apropiársela".

"El delito de robo con violencia en las personas pertenece a los "tipos complejos", los cuales reúnen en una sola abrazadera típica dos agresiones distintas, referidas a bienes jurídicos diversos, los que de acuerdo a las reglas generales de concurso y apreciados separadamente dan lugar a una hipótesis de hurto y una hipótesis de delito contra la vida o contra la integridad física de las personas.

"Que, es opinión dominante en doctrina y jurisprudencia, que la complejidad deriva de la vinculación estrecha -objetiva y subjetiva- que une a ambos atentados, en términos que representan "una unidad de acción"."

"Que, la violencia en la persona y el apoderamiento de cosa ajena han de estar unificados por un vínculo fáctico-temporal, al cual se refiere el inciso primero del artículo 433 del Código Penal, que debe entenderse aplicable a todo el párrafo respectivo, al señalar que la violencia puede tener lugar antes del robo -entiéndase antes de la apropiación-

²³³ Gustavo Labatut Glenda, Derecho penal, parte especial, tomo II, 1972-77. Pág.204 y sgts.

coetáneamente con él o después de cometido, para favorecer la impunidad. Si entre el robo y la violencia media un sensible espacio de tiempo o de lugar, la conexión desaparece y sólo está presente en la medida que las dos acciones se desenvuelven dentro de un mismo contexto de hecho, "lo que no significa que los distintos actos deban ser simultáneos, pero sí que cronológicamente no estén tan alejados que requieran de nuevas manifestaciones de voluntad". (Corte Suprema, 17.01.79, Revista de Ciencias Penales, T. 37, Vol. II, pág. 155 y ss.)."

"Que, se ha expresado reiteradamente, que la ligazón objetiva, fáctico-temporal, no es suficiente, que debe concurrir además, un nexo ideológico, en el sentido que la violencia debe estar puesta al servicio de la apropiación, esto es, motivada por el apoderamiento pretendido y dirigida a su obtención. El precepto de nuestro Código comprende esta exigencia, al indicar que la violencia o intimidación pueden ser desplegadas antes de la apropiación, coetáneamente con ella o después de consumada. La acción violenta debe poseer una específica dirección subjetiva, debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito contra la propiedad o con su impunidad.

En otros términos, la violencia debe ser concebida y ejecutada en función de la apropiación".

"Que, si bien la ofendida de este caso resultó con una lesión leve, como consecuencia de haberle sido sorpresivamente arrebatado un aro mediante un tirón efectuado por el reo, estas circunstancias no autorizan, en concepto de quien disiente, para calificar el hecho como adecuado al tipo de robo violento".

"Que, la opinión dominante -afianzada desde la modificación introducida al artículo 433 del Código Penal, que reemplazó la expresión "resultare", por "se cometiere además"- estima que el delito que nos ocupa no es calificado por el resultado, ya que la energía física desplegada por el sujeto activo debe estar enderezada al logro del resultado antijurídico, debe actuar al servicio de una de las finalidades ya señaladas anteriormente, debiendo hallarse ambos atentados cubiertos por el dolo del agente. (Corte de Apelaciones de San Miguel, 10.01.97, Gaceta Jurídica N° 199, pág. 143)".

"Que, no aparece del mérito de los autos, que el acusado haya utilizado violencia en contra de la persona de la víctima, como medio para arrebatarse su aro. El sujeto tiró de la alhaja, a raíz de lo cual el pabellón auricular sufrió una contusión".

"Que, aun cuando existió conexión objetiva, espacial y temporal, entre el apoderamiento y la herida, esta última no operó el servicio de la apropiación, no fue utilizada para doblegar o vencer la resistencia del sujeto pasivo u obtener posterior impunidad. No es factible en este caso, a juicio del disidente, -sin infringir el precepto garantista del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal- entender que hubo una relación -buscada- de medio a fin, entre la contusión sufrida por la ofendida y la sustracción de su alhaja".

"Que, es oportuno recordar que la I. Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que la acción del procesado, que causa a la ofendida un rasguño o erosión al tirar de su cuello una gargantilla, no es constitutiva de robo con violencia en las personas, sino típica de robo por sorpresa. (Gaceta Jurídica N° 175)".

"Que, la mera circunstancia objetiva y causal de la lesión producida, no permite por sí sola desplazar la figura del robo por sorpresa y encuadrar el hecho en un tipo penal al cual es ajeno.

La apreciación en conciencia lleva al convencimiento de que la energía física dispuesta por el ladrón fue la indispensable, en las circunstancias fácticas de la posición del objeto

quitado, para desprenderlo del cuerpo de quien lo portaba, resultando entonces la pequeña herida una consecuencia causal del acto de asir la especie de modo sorpresivo y no del empleo de maltrato físico dirigido específicamente a vencer la resistencia opuesta u oponible por la víctima para defender sus pertenencias. (En este sentido, voto en sentencia de esta Corte, comentada en Revista de Ciencias Penales, T XLII, N° 3, pág. 113”).

“Que, un criterio distinto del señalado, llevaría a transformar el delito de robo con violencia en calificado por el resultado, carácter que sin duda no posee y que lesiona severamente el principio de culpabilidad”.

“Que, el Profesor Jorge Mera Figueroa, cuyos estudios sobre esta materia son ampliamente conocidos, ha sostenido que no concurre la exigencia de que la violencia en las personas se realice para obtener la apropiación, cuando las lesiones son sólo el efecto inherente al apoderamiento rápido y sorpresivo de los objetos que las personas llevan consigo. Aun cuando se estimara -añade- que el injusto corporal (lesiones leves) existe en tal caso -supuesto que dichas lesiones fueran previsibles- de todos modos el no sería atribuible a la figura compleja de robo con violencia en las personas, por no estar conectadas esas lesiones con la apropiación en la forma exigida por la ley. (Revista de Ciencias Penales, Vol. XLII, N° 3, pág. 113 y ss.)”.

“Que, en la situación que nos ocupa, la lesión sufrida por la mujer no puede ser atribuida a la figura compleja de robo violento, por no aparecer esa lesión vinculada con la apropiación del modo preciso exigido por la normativa penal”.

“Que, por todo lo expuesto, la calificación que ha de asignarse a la sustracción rápida y sorpresiva del aro de la denunciante, es la del delito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo del Código Punitivo”

Opinión en contrario de la sentencia anterior.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°199, página 143, Rol N° 2.322-90; y Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°175, página 125, Rol N° 49.473-94.

Doctrina.

“El robo con violencia en las personas es un tipo complejo, constituido por dos atentados distintos -violencia y apoderamiento de cosa ajena- referidos a bienes jurídicos diversos, los que considerados aisladamente darían lugar a una hipótesis de hurto y otra de delito contra la integridad física de las personas, ambas en concurso material. Ambos atentados están unidos por un nexo objetivo o material de orden temporal, y otro subjetivo o ideológico, en el sentido que la violencia debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad.

La calificación jurídica que corresponde a la sustracción rápida y sorpresiva de la cartera de la ofendida, es la de robo por sorpresa, aunque ésta haya sufrido lesiones como efecto inherente de dicha apropiación”.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que, la defensa del procesado ha sostenido que los hechos materia de la indagación deben ser calificados como robo por sorpresa, toda vez que el imputado no empleó violencia para apoderarse de la cartera que llevaba la mujer sino que su acción fue rápida y vivaz, propia de un "lanzazo", produciéndose las lesiones de la ofendida como una consecuencia del fuerte tirón que el reo le dio al bolso”.

“Que, el delito de robo con violencia en las personas es un tipo complejo, en el cual se reúnen en una sola abrazadera típica dos atentados distintos, referidos a bienes jurídicos diversos, los que, de acuerdo a las reglas generales y considerados aisladamente, dan lugar a una hipótesis de hurto y una hipótesis de delito contra la vida o integridad física de las personas, ambas en concurso material”.

“Que, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que la complejidad deriva de la vinculación estrecha que une a ambos atentados, un nexos objetivo o material y uno subjetivo o ideológico, que configuran la existencia de una "unidad de acción".

“Que, ambas agresiones, violencia y apoderamiento de cosa ajena, han de estar enlazadas por un vínculo fáctico-temporal, al cual se refiere el inciso primero del artículo 433 del Código Punitivo, que debe entenderse aplicable a todo el párrafo respectivo, al señalar que la violencia puede tener lugar antes del robo -entiéndase antes del apoderamiento-, coetáneamente con él o después de cometido, para favorecer la impunidad. Si entre el robo y la violencia media un sensible espacio de tiempo o de lugar, la conexión desaparece y sólo está presente, en la medida que las dos acciones se desenvuelvan dentro de un mismo contexto de hecho, "lo que no significa que los distintos actos deban ser simultáneos, pero sí que cronológicamente no estén tan alejados que requieran de nuevas manifestaciones de voluntad..." (Corte Suprema, sentencia de casación, 17.01.79, publicada en Revista de Ciencias Penales, T. 37; Vol. II, pág. 155 y ss.)”.

“Que, la ligazón objetiva no es suficiente, sino que debe concurrir además, la conexión ideológica, en el sentido que la violencia debe estar al servicio de la apropiación, esto es motivada por el apoderamiento lucrativo perseguido por el hechor y dirigida a su obtención. El texto nacional comprende esta exigencia, al señalar que la violencia o intimidación pueden ser desplegadas para facilitar la apropiación, para consumarla o para favorecer la impunidad. La acción violenta debe tener una dirección subjetiva específica, debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad”

“Que, si bien la ofendida resultó, en el caso en examen, con lesiones corporales al caer al suelo, como consecuencia de haberle sido sorpresivamente arrebatado su bolso; merced al tirón efectuado por el sujeto que estaba a sus espaldas, tal circunstancia no autoriza, a juicio de los sentenciadores, para calificar el hecho como adecuado al tipo de robo con violencia en las personas”.

“Que, según opinión dominante, -afianzada desde la modificación introducida al artículo 433 del Código Penal, que reemplazó la expresión "resultare" por "se cometiere además"- el delito de robo violento no es una figura de calificación por el resultado, la energía física desplegada por el agente debe estar dirigida al logro de la apropiación de cosa ajena o su impunidad -al servicio de uno de estos fines- debiendo hallarse ambos atentados cubiertos por el dolo del sujeto activo”.

“Que, no fluye del mérito de la causa que el agente haya empleado violencia en contra de la persona de la ofendida como medio para arrebatarle la cartera. Dicho sujeto tiró del bolso, a raíz de lo cual cayó la dama.

Ha sido la modalidad física del apoderamiento -tirón violento, sorpresivo y desde atrás- unida a las circunstancias fácticas de la posición del bolso -colgada de un hombro- lo que determinó la caída de la mujer y sus lesiones, como consecuencia causal del acto de asir la cosa y no de una violencia enderezada específicamente a remover la resistencia oponible por aquella persona para defender sus pertenencias”.

“Que, en una decisión de 17 de enero de 1995, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió que la acción del procesado, que causa a la ofendida una erosión al tirar

de su cuello una gargantilla, no es constitutiva de robo con violencia, sino típica de robo por sorpresa. (Gaceta Jurídica 175, página 125)".

"Que, este Tribunal no cree que por el hecho de haber sido de cierta entidad las lesiones de la víctima en este caso -graves, del artículo 397 N° 2 del Código Penal- deba trasladarse la adecuación típica desde el robo por sorpresa al robo con violencia, toda vez que esto implicaría reconocer aquí una figura calificada por el resultado y sería además aplicable el precepto del N° 2 del artículo 433 del Código Penal, hipótesis esta, impensable por lo ajena y desproporcionada que resulta, frente a las características del hecho incriminado, tanto en su faz objetiva como subjetiva".

"Que, lo que se desvaloriza en el delito de robo con violencia en las personas, es la relación especial que se da entre la violencia o la intimidación en las personas (por ejemplo, lesiones) y la apropiación. No basta con que objetiva y subjetivamente existan ambos injustos (lo que daría lugar a un concurso entre hurto y lesiones); es preciso que la violencia en las personas (lesiones, en lo que ahora interesa) se realice para obtener la apropiación, lo que obviamente no sucede cuando las lesiones son sólo el efecto inherente de la apropiación rápida y sorpresiva de los objetos que las personas llevan consigo. (Cfr. Jorge Mera Figueroa, comentario de jurisprudencia, Revista de Ciencias Penales, T. XLII, N° 3, pág. 113)".

"Que, en el caso de autos, las lesiones sufridas por la ofendida no pueden ser atribuidas a la figura compleja de robo con violencia en las personas, por no aparecer esas lesiones vinculadas con la apropiación en la forma requerida en el texto legal".

"Que, por todo lo anterior, la calificación jurídico penal que ha de otorgarse a la sustracción rápida y sorpresiva del bolso de la denunciante, es la de robo por sorpresa, delito previsto y sancionado en el artículo 436 inciso segundo del Código Punitivo".

Distinción hurto- robo por sorpresa.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°154, página 101, Rol N° 10.052-93.

Doctrina.

"La doctrina penal asigna al hurto, para su distinción del robo, la concurrencia de los elementos clandestinidad o furtividad. No se dan estos elementos en la acción del procesado que ingresa súbitamente a un microbús, por la puerta delantera, y arrebató dinero y un rollo de boletos desde el accesorio llamado "pesera", situación asimilable a un acto de rapiña, que nuestra legislación tipifica como delito de robo por sorpresa, en el inciso final del art. 436 del Código Penal".

Consideraciones más importantes de la sentencia.

"Que la doctrina penal asigna al hurto -para su distinción del robo- la concurrencia de los elementos clandestinidad o furtividad. Se hace evidente que la ignorancia del sujeto pasivo facilita la comisión de dicha acción típica e impide una defensa de los bienes que puede transformar el hecho en violento".

"En el suceso de autos no se dan los referidos presupuestos de la clandestinidad o furtividad. El tribunal tiene por establecido -apreciando en conciencia las probanzas rendidas y considerando la forma en que verosíblemente ocurrieron los hechos- que el procesado ingresó súbitamente al microbús por la puerta delantera y arrebató el dinero y el rollo de boletos desde el accesorio próximo al chofer y denominado comúnmente como "pesera", situación que es asimilable a un acto de rapiña, que nuestra legislación tipifica y sanciona como delito de robo por sorpresa, en el inciso final del artículo 436 del Código

Penal, no importando -a juicio de los sentenciadores- que las referidas especies, que se encontraban dentro del ámbito de la inmediata protección de la víctima, no fueran portadas por ésta en sus ropas o no las tuviera asidas en el instante mismo del arrebatamiento”

“Que en virtud de las reflexiones que proceden se califica el hecho punible indagado como robo por sorpresa y, consiguientemente, se desestimarán tanto la alegación de la defensa señalada con anterioridad como la recomendación del Ministerio Público manifestada en dictamen de fojas 68, en el sentido de confirmar lisa y llanamente la sentencia de primer grado”.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Sobre este tema en particular hubo discusión, pues se barajaron varias alternativas de cuál podría ser el tratamiento de este ilícito. La primera postura fue presentada por Mayumi Salinas y Cecilia Toncio, quienes parten distinguiendo entre las dos hipótesis que contempla el artículo 436 inciso 2°:

Ejecutar la apropiación por sorpresa, o

Aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

El postulado esencial es que la acción descrita en el artículo 436 inciso 2° no es propiamente de robo, sino de hurto, postura que se fundamenta en la historia fidedigna del establecimiento de dicho artículo, y en su tenor literal, que señala que **“se considerará como robo”** la conducta ahí descrita. Sobre este punto no existe discusión ni entre los memoristas ni entre los autores nacionales. Agregan que el legislador tenía plena conciencia de estar en presencia de un hurto, pero que sancionó tan severamente esta conducta en base a un criterio criminológico (la alarma pública que el delito ocasionaba), criterio que resulta bastante discutible ya que con dicho tratamiento no ha disminuído la comisión de este ilícito.

En base a lo ya señalado, estas memoristas señalan que, si estamos de acuerdo en que se trata de un hurto, hay que determinar a qué tipo de hurto corresponde. El problema se suscita ya que, como hemos dicho, en nuestro proyecto de nuevo articulado, existen dos tipos de hurto: el hurto “simple”, que es el que hemos definido en nuestro artículo 432, y el hurto “calificado”, que es el que pretendemos introducir como artículo 437. Para solucionar esta interrogante, tratan las dos hipótesis por separado:

Ejecutar la apropiación por sorpresa. A este respecto señalan que el hecho de que el sujeto actúe por sorpresa no implica que ejerza violencia sobre la víctima, no se trata de violentar a la víctima para persuadirla de entregar la especie o para confrontar su oposición, sino que se trata de una situación fáctica en que el sujeto quiere pasar lo más inadvertido posible, pues la idea es sustraer la cosa sin que la víctima lo note, cuando ella se encuentre desprevenida. No pudiendo dejar de reconocer que en esta situación es altamente probable que se produzcan lesiones a causa del “tirón”, proponen que las lesiones que se causen sean castigadas en concurso con el delito de hurto.

Cometerse la apropiación aparentando agolpamiento o confusión. Señalan que les parece que hay un despliegue intelectual mayor, hay una preparación de la ocasión, que es distinto al caso anterior, donde al sujeto se le presenta la ocasión de cometer el ilícito. De ello se desprende que el sujeto actúa con mayor maldad.

Bajo estas consideraciones, terminan señalando que creen razonable eliminar el robo por sorpresa como un tipo especial y dejarlo como un hurto simple. Agregan que la

primera hipótesis debiera quedar como un hurto simple (en los términos de nuestro nuevo articulado), y que, en caso de producirse lesiones, éstas debieran sancionarse en concurso con el delito de hurto simple. Por último, señalan que el hecho de cometer la apropiación aparentando agolpamiento o confusión, por implicar un disvalor mayor, debiera ser incluida dentro de las hipótesis del hurto agravado que hemos propuesto.

Luego, fue Osvaldo Toledo quien dio su opinión respecto al robo por sorpresa. Hay que consignar que su opinión fue entregada en dos exposiciones, la segunda de las cuales aparece como un estudio aun más profundo del tema y como una reacción frente a las opiniones y debates sobre el tema. En su primera exposición este memorista partió su análisis sobre la base de la evolución histórica del artículo 436 inciso 2º, de su base, que es la legislación española y del tratamiento que se le ha dado dentro de la jurisprudencia nacional²³⁴, analizando también la opinión de la doctrina, en especial la del profesor Jorge Mera²³⁵. Al respecto, señala este memorista que el criterio propuesto por el profesor Mera tiene el defecto de que de todas formas no se puede negar el hecho de que conductas como la de un tirón de aros que rompe la oreja o un empujón importa un despliegue de fuerza física o mecánica calificable de violencia jurídico penalmente. Por lo demás, resulta a lo menos patente que el quiebre de la esfera de custodia y la creación de la nueva esfera de custodia es el resultado del despliegue de la energía física utilizada. Luego se pregunta: ¿si un tirón o el empujón, atendiendo la creación de un peligro concreto, no constituye robo, por qué si lo sería una sacudida a la víctima como medio de apropiación?. Señala que es evidente que hay similitudes de riesgos creados por lo que, quizás la distinción entre robo por sorpresa y robo simple habrá que hacerla sin este criterio, que resulta un poco ambiguo.

Luego hace notar la importancia del tratamiento de esta figura, pues al asimilarse a la conducta del robo, se le sanciona de la misma manera y se le aplican las mismas reglas de penalidad, lo que no es menor si se considera que la penalidad del robo es bastante elevada.

Agrega a continuación que, ni la frecuencia de comisión de un hecho delictivo, ni sus modalidades de ejecución pueden alterar la fisonomía jurídica propia de un tipo, que le está dada por sus elementos fácticos, en relación al bien jurídico que pretende tutelar.

²³⁴ Un fallo muy significativo es el dictado por la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, en la que se establece un criterio diferenciador entre el robo simple y el robo por sorpresa, consistente en la estrecha relación que debe existir entre la violencia ejercida sobre la víctima y la apropiación, en el sentido de considerar que si dicha relación típicamente significativa se concreta, el delito se debe tipificar de robo, agregando que la mera circunstancia objetiva y causal de que en el acto se produzcan lesiones no autoriza a desplazar la figura de robo por sorpresa a robo simple, ya que ello implicaría encuadrar el hecho dentro de un tipo penal que le es ajeno, pues la energía física desplegada por el delincuente es la indispensable, en las circunstancias fácticas de la posición del objeto arrebatado para desprenderlo del cuerpo de la víctima, que lo levaba consigo. La sentencia abunda aun mas en el tema al señalar que lo que se desvaloriza en el delito de robo con violencia en las personas es la relación especial que se da entre la violencia o la intimidación en las personas y la apropiación. No basta con que objetiva y subjetivamente existan ambos injustos (lo que daría lugar a un concurso de hurto y lesiones); es preciso que la violencia en las personas se ejerza **para** obtener la apropiación, lo que obviamente no sucede cuando las lesiones son solo el efecto inherente de la apropiación rápida y sorpresiva de los objetos que las personas llevan consigo. (Sentencia aparecida en revista Gaceta Jurídica N°199, del año 1997, pág.143 y s.s. anteriormente citada).

²³⁵ El profesor Mera Figueroa, que respalda el voto discrepante de la sentencia publicada en la Gaceta Jurídica N° 204 (ya citada), expresa que la doctrina en general asume que por el solo hecho de emplearse en la apropiación de las especies violencia o intimidación, se produciría un "peligro" para la vida, la salud o la integridad corporal de las personas. Sin embargo, señala que esta postura es incomprensible para situaciones en las cuales la seguridad física de las personas no ha corrido peligro alguno. Para este autor no basta con el empleo de la violencia o intimidación como medio utilizado por el hechor para obtener la apropiación de las cosas; es preciso además, que como resultado de su empleo se produzca un daño o un peligro concreto y significativo, en otras palabras, ese plus del injusto lo encontramos en un peligro objetivo para el sujeto pasivo).

Para concluir con esta, su primera exposición, Osvaldo Toledo señala que el robo por sorpresa es esencialmente un hurto, por lo que su tratamiento debiera ser de hurto.

A continuación Luis Felipe Torres presentó su opinión sobre el ilícito en cuestión. Su análisis también parte de la distinción entre la hipótesis de cometer la apropiación por sorpresa y la de cometerla aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión. Señala que cuando se procede *“aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”* no hay duda de que hay un despliegue intelectual mayor y de que el sujeto *“prepara la ocasión”* a diferencia del caso del robo del tirón, en que al sujeto *“se le da la ocasión”*, como se argumentó en la primera exposición, y que no comparte el criterio de que ello implique que el sujeto actúe con mayor maldad y que ello sea fundamento suficiente para agregar esta situación como agravante del hurto.

En su parecer esta situación es *“menos grave”* que la del tirón; el ataque a la propiedad es menos intenso ya que en este caso la víctima ni siquiera nota la conducta del delincuente, quien se aprovecha del estado de indefensión y hurta, en el sentido técnico de la palabra, es decir, se apropia de la cosa mueble ajena sin que concurra violencia o intimidación en las personas y, normalmente, sin que concurra fuerza en la cosa. El hecho de que esta hipótesis no requiera de fuerza en la cosa, requisito esencial en el robo de tirón, es lo que determina su menor gravedad.

Agrega que, por otro lado, el común de las personas considera más grave que le arrebaten la cosa de un tirón a que se la sustraigan en una aglomeración sin que se dé cuenta. Además el robo de tirón produce o puede producir lesiones corporales, la mayoría de las veces muy leves, pero lesiones a fin de cuentas; en cambio cuando se produce la sustracción aparentando riñas o realizando otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión, no se produce lesión alguna. Continúa diciendo que en esta situación nos encontramos frente a la forma más pura y simple de hurto, pues la apropiación es absolutamente clandestina, el injusto no trasciende de la mera propiedad y el ataque es imperceptible, razón por la cual considera que esta situación no es otra cosa que un hurto simple.

Para clarificar un poco las ideas propone un ejemplo de hurto simple: un transeúnte mira una vitrina en el Paseo Ahumada; por detrás viene un sujeto, quien le saca la billetera del bolsillo trasero del pantalón sin que nadie lo note, ni siquiera la víctima. Esta hipótesis cabe perfectamente dentro del tipo de hurto simple que se ha definido en el artículo 432 del proyecto de nuevo articulado. Luego, pone como ejemplo la misma acción pero mientras el transeúnte mira una riña callejera provocada intencionalmente por delincuentes para generar agolpamiento y confusión. La acción es exactamente la misma, pero en este segundo caso la acción se encuadra dentro del actual artículo 436 inciso 2º, pues se ha ejecutado una apropiación de dinero que el ofendido llevaba consigo aparentando una riña en un lugar de concurrencia, donde se ha producido agolpamiento y confusión. Agrega que si aceptara tratar la sustracción aparentando riñas o realizando otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión como un hurto agravado, la pregunta que cabría es: *¿El distinto contexto en que se realiza la misma acción es suficiente para sancionar en el primer caso como hurto simple, y en el segundo como hurto calificado?* En su parecer la respuesta es negativa, y es por eso que considera que cometer el hurto aparentando riñas o realizando otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión es una hipótesis que cabe dentro de la descripción típica del hurto simple y que, por tanto, debiera tratarse como tal.

Respecto a la afirmación de la memoristas Mayumi Salinas y Cecilia Toncio en el sentido de considerar que el sujeto que comete el hurto aparentando riñas o realizando otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión actúa con mayor maldad que el que lo hace arrebatando sorpresivamente la cosa a la víctima, señala que no le parece acertada ya que, como ha señalado, le parece que el tirón es mas grave que sacar la cosa sin que la víctima lo note, le parece que actúa con mas maldad el que frente a una ocasión propicia arrebatara sorpresivamente las cosas, aplica una fuerza en la cosa, se aparta del ámbito de la clandestinidad y generalmente causa lesiones a la víctima, que aquel sujeto que prepara la ocasión, elabora un plan, pero que a fin de cuentas no realiza más que un hurto simple.

En síntesis, propone que la hipótesis de cometer el hurto aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión se trate como un hurto simple.

Marcelo Rojas también dio a conocer sus opiniones respecto al ilícito que nos ocupa. Haciendo alusión a la historia fidedigna de esta figura en el Código Penal y dando una rápida mirada a nuestra doctrina nacional, señala que la derogación de este tipo penal debe proponerse por varias razones.

En primer término porque el legislador, al considerar a esta figura como un robo, hace extensiva también la disposición contenida en el artículo 450 inciso 1º, que castiga varios delitos -entre ellos el robo por sorpresa- desde que se encuentran en grado de tentativa. Constituye este aspecto otro motivo para proponer la derogación de esta figura, por cuanto, como señala Jorge Mera, “se trata simplemente de un hurto caracterizado por el medio de comisión, el que, sin embargo, no trasciende la afectación de la propiedad” ²³⁶ .

En segundo lugar, porque esta figura no constituye propiamente un robo, sino que es una ficción legal, pero que se asimila al delito de robo. Es el propio legislador el que, al establecerla, deja de manifiesto esta situación, al señalar que “se considerará robo...”; con esto se da a la acción un alcance del cual no goza, por cuanto no será necesario que concurra violencia en ella y, sin embargo, se le da el carácter de violenta. Así se recoge en una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel que, a pesar de concluir que “*comete robo con violencia el acusado que con el propósito de apoderarse de la especie que porta la víctima ocasiona lesiones en su persona*”, cuenta con el interesante voto disidente del Abogado Integrante señor Carlos Künsemüller, quien fue de la opinión de “*aprobar la sentencia consultada fundándose en que de acuerdo al artículo 436 inciso 2 del Código Penal, la conducta allí descrita no constituye propiamente un robo con violencia o intimidación en las personas, al declarar “se considerará como robo”, es decir por una ficción legal se considera robo violento, un hecho que no reúne los caracteres de tal*”. Agrega la sentencia que “*nos encontramos en un caso “límite” entre el robo con violencia o intimidación y el robo por sorpresa*” y que “*la apreciable diferencia entre uno y otro marco de penalidad está vinculada a la muy distinta intensidad del ataque*”²³⁷ .

Luego hace presente que, no obstante la opinión recién transcrita, la jurisprudencia se ha mostrado vacilante a la hora de aplicar dicho razonamiento, como se refleja en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que señala que “*la consecuencia de los elementos clandestinidad o furtividad son asignadas por la doctrina penal al hurto para*

²³⁶ Jorge Mera Figueroa, Hurto y Robo, Editorial Jurídica Conosur, pág.96.

²³⁷ Corte de Apelaciones de San Miguel, 1993, RDJ, tomo XC, N° 2, 1993, secc. IV, pág. 111.

*diferenciarlo del robo. Tales elementos no se dan en la especie, donde el procesado ingresa súbitamente a un microbús por la puerta delantera y arrebató dinero y un rollo de boletos desde el accesorio denominado "pesera", situación asimilable a un acto de rapiña, que nuestra legislación tipifica como robo por sorpresa, en el artículo 436 inciso final del Código Penal, no importando que las referidas especies no fueran portadas ni estuvieran asidas por la víctima"*²³⁸

Por otro lado, cita al autor español Alfonso Serrano Gómez, quien ha señalado que *"sustraer el bolso a una mujer que momentáneamente lo deja en algún lugar sería hurto; si se le despoja podría ser robo o hurto, pues depende de que la víctima se resista a la violencia –robo- o que la habilidad del autor suponga una violencia muy escasa, por lo que a veces no será fácil establecer una línea divisoria clara entre la violencia que separe el robo del hurto. En caso de duda se resolverá en favor del hurto por el principio in dubio pro reo"*²³⁹.

A continuación expone que con esta disposición se rompe con los principios de lesividad y proporcionalidad que deben integrar un Derecho Penal moderno. En efecto, al atribuirle a la acción características de las cuales no goza, se estará aplicando al delito una mayor penalidad, violando así el principio de proporcionalidad. Por otra parte, al asimilar la conducta descrita para el robo por sorpresa al robo con violencia, se está rompiendo con el principio de lesividad, por cuanto se castiga a un sujeto a título de robo, siendo que no se ha verificado ese delito tal cual lo entiende la ley, ya que no ha concurrido la violencia en el grado que la exige el robo con violencia. Si no se ha lesionado el bien jurídico efectivamente en la forma que dispone la ley, y se hace una aplicación de una ficción legal, se viola el principio de lesividad, el principio de dignidad de la persona humana y, consecuentemente, garantías fundamentales.

Es, por estas razones, partidario de suprimir la comentada disposición referida al robo por sorpresa, y considerar a esta figura como una especie de hurto calificado, y esto sólo referido a la figura conocida por la doctrina como *rapiña*, por cuanto la otra forma de comisión de este delito, esto es, aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión, corresponde a un hurto, diferenciado solamente en su medio de comisión. Por otro lado, aparte de las consideraciones expuestas anteriormente, queda claro que el espíritu que movió al legislador a establecer la norma, esto es, ponerle freno al aumento de este tipo de delitos contra el patrimonio, no logró la finalidad que con su establecimiento se pretendía y, como ha ocurrido con otros casos, ha quedado de manifiesto que los índices de criminalidad han ido en aumento en relación con lo que el legislador pretendía.

Finalmente fue Osvaldo Toledo quien terminó con las exposiciones sobre el robo por sorpresa y lo hizo presentando una nueva opinión por escrito, como se consignó mas arriba. En esta segunda presentación señala estar de acuerdo con la opinión y la fundamentación de Luis Felipe Torres en cuanto a tratar como un hurto simple la hipótesis de cometer el ilícito "aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión".

A continuación opina sobre la hipótesis de cometer el ilícito "por sorpresa". Señala que esta situación también debe ser tratada como un hurto simple, fundamentando su opinión en las siguientes razones:

²³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica 154, 1993, pág. 101.

²³⁹ Alfonso Serrano Gómez, "Derecho penal, Parte Especial", Madrid, 5ª edición 2000. Pág.346.

Si bien el robo por sorpresa es un tipo que se preocupa de la esfera de custodia más inmediata de la víctima, como lo es la referida a las cosas que porta consigo, en general se trata de objetos de un valor relativamente menor.

Sin perjuicio de que el medio de comisión empleado en el robo por sorpresa es más despreciable que en un caso de hurto simple, no traspasa la esfera de lo meramente patrimonial, siendo indebido creer *per se* que existe algún peligro para la vida o integridad corporal de la víctima.

La energía física empleada en el tipo es directamente aplicada para quitar el objeto del poder de custodia de su dueño. No obstante, si a consecuencia del despliegue físico utilizado en la apropiación se produjera algún tipo de lesiones para la víctima, nada impide que se regule por los concursos, aplicándose la pena que, conforme a la regulación del Código, corresponde.

Frente a la justificación de una agravante del hurto o de un tipo especial en el debilitamiento de la defensa privada de la víctima, no podemos más que reconocer que existe una infinidad de situaciones en que se produce igual debilitamiento, no trascendiendo el tipo de lo puramente patrimonial por ese solo hecho.

En virtud de los principios informadores del Derecho Penal, en especial los de *última ratio*, *lesividad* y *necesidad* se debe limitar lo más posible la actividad punitiva del Estado, buscando así soluciones político criminales más creativas y eficaces que la tipificación de delitos y el aumento de sus penas.

En síntesis, Osvaldo Toledo estima que las dos hipótesis tipificadas en el artículo 436 inciso 2º como robo por sorpresa deben ser tratadas como hurto simple y, en el supuesto de que a consecuencia de la acción de despojar sorpresivamente de la cosa a la víctima ésta resulte lesionada, ello sea sancionado aplicando las reglas de los concursos, es decir, hurto simple en concurso con las lesiones producidas.

Luego del análisis de cada propuesta y de la discusión de rigor, en definitiva se optó por eliminar el texto del actual artículo 436 inciso 2º del proyecto de nuevo articulado, a fin de que esas situaciones sean consideradas como hurto simple, y si se llegaran a producir lesiones a raíz del acto apropiatorio, se apliquen las reglas generales de los concursos.

Derogación.

Como se dijo en el apartado precedente, hemos resuelto no contemplar este ilícito dentro del articulado que propondremos para la regulación de los delitos de hurto y robo en el Código Penal, para dejar establecido que las conductas hoy sancionadas como robo por sorpresa sean consideradas como hurto, y si se llegaran a producir lesiones a raíz del acto apropiatorio, se apliquen las reglas generales de los concursos.

Artículo 437. DEROGADO.

Siguiendo con las disposiciones de este párrafo, corresponde analizar el hoy derogado artículo 437. En la primera edición del Código Penal señalaba:

“La tentativa de robo acompañada de alguno de los delitos espresados en el art.433, será penada como robo consumado”.

Este artículo fue derogado por el artículo 46 de la Ley N°11.625 de Octubre de 1954, ley ya vastamente analizada en este trabajo. Se deroga este artículo ya que, una de las particularidades más salientes con que hasta ese momento se presentaban, y que el mismo mensaje recalca, era la facilidad con que los delincuentes se desprendían de los bienes sustraídos tan pronto como se veían sorprendidos o eran perseguidos, con el objeto de obtener la disminución de la pena por no haber perfeccionado su comisión. A este respecto, el Ejecutivo señalaba que *“si bien la doctrina universal admite que los grados de tentativa o frustración merecen un tratamiento penal menos severo, por cuanto no se ha alcanzado la lesión del bien jurídico, no es menos cierto que la misma doctrina admite que, en ciertos casos, la lesión está constituida tan sólo por el peligro en que se ha puesto el bien jurídico. En nuestro país, donde se observa con caracteres especialmente graves estos atentados contra el patrimonio, las razones más elementales de política criminal aconsejan que ellos se consideren como consumados aun cuando únicamente se hallen en el grado de tentativa, y, por ende, también de frustración”.* Así, con esta nueva perspectiva, la disposición en análisis, carece de racionalidad y por tanto es derogada.

Artículo 438. Delito de Extorsión.

Como señalamos en el Capítulo II, este ilícito, denominado “Extorsión” no ha sido contemplado en este estudio, pues es un delito que excede el marco de la investigación, centrada únicamente en los delitos de hurto y robo.

Artículo 439

Evolución durante su vigencia.

El artículo 439 es otro de los artículos que se ha mantenido sin modificaciones durante toda su vigencia. Es más, en su aprobación por la Comisión Redactora, se produjo unanimidad en su aprobación, aprobándose sin alteración alguna el modelo propuesto, que combina el modelo belga, el español, y la ley patria sobre la materia, que regía en ese entonces.

Doctrina.

Nuestro Código Penal, en el artículo 439, nos entrega una definición legal de lo que ha de entenderse por violencia e intimidación.

Artículo 439 Código Penal : *“Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público.”*

CONCEPTO DE VIOLENCIA

Concepto legal de violencia:

En nuestro sistema, encontramos la definición de violencia en el artículo 439 del Código Penal, además, según el tenor del artículo 433, que sanciona al culpable de robo con violencia o intimidación en las personas que, con motivo u ocasión del robo cometa, además, homicidio, violación, lesiones, o retenga a las víctimas bajo rescate o por más de un día, se califica como “violencia” al homicidio, la violación, las lesiones y la retención de personas.

Con la expresión *“malos tratamientos de obra”*, el legislador nos da una noción más general del concepto de violencia, comprensiva de cualquier acometimiento físico en contra de una persona²⁴⁰.

Etcheberry opina que esta primera parte de la disposición en estudio trata de cubrir las distintas formas posibles de empleo de energía física²⁴¹. Opina este autor que la violencia debe ser real y efectivamente desplegada contra una persona viva (aunque no necesariamente contra la misma víctima de la apropiación). Sin embargo,

²⁴⁰ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.184.

²⁴¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.336.

según el texto del artículo 439, hay también violencia o intimidación en “ *cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega*” . Así, sería suficiente según este autor, la simulación de violencia efectiva, si ella es idónea (cita como ejemplo apuntar con arma descargada), ya que en estos casos producen en la víctima la misma reacción paralizante que la violencia efectiva o su amenaza ²⁴² .

La última parte de la disposición, que dispone: “*hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público*”; extiende el concepto de violencia al empleo de medios engañosos, lo cual ha dado pie a discusión. Garrido Montt señala que el legislador, al homologar el uso de violencia a la simulación de autoridad o a fingir ser ministro de justicia o funcionario público, evidencia su especial posición sobre estas situaciones, misma que volverá a tener en el artículo 440 N°3 respecto del robo con fuerza en las cosas²⁴³. Esta última parte, el fingir autoridad y falsificar una orden judicial pueden ser constitutivos de figuras independientes al robo, pero nuestro legislador lo contempla como un elemento del tipo, por lo cual no habrá problemas de concursos.

Etcheberry, refiriéndose a esta última parte del artículo 439, señala: “*aquí hay astucia o engaño, o bien una intimidación que no brota de la amenaza de empleo de fuerza física inmediata*”. Coincide en que esta hipótesis se relaciona mucho con la del artículo 440 N°3, sin embargo, en el robo con fuerza en las cosas el engaño se emplea para ingresar al lugar del robo, en cambio en el artículo 439 se emplea para obtener la entrega o manifestación misma de las cosas. En todo caso para este autor no hay una diferencia considerable entre una y otra conducta, sin embargo, al considerarse como delitos distintos la penalidad varía apreciablemente²⁴⁴ .

La expresión “alegar orden falsa de autoridad” no tiene mayores problemas en su comprensión. El dar esta orden por sí mismo “fingiéndose ministro de justicia” o “funcionario público”, se traduce en invocar una calidad de agente de justicia (juez o funcionario auxiliar) o de empleado público, la cual lleve consigo normalmente la facultad de ordenar incautación o retiro de especies (siempre es necesario el requisito de idoneidad de la conducta) ²⁴⁵ .

La violencia, en cualquiera de las modalidades señaladas en el artículo 439, está destinada a llevar a cabo la apropiación de la especie mueble ajena, forzando la oposición del ofendido o engañándolo, de manera que, se calificará de tal, cuando cumpla la idoneidad adecuada en el caso concreto para lograr ese objetivo, teniendo en consideración las circunstancias del sujeto pasivo²⁴⁶ .

Etcheberry señala que la violencia debe estar relacionada con la apropiación misma, pero según el texto legal esta relación puede ser amplia, pues la violencia puede tener como fin hacer que se entreguen o manifiesten las cosas (o sea, que se muestren o indique el lugar donde se encuentran), o impedir la resistencia u

²⁴² Alfredo Etcheberry, ídem.

²⁴³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.185.

²⁴⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.337.

²⁴⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.337. En el mismo sentido se manifiesta Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.185.

²⁴⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.185.

oposición a que se quiten, ya sea que la resistencia provenga directamente del ofendido o de terceros intervinientes²⁴⁷.

Doctrina sobre el concepto de violencia.

Según Garrido Montt, la expresión violencia, *“para estos efectos queda limitada al empleo de la fuerza material en contra de la víctima, aunque no se le lesione. Los malos tratos de obra, el castigo físico que no deja marcas en la víctima, son acontecimientos físicos que constituyen violencia”*²⁴⁸. Agrega que la violencia material puede ejercerse sobre el dueño de la cosa o sobre un tercero (da el ejemplo de la violencia ejercida sobre la empleada doméstica para que ésta señale donde están guardadas las joyas de la dueña de casa)²⁴⁹.

Respecto al momento en que debe emplearse la violencia, este autor opina que la violencia en las personas en el robo debe emplearse antes, durante o después de su ejecución, pero siempre debe estar vinculada con la apropiación, y no con el apoderamiento material de la cosa, que no siempre coinciden. La violencia que tenga por objeto facilitar el apoderamiento del bien ajeno, o para llevar a efecto el apoderamiento, o posteriormente para garantizar la impunidad del hechor, deben

considerarse como elementos del tipo de robo con violencia²⁵⁰. Sobre a la intensidad de la violencia, Garrido Montt señala que ha de ser cierta, efectiva y no imaginada. *“Es suficiente que se trate de comportamiento que sean eficaces para amedrentar o atemorizar a la víctima, con independencia de que sean materialmente adecuados para herir o maltratar a una persona, porque la eficacia o aptitud del medio no interesa en este punto”*²⁵¹.

Para Etcheberry, la violencia supone el empleo efectivo de fuerza física. *“Hay violencia en la persona cuando se aplica energía física directamente sobre la persona de la víctima. Puede emplearse también un medio: v. gr., un animal, una trampa, que produzca los mismos efectos”*. Para este autor, subjetivamente, la violencia debe estar en relación de medio a fin con la realización misma del delito o con su impunidad, o sea que debe ejercerse para facilitar o cometer el robo o para procurar su impunidad. Si el uso de la violencia tiene otro fin, estaremos en presencia de un delito de hurto en concurso con el correspondiente delito contra las personas o la

libertad²⁵². Señala el mismo autor que no es estrictamente necesario que, como consecuencia de la violencia, haya un daño efectivo para el cuerpo o la salud de la víctima (por ejemplo: simplemente se le sujeta). En caso de producirse daño efectivo para el cuerpo o la salud del ofendido, el delito de robo absorbe la penalidad del homicidio o las lesiones, y destaca que las variedades de esta clase de robo se

²⁴⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.336.

²⁴⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.184.

²⁴⁹ Mario Garrido Montt, ídem.

²⁵⁰ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.188-189.

²⁵¹ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.189-190.

²⁵² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.335.

clasifican en función de la gravedad de sus consecuencias respecto a la vida o salud del sujeto pasivo²⁵³.

Respecto al momento en que debe emplearse la violencia, Etcheberry explica este punto en base al artículo 433, disposición relativa al robo calificado, de la cual desprende que la violencia puede tener lugar:

Antes del robo, para favorecer su ejecución. Se trata de la violencia ejercida antes de la acción misma de apropiación, pero representa un principio de ejecución del delito. Si la acción se detiene antes de la consumación, habrá tentativa o delito frustrado.

En el acto de comisión del robo. Es la violencia que se ejerce junto con la acción misma de la apropiación.

Después de cometido el robo. Esta violencia se emplea para facilitar la impunidad del agente, debe ejercerse en forma inmediata, ya sea sobre la persona de la víctima o de terceros intervinientes²⁵⁴.

Cuello Calón define violencia simplemente como **“empleo de la fuerza física”**²⁵⁵. Para este autor, no es necesario que la violencia se ejerza sobre el propietario o poseedor o encargado de la custodia de la cosa robada, es indiferente que se ejercite sobre otras personas, pero es necesario que la violencia (tenga) se emplee como medio de apoderamiento de cosa ajena. Respecto al momento en que se ejerce la violencia señala: *“Han de ser empleadas antes o en el momento de la ejecución del robo, su utilización posterior no puede integrar el delito; sin embargo deben ser exceptuados los robos con violencia o intimidación en las personas cuando el reo atacare a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren, pues estos actos de violencia son posteriores a la ejecución del delito”*²⁵⁶.

Para Juan Bustos, *“por violencia hay que entender todo acometimiento agresivo sobre la persona del sujeto pasivo u otra, en cuanto se dé en la realización del robo. Respecto al efecto de las violencias que ha de considerarse, se ha planteado que bastaría el que se contiene en el Art.(...) relativo a las faltas, siempre que tuvieren un carácter agresivo y no meramente injurioso”*²⁵⁷.

Emilio C. Díaz apunta: *“Violencia física para con las personas, implica ejercer las fuerzas físicas del autor o sus cooperadores, sobre la víctima, sea para paralizar su acción, sea para arrancarle las cosas que le son sustraídas”*. *“Por violencia física sobre las personas se entiende, en conclusión, la fuerza ejercitada ilícitamente por un individuo sobre otro, limitando materialmente su libertad de acción, haciéndole apartarse violentamente de un sitio, etc”*. En cuanto al momento en que debe emplearse la violencia física para constituir robo, señala que puede emplearse antes, durante o después de la consumación, sea para facilitarla, o para procurar la impunidad del autor²⁵⁸.

²⁵³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.336-337.

²⁵⁴ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.336

²⁵⁵ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.793.

²⁵⁶ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.794.

²⁵⁷ Juan Bustos R., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.174.

²⁵⁸ Emilio C. Díaz. “El Código Penal para la República Argentina”, 1928, pág.320-321.

Muñoz Conde opina que la violencia puede realizarse sobre la persona del sujeto pasivo del delito o contra cualquier otra, *“aunque en este caso, constituirá para el sujeto pasivo sólo intimidación”*. Respecto a la gravedad de la violencia, advierte que hay que tener en consideración las circunstancias del caso concreto, la fuerza física que haya que desplegar, etc. De todos modos la violencia debe ser de cierta entidad, que lleve aparejada cierta eficacia sobre el sujeto pasivo, siendo distinta la intensidad para quebrantar el ánimo de un niño o de un anciano que para con otras personas²⁵⁹. En cuanto a la relación típica de la violencia con el apoderamiento, el mismo autor dice *“que no es preciso que la violencia o intimidación esté sólo en una relación de medio a fin con el robo, sino que basta con que esté presente en cualquier momento previo a la consumación de la sustracción, para dar lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas”*²⁶⁰.

Rodríguez Devesa, al referirse a la intensidad de la violencia en el robo, opina que basta con que la violencia sea adecuada para vencer la resistencia real o²⁶¹
supuesta del sujeto a desprenderse de la cosa. Respecto a sobre quién debe recaer la violencia, este autor nos dice que la opinión dominante es que no importa sobre quien recaiga la violencia; puede ser un tercero que trate de impedir la sustracción, o incluso una persona de quien el hechor espere que se pueda oponer²⁶²
al apoderamiento.

Según Ricardo Núñez “existe violencia física en la persona siempre que se despliega una energía física tendiente a impedir la acción de la víctima”. Señala que este resultado puede lograrse de diversas formas: mediante la aplicación de una energía física sobre el cuerpo de la víctima, no es necesario que esta energía se ejerza directamente encima del cuerpo del ofendido, también se despliega energía física cuando se le amenaza con ella de manera inmediata; mediante el empleo efectivo de una energía lesionadora contra la víctima, que no la alcanza; por ejemplo, el disparo de un arma. Para este autor, la violencia debe ser efectiva, es decir, desplegada ya contra una persona, no basta que se pueda presumir que el ladrón la hubiera²⁶³
empleado llegada la oportunidad; o mediante narcóticos o medios hipnóticos. En cuanto a la intensidad de la violencia, Núñez opina que la violencia puede ser dañosa para el cuerpo o la salud de su víctima, pero que el concepto de robo simple (legislación argentina) comprende únicamente las lesiones leves, ya que si el²⁶⁴
resultado de la violencia son lesiones graves o muerte, el robo se califica.

Respecto al momento en que debe ejercerse la violencia, el mismo autor señala que puede tener lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad. Desde un punto de vista subjetivo, en relación al dolo, la violencia transforma el hurto en robo sólo cuando ha sido realizada para facilitar o cometer el robo, o para procurar su impunidad²⁶⁵.

²⁵⁹ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.340.

²⁶⁰ Francisco Muñoz Conde, op.cit., pág.342.

²⁶¹ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.408-409.

²⁶² José María Rodríguez Devesa, ídem.

²⁶³ Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1951, pág.197-198.

²⁶⁴ Ricardo C. Núñez, op.cit., pág.201.

²⁶⁵ Ricardo C. Núñez, op.cit., pág.203-205.

Carrara dice que *“la violencia está constituida tanto por el uso de fuerza física como por el uso de fuerza moral”*. Señala que la violencia se juzga más bien objetiva que subjetivamente, y que la eficacia de la violencia sobre la determinación del propietario es una circunstancia de hecho que debe ser especialmente verificada y afirmada expresamente en el veredicto²⁶⁶.

Según Soler, “por violencia física se entiende aquí no solamente la vis absoluta, aquella totalmente independiente de la voluntad de la víctima, sino también toda forma de vis compulsiva consistente en la presente e inmediata amenaza de empleo de la violencia”²⁶⁷. Agrega que *“ debe considerarse comprendido dentro del concepto de violencia física no solamente la acción que recae sobre la víctima puramente como cuerpo, con absoluta prescindencia de su voluntad, sino también aquella que “quebranta o paraliza la voluntad sin motivarla”*²⁶⁸.

En una posición crítica se encuentra Jorge Mera. Según este autor, el solo empleo de la violencia o de la intimidación, en nuestro actual sistema, se comporta como una circunstancia agravante calificada, sin dar lugar a una infracción de mucha gravedad²⁶⁹.

Crítica también el hecho que la ley no haya distinguido entre las diferentes situaciones de diversa gravedad que podrían darse como consecuencia del uso de violencia o intimidación para apropiarse de las cosas. Por un lado, equipara la violencia a la intimidación, estableciendo una misma pena para ambos casos, es claro que la violencia conlleva un daño a la integridad física, en cambio la intimidación dice más bien relación con una situación de peligro o riesgo para la integridad física. Por otra parte, tratándose del robo simple, la ley no distingue entre los distintos grados de violencia dentro de esta misma figura²⁷⁰.

El mismo autor nos aclara que no toda violencia constituye robo, que no es el uso de la violencia en sí el califica la acción de robo. Señala que las apropiaciones con violencia o intimidación que no trascienden la órbita patrimonial, no son acciones típicas de robo, porque no pueden ser atribuidas al tipo de robo, esto desde la perspectiva del bien jurídico protegido, que es la seguridad corporal, además de la propiedad²⁷¹.

Diversas clases de violencia:

En doctrina se diferencia entre²⁷²:

Violencia propia e impropia:

La primera se refiere al acometimiento material que sufre una persona, en relación al cual hay acuerdo en que constituye la violencia inherente al delito de robo.

²⁶⁶ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2120.

²⁶⁷ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, volumen IV, pág. 266.

²⁶⁸ Sebastián Soler, op.cit., pág.279.

²⁶⁹ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.39.

²⁷⁰ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.109-110.

²⁷¹ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.114-115.

²⁷² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.184-185.

La segunda consiste en emplear medios que constriñen la mente de la víctima, que afectan su voluntad, como narcóticos, estupefacientes, el hipnotismo, etc, siempre que se utilicen sin recurrir a la fuerza física. Para algunos pareciera tratarse más de una forma de coacción que de violencia propiamente tal.

Cuello Calón señala que *“el empleo de narcóticos y, en general, de sustancias que privan de sentido al robado, integra esta violencia y por tanto, el apoderamiento de cosa ajena valiéndose de aquellos medios constituirá un delito de robo”*, y cita a Groizard apoyando su posición²⁷³. De la misma opinión es C. Díaz, quien afirma que *“el empleo de medios hipnóticos o narcóticos, implica violencia”*²⁷⁴. Por otro lado, Ricardo C. Núñez opina que *“no sólo las energías pueden constituir la violencia física calificadora del apoderamiento como robo. Por asimilación legal, también significa una violencia el uso de medios hipnóticos o narcóticos (...). Son hipnóticos los procedimientos para producir el sueño magnético, por fascinación, mediante influjo personal, o por aparatos adecuados. Son narcóticos aquellos medios que producen sopor o entorpecimiento (como el opio, la belladona y otros productos semejantes) disminuyendo la actividad vital del organismo. El concepto no puede extenderse al alcohol, que embriaga, pero no narcotiza”*²⁷⁵.

Violencia directa e indirecta:

La primera es la fuerza física dirigida de manera inmediata en contra de la persona.

Violencia indirecta, es aquella que se ejerce inmediatamente sobre las cosas, y que sólo podrá afectar de manera mediata a las personas. Esta última queda excluida del concepto de violencia para efectos de nuestro legislador, pues de lo contrario no haría referencia al concepto de “intimidación”, donde si quedaría comprendida esta clase de coacción.

CONCEPTO DE INTIMIDACION

La ley entiende que la intimidación, constituye por si sola una situación suficiente para constituir el delito de robo, y por consiguiente suficiente para aplicar su severa penalidad. Encontramos el concepto de intimidación tanto en la parte general de nuestro Código Penal, en materias como las agravantes de la responsabilidad penal, como en la parte especial, en innumerables disposiciones. A nosotros nos interesa su tratamiento en relación, específicamente, a la figura de robo. A continuación, expondremos el tratamiento doctrinal del concepto de intimidación.

Según el diccionario de la Real Academia Española, el concepto de intimidación comprende **“la acción y efecto de intimidar”**, la abstracción intimidar viene del latín intimidare, y consiste en “causar o infundir miedo”. Podemos decir, que la intimidación es **“la presión moral que se ejerce sobre una persona, consistente en el anuncio de un mal presente e inmediato, para que a través del miedo que produce en la víctima se logre su pasividad o una conducta activa determinada”**. La intimidación es aquella actividad desplegada por el sujeto activo del delito que trae como consecuencia el justo temor de la víctima de que va a ser dañada.

²⁷³ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.794.

²⁷⁴ Emilio C. Díaz. “El Código Penal para la República Argentina”, 1928, pág. 320.

²⁷⁵ Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, pág.199.

Puig Peña define la intimidación como “*la presión moral, que por el miedo, se ejerce sobre el ánimo de una persona para conseguir de ésta un objeto determinado*”²⁷⁶. Muñoz Conde también entrega un concepto de intimidación, ésta, constituye para el autor “*el sucedáneo psicológico de la violencia física. En realidad, no es más que una amenaza encaminada a viciar la libre decisión de la voluntad del sujeto pasivo, lo que obliga a una referencia al posible concurso con otras conductas tipificadas en el Código*”²⁷⁷.

Lo medular de estas definiciones es el temor, el miedo que se infunde a la víctima, para lograr de ella una manifestación de voluntad, apoderándose el hechor de objetos que no le pertenecen, lo que ocurre no sólo cuando median actos de intimidación, sino cuando se ejecuta cualquier acto capaz de infundir terror.

El concepto de amenaza es distinto al concepto de intimidación, pues aquélla es un anuncio que se hace a una persona de un mal presente e inmediato, en cambio, la amenaza es un mal futuro y mediato, que atemoriza a la víctima.

A propósito de los conceptos de amenaza y de intimidación, la jurisprudencia española, afianzando lo que hemos sostenido con anterioridad, señala: “*existirá la intimidación del robo cuando el mal que se amenace sea inminente; y amenaza condicional cuando sea más remoto*”²⁷⁸.

De lo preceptuado en la disposición en comento, podemos inferir la diferencia legal entre la intimidación en relación con el robo y de la intimidación de las amenazas, y la diferencia consiste en que en las amenazas, el miedo producido sobre una persona para conseguir de ella un objeto determinado es daño no inmediato, sino remoto, y en el robo el daño o mal anunciado es inmediato.

Garrido Montt, al referirse al robo, señala que la intimidación, al igual que la fuerza, también es un acometimiento, pero de índole psicológico, no material, dirigido a presionar la voluntad del sujeto pasivo. Agrega que la intimidación en el delito de robo es “*amenaza dirigida a una persona, de que se le inflingirá un mal de manera inmediata si no procede a la entrega de una cosa mueble o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, de manera inmediata a su vez*”. La amenaza debe poseer, según este autor, la adecuada intensidad para constreñir a la víctima para que se comporte de la forma que el ladrón desea, y debe consistir en un mal que se inferirá precisamente en el momento de la negativa del amenazado a hacer aquello que se le solicita, no en el futuro, de allí la exigencia de la inmediatez²⁷⁹. Etcheberry opina en similar sentido, y señala que la intimidación es la amenaza de emplear, necesariamente, una fuerza física inmediata sobre la víctima, y no de otra clase, puesto que así fuese estaríamos en presencia del delito de amenaza. Así, Etcheberry define la intimidación como “*....crear en la víctima el temor de un daño físico inmediato, para sí o para otra persona presente, sea que la amenaza se haga explícitamente, sea que se desprenda inequívocamente de las circunstancias (poner el revólver al pecho)*.”²⁸⁰.

Se puede apreciar que para estos autores la intimidación es sólo amenaza u oferta de un mal físico. El penalista Luis Ortiz Quiroga, opina, en cambio, que el concepto de

²⁷⁶ Federico Puig Peña, Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, pág.183.

²⁷⁷ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.340.

²⁷⁸ Federico Puig Peña, Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, pág.183-184.

²⁷⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.186.

²⁸⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.334-335.

intimidación es más amplio, pues se puede intimidar a otro ofreciéndole un mal físico, como también un mal moral, como por ejemplo *“si no me das tu billetera daré a conocer lo que hiciste en tal oportunidad”*²⁸¹. La ley chilena al referirse a la intimidación señala que está constituida por amenazas, por ende, la intimidación es la oferta, la amenaza de la aplicación de un mal futuro, de modo que ambos conceptos, en opinión de Ortiz, son tratados legalmente como sinónimos.

Como podemos darnos cuenta, el artículo 439 del Código Penal proporciona un concepto bastante amplio de lo que se debe entender, para efectos del párrafo 2º del Título IX, denominado *“Del robo con violencia o intimidación en las personas”*, como violencia e intimidación. La aplicación de alguna intimidación, al igual que en el caso de la violencia, está vinculada de manera bastante amplia con la apropiación misma (véase esta vinculación en la parte correspondiente a la fuerza física).

Cuando hablamos de la violencia, dijimos que ésta debe ser directamente ejercida sobre la víctima; en caso que la violencia se ejerza sobre un tercero, causando que por este hecho la víctima entregue el objeto que se pretende sustraer, estaremos en presencia de un caso de robo, pero por la concurrencia de la circunstancia de la intimidación. En relación a este punto Rodríguez Devesa, al igual que Serrano Gómez, opina que no es enteramente exacta la fórmula de Binding, para quien *“el mal con que se amenaza ha de recaer sobre personas del círculo de su simpatía”*, porque puede tratarse de un extraño que acude al ver el peligro en la propiedad ajena, y darse el caso de que incluso desconozca al dueño. Agregan que *“lo mismo da que el sujeto diga: la bolsa o la vida (realización inmediata de la amenaza), o el anuncio de que, de no entregarle en el acto lo que le pide, le matará al día siguiente cuando salga de su casa (realización diferida del mal)”*²⁸². En nuestro país, la misma postura sostiene Luis Ortiz Quiroga²⁸³.

La amplitud de la figura implica que el ámbito de aplicación del hurto vaya quedando cada vez más reducido y la del robo con violencia e intimidación en las personas se amplía. Esta disposición, de acuerdo a nuestro criterio, atenta con la aplicación racional de las penas, haciendo que delitos no tan graves sean castigados muy severamente (opinión presente a lo largo de todo nuestro trabajo). Por lo anterior, nuestros jueces, en muchos casos tratan de calificar este tipo de delitos como robo con sorpresa, para así, aplicar una pena menor.

SUJETO ACTIVO DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACION.

La ley nada dice al respecto, pero se infiere de la disposición legal en comento, que la violencia o intimidación puede ser ejercida por cualquier persona, aunque no sea aquella que realiza materialmente el apoderamiento de la cosa que es objeto del hurto o robo, bastará que la emplee uno de los partícipes, aunque siempre debe tener como fin el apoderamiento de la cosa ajena.

SUJETO PASIVO DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACION.

²⁸¹ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Eespecial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2000.

²⁸² José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.431-432. En el mismo sentido, ver: Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999.

²⁸³ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2000.

Este punto ya fue tratado a propósito de la violencia, por lo cual únicamente señalaremos que el sujeto pasivo de la violencia o intimidación es indiferente, la violencia o intimidación puede ejercerse incluso contra terceros que se opongan a la ejecución. Las consideraciones de los memoristas sobre el particular, se encuentran más adelante, en el acápite correspondiente.

La violencia o la intimidación deben ser empleadas antes o en el momento de la ejecución del robo, su utilidad posterior no puede integrar el delito de robo con violencia e intimidación en las personas, a menos que su finalidad sea favorecer la impunidad del delito. Tanto la violencia como la intimidación deben ser medio y causa, para la sustracción de la cosa ajena, deben ser injustas y no es necesaria que sean graves.

El efecto de la intimidación en el sujeto pasivo trae consigo un problema práctico muy discutido por la doctrina. A continuación exponemos las tres teorías mayormente aceptadas por la doctrina:

Teoría Objetiva : Los partidarios de esta postura sostienen que, para que exista intimidación, y por lo tanto, se configure el delito de robo por la concurrencia de ésta, es necesario que los medios y circunstancias de que se vale el hechor sean objetivamente idóneos para causar un daño a la víctima, y por consiguiente, crear en ella un justo temor. Para esta posición, el que se apunte a la víctima con una escopeta de juguete, aunque parezca real, no sería suficiente para que se configure el delito de robo.

Teoría Subjetiva : Los partidarios de esta postura sostienen que para que exista intimidación basta con el hecho de haber logrado atemorizar a la víctima del robo, aunque el medio empleado por el hechor no tuviera la idoneidad para hacerle daño alguno, v. gr. apuntar a la víctima con una pistola de juguete, amenazar a la víctima con un bate de goma.

Muñoz Conde es un claro exponente de esta postura, puesto que señala: *“La intimidación, en principio, es puramente subjetiva, es decir, basta con que coaccione en el caso concreto a la persona y que además ésta haya sido la intención del sujeto activo. La peligrosidad objetiva del medio empleado carece de relevancia, y así puede ser intimidación el uso de pistolas de juguete o detonadoras”*²⁸⁴.

En la doctrina comparada aparecen conceptos como la **“intimidación implícita”**, que es aquella constituida por la coacción psicológica por sí misma, sin precisar de alardes o utilidades positivas intimidativas por parte del agente, que ejerce sobre la víctima de una sustracción el carácter autoritario del culpable²⁸⁵. Esto puede asimilarse un poco a lo que, en nuestro derecho, se conoce como temor reverencial. Muñoz Conde también se refiere a esta clase de intimidación al señalar *“hay veces en que puede hablarse de intimidación implícita, en las que sin intimidarse realmente, al estar el sujeto activo en una situación de privilegio con respecto al sujeto pasivo, puede éste sentirse intimidado por dicho sujeto, que se aprovecha de la situación para exigir la entrega de alguna cantidad dineraria, objeto, etc”*²⁸⁶.

Doctrina Ecléctica : Los partidarios de esta postura, tratan de salvar las falencias de las posturas anteriores, y señalan que para que se configure el tipo de robo por la concurrencia de la intimidación, el hechor debe emplear un medio que objetivamente cause en la víctima temor o justo miedo de sufrir un mal en su persona o la de un tercero, trayendo consigo la entrega por ésta de la cosa objeto de la apropiación. v. gr. el delincuente apunta

²⁸⁴ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.340.

²⁸⁵ Quintano Ripollés, Derecho Penal, Parte Especial, Vol. II, pág.376.

²⁸⁶ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Valencia, 1996.

a la víctima con un arma de juguete, pero de colección, muy bien elaborada que parece real, y la víctima creyendo que va a morir entrega las joyas.

Para nosotros, parece más justa esta última posición doctrinaria, puesto que no desconoce las características de las víctimas con sus distintos tipos de personalidades, pero tampoco cae en una subjetividad extrema que sería peligrosa.

Para Rodríguez Devesa, es indiferente que el sujeto estuviera dispuesto a entregar la cosa o dejar que se apoderen de ella sin la violencia o intimidación, si se han utilizado habrá robo. De acuerdo a lo que hemos visto, no estamos de acuerdo con este planteamiento, puesto que para que exista robo es necesario que el empleo de la intimidación sea la causa de la entrega de las cosas objeto de este delito.

Jurisprudencia más relevante.

Concepto de intimidación.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°221, página 158, Rol N° 1.811-97. En el mismo sentido revisar: Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°207, página 151 Rol N° 1.166-97; Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°197, página 147; Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°220, página 115, Rol N° 48.481-98.

Doctrina:

La "ratio legis" del tipo penal en este delito -cuyo comportamiento se reprime severamente, con pena superior a la del homicidio simple- está constituida por el hecho de desplegarse por el agente una acción que lesiona o pone en serio peligro, cierto y actual o inminente, otro bien jurídico, personalísimo, de superior jerarquía a los intereses meramente patrimoniales, como la vida, la integridad, la libertad, la seguridad individual. Así, la simple amenaza verbal contra dos adolescentes, que no ha sido idónea para afectar de manera real y no presuntiva su seguridad física, no es equiparable a la violencia, que la ley asimila en sus efectos a la intimidación, por lo cual el delito debe ser recalificado como hurto de especies.

Consideraciones más relevantes de la sentencia :

“Que, esta Corte ha tenido oportunidad de razonar detenidamente sobre el sentido y alcance del concepto jurídico de "intimidación", utilizado por el legislador para tipificar el denominado "robo simple", en el inciso primero del artículo 436 del Código Punitivo. (Gaceta Jurídica N° 192, pág. 126 y ss. y Gaceta Jurídica N° 199, pág. 146 y ss.)”.

“Que, es razonable estimar que la "ratio legis" del tipo penal que nos ocupa -cuyo comportamiento se reprime severamente, con pena superior a la del homicidio simple- está constituida por el hecho de desplegarse por el agente una acción que lesiona o pone en serio peligro, cierto y actual o inminente, otro bien jurídico, personalísimo, de superior jerarquía a los intereses meramente patrimoniales, como la vida, la integridad, la libertad, la seguridad individual”.

“Que, de lo preceptuado en el inciso primero del artículo 433 del Código Punitivo, que legisla para todo el párrafo segundo del Título IX, resulta que el ataque a los derechos pecuniarios posee en estas hipótesis específicas una particular intensidad, que deriva del

empleo de medios de agresión que involucran una ofensa grave -lesión o peligro- a bienes jurídicos del más alto rango, con el ánimo de facilitar el apoderamiento, de consumarlo o de favorecer la impunidad”.

“Que, tratándose en la especie, de una amenaza verbal proferida a las denunciadas, los sentenciadores son de parecer -a la luz de las reflexiones doctrinarias precedentes- que ella no ha sido idónea para afectar de manera real y no presuntiva la seguridad física del sujeto pasivo”.

“Que, no es irrelevante considerar la circunstancia de que la ley asimila la intimidación a la fuerza física, al maltrato de obra que se infiere al tenedor de la cosa cuya apropiación se persigue, de manera que la coacción habrá de estar revestida de la suficiente entidad y gravedad, en términos de exposición a concreto riesgo de un bien jurídico personalísimo, para que pueda ser equiparada, en el nivel del injusto típico y en el caso concreto, a las acciones violentas, cuya contrariedad a la convivencia social es, sin duda, la más intensa. (En este sentido, sentencia de esta Corte, 9.09.97, Gaceta Jurídica N° 207, pág. 151)”.

“Que, por todo lo expresado y no adecuándose la conducta del hechor a la figura penal ya mencionada y de acuerdo con la cual ha sido condenado, debe hacerse responsable de un delito de hurto de especies, por haberse apropiado, sin voluntad del dueño y con ánimo de lucro, de cosas muebles ajenas, sin utilizar las modalidades de acción propias del robo”.

Amenaza realizada con el empleo de armas de fantasía.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°234, página 140, Rol N° 1.468-99.

Doctrina

Acreditado que la amenaza inferida con un arma de fantasía determinó la voluntad del ofendido en orden a entregar sus pertenencias al procesado, resulta improcedente la modificación del delito de robo con intimidación al de hurto de especies, solicitada por el defensor.

Un revólver de fantasía es un arma que se esconde bajo una apariencia inofensiva, conforme al artículo 3° de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, por lo que su posesión o tenencia se encuentra prohibida.

Atendida tal circunstancia, no puede entenderse que dicha arma careciera de idoneidad y eficacia para poner en peligro real y actual los bienes jurídicos personalísimos de las personas, a menos que se demostrara lo contrario en el proceso”

Consideraciones más relevantes de la sentencia :

“La intimidación -asimilada por ley a la violencia- deberá estar revestida de la suficiente entidad, en términos de amenaza a un bien jurídico personalísimo, que permita equipararla, en el caso concreto, a las acciones de maltrato corporal (Gaceta Jurídica N° 199, pág. 146, Gaceta Jurídica N° 204, pág. 158).

“Es correcta la cita hecha en estrados por el defensor del recurrente, en cuanto a que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo publicado en Revista de Ciencias Penales, T. XLII, Vol. 3, pág. 116, decidió que el empleo de un arma a fogueo para intimidar y apropiarse, no configura el delito de robo con intimidación, sino el de hurto, en atención a no encontrarse establecida la existencia de intimidación en el apoderamiento de un reloj perteneciente a

la víctima, ya que el empleo de un arma a fogueo no constituye una amenaza seria contra la integridad del sujeto pasivo de la acción”.

“Que, no obstante lo anterior y más allá del debate doctrinario que los pronunciamientos citados puedan originar, es lo cierto que en la especie el elemento empleado para intimidar y obtener la apropiación de cosas muebles ajenas, fue -según consta del documento policial de fs. 9- un revólver de "fantasía", objeto éste que -en cuanto arma de fuego y por ende- la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, incluye dentro de esta última noción y, por lo mismo, lo reglamenta, prohibiendo su posesión o tenencia, entendiéndose por tales armas de "fantasía", "aquellas que se esconden bajo una apariencia inofensiva”.

“Simulación” de porte de arma (más voto disidente).

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°183, página 123, Rol N° 1.507-95.

Doctrina :

La acción ejecutada por el procesado, de simular con una mano en su bolsillo el tener un arma y exigir al ofendido la entrega de dinero y especies, constituye intimidación eficaz en los términos del artículo 439 del Código Penal, toda vez que la víctima se sintió amenazada en su integridad y coaccionada en su voluntad, accediendo por ello a los requerimientos del asaltante.

Consideraciones más relevantes de la sentencia :

“Que, la acción ejecutada por el procesado, de simular con una mano introducida en su bolsillo el tener un arma y exigir al ofendido la entrega de dinero y especies, constituyó una intimidación eficaz, en los términos del Art. 439 del Código Penal, toda vez que la víctima se sintió amenazada en su integridad y coaccionada en su voluntad, accediendo por ello a los requerimientos del asaltante”

“Que, a mayor abundamiento, existió uso de violencia por parte del reo, por cuanto una vez que el ofendido lo trató de reducir, al percatarse que no llevaba arma alguna, lo mordió en la pierna, acto éste, que estuvo dirigido a obtener impunidad para el hechor”.

Voto Disidente :

En contra de la opinión de mayoría, se alza el voto disidente del abogado integrante señor Carlos Kunsemüller L., quien estuvo por calificar los hechos como hurto frustrado, considerando que “si la vida o integridad corporal del ofendido jamás estuvieron en grave peligro, ya que el reo no portaba arma alguna, su conducta no puede ser constitutiva de la violencia o intimidación que sanciona el artículo 439 del Código Penal”.

Los argumentos en sustento de esta tesis fueron:

“Que,(...) dadas las características tan especiales que habría revestido la supuesta intimidación empleada por el hechor y las condiciones personales de este último ("evidente intoxicación etílica"), existen poderosas razones dogmáticas para no conformarse con la solución aludida en el motivo precedente y razonar con alguna profundidad en torno al mencionado elemento integrante del tipo penal que nos ocupa”

“Según aparece de los autos y de acuerdo a la versión del ofendido, el reo lo tomó con su mano izquierda desde la solapa y con su otra mano dentro de un bolsillo, simuló tener un arma, exigiéndole entrega de dinero y especies, a lo que el denunciante accedió.

En un momento que el individuo extrajo su mano vacía del bolsillo, la víctima constató la inexistencia del arma y se trezó en una reyerta con aquél, cayendo ambos al suelo, logrando ser reducido el asaltante por el ofendido”.

“En el informe de lesiones correspondiente al encausado, se deja constancia que presenta "evidente intoxicación etílica, con aliento etílico”.

“De acuerdo al inciso primero del artículo 436 del Código Penal, se castiga severamente -con una pena superior a la del homicidio simple- el denominado "robo simple", aun cuando la violencia se integra únicamente con lesiones menos graves o leves (la inclusión de esta última clase es discutida en doctrina) y a dicho empleo de fuerza física se equipara y produce el mismo efecto, la mera coacción -intimidación o amenaza-, en cuanto medio para obtener la apropiación”.

“No cabe duda que la ratio legis de este tratamiento punitivo tan riguroso, está constituida por el hecho de desplegarse una acción que lesiona o pone en serio peligro otro bien jurídico, personalísimo, de mayor jerarquía que el patrimonio, como la vida, la salud, la libertad, la seguridad individual.

La agresión a los intereses pecuniarios reviste en esta hipótesis específica, una particular intensidad, que deriva, como se ha indicado, del empleo de medios de ataque que representan una ofensa grave a bienes jurídicos de gran valía, a fin de lograr el apoderamiento”.

“El delito de robo con violencia o intimidación en las personas es una hipótesis compleja, pluriofensiva, en la cual se reúnen en una sola estructura típica, dos acciones diferentes, constitutivas cada una de un ilícito penal autónomo, los que, por efecto de la estrecha conexión objetiva y subjetiva que los une, pasan a ser -alterándose las reglas sobre concurso de delitos- "una unidad específica", representativa de un mayor injusto al que es propio de cada hecho considerado por separado y que por ello es drásticamente sancionada; sin duda, en forma excesivamente drástica”.

“De lo anterior surge como conclusión, que la antijuridicidad del comportamiento delictivo en análisis no radica esencialmente en la afectación de la propiedad, sino en el daño efectivo o grave puesta en peligro de la integridad física de las personas”.

“La especial naturaleza de la supuesta intimidación ejercida por el encausado - simulación de un arma inexistente- obliga a preguntarse sobre cuál ha de ser la perspectiva para reflexionar y decidir sobre la presencia o ausencia de coacción.

Como lo hemos expresado en otro fallo, el problema no puede ser resuelto con un mero criterio subjetivo, conforme al cual bastaría con que la víctima se haya sentido intimidada por alguna acción ejecutada, medio utilizado por el agente o actitud asumida por él y que tal sentimiento o apreciación personal de una realidad determinada haya motivado la apropiación, entrega o manifestación de las cosas. No parece razonable situarse solamente en el lugar de la víctima -quien muy probablemente pueda sentirse amenazada incluso por una mera característica física- tiene "un rostro patibulario" -del que le exige la entrega de su reloj y no hace más que eso- prescindiendo de una consideración fundamental, cual es la relativa a la idoneidad, aptitud o eficacia de la acción para generar una situación de peligro concreto que amenace seriamente bienes jurídicos personalísimos del ofendido, única vía para poder encontrar, a través de una interpretación teleológica y contextual, justificación para el tratamiento penal tan desproporcionadamente riguroso que establece el texto ya mencionado.

Frente al caso concreto, habrá que determinar si la intimidación -supuesto que haya existido- ha tenido la capacidad siquiera potencial de afectar real y no presuntivamente la seguridad física del sujeto pasivo, si ha existido -como señalamos en el voto disidente de fs. 26 de autos-, una amenaza realmente idónea para coaccionar la voluntad del perjudicado”.

“La I. Corte de Apelaciones de Santiago, estimó que "... el hecho que se tiene por acreditado en el motivo... sólo debe ser calificado como hurto, en atención a que del proceso no aparecen antecedentes suficientes para dar por establecida la existencia de intimidación en la perpetración de la apropiación del reloj del ofendido, ya que el empleo de un revólver a fogueo no constituye una amenaza seria contra la integridad del ofendido con el delito". (Sentencia de 24.10.88, rol N° 5703-88).

El profesor Jorge Mera Figueroa, al comentar favorablemente dicha sentencia en la Revista de Ciencias Penales, manifiesta lo siguiente: "En el caso a que se refiere la sentencia, existió, sin duda, intimidación. Esta última tiene efectivamente un carácter subjetivo. Sin embargo, no basta con que exista intimidación y que ésta haya sido eficaz como medio de apropiación para que se configure el robo; es preciso además, atendido el carácter complejo y pluriofensivo de la figura, que dicha intimidación tenga la idoneidad para afectar la seguridad física de las personas, esto es, poner en peligro su vida, su salud o su integridad corporal. En el caso examinado, la intimidación -amenaza con revólver a fogueo- no tiene, por la propia naturaleza del medio empleado, la capacidad siquiera potencial de afectar en manera alguna la seguridad física de la víctima. Su empleo no puede, pues, transformar el hurto en robo, si bien de lege ferenda debiera dar lugar a una agravación del primero de los delitos mencionados, por cuanto existe en tal caso un plus en relación con el puro desvalor de carácter patrimonial, representado por la afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad personales que el empleo de la intimidación supone". (Revista de Ciencias Penales, T. XLII, N° 3, pág. 118 y sgtes.)".

“No es óbice para la interpretación que acogemos, lo señalado en el artículo 439 del Código Penal, toda vez que debe vincularse con el sentido y finalidad de los tipos penales a los cuales se aplica. La frase "o cualquier acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega", ha de entenderse referida a actos que por su entidad y significación, lesionan o ponen severamente en peligro intereses vitales del sujeto pasivo y poseen por ello, el "plus" necesario para sobreponer a la tutela de la propiedad, la de otros intereses superiores, dándose de este modo una interpretación racional a la ley, a la que no puede reconocerse actualmente, en el entorno de un Derecho Penal imbuido de principios garantistas, el propósito de castigar con una pena que puede llegar hasta veinte años de presidio, situaciones de amenazas banales -irrelevantes en cuanto fuente de peligro concreto- para obtener la entrega de alguna especie”.

“En el caso de autos, la vida o integridad corporal del ofendido jamás estuvieron en grave peligro, ya que el reo no portaba arma alguna”.

“Constituye un elemento útil para el razonamiento, la gran diferencia de penalidad que se advierte entre la hipótesis del inciso primero y la del inciso segundo del artículo 436 ya citado. En el caso de robo por sorpresa, en que pueden producirse roturas de vestidos, producto de tirones violentos, empujones al ofendido, pequeñas heridas por efecto del arrebatamiento sorpresivo de relojes o alhajas y otras situaciones similares, la penalidad es de presidio menor en sus grados medio a máximo. No cabe duda que la sanción muy superior que se contempla para el robo simple, deriva de la muy distinta intensidad que el ataque a la propiedad ajena reviste en este último caso, intensidad que solo puede entenderse concurrente en la medida que haya un daño corporal efectivo o una amenaza de riesgo grave y concreto, para la persona de la víctima.

Como lo afirma el profesor Mera, en su comentario ya citado, la equiparación que hace la ley de la violencia con la intimidación -aún cuando existe entre ellas una apreciable diferencia de graduación, en cuanto a su naturaleza y potencialidad para afectar los bienes jurídicos del ofendido- es demostrativa que el segundo de los medios aludidos debe revestir la suficiente entidad para que de su utilización se siga un peligro concreto de cierta significación para la vida o integridad corporal de las personas. De otra manera, la equiparación legal sería enteramente arbitraria, lo que no puede suponerse sin más a la hora de elaborar dogmáticamente en forma responsable estos conceptos jurídicos. "A nuestro juicio, sólo una intimidación que ponga relevantemente en peligro en forma concreta la vida, la salud o la integridad corporal puede racionalmente equipararse a la violencia y dar lugar a un delito que, como el robo simple, figura entre los más graves de nuestra legislación penal". (op. citada)".

"La Excma. Corte Suprema, al interpretar el concepto de violencia propio de la figura delictiva en comento, ha señalado que no es necesario que se causen lesiones de algún tipo, sino que bastan los malos tratamientos, constituyendo por ende violencia, el hecho de golpear, de arrojar en el suelo, de maniatar o de amordazar a la víctima. (R.D.J.T. 63, 2ª parte, secc. 4ª, pág. 444). La intimidación -asimilada por el legislador a la violencia-, deberá revestir sin duda, la necesaria significación, en términos de amenaza a un bien jurídico superior a la propiedad, que permita equipararla en el caso concreto, a los actos de maltrato corporal indicados en el fallo citado"

"A todo lo anterior cabe agregar un dato importante, cual es el estado de "evidente intoxicación etílica" en que se hallaba el procesado, condición psicofísica que, en todo caso, debió menguar notablemente sus posibilidades materiales de poner en serio riesgo la seguridad física del denunciante y explica tanto la razón por la cual pretendió simular burdamente la tenencia de un arma como el hecho que el ofendido haya logrado golpearlo, detenerlo y entregarlo a Carabineros"

"En lo concerniente al mordisco que el encausado infirió al ofendido en una pierna, mientras se daban de golpes en el suelo, el conjunto de las circunstancias que rodearon este caso, apreciadas en conciencia, no permiten concluir que dicho acto haya representado una violencia subjetivamente dirigida a lograr impunidad. Existe acuerdo en que además de la conexión objetiva o fáctico temporal, debe existir entre el acto de violencia y el de apropiación (facilitar su ejecución, cometerla o favorecer su impunidad), una vinculación ideológica, un elemento subjetivo vinculatorio. La violencia que se despliega debe tener como fin alguno de los logros que la ley señala, en relación al apoderamiento de cosa ajena. La acción constitutiva de violencia o intimidación debe tener una dirección subjetiva específica, debe estar en relación de medio a fin con la realización del delito mismo o con su impunidad (Gaceta Jurídica N° 26, pág. 46).

En opinión de quien disiente, el reo, al morder al ofendido que luchaba con él, pretendió solamente desembarazarse de aquel, librarse de su castigo y no obtener impunidad respecto de una acción ilícita, que por lo demás se había frustrado. De los antecedentes aparece que dicha violencia no tuvo un propósito de cobertura, sino fue más bien una circunstancia inherente a la reyerta que se produjo entre ambas personas. Resulta ilustrativo considerar lo resuelto por esta misma Corte, en sentencia de 24 de junio de 1988: "... no aparece establecido que se haya ejercido violencia o intimidación en las personas, antes de la sustracción para facilitar la ejecución de los hechos, en el momento mismo de su ocurrencia o después, para favorecer la impunidad del culpable. El forcejeo o acometimiento físico emprendido por el encargado del local en contra de un sospechoso y la reacción de éste o de otra persona en su favor, no puede constituir la violencia o intimidación que

requiere la figura del robo, pues sólo corresponde a una reacción de defensa de quien fue agredido por el encargado de custodiar la especie y sus colaboradores" (Gaceta Jurídica N° 96, pág. 60)".

Apreciación crítica de los Memoristas.

Sobre el particular, recordamos que ya manifestamos nuestras aprehensiones y opiniones, en el párrafo dedicado al robo simple, por lo que nos remitimos a lo ya señalado.

Texto propuesto para el artículo 439.

A pesar que ya se señaló el texto tentativo para reemplazar al actual artículo 439, al referirnos al robo simple (artículo 436), volvemos a transcribir el artículo, que en nuestro proyecto llevará el número 441:

“Art.441. Para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia los malos tratamientos de obra que ocasionen, a lo menos, lesiones leves en la víctima. Por intimidación se entenderán las amenazas serias y verosímiles o cualquier otro acto que pueda causar efecto intimidatorio.

La violencia o intimidación constituirán robo cuando se las use para hacer que se entregue la cosa o para impedir la resistencia u oposición a que se quite, sea que ello ocurra antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometer el robo o después de cometido para favorece su impunidad.”

Párrafo 3º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del robo con fuerza en las cosas”.

Artículo 440

Evolución durante su vigencia.

El artículo 440, en una primera instancia señalaba: *“El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias o llevando armas, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:*

1º.- Con escalamiento, entendiéndose que lo hai cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.

2º.-Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

3º.- Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún domestico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

4º.- En despoblado y en cuadrilla.”

En el momento de la discusión por parte de la Comisión Redactora, el Señor Gandarillas pidió que se refundieran en uno solo los dos primeros números que contenía el proyecto, comprendiéndose todas las circunstancias que ellos mencionan bajo el nombre común de escalamiento. Así se acordó, agregándose además, la indicación del Señor Reyes, en el sentido de establecer “ *el forado*” como uno de los casos comprendidos en el número primero. Este artículo ha sufrido dos modificaciones, la primera mediante la Ley N° 11.625 de Octubre de 1954, ley ya revisada y que elimina el N° 4 del artículo 440, que consideraba la comisión del delito en despoblado y en cuadrilla, pues estas circunstancias pasaban a ser agravantes genéricas de los robos y hurtos.

La segunda modificación se produce al año 1996, mediante la Ley N° 19.449. Esta ley, que tiene su génesis en una moción del Presidente de la República de la época Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle y su finalidad no es otra que enfrentar jurídicamente el problema de la delincuencia. Mediante esta ley se intenta hacer frente al aumento que por ese entonces experimentaba el delito de robo, el que, tal como lo reconoce el Presidente de la República, causa gran impacto público. Con esta ley se pretende hacer algunas modificaciones en la legislación penal, dirigidas a fortalecer la reacción del Estado frente al delito de robo. La modificación que esta ley produce en el artículo 440 elimina del encabezamiento de este la frase “*presidio menor en su grado máximo a.*”, con lo que, para este delito se establece una única pena, la más alta dentro del margen punitivo que establecía el artículo, eliminando las opciones de los magistrados en orden a establecer la pena.

Doctrina.

Introducción.

Al comenzar el tratamiento o análisis de este artículo, no podemos dejar de mencionar que en muchas legislaciones modernas no se considera esta figura como robo, sino como una variedad cualificada de hurto, agravado por el modo de comisión, tal es el caso de legislaciones como la alemana y la italiana. El Código Penal francés da un tratamiento igualitario a toda sustracción fraudulenta, violenta o no, de cosa mueble ajena, entendiéndose en todos estos casos que se trata de un hurto ²⁸⁷.

Por otro lado, incluso en países en que su tratamiento legislativo es similar al dado por nuestro código nacional, es considerado por una gran parte de la doctrina como una especie particular de hurto. A propósito de ello, Muñoz Conde señala que *“el robo propiamente dicho es el de la violencia en las personas, es decir, el robo violento de las típicas figuras criminológicas del bandolero o del ganster. En cambio, el uso de fuerza en las cosas no constituye una peculiaridad frente al hurto simple, y quien la utiliza puede hacerlo de una forma transitoria por no poder conseguir la cosa de otro modo. Aún cuando determinados modos de comisión: escalo, uso de llaves falsas, etc. pueden revelar una cierta profesionalidad o habitualidad del autor, esto es una cosa a tener en cuenta para determinar la pena a aplicar, pero no para una diferenciación dogmática con el hurto”* ²⁸⁸. Igual opinión sostienen Quintano Ripollés y Rodríguez Devesa, entre otros ²⁸⁹.

Nuestra legislación actual se ha inclinado por seguir el modelo del Código español, quedando comprendidos en el delito de robo, tanto el empleo de la fuerza en las cosas como el de violencia en las personas. Sin embargo, siempre se ha reconocido la menor gravedad del robo con fuerza en las cosas en comparación con el robo con violencia en las personas, lo que queda en evidencia con la existencia de distintas penas para cada delito.

Siguiendo la tendencia de la doctrina y la legislación comparada, en nuestro país han surgido interesantes opiniones doctrinarias en torno a la idea de eliminar el robo con fuerza en las cosas, y tratarlo como un hurto agravado, o bien, utilizar las reglas de los concursos para sancionar dichos ilícitos. A propósito de estos, Jorge Mera Figueroa señala: “Respecto de esta figura lo único que cabe proponer, de lege ferenda, es su derogación. El plus de desvalor que pudiera representar en ciertos casos el uso de la fuerza en las cosas debe resolverse de acuerdo con las reglas generales de los concursos de delitos, o bien, mediante el establecimiento de una agravante” ²⁹⁰. Igual opinión sostienen penalistas como Luis Ortiz Quiroga, Juan Bustos, Alfredo Etcheberry y otros.

El penalista nacional Alfredo Etcheberry señala que *“no puede desconocerse que en el primero (robo con fuerza en las cosas) no existe otro bien jurídico lesionado que no sea la propiedad, en tanto que en el segundo (robo con violencia) se añade la ofensa a la vida o integridad corporal de las personas, sea en forma de lesión, sea en forma de peligro”* ²⁹¹.

²⁸⁷ Ricardo C. Nuñez, Derecho Penal Argentino, Cap. II, pág. 216 y sgts.

²⁸⁸ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap. XIII, Valencia, 1996, pág. 199 y sgts.

²⁸⁹ Antonio Quintano Ripollés, “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II, pág. 463 y sgts.

²⁹⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág. 90.

²⁹¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág. 240.

La única diferencia del delito de hurto con el delito en estudio es el medio de comisión, es decir, el empleo de fuerza en las cosas.

Concepto de “Fuerza” en el denominado Robo con Fuerza en las Cosas.

Respecto a qué debe entenderse por fuerza en las cosas, debemos tener claro que no se trata del concepto vulgar, sino de determinadas circunstancias o medios que la ley señala expresamente en el párrafo 3º, del Título IX, del Libro II, del Código Penal, cuya falta de concurrencia significa una inmediata traslación al tipo del hurto. Igual exigencia se encuentra en la ley española, así lo señalan Rodríguez Devesa, Quintano

Ripollés, Muñoz Conde y Alfonso Serrano Gómez ²⁹².

La terminología legal empleada en nuestro Código, como en otros códigos que siguen criterio similar, permite adherir al planteamiento de Fontán Balestra: *“Ha de eliminarse, en primer término, la fuerza natural normal que el hombre debe ejercer para llevar la cosa de un lugar a otro, cualquiera sea su peso; pues como dice bien Nuñez, esa fuerza no se ejerce en la cosa, sino en razón de la cosa. Además la calificación llegaría a depender del peso del objeto”* ²⁹³. Para Fontán Balestra, también debe eliminarse del concepto de robo aquella fuerza necesaria para separar la cosa de modo normal o natural de aquella o aquellas a las que se encuentra adherida o unida, da como ejemplo el caso de arrancar la fruta de un árbol o destornillar el faro de un automóvil, en dicho caso aún cuando se emplea fuerza, se comete hurto y no robo, porque esa es la forma natural de separar la cosa para proceder a su apropiación ²⁹⁴.

A propósito de lo señalado por éste autor, Nuñez afirma que *“la aceptación del principio de que la fuerza debe tener un sentido anormal, ha conducido a excluir indebidamente del ámbito del robo casos de verdadero ejercicio de energía sobre cosas cuya resistencia al apoderamiento lo requiere”*; y agrega: *“pero, en verdad, esa es una distinción que no está ni en la letra ni en el espíritu de la ley. La letra legal sólo exige “fuerza en las cosas”, la que concurre cuando la separación de éstas se realiza mediante actos directos de fuerza, como son los de cortar o hachear; o cuando esa separación se realiza por medios mecánicos que también la requieren, por ejemplo, destornillando o utilizando una palanca, según lo exija el mecanismo de adherencia del objeto. El espíritu de la ley es, por otra parte, el de calificar el apoderamiento como robo cuando, para consumarlo, el ladrón debe vencer una resistencia ofrecida por alguna cosa, utilizando, normal o anormalmente, una fuerza”* ²⁹⁵.

En términos generales, podemos señalar que constituyen fuerza en las cosas **“aquellas acciones mediatas o inmediatas a la apropiación, ejecutadas por el ladrón y dirigidas a violentar las defensas materiales de resguardo de las cosas objeto de la apropiación, para llevarla a cabo”** ²⁹⁶.

²⁹² José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.240; Antonio Quintano Ripollés, “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II, pág.463; Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág. 199; Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999, pág.333.

²⁹³ Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, 1959, pág.451.

²⁹⁴ Carlos Fontán Balestra, op.cit., pág.452.

²⁹⁵ Ricardo C. Nuñez, Derecho Penal Argentino, Parte Especial, Cap.II, pág 216-217.

²⁹⁶ Osman Pezoa Silva, “El Delito de Robo con Fuerza en las Cosas”, Editorial Universitaria, pág.32.

Etcheberry señala que *“el verdadero concepto de fuerza en las cosas está referido al empleo de energía para vencer una especial protección de que la cosa apropiada está revestida. La fuerza, en suma, no se ejerce sobre las cosas, sino sobre las defensas o resguardos de la cosa”*²⁹⁷. Garrido Montt coincide con este concepto, cuando señala: *“En principio, por fuerza para estos efectos ha de entenderse la de la naturaleza física empleada para vencer resistencias u obstáculos materiales que impiden el apoderamiento de la cosa ajena”*²⁹⁸.

Como se ve, en nuestro país la violencia constitutiva de la fuerza en las cosas debe recaer o ser ejercida sobre sus resguardos; e igual criterio sigue la ley española, sin embargo, en Argentina la orientación no es la misma, tal como lo señala Sebastián Soler. En dicha legislación la agravante de la violencia, entendida en este caso como fuerza en las cosas, presenta dificultad puesto que tiene un carácter general, no señalando la ley sobre qué cosas debe recaer la fuerza para que pueda ser considerada como tal, dentro del delito de robo con fuerza en las cosas. Resulta atractivo para este autor dar el sentido tradicional a esta agravante, es decir, vincularla con mayor o menor amplitud a reparos puestos en defensa de la cosa. Lo interesante de esta doctrina es el hecho de hacer depender la agravante (fuerza en las cosas) de un factor psicológico emanado del propietario de la cosa: la creación de un medio de seguridad contra el cual va encaminada dicha fuerza²⁹⁹.

Carrara opina que la violencia se debe efectuar sobre las cosas destinadas a defender la propiedad, no sobre la cosa robada³⁰⁰.

De lo señalado por la doctrina podemos concluir que la fuerza en las cosas es un elemento que consta de dos fases: **una objetiva**, que está constituida por la acción que se encuentra determinada por la ley en forma expresa (escalamiento, uso de llaves falsas, etc.) y **una subjetiva**, la intención de realizar la apropiación haciendo uso de los medios que en la ley se señalan.

En este delito, la fuerza ha de emplearse en la sustracción misma, es decir, en el acto por el cual se quita una cosa de la esfera de la custodia de otra persona, por la cual la fuerza que sea empleada por el delincuente con posterioridad a la apropiación no es constitutiva de la fuerza que califica el delito como robo. La fuerza en las cosas, por consiguiente, es fuerza destructiva en las defensas de la cosa, pero debe llevarse a cabo para aprehender las cosas. A propósito Etcheberry señala que *“no basta para hacer surgir el título de robo la fuerza en las cosas que se ejerza, aunque sea sobre los dispositivos de protección, con posterioridad a la apropiación misma, pues ello entra ya dentro del proceso de agotamiento del delito y no en la consumación del mismo”*³⁰¹. En el mismo sentido opina Muñoz Conde al señalar: *“es necesario, por tanto, que se empleen como medios para la sustracción de la cosa mueble. Si se emplean posteriormente a la sustracción, por ejemplo, abriendo con llaves falsas la maleta ya sustraída para apoderarse de su contenido, el delito cometido es un hurto y no el robo del artículo 504”*³⁰².

²⁹⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.240 y sgts.

²⁹⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.219.

²⁹⁹ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, tomo IV, 1945, pág.255-256.

³⁰⁰ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2153, pág.189 y sgts.

³⁰¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.240 y sgts.

³⁰² Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág. 199 y sgts.

Por otro lado, la acción que constituye la fuerza en las cosas debe ser ejecutada por los ladrones mismos, no se configura el delito de robo si el rompimiento de la pared de la casa fue hecho en forma previa por personas distintas a los sujetos activos y éstos ingresaron a través de dicho agujero. Como ya lo hemos expresado, la fuerza en las cosas debe ser empleada para consumar la apropiación, por lo cual, debe ser coetánea a la acción (es la opinión de Etcheberry, Garrido Montt y Muñoz Conde). Carlos Fontán Balestra, opina en el mismo sentido, al señalar que la fuerza ejercida con posterioridad a la consumación de la apropiación no puede ser considerada, puesto que en tal caso no existiría el nexo causal³⁰³.

Es debatido por parte de la doctrina el tema de la necesidad o no de la idoneidad de la fuerza empleada para verificar la apropiación. Autores como Soler exigen “*un cierto nexo de necesidad de hecho entre la sustracción y el empleo de la fuerza*”³⁰⁴. Así, de ocurrir el caso de un delincuente que utilice una fuerza, por ejemplo rompa una ventana para ingresar a la casa, donde va a robar encontrándose la puerta de ésta abierta, debe según este autor castigársele por el delito de hurto, pues dicho rompimiento no es necesario.

Una posición opuesta sostiene Manzini, quien estima que basta solamente que el ladrón se sirva de la fuerza empleada para lograr la apropiación³⁰⁵.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 440. ROBO CON FUERZA EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN O EN SUS DEPENDENCIAS.

Nuestro Código Penal sanciona el delito de robo con fuerza en las cosas atendiendo fundamentalmente a dos criterios, como lo señala Labatut:

Al lugar en que se cometió la acción delictiva.

A las modalidades de ejecución del delito.

En cuanto al lugar de comisión la ley nacional considera:

Lugar habitado (con sus dependencias)

Lugar destinado a la habitación (con sus dependencias)

Lugar no habitado

Sitio no destinado a la habitación, y

Bien nacional de uso público.

El artículo en estudio sanciona el robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, junto a una serie de circunstancias de comisión, que analizaremos a continuación.

Artículo 440 Código Penal: “*El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:*”

³⁰³ Carlos Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial. Buenos Aires, 1959, pág.452.

³⁰⁴ Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, tomo IV, 1945, pág.259.

³⁰⁵ Vincenzo Manzini, “Tratado de Derecho Penal”, Vol. IX, pág.225.

1° *Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entre por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de techos, o fractura de 4 puertas o ventanas.*

2° *Haciendo uso de llaves falsas o verdadera que hubiera sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar al lugar del robo.*

3° *Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad”.*

Esta disposición se ha mantenido en nuestro Derecho “con una amplitud desmesurada” y corresponde al texto que aprobó la Comisión Redactora sobre la base del texto español, en el cual se consideraban delitos distintos el hurto y el robo con fuerza en las cosas, desechándose el criterio de que este último fuera una especie del género hurto. Autores como Garrido Montt señalan que el sistema adoptado por nuestro código no es recomendable, pues no se entrega un concepto general de lo que debe entenderse por fuerza en las cosas, prefiriéndose una casuística detallada y frondosa³⁰⁶.

ANÁLISIS DE LOS LUGARES EN QUE SE PUEDE COMETER EL DELITO.

Qué se entiende por “lugar habitado.

Raimundo del Río define lugar habitado diciendo *“que es todo edificio, construcción o refugio, cualquiera que sea su naturaleza, que tenga habitantes en el momento de perpetrarse el robo, aunque su destino principal o corriente no sea la habitación”*

307

La verdad es que el concepto de habitación, desde el punto de vista teleológico y en función de una interpretación sistemática de la ley, nos lleva a la idea de que una persona habita en un lugar cuando en dicho lugar tiene su centro o actividad doméstica, ahí donde tiene el asiento del desarrollo de su vida cotidiana. Un lugar habitado es, por consiguiente, el lugar donde actualmente, en el momento en que se comete el robo hay gente que vive allí, con prescindencia, si en el momento mismo en el que el robo acaece hay presencia física o no.

El Código Penal español considera casa habitada *“ todo albergue que constituyere la morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar ”* (Art 241.2.). En la misma línea de pensamiento se encuentra la doctrina italiana, donde se considera que el concepto de lugar habitado está íntimamente relacionado con el de lugar destinado a la habitación, lo esencial es que en el lugar tienen que habitar en forma habitual una o más personas.

Debe tenerse claro que jamás la habitación puede ser accidental, puede haber una ausencia accidental de los moradores³⁰⁸.

Para Etcheberry quedan comprendidos en el artículo en estudio *“los lugares que al momento del robo sirven de morada a una persona o grupo de personas, sea que ellas*

³⁰⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.217 y s.s.

³⁰⁷ Raimundo del Río, “Derecho Penal”, Tomo III, pág.441.

³⁰⁸ Antonio Quintano Ripollés, “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II, pág.322 y sgts.

se encuentren en ese instante viviendo allí (lugar habitado) o se encuentren accidental o temporalmente ausentes (lugar destinado a la habitación)”³⁰⁹.

Para Labatut lugar habitado *“es aquel en que se encuentran una o más personas al momento de cometerse el robo, aún cuando su finalidad no sea la de servir de vivienda, un teatro, por ejemplo ”*³¹⁰. Vemos que este autor difiere del concepto dado por Etcheberry, ya que extiende el concepto de lugar habitado a cualquiera que se encuentre físicamente con personas, así deberíamos considerar lugar habitado la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile por ejemplo, en el momento en que en ella se encuentran los alumnos, docentes y funcionarios³¹¹.

Garrido Montt, por su parte, opina que lugar habitado es *“aquel recinto cerrado o no, pero que está de alguna forma delimitado, y que una persona o grupo de personas destina para la habitación, le da ese uso y además en el momento en que se comete el delito está presente en él alguno de sus moradores ”*. Este autor coincide en parte con lo señalado por Etcheberry, pero exige un elemento adicional -no requerido por el segundo autor- el cual es, que en el momento de la apropiación se encuentren presentes moradores en el lugar.

Como podemos apreciar, en la doctrina nacional el concepto de lugar habitado no es unánime. Etcheberry es quien, a nuestro juicio, da el concepto que corresponde al verdadero espíritu de la expresión lugar habitado.

Qué se entiende por “lugar destinado a la habitación”.

Este es un concepto que existe sólo en nuestro país, elaborado más bien por razones intelectuales. La ley utiliza este término en forma conjunta con el de lugar habitado, sólo para dejar en claro que se abarcan también los casos en que actualmente las personas no se encuentran en la morada. Labatut señala que *“lugar destinado a la habitación es aquel cuya finalidad normal es de servir de morada, aunque en el momento de perpetrarse el delito no está habitado, v gr. una casa de veraneo”*³¹². Se trata de un lugar que no está habitado, porque no está permanentemente utilizado como centro doméstico de la persona. Es importante tener claro que el concepto de *“lugar destinado a la habitación”* debe examinarse o precisarse en función de la época en que se perpetra el robo. Esta interpretación estricta se hace en un sentido de utilidad valorativa, puesto que la pena que se aplica es muy severa. Lo que la ley trata de sancionar en estos casos, son formas de robo en que el sujeto muestra una alta peligrosidad, entrando a centros domésticos donde una persona tiene las cosas propias, ya sea porque tiene su vivienda permanente o por períodos de tiempo.

Qué se entiende por “dependencias” de un lugar habitado o destinado a la habitación.

Nuestro Código Penal no ha precisado qué debemos entender por “dependencias” de un lugar habitado o destinado a la habitación.

³⁰⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.240 y sgts.

³¹⁰ Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo II, Editorial Jurídica, 7ª ed., 1973-83, pág 207.

³¹¹ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

³¹² Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.207.

Según el Código Penal español de 1995, *“Se consideran dependencias de una casa habitada o edificio o local abiertos al público sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”* (artículo 241 N°3) .

Quintano Ripollés critica la fórmula empleada por el Código español anterior, puesto que estima que tal casuística desvirtúa totalmente el neto significado de la casa habitada del precepto básico³¹³ .

Por otro lado, Manzini define la dependencia de una habitación como *“aquel lugar inmediata o inmediatamente dependiente de la misma que sin formar parte integrante del ambiente que representa el centro de la vida doméstica (habitación en sentido estricto) son, no obstante, destinados al servicio o al complemento de ese ambiente y por eso participa de la naturaleza de la habitación”*³¹⁴ .

En nuestro país, Luis Ortríz Quiroga adhiere al concepto de “dependencia” que ofrece Alejandro Fuensalida. Estos autores entienden que las dependencias son *“todos aquellos lugares que estén dentro del mismo recinto que el principal, o en tal situación que por la proximidad al habitado, están bajo la inmediata vigilancia y defensa de las personas que habitan aquél, de suerte que en caso de robo pueden sentir a los ladrones, preparar una defensa y exponer su seguridad”*³¹⁵ .

Para Labatut, dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación *“son los patios, jardines, garajes y demás sitios o edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo. El concepto de dependencia supone un vínculo de subordinación a un lugar principal”*³¹⁶ .

Tomando el concepto ya dado, Etcheberry señala que tres serían los requisitos de una dependencia³¹⁷:

Contigüidad, es decir, yuxtaposición y no simple proximidad;

Comunicación interna con el lugar principal, y

Unidad con éste, en el sentido funcional: la dependencia *“debe llevar alguna función subordinada a las actividades que se desarrollan en el recinto principal”* .

ANÁLISIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE SE PUEDE COMETER EL DELITO.

Escalamiento.

El número 1° del artículo 440 entiende que hay escalamiento *“cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas”*.

³¹³ Antonio Quintano Ripollés, “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II, pág.332.

³¹⁴ Vincenzo Manzini, “Tratado de Derecho Penal”, Vol. IX, pág.253.

³¹⁵ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

³¹⁶ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.207.

³¹⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.349.

El escalamiento supone específicamente el vencimiento no violento de los cierros de la propiedad ajena, sea que el delincuente los supere mediante la ejecución de un esfuerzo físico especial, sea que lo haga valiéndose de instrumentos que faciliten la acción de traspasar la defensa de la propiedad. Pacheco dice *“el escalamiento indica sobre todo agilidad, como la fractura o derribo, indica fuerza”*³¹⁸.

De lo anteriormente señalado y según la definición legal, la doctrina ha distinguido dos situaciones distintas: el escalamiento propiamente tal y la fractura o efracción. Pasaremos a revisar ambas hipótesis.

Escalamiento propiamente tal.

El término nos hace pensar en una actividad trepadora ascensional. Sin embargo, el concepto entregado por el Código y aceptado doctrinariamente es más amplio, pues el mismo artículo 440 establece que hay escalamiento **“cuando se entra por vía no destinada al efecto”**. Labatut señala *“el escalamiento, de acuerdo con esta definición (art.440) consiste en la entrada por vía distinta de la normal, o por vía normal, pero con fractura”*³¹⁹.

Muñoz Conde señala que la definición de escalamiento dada en el Código español de 1932, debe considerarse vigente como criterio interpretativo, pues señala que escalamiento es *“la entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto”*³²⁰.

El concepto dado por la ley española ha significado que la jurisprudencia de ese país le haya dado un significado más amplio del que tiene, desestimando el sentido gramatical de subir, trepar o ascender, y entendiendo como “escalamiento” la acción de entrar por una vía que no sea destinada al efecto, cualquiera que ella sea. “La entrada a través de los barrotes de una verja o de una ventana abierta situada a ras

del suelo constituye escalamiento”³²¹. Rodríguez Devesa es partidario de esta concepción amplia que implique cualquier forma en que el sujeto tome una cosa que se halla fuera del alcance de su mano, valiéndose de cualquier clase de medios para suplir la distancia que les separa de la cosa, que no necesita estar dentro de una casa, p.ej., el apoderamiento de bombillas del alumbrado público.

Bustos Ramírez entiende por escalamiento *“entrar en un lugar venciendo determinados obstáculos o seguridades en relación a la cosa”*. Agrega que *“no toda fuerza hace surgir el robo, sólo una fuerza especialmente grave; por ello mismo no todo escalamiento puede considerarse fuerza, sino sólo aquel que revista una gravedad especial, es decir que implique algún esfuerzo o destreza especial del sujeto para entrar al lugar de donde se encuentra la cosa”*³²².

En la ley italiana el escalamiento es una de las agravantes del hurto junto con la fractura y el uso de llaves falsas. Señala Carrara “hay escalamiento o hurto con escaló cuando, para cometer su delito, el ladrón ha superado un cerco, ya pasando por encima para introducirse, ya aprovechando alguna abertura existente en el mismo cerco, por ejemplo una ventana”. Para este autor el fundamento de

³¹⁸ Joaquín Pacheco, “Código Penal Concordado y Comentado”, libro II, V.3, 1888, pág.311.

³¹⁹ Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.207.

³²⁰ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág. 199 y sgts.

³²¹ Francisco Muñoz Conde, op.cit., pág.369.

³²² Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona.

la agravante procede del principio común de la inutilidad de la defensa privada, pues para que la burla que a éste se hace merezca un castigo enérgico por parte de la defensa pública, es preciso que las precauciones empleadas por el dueño e inutilizadas por la perversidad del delincuente, tengan en sí mismas cierto grado de eficacia presunta. En base a lo señalado, Carrara establece las siguientes condiciones materiales del escalamiento:

Que el cerco tenga cierta altura. En este punto la jurisprudencia francesa es demasiado rigurosa, según opina Carrara, puesto que señala que aunque esté poco elevado el cerco superado por el ladrón, y haya logrado superarlo con un simple salto, siempre concurren los elementos de la agravante. La práctica de otros países requiere cierta altura en el cerco sobre el cual ha saltado el ladrón, de suerte que exija en éste cierta habilidad y malicia especiales, o el uso de instrumentos idóneos.

El cerco debe ser continuo. Carrara opina en este punto que si el propietario levanta un muro por algunos lados de su huerto, dejándolo completamente abierto por otros, o dejando intersticios, si el ladrón, para introducirse, prefiere trepar por el muro en vez de entrar por lugares abiertos, no hay motivos para quejarse por superación de defensas.

Solo opera cuando el delincuente ENTRA por vía no destinada al efecto. Según la doctrina generalmente aceptada por los prácticos, el escalamiento no califica al hurto cuando el ladrón, después de haberse introducido y de haber consumado el hurto sin ese medio, lo elige luego de tomar las cosas robadas, para poder escapar y llevárselas, por ejemplo, saltando por una ventana, en vez de salir por la puerta.

No hay escalamiento si el propietario ha dejado elementos que faciliten el escalamiento. La doctrina de los prácticos también excluye el escalamiento cuando el ladrón, para subir, se vale de un medio que el mismo propietario ha puesto o dejado en ese sitio³²³.

El escalamiento está referido a entrar y no al hecho de salir, de igual modo, implica la acción de penetrar con todo el cuerpo en un lugar (en sentido homologable a la violación de morada), por ello si se introduce la mano o se utiliza una cuerda con un imán o un perro o mono amaestrado, no se puede hablar de escalamiento,

sino sólo de hurto³²⁴. En el mismo sentido opina Etcheberry, cuando dice que, de acuerdo a la redacción del artículo en estudio, la ley no castiga el escalamiento interno, tampoco se considera el escalamiento de salida, ni el hecho de apoderarse de objetos colocados en el frontis de un edificio o que se alcanzan estirando el brazo³²⁵ o valiéndose de un objeto material³²⁶.

Por su parte, Garrido Montt, señala que *“la vía no destinada al efecto en que consiste el escalamiento tiene por objeto entrar al lugar cerrado”*³²⁶. Nuestra ley dice “entrar”, lo cual implica la idea de “pasar de fuera adentro, con toda la persona física o al menos con la mayor parte de ella”. De acuerdo a lo expuesto por este autor, no habría robo si se introduce a la casa parcialmente un garfio o un brazo simplemente.

³²³ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, párrafo 2153, pág.188 y sgts.

³²⁴ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona.

³²⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo III, editorial jurídica, 3ª ed., 1997, pág. 323-324.

³²⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.218.

Del Río señala que el escalamiento exige necesariamente la introducción a un lugar cerrado. No existiendo penetración al lugar, no existe escalamiento; es así, que no lo realiza quien sube por una escalera apoyada en la parte exterior de una casa y roba unas macetas que hay en el balcón del segundo piso, ni el que roba una bandera desplegada frente a un edificio³²⁷.

De lo expresado por la doctrina podemos concluir que el escalamiento debe reunir dos requisitos:

- 1.- Debe estar dirigido a procurar la entrada del delincuente al lugar del delito.
- 2.- La entrada debe efectuarse por una vía no destinada al efecto.

Fractura o efracción.

Constituye la segunda modalidad de escalamiento que contempla nuestra ley. La efracción es una acción caracterizada por la fuerza o la violencia, esto la diferencia del escalamiento propiamente dicho, puesto que éste, de acuerdo a lo visto, no constituye realmente un acto de fuerza propiamente tal.

Carrara sostiene que hay fractura cuando *“se ejerce violencia sobre los resguardos que el dueño pusiera en defensa de sus cosas produciendo el rompimiento de ellos para tomar las cosas custodiadas”*. Para este autor la razón de la agravante no consiste en este caso en el daño inferido a las cosas fracturadas; el concepto de esta calificante es enteramente político, y procede de la mera contemplación del daño mediato, pues cuanto mayores son los obstáculos superados por el ladrón, tanto más decrece, en relación con su audacia, el poder de la defensa privada. En este sentido se pronuncia la mayoría de los penalistas de Italia, de ello surgen dos consecuencias:

a) Para que haya fractura es preciso que la violencia se efectúe sobre las cosas destinadas a defender las propiedades.

b) No hay fractura cuando el robo con fuerza en las cosas mediante fractura o efracción si la acción recae sobre la cosa misma que estaba destinada a la custodia de otros objetos³²⁸.

La doctrina española está dividida en cuanto a la necesidad de que el lugar del robo sea un lugar cerrado o no. Destacados autores como Muñoz Conde y Quintano Ripollés, entre otros, lo exigen³²⁹.

Rodríguez Devesa señala que se comprende bajo la denominación de fractura exterior el *“rompimiento de pared, techo, suelo y la fractura de puerta o ventana. Es indiferente que la pared, techo, suelo, etc, sean los de un edificio, o los que delimitan el espacio en el que se encuentra la cosa, pero es necesario que sirvan precisamente a la finalidad de cerrar el espacio en que la cosa está confinada”*³³⁰.

Bustos Ramírez al referirse a esta modalidad de fuerza señala que como en el caso del escalamiento, se trata de entrar a un determinado lugar, en que el acceso se logra por

³²⁷ Raimundo del Río, “Derecho Penal”, Tomo III, pág.441.

³²⁸ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2153, 2154, 2155 y 2156.

³²⁹ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág.199 y sgts.; Antonio Quintano Ripollés, “Tratado de Derecho Penal, Parte Especial”, Vol. II.

³³⁰ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.455-456.

medio de una fractura exterior. Es una forma, al igual que en el escalamiento, de vencer los obstáculos o resguardos que rodean a la cosa que se pretende tomar, siempre que ello implique la producción de un daño sobre esas seguridades. Estos daños aparecen absorbidos por la figura compleja que constituye el robo con fuerza en las cosas³³¹.

Al igual que en el escalamiento propiamente tal, existe consenso en señalar que la fractura ha de ser para entrar y no para salir, tampoco debe tener por objeto apropiarse de la cosa fracturada, por ejemplo llevarse la ventana, puesto que en dicho caso nos encontramos en presencia de un hurto.

En nuestro país Labatut entiende por efracción *“la entrada por vía destinada o no al efecto, con destrucción de las defensas o resguardos de la propiedad, cualquiera que sea su solidez”*. De lo dicho, agrega Labatut, se desprende que nuestra ley no castiga la efracción ni el escalamiento internos, y que dentro del concepto no quedan comprendidos el hecho de entrar por vía destinada a ese fin y salir por una que no lo está, ni el hecho de apoderarse de objetos colocados en el frontis de un edificio o que se alcanzan estirando el brazo o valiéndose de un objeto material³³².

Nuestra ley, en el artículo 440, objeto de nuestro estudio, enumera en forma explicativa diversas formas de efracción: el forado, rompimiento de pared o techo y la fractura de puertas o ventanas. Dicha enumeración, al parecer de Etcheberry, resulta un tanto superflua, salvo en el caso de la fractura de puertas, ya que la existencia del amplio concepto de escalamiento absorbe todos los casos señalados³³³.

Explicaremos brevemente cada una de las hipótesis:

a) El forado.

Según el diccionario de la Real Academia española, es el de “horado”, “agujero que atraviesa de parte a parte una cosa”.

Etcheberry define el forado como *“un agujero u orificio, que debe atravesar de parte a parte algunas de las defensas de la propiedad (techo, pared, piso)”*³³⁴. Un concepto similar es el entregado por Garrido Montt y también por Mario Verdugo, quien entiende por forado el *“agujero, abertura a través de un muro o de las defensas de la propiedad”*³³⁵.

Es importante tener claro que el forado debe ser practicado por el ladrón en función o como medio para el ingreso al lugar donde se verificará la apropiación.

b) Rompimiento de pared o techo.

Es una perforación realizada por el delincuente destinada a destruir las paredes o techos, implica destrucción mediante fuerza pública. La ley ha restringido esta clase de fuerza a los techos o paredes, sin embargo, autores como Etcheberry, conciben perfectamente un rompimiento de pisos³³⁶.

La ley española, en la circunstancia segunda del artículo 504, contemplaba junto con el rompimiento de pared y techo el rompimiento de suelo y también la fractura de puerta

³³¹ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.201.

³³² Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.224.

³³³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.240 y sgts.

³³⁴ Alfredo Etcheberry, ídem.

³³⁵ Mario Verdugo, “Código Penal” Tomo III, pág.936.

³³⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.242.

o ventana (el actual artículo 238 mantiene estas hipótesis). La vieja jurisprudencia, nos señala Puig Peña, insistió firmemente en que esos efectos destructivos debían haber sido empleados por el culpable para introducirse en el local, no para salir de él. El nuevo código, agrega el citado autor, no dice como el anterior, que el delito se cometa por rompimiento de pared, etc., sino concurriendo el rompimiento. Parece, pues, que se deben considerar estos efectos destructivos como determinantes del robo con fuerza en las cosas, en todo caso. Puede, sin embargo también sostenerse que sigue vigente la jurisprudencia anterior, según entienden algunos penalistas³³⁷. Muñoz Conde cuando se refiere a la circunstancia en estudio señala algo similar a lo dicho por Puig Peña, en igual sentido Cuello Calón y Rodríguez Devesa³³⁸⁻³³⁹.

c) Fracturas de puertas o ventanas.

Para Etcheberry la fractura “es la ruptura o separación violenta de una parte de una cosa.”, y puede recaer, según el texto legal, sobre puertas o ventanas. En el primer caso, se trata de la única hipótesis no comprendida en la fórmula “entrar por vía no destinada al efecto”, ya que la puerta, sin duda, está destinada a ello. Agrega, que no es fractura la torsión o la separación no violenta de una parte (v.gr. removiendo, sin romper, el vidrio de una ventana, o desprendiendo una puerta de sus bisagras)³⁴⁰.

Para Garrido Montt “la fractura comprende toda forma violenta o diestra de romper las puertas o ventanas, sea parte de ellas o sacándolas”³⁴¹.

Los medios empleados deben ser para entrar o ingresar al lugar habitado, es decir, la fractura debe verificarse sobre puertas o ventanas exteriores, y no las que existen dentro del recinto, si así ocurre, estaríamos en presencia de un hurto.

En la llamada “ **fractura exterior** ”, como la denomina la doctrina, se requiere al igual que en el caso del escalamiento propiamente dicho, un acceso al interior de un lugar, siendo indiferente que se trate de un edificio o de cualquier otro lugar cerrado. Por fractura de puerta debe entenderse también la de cerraduras o la de cristales, así lo ha entendido el Tribunal Supremo español, como nos lo señala Muñoz Conde³⁴².

El Código Penal español contempla la fractura exterior, en cuanto a esta modalidad de la acción debemos tener claro, como lo señala Rodríguez Devesa, que

³³⁷ Federico Puig Peña, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo IV, V.II, Barcelona, 1959, pág.201.

³³⁸ Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág.202-203; Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.842-843; José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.455-456.

³³⁹ **Los textos actuales del Código Penal español son los siguientes: Artículo 238.** Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Escalamiento. 2º. Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana. 3º. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo. 4º. Uso de llaves falsas. 5º. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. **Artículo 239.** Se considerarán llaves falsas: 1º. Las ganzúas u otros instrumentos análogos. 2º. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. 3º. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

³⁴⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.249.

³⁴¹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.234.

³⁴² Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal, Parte Especial”, Cap.XIII, Valencia, 1996, pág.202-203.

la fractura de puerta o ventana, sean los de un edificio o los que delimitan el espacio en el que se encuentra la cosa, debe servir para ingresar al lugar donde está la cosa, por lo tanto lo que se destruya debe ser aquello que sirva para cerrar el espacio donde la cosa objeto del delito se encuentra ³⁴³ .

Bustos Ramírez define la fractura exterior como *“forma, al igual que en el escalamiento, de vencer los obstáculos o seguridades que rodean a la cosa que se quiere tomar”*³⁴⁴ .

La legislación española contemplaba en el artículo 504 (circunstancia tercera) la llamada fractura interna *“fractura de muebles, objetos cerrados o sus cerraduras”* . En esta circunstancia se supone que se ha entrado en el sitio donde se encuentran normalmente los objetos y lo que se violenta o fuerza no son los resguardos exteriores de la cosa, sino la cosa mueble y objeto en los que se hallan las cosas que el ladrón pretende sustraer. Llama la atención el último inciso de esta circunstancia en el Código español, que también sanciona la *“sustracción de los objetos para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo”* . Este caso es un claramente un hurto, pero que por razones político- criminales ha sido asimilado por el legislador al robo con fuerza en las cosas. De todos modos, debe llevarse a cabo la sustracción de los objetos, con intención de fracturarlos o violentarlos, lo que constituye un elemento subjetivo de lo injusto. Este caso se trata, además, como lo señala la jurisprudencia, de una excepción al momento consumativo, ya que la cosa ha sido extraída de la posesión ajena, pero no se dispone de ella.

Uso de llaves falsas, verdaderas substraídas, ganzúas u otros instrumentos semejantes.

El numero 2º del artículo 440 sanciona el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias cuando se realiza *“haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo”*.

Etcheberry señala que las situaciones descritas en este numeral suponen previamente que se delimite el concepto de cerradura, por lo cual expresa: *“La cerradura es un mecanismo fijado a las puertas, ventanas tapias o paredes, que impiden que se abran a menos que se use un instrumento especialmente destinado para ello, que debe ser un objeto complementario de la cerradura, pero distinto y separado de ella que recibe el nombre de llave”*³⁴⁵ .

Garrido Montt también nos da un concepto de cerradura y de llave, para él, *“llave es una especie cuyo fin específico es abrir y cerrar una cerradura; cerradura es un mecanismo destinado a servir de seguro del cierre y apertura de una puerta o tapa, ventana y cosas análogas ”*. Dentro del concepto de llave, cabrían para este autor, las tarjetas informatizadas que permiten abrir cierros electrónicos de puertas y ventanas, puesto que lo que en este caso interesa, es la función que preste el objeto y no su forma ³⁴⁶ .

³⁴³ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.456.

³⁴⁴ Juan Bustos R., “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, editorial Ariel S.A. Barcelona, pág.202.

³⁴⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.249.

³⁴⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.228.

En otro orden de cosas, nuestro Código Penal distingue entre llave falsa y llave verdadera. Etcheberry nos entrega un completo concepto de llave verdadera, a partir del cual este autor deduce una serie de circunstancias en las cuales nos encontraríamos en presencia de una llave falsa. Es llave verdadera, en primer término, aquella que corresponde al mecanismo de la cerradura, y forma, por así decirlo su complemento. Pero además, para que pueda considerarse verdadera, debe haber sido destinada por el dueño para abrir la cerradura, sea que la use habitualmente, sea que la haya confiado a otras personas, sea que la tenga guardada para su uso eventual o potencial.

De acuerdo con esta idea general, serían llaves falsas:

Las llaves llamadas “maestras”, que sirven para abrir varias cerraduras semejantes, siempre que el propietario no les haya dado destinado para abrir varias cerraduras.

Las llaves que corresponden a otras cerraduras, caso en el cual es necesario que la cerradura tenga algún defecto que permita el uso de esa otra llave.

Las llaves que constituyan duplicado de las llaves verdaderas, obtenida sin la voluntad del propietario. Estas llaves son subjetivamente falsas, ya que se han obtenido y se emplearán sin la voluntad de su dueño (esta hipótesis recalca el carácter funcional del concepto de llave falsa)³⁴⁷.

Según Garrido Montt, la llave verdadera substraída, “es aquella verdadera, es decir de las autorizadas, que ha sido sacada subrepticamente por un tercero que carece de derecho para usarla”, nótese que la hipótesis se refiere a “sustraída” y no “hurtada”, ello porque el tercero puede pretender usar la llave, pero devolverla después³⁴⁸.

Para estos efectos no son consideradas cerraduras por la doctrina nacional, los picaportes, los cerrojos, las barras, etc., puesto que no necesitan de llave para abrirlos, ya que funcionan manualmente, y no pueden abrirse sino desde el interior³⁴⁹.

La ganzúa no es una llave, pero es un instrumento que actúa como tal, es un alambre doblado en la punta, que sirve para correr pestillos, hace funcionar el mecanismo de la cerradura, por lo cual, como bien señala Etcheberry, si se violenta la cerradura ya no estaríamos frente a un robo con fuerza en las cosas por la procedencia de esta hipótesis³⁵⁰. El uso de la ganzúa no es propiamente un acto de fuerza, sí lo sería, en nuestra opinión, el uso de un fierro o de la herramienta llamada comúnmente “diablito”. El instrumento semejante al cual se refiere la ley, no requiere una semejanza de forma con la ganzúa, sino más bien una semejanza funcional, es decir que sirva para hacer funcionar el mecanismo de la cerradura.

³⁴⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.251-252.

³⁴⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.229.

³⁴⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.229; Alfredo Etcheberry, “Derecho penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.249.

³⁵⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.249.

De acuerdo a lo que hemos señalado hasta el momento, refiriéndonos a esta hipótesis, podemos opinar que el uso de llaves falsas, verdaderas sustraídas, ganzúas u otros instrumentos semejantes, no constituye realmente un caso de fuerza en las cosas al igual como ocurría con el escalamiento propiamente tal.

En Italia, según Maggiore, el uso de llave falsa es considerado dentro de los medios fraudulentos que constituyen una agravante del delito de hurto. El Código Penal actual reunió en una sola categoría diversas hipótesis que se encontraban contempladas en el Código ya derogado, de forma superada, como es el caso del uso de llave falsa. Medio fraudulento es ante todo, la apertura indebida de cerraduras y de otros aparatos de cierre, como cerrojos, candados, espitas con llaves para toneles, aparatos con llave para toneles, aparato con llave para inmovilizar o poner en marcha automóviles, etc. Un medio fraudulento típico es la llave falsa. Para este autor llave falsa *“es aquella imitada o alterada, pero también puede serlo la llave verdadera que se le haya perdido al dueño, o que le hayan robado, o sea obtenida o conservada indebidamente”*. Además la agravante se verifica cuando el ladrón se sirve de una llave propia para abrir, sin otro artificio especial, una cerradura ajena. También son instrumentos fraudulentos las ganzúas, y en general aquellos que ingeniosamente

³⁵¹

empleados, logran el fin de abrir una cerradura, v.gr. una cortapluma .

Anteriormente nos referimos al carácter funcional de la llave, cuando explicamos los conceptos de llave falsa y de llave verdadera, Carrara nos reafirma esta idea cuando expresa que cualquier instrumento, de cualquier materia que sea, se convierte en llave cuando se le destina abrir una cerradura o ha servido ya para

³⁵²

abrirla . Rodríguez Devesa, al igual que Carrara, expresa que el concepto legal de llave falsa es eminentemente funcional porque no requiere que el elemento empleado tenga siquiera forma de llave y porque es independiente que haya pertenecido o incluso continúe perteneciendo al propietario. Basta que sirva para la apertura de

³⁵³

un cierre mecánico y que quien la utiliza no esté autorizado por el propietario . Coincidimos en el carácter de funcionalidad atribuido por estos autores al concepto de llave, ya sea verdadera o falsa, y creemos que esta hipótesis, no constituye un caso real de fuerza en las cosas, al igual que ocurre con los casos del escalamiento y de la seducción de doméstico y de simulación de autoridad.

Finalmente podemos hacer presente que la circunstancia en comento es muy similar a la contenida en el artículo 239 del Código Penal Español de 1995 -“uso de llaves falsas”- con la diferencia de que en este cuerpo de leyes se establecen de manera taxativa todos los casos de llave falsa, ahorrando problemas de interpretación:

“Se considerarán llaves falsas:

1º. Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2º. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3º. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

³⁵¹ Giuseppe Maggiore, “Derecho Penal, Parte Especial” Vol. 5, 1956, pág.51.

³⁵² Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, pág.213 y sgtes.

³⁵³ José María Rodríguez Devesa, “Derecho Penal Español. Parte Especial”, pág.454-455.

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”.

Seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

El número 3° del artículo 440 sanciona el robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias cuando el autor lo ha perpetrado *“introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad”.*

A continuación examinaremos por separado las modalidades establecidas en este numeral.

a) Seducción de algún doméstico.

El significado que da el Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española para el término seducir es *“engañar con arte y maña, persuadir suavemente el mal, cautivar”.* El significado legal, que nuestro Código Penal quiere de algún modo entregar es, como señala Etcheberry, *“conquistar la voluntad de un doméstico para lograr acceso al lugar del robo”*³⁵⁴.

Garrido Montt al referirse a esta figura, lo hace caracterizándola como una forma astuta de introducción, calificada por nuestro Código Penal como fuerza³⁵⁵.

El término *“seducción”* no debe tomarse en un sentido amoroso o sexual, tal asimilación significaría una restricción extrema a la aplicación de la figura, quedando con ello fuera muchas conductas que merecerían una pena igual. Además no hay antecedentes históricos ni opiniones doctrinales, que permitan estimar que deba darse un alcance restrictivo al concepto de seducción contenido en el numeral en comento. Garrido Montt, al igual que Etcheberry, se inclina por una acepción amplia del concepto *“seducción”*, entendiendo que seducir es *“persuadir o negar con astucia, y no con el sentido que a veces en otras disposiciones la ley ha usado, como sucede con el artículo 233 N° 3 del Código Penal, que refiriéndose a la Prevaricación, considera autor de ese delito al que seduzca o solicite a una mujer”*³⁵⁶.

El Código limita la modalidad de la acción a los *“domésticos”*, y debe entenderse por tales *“aquellos que pertenecen a la casa habitación a la cual se pretende entrar y no a otros, y sólo a los que prestan servicios de esa clase, como los mayordomos, los jardineros, cocineros y todo el que desarrolle funciones análogas”*³⁵⁷.

En conclusión, la seducción corresponde a la acción, envolvente y engañosa, desplegada por el delincuente, que le permite ganar la voluntad del sirviente para así poder ingresar al lugar del robo, con el fin de apropiarse de algo que se encuentra en el interior. Debe tenerse claro que el consentimiento del doméstico, debe estar dirigido a permitir el ingreso del extraño ala casa, pero no consentimiento para

³⁵⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.249.

³⁵⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.230.

³⁵⁶ Mario Garrido Montt, ídem.

³⁵⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.230.

permitir el robo mismo, si esto ocurriese, el doméstico debe ser considerado como copartícipe del delito. En este sentido se pronuncia Etcheberry³⁵⁸.

b) Uso de nombre supuesto.

Esta hipótesis consiste, no en el hecho de usar un nombre distinto al que se tenga o usar el nombre de otra persona, sino el uso de un nombre que de algún modo induzca a la víctima a permitir el ingreso del delincuente al lugar del robo. Garrido Montt señala en este caso el invocar la calidad de inspector sanitario o de la empresa que suministra la electricidad o de un pariente³⁵⁹.

Etcheberry, concordando con lo señalado por Garrido Montt, expresa que *“no es preciso que se hayan dado apelativos determinados, basta con una atribución de identidad falsa, que será la forma más corriente de comisión de esta hipótesis. v. gr.”Soy el médico”*³⁶⁰.

Podemos inferir de lo señalado por parte de la doctrina nacional, que debe tratarse de un nombre cuyo uso esté en relación causa a efecto con la conducta permisiva de la víctima. El nombre debe tener la propiedad de inducir a la víctima, no debe ofrecer duda ni desconfianza.

c) Simulación de autoridad.

Es importante partir señalando que la simulación debe recaer en la calidad de autoridad pública. Para Etcheberry esta conducta lleva consigo el *“simular una autoridad a la que pertenezca legalmente el derecho de entrar en la casa, o por lo menos otorgue un título plausible para solicitar tal admisión por parte de los moradores”*³⁶¹. La conducta no puede consistir en una mera aseveración, en un mero fingimiento, sino que debe estar revestida de una causal de credibilidad mayor, es decir, debe estar reforzada por apariencias externas, como por ejemplo: uso de documentación falsa, de distintivos o insignias falsas, de traje falso, etc.

Garrido Montt, al referirse a esta modalidad de la acción, comenta que *“el sujeto activo debe aparentar ser una autoridad, de aquellas que tienen poder para entrar e casa o morada, tal como un receptor judicial o un agente policial con orden competente”*³⁶².

Consideramos que de acuerdo a lo señalado por la doctrina, esta modalidad de comisión del delito de robo con fuerza en las cosas, no constituye realmente una circunstancia que implique o conlleve fuerza, como medio comisivo, sino *“el engaño o astucia”*. Labatut expresa en este sentido que *“la acción del ladrón en este caso no esta dirigida, como en los anteriores, a vencer materialmente los obstáculos que se le ponen, sino al logro de sus propósitos mediante la astucia y el engaño”*³⁶³.

³⁵⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.252.

³⁵⁹ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.230.

³⁶⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.252.

³⁶¹ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.253.

³⁶² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.222.

³⁶³ Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.208.

Esta circunstancia viene a ser para Labatut, una de las agravantes del artículo 12 N°5, es decir, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.

Pacheco en su comentario de Código Penal Español manifiesta que en el caso de cometerse el delito con “simulación de autoridad”, no se está empleando en realidad fuerza, sino mas bien intimidación en las personas³⁶⁴.

Jurisprudencia más relevante.

El robo con fuerza en las cosas en lugar habitado constituye una figura pluriofensiva.

Corte Suprema, Gaceta Jurídica N°231, página 95, Rol N° 2.607-99.

Doctrina.

"El delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado es pluriofensivo. Involucra tanto al patrimonio como a la vida e integridad de las personas".

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

"Es pertinente recordar que el delito de robo con fuerza en las cosas en lugares habitados, destinados a la habitación o en sus dependencias es un delito, tal como lo han señalado diversos autores, pluriofensivo. En efecto, es indudable que el patrimonio es uno de los bienes jurídicos involucrados en esta clase de delito. No obstante, la vida de las personas y su salud individual también se encuentran protegidos por este tipo penal. El razonamiento es bastante sencillo: es dable esperar un riesgo innegable para la vida o la salud individual de las personas cuando terceros ingresan a esta clase de lugares, en los que es perfectamente posible que se produzca un encuentro e interacción con dueños de casa u otros moradores que son víctimas del delito, situación de consecuencias impredecibles. En consecuencia, el riesgo para esos bienes jurídicos adicionales al patrimonio, explica la mayor penalidad para el robo con fuerza en las cosas en estos lugares en relación, por ejemplo, a los cometidos en un lugar no habitado; de la misma forma, permite entender por qué el valor de lo sustraído no es el criterio esencial para la determinación de la pena, como ocurre en el hurto, donde el patrimonio es efectivamente el único bien jurídico protegido; y, finalmente, revela la armonía legal cuando se sanciona tan severamente el robo con violencia en las personas, especialmente cuando se traduce en homicidios o lesiones, ya que, en tales casos, la vida y la salud individual no sólo se han visto en peligro producto de la conducta delictiva, sino que derechamente han sido lesionadas o buscado su lesión en casos de tentativa o frustración".

"En consecuencia, el escaso valor del bien robado, correspondiente a 20 kilos de harina, es un criterio adjetivo y accidental a la hora de determinar la PENA JUSTA en este caso, debiendo tenerse presente también, y como se ha señalado, el riesgo para la vida y la salud individual de las personas que pudieran haberse encontrado con los intrusos".

³⁶⁴ Joaquín Pacheco, "Código Penal Concordado y Comentado", libro II, V.3, 1888, pág.340.

Definición del elemento “fuerza” para el delito de robo con fuerza en las cosas.

Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXVIII, No. 3, 1991, sección IV, página 193.

Doctrina.

El elemento fuerza que da fisonomía propia al delito de robo con fuerza en las cosas, es aquella que se ejerce no sobre la cosa misma para obtener su aprehensión material, sino la empleada sobre las defensas o resguardos que protegen el bien, dependiendo de ello por ende, la tipicidad de este ilícito y también la pena, del lugar, en que el robo se ha verificado y, es así, entonces, como se distinguen tres formas: a. - un robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias; b. - otro de especies que se encuentren en lugar no habitado; y c. - una tercera figura, referida a los robos de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación. Los delitos de robo con fuerza en las cosas de especies singularizados en los acápite a y b precedentemente enunciados, se encuentran previstos y sancionados en los artículos 440, 442 del Código Penal, y es requisito esencial y común a ellos la circunstancia de que las cosas que sean objeto de apropiación se encuentren en un lugar de los indicados, entendiéndose los autores y la jurisprudencia como tal, a un recinto cerrado o por lo menos perfectamente delimitado, protegido o resguardado en forma tal que dichos medios de defensa impidan el libre acceso a la cosa, los que, precisamente deben ser vencidos para que se consume la apropiación. En cambio en los referidos bajo el acápite letra c del motivo anteprecedente, no es requisito esencial que las cosas se encuentren en un lugar sino en un sitio, habiéndose entendido que éste es un emplazamiento libre, no cerrado con las características del lugar, así se desprende además de lo preceptuado en el artículo 443 del Código Penal al hablar de sitio no destinado a la habitación, supuesto que siendo habitado, o destinado a la habitación o una dependencia de éstos, debe necesariamente estar cerrado o protegido por resguardos que impidan el acceso indiscriminado a las cosas ubicadas dentro de ellos y, atento, además, a que también se prevé el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público. La forma antijurídica configurada en el inciso primero del artículo 443 del Código punitivo fue agregado por el artículo 50 de la Ley 11.625, sobre Estados Antisociales y se diferencia de las otras, las previstas en los artículos 440, 442 del señalado Código, en que por lo general la fuerza no se emplea sobre los resguardos sino sobre la cosa misma, en atención al lugar en que ellas se encuentran, siendo la finalidad específica de la redacción del precepto que se analiza, sancionar como robo con fuerza en las cosas, la sustracción de automóviles, de algunas de sus piezas o de objetos dejados en ellos si para su apropiación se emplea alguno de los medios que dicho inciso primero establece, situaciones jurídicas que antes de la dictación de la norma en comento, se castigaban como delitos de hurto.

Los delitos de robo con fuerza en las cosas que se han dado por configurados son constitutivos de delito de robo con fuerza en la cosa que se encuentran en sitios no destinados a la habitación, supuesto que un tercero violentando las puertas del lado izquierdo de vehículos estacionados en el patio de las casas de los respectivos ofendidos y fracturando, además, vidrios, cortando cables o protecciones de madera, de que se ha dejado constancia en las respectivas actas de inspección personal del tribunal, elementos de convicción que se han reproducido, se apropió de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro”.

Uso de llave verdadera no configura robo con fuerza en lugar habitado.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°192, página 119, Rol N° 21.333-96.

Doctrina.

El uso de llaves obtenidas en virtud de un contrato de arrendamiento y no devueltas para ingresar a un departamento y sustraer de él diversas especies, no configura robo con fuerza en lugar habitado, sino hurto, por cuanto tal uso no se encuentra contemplado en el N° 2 del artículo 440 del Código Penal, que sólo consulta las hipótesis de llaves falsas o verdaderas sustraídas a su legítimo tenedor.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que los elementos de juicio indicados en el fundamento segundo del fallo que se revisa, constituyen presunciones judiciales que, apreciadas en conciencia permiten tener por establecido en el proceso, que en esta ciudad, entre el 1° y 2 de julio de 1994, terceros, valiéndose de una llave de acceso del departamento de Gonzalo Rodrigo Reyes León, obtenida en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado por uno de ellos y que no fue devuelta al término del mismo, ingresaron al departamento del mencionado Reyes León cuando se encontraba momentáneamente sin moradores, sustrayendo desde el interior diversas especies que posteriormente fueron recuperadas de poder de los mismos hechores, al igual que la llave empleada para ingresar al señalado departamento.

2°.- Que el hecho descrito en el fundamento que antecede es constitutivo del delito de hurto de especies de propiedad de Gonzalo Reyes León, por cuanto se efectuó sin usar violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas; y que, dado el número y valor de las especies sustraídas, enumeradas en el parte de fojas 1 y en la declaración del denunciante de fojas 3, se estima que el valor de las mismas excede de cuarenta sueldos vitales y, por lo tanto, se encuentra sancionado en el N° 1 del artículo 446 del Código Penal.

3°.- Que de esta forma se acepta la solicitud formulada por la defensa de los procesados al contestar la acusación a fojas 91 y 116, recalificándose, en consecuencia, el delito de robo con fuerza en lugar habitado por el de hurto, por cuanto el uso de las llaves para el ingreso del departamento no se encuentra contemplado en el caso indicado en el N° 2 del artículo 440 del Código Penal, ya que no se trata de llaves falsas ni tampoco de llaves verdaderas que hallan sido sustraídas a su legítimo tenedor.

Concepto de “Dependencia”.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°219, página 165, Rol N° 1.486-98. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°136, página 105, Rol N° 2.322-90.

Doctrina.

Respecto del concepto jurídico-penal de "dependencia", a que alude el artículo 440 del Código Penal, la jurisprudencia ha afirmado que dicha expresión se refiere a lugares o recintos en los que se desarrollan actividades secundarias o subordinadas a las propias domésticas del albergue o morada principal, concepto al cual es evidentemente ajeno un local en el cual se guardan o expenden cosas directamente vinculadas, por su naturaleza, a un comercio de abarrotes, independiente de que entre el almacén y la casa habitación hubiere alguna comunicación material.

Consideraciones mas relevantes de la sentencia.

“Que, no cabe duda que el sitio en el cual se perpetró la sustracción -un almacén, según se establece en la sentencia que se revisa-, era un lugar no habitado, toda vez que de hecho y al momento de cometerse la apropiación no estaba sirviendo de morada o albergue a ninguna persona”.

“Que, es intrascendente el hecho que el almacén mencionado tuviera alguna comunicación material con la casa-habitación de la ofendida, ya que el concepto jurídico-penal "dependencia" a que alude el artículo 440 del Código Penal, se refiere a lugares o recintos en los que se desarrollan actividades secundarias o subordinadas a las propias domésticas del albergue o morada principal, concepto al cual es evidentemente ajeno un local en el cual se guardan y/o expenden cosas como las indicadas en el motivo 2º que antecede, directamente vinculadas, por su naturaleza y ubicación -en un almacén- con un comercio o negocio de abarrotes”.

Vehículo estacionado en antejardín de una csa constituye “dependencia”.

Robo con fuerza en lugar habitado. Gaceta Jurídica año 2004, Agosto, N°290, pág.228 y ss. Causa Rol N°3.035-04 (La Serena), de fecha 4 de junio de 2004. Sentencia dictada por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de La Serena.

Doctrina:

El robo cometido al interior del vehículo que se hallaba estacionado en el antejardín de una casa ha de considerarse perpetrado precisamente en las dependencias de la casa habitación, como pudo haberse encontrado cualquier otro bien mueble susceptible de apropiación.

Antecedentes del fallo.

Dos sujetos ingresaron a un inmueble habitado por sus moradores, saltando un muro de dos metros de altura aproximadamente, para luego, en el patio del mismo inmueble, romper el vidrio lateral trasero de un automóvil que se encontraba en el mismo lugar, ingresando al vehículo, apropiándose de tres muñecos de peluche que se encontraban en el interior del referido vehículo, siendo sorprendidos por funcionarios de Carabineros.

En dicha oportunidad, el Ministerio Público consideró que tal hecho tipificaba el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado.

Ante ello, la defensa señaló lo siguiente: Que los hechos configurarían el delito de robo con fuerza en lugar no habitado, cuya diferencia con el robo en lugar habitado, radica principalmente en la disminución de la posibilidad de encuentro de quien comete el delito y otras personas que se hallaren en el inmueble, reduciéndose el peligro que para dichas personas representaría la entrada o acceso a un lugar cerrado de los autores del delito, agregando que no existió un peligro en concreto para la familia que se hallaba en el lugar, y señalando que el mismo Ministerio Público expuso que ninguna de las puertas o accesos o ventanas del inmueble se encontraban con signos de fractura o fuerza que denotaren la intención de acceder a dicho inmueble y de poner en riesgo el bien jurídico de la vida de las personas. Agregó la defensa que el delito se cometió en el sitio del inmueble, en un estacionamiento, donde se hallaba un vehículo de propiedad de una tercera persona, en el cual no moraban personas,

por lo cual se habría dado plenamente la característica que describe el delito de robo en lugar no habitado, entendiéndose por tal, aquel lugar donde no moran personas, donde no duermen ni realizan sus actividades domésticas. Además refirió que, de acuerdo a la doctrina, el término dependencia, (para lo cual citó a don Mario Garrido Montt), “son recintos subordinados al lugar habitado, tales como patios, jardines y demás sitios contiguos a la construcción principal, y en comunicación interior con ella, y con la cual forman un solo todo”, asimismo expuso la defensa que, de acuerdo con lo señalado por la doctrina citada, el vehículo independientemente no forma un solo todo con la vivienda donde se encontraba estacionado, agregando además que podría entenderse que el estacionamiento sí, por ser un terreno físico que está colindante con la vivienda construida allí, pero no el móvil por sí mismo.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Que “no existiendo una definición legal del concepto “dependencias” a que se refiere el artículo 440 del Código Penal, aplicable en la especie al haber sido sorprendidos los acusados al interior del patio del inmueble de calle (...), y haberse perpetrado la sustracción desde el interior de un vehículo allí estacionado, hay que estar a su significado natural y obvio, es así que el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española, vigésima segunda edición, año 2001, Pág.748, en su acepción séptima señala que se entiende por tal “cada habitación o espacio dedicados a los servicios de una casa.” Por ende, debe tratarse de un lugar que esté unido, contiguo y directamente comunicado con el lugar habitado, y que se encuentre dentro de una misma esfera de resguardo que sólo pueda burlarse por alguno de los medios que la ley señala en el artículo 440 del Código Punitivo. Consta de las fotografías N °s 1 y 2 incorporadas al juicio, que en la especie el inmueble es una casa esquina que carece de antejardín, que es pareada hacia un lado, y hacia el otro se encuentra el patio donde se hallaba estacionado el vehículo, formando la casa con el patio un solo todo, ubicados ambos dentro del perímetro enrejado y de panderetas de la casa habitación, y que existe una comunicación directa entre el patio y la casa, pues hacia el patio se sitúa una ventana y la puerta de la cocina, frente a la cual, según refirió el funcionario de carabineros (...) se hallaba estacionado el vehículo de cuyo interior se sustrajeron especies, misma que los Carabineros golpearon y que el dueño de casa abrió momentos después, ubicada a un metro de donde estaba estacionado el móvil referido, según los dichos del Carabinero (...), siendo evidente a juicio de estos sentenciadores, en tales circunstancias que existía un peligro concreto para la seguridad de las personas que se hallaban al interior de la casa durmiendo, que es precisamente el argumento del legislador para la agravación de la pena en estos casos”.

“Que la posición sustentada por la defensa en cuanto intenta separar el móvil de la casa habitación, no reviste mayor análisis en cuanto el vehículo se hallaba precisamente en las dependencias de la casa habitación, como pudiese haberse encontrado cualquier otro bien mueble susceptible de apropiación”.

Robo de objetos desde un automóvil estacionado dentro de una casa constituye robo con fuerza en lugar no habitado.

Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol N°27.905-01, de fecha 4 de julio de 2003. Gaceta Jurídica año 2003, julio, N°277.

Doctrina.

La sustracción de una radio desde un automóvil situado en el patio de una casa, habiendo mediado escalamiento, debe ser calificada como delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar no habitado, en la medida que no se efectuó en el inmueble mismo destinado a servir de morada

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que los hechos establecidos en el razonamiento segundo, deben ser calificados como constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar no habitado, en la medida que el mismo no tuvo lugar en el inmueble o edificio mismo destinado a servir de morada, que es lo que justifica la mayor gravedad de la pena por el peligro que representa la violación de las defensas privadas en lugares reservados a la vida doméstica y esfera íntima de las personas, sino en un automóvil situado en el patio de una casa, que ciertamente es un lugar contiguo, pero que puede tener una relativa independencia y que en todo caso al estar cercado ya que en sí mismo contiene una agravación de la sanción –como robo- si se produce alguna de las hipótesis de fuerza que señala la ley. En este caso, concurren todos los elementos de la figura contemplada en el artículo 442 del Código Penal, pues ha existido sustracción de una cosa mueble ajena (la radio de un automóvil) efectuada con ánimo de lucro (ánimo de una ventaja económica), habiendo mediado escalamiento, esto es, la entrada al recinto por vía no destinada al efecto. El iter criminis lleva a considerar el delito en grado de frustración, toda vez que el agente no logró sacar de la esfera de custodia del dueño la cosa sustraída”.

Casa de veraneo constituye “lugar destinado a la habitación”.

Corte Suprema, Causa Rol N°1.460-2001. Gaceta Jurídica año 2001, Junio, N°252, pág.131 y ss.

Doctrina.

Contra lo argumentado por una parte ciertamente autorizada de la doctrina, ha de concluirse que las casas de veraneo han de considerarse “destinados a la habitación” en los términos del artículo 440 del Código Penal, pues en ellos concurren las circunstancias que explican la elevada penalidad establecida para el robo con fuerza en las cosas en los sitios de esa clase.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que, para estos efectos parece razonable aceptar como punto de partida el del profesor Etcheberry, con arreglo al cual tanto el lugar no habitado como el destinado a la habitación son de aquellos que, por su naturaleza, pueden servir de habitación, pero, mientras en el primero nadie tiene actualmente su “hogar doméstico”, el segundo, en cambio, sí tiene moradores, aunque éstos no se encuentren en él. Sólo así, en efecto, puede distinguirse el lugar no habitado del “no destinado a la habitación” a que se refiere el artículo 443 del Código Penal, que sería aquél que ya por su misma naturaleza no tiene por objeto servir de hogar doméstico a las personas”.

“Que, así las cosas, puede sostenerse que la punibilidad superior atribuida al robo en “lugar destinado a la habitación” se debe a que este delito es, en verdad, un atentado pluriobjetivo, pues por una parte ataca la propiedad, y por otra, genera un

riesgo para la seguridad de los moradores, los cuales en cualquier momento podrían regresar, encontrarse con el o los autores y verse, consiguientemente, expuestos a una agresión a su vida o a su integridad corporal. Ciertamente tal riesgo no se encuentra del todo excluido en los lugares “no habitados”, pero, obviamente, es más remoto”.

“Que de lo expuesto en el considerando anterior se deduce que la distinción entre el lugar destinado a la habitación y el no habitado tiene que efectuarse sobre una base valorativa, pues requiere evaluar hasta qué punto cabe temer, en las distintas clases de sitios, las posibilidades de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida o integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquél”.

“Que si bien es cierto que las casas de veraneo suelen permanecer vacías por periodos de tiempo relativamente prolongados, la posibilidad a que nos hemos referido antes, es más bien alta y se ha vuelto progresivamente mayor por el desarrollo del tiempo y de las costumbres. En efecto, el desarrollo de las vías y de los medios de comunicación ha permitido que los lugares de veraneo ya no sean sólo ocupados en temporadas determinadas sino en diversas épocas y no sólo por sus propietarios sino además por personas vinculadas a ellos que llegan a hospedarse en diferentes momentos del año y con frecuencia cada vez mayor. Por estas mismas razones, suele suceder que a muchas de ellas lleguen también, con cierta periodicidad, personal de servicio, tales como jardineros, encargados de aseo y ventilación, etc., cuya misión es mantener las casas constantemente en condiciones de recibir a sus dueños, sus familiares o amigos. Finalmente, tampoco es raro que esas habitaciones se encuentren encargadas a servicios de vigilancia cuyos integrantes las inspeccionan constantemente y acuden a cerciorarse de lo que en ellas ocurre tan pronto advierten indicios anómalos”.

“Que por lo razonado en el acápite anterior, esta Corte estima que, contra lo argumentado por una parte ciertamente autorizada de la doctrina, ha de concluirse que los lugares en examen han de considerarse “destinados a la habitación” en los términos del artículo 440 del Código Penal, pues en ellos concurren las circunstancias que explican la elevada penalidad establecida para el robo con fuerza en las cosas en los sitios de esa clase”.

Voto disidente: Robo cometido en casa de veraneo debe encuadrarse dentro de la hipótesis de robo en “lugar no habitado”.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa Rol N°210-2000, sentencia de 29 de marzo de 2000. Gaceta Jurídica año 2000, marzo, N°237, pág.139 ss.

En el citado fallo el Tribunal de alzada estuvo por aprobar la sentencia de 1º instancia, en orden a condenar a los encausados como autores del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación contemplado por el artículo 440 del Código Penal, no obstante lo cual hubo un voto disidente esgrimido por el abogado integrante, don Carlos Kunsemuller Loebenfelder, quien estuvo por modificar la calificación jurídico penal otorgada a las sustracciones de especies investigadas en los autos, en el sentido de que serían delitos de robo con fuerza en las cosas cometidos en lugares no habitados y no ilícitos del artículo 440 del Código Punitivo.

Consideraciones más relevantes del voto disidente.

“Que, son hechos suficientemente establecidos en autos que los inmuebles de propiedad de las dos personas más arriba individualizadas, se hallaban destinados por ellas a “veraneo”, según sus dichos y estaban cerrados y desocupados totalmente al perpetrarse el delito, a comienzos del mes de diciembre del año citado en la sentencia consultada. Constan asimismo en los antecedentes que ambos ofendidos se encontraban viviendo en sus moradas permanentes, situadas en la ciudad de Santiago y fueron Carabineros quienes les comunicaron la perpetración del robo”.

“Que, no se acreditó en modo alguno que otra u otras personas tuvieran su morada en esas casas al cometerse los delitos, que ocurrieron, como ya se dijo, fuera de la temporada en que normalmente se ocupan esos recintos con fines habitacionales por sus propietarios”.

“Que, se ha pretendido atribuir al concepto “destinado a la habitación” el sentido de inmueble determinado y ordenado por el dueño o constructor a servirle de morada en cualquier momento, siendo tal destinación subjetiva lo esencial para caracterizar un lugar como asignado a esa finalidad, unido ello al carácter “habitable” del recinto. Conforme a esta interpretación, sería lugar destinado a la habitación una casa destinada al “veraneo” de su dueño, que es robada en la época en que materialmente no está sirviendo a ese objeto, atendido el propósito del titular, aun cuando no tenga constituida una morada efectiva, un asiento doméstico real”.

“Que, esta Corte ha puntualizado que el destino habitacional de una propiedad es una cuestión de hecho que debe apreciarse de acuerdo a las circunstancias fácticas existentes al producirse el robo y no atendiendo a la naturaleza del bien de que se trata. La razón de ser de la figura que sanciona de modo especialmente severo el robo cometido en lugar destinado a la habitación sólo puede encontrarse en el riesgo cierto o potencial para la seguridad personal de los habitantes o moradores del sitio en que se comete el delito. En consecuencia, si el inmueble sólo era habitado en verano y se encontraba visiblemente cerrado y desocupado a la época de comisión del robo, no puede decirse de perpetración del delito contemplado en el artículo 440 del Código Penal, debiendo sancionarse al encausado sólo en cuanto autor de la figura delictiva del artículo 442 del mismo cuerpo legal”.

“Que, es también opinión de un importante sector de nuestra dogmática penal, que la ratio legis del tratamiento desproporcionadamente severo asignado por la ley a través del artículo 440 del Código Penal –recientemente aumentado por la ley 19.449- ha de ser el riesgo cierto y próximo, en conexión temporal estrecha con la invasión del recinto, que la conducta implica para los habitantes o moradores del sitio donde el delito se lleva a cabo. (Alfredo Etcheberry, Revista de Ciencias Penales, T.XXII, mayo-agosto 1963, pág.233 y siguientes; Eduardo Novoa Aldunate, Revista de Ciencias Penales, T.XXXIV, N°1, enero-junio 1975, pág.85 y ss.)”.

“Que, resulta difícil pensar que el legislador, al elaborar el tipo penal aludido haya tenido en cuenta hipótesis de robo cuyas características o condiciones materiales no son idóneas para generar el riesgo mencionado, como acontece, por ejemplo, cuando no existe en el hecho una morada u hogar doméstico, por desafectación respecto de ella, de sus habitantes o moradores, en el lugar y momento del delito. El ilícito que nos interesa debe considerarse restringido a supuestos en los cuales hay efectivamente, sin duda alguna, constituida en el hecho una morada en el sitio del delito al momento de su comisión, una sede real y actual de hogar doméstico de una o más personas, aún cuando puedan hallarse transitoriamente ausentes”.

“Que, el centro de problema no puede radicarse en la presencia física o ausencia de sus habitantes ni en la destinación espiritual dada a un lugar, sino que “destinado a la habitación” es un concepto que indica el objeto a que en la práctica, en el hecho, se dedica el lugar (o sea morada de sus ocupantes), apreciado en los instantes en que la agresión a la propiedad se verifica y sin consideración a los propósitos o intenciones mediatas del dueño o del constructor o a la naturaleza del bien de que se trata”.

“Que, resulta absolutamente insuficiente para la materialización del tipo penal en comento el lazo espiritual, afectivo, entre dueño y morada, la destinación subjetiva personal, el objeto que íntimamente le atribuye, ya que esto implicaría que el bien jurídico protegido mediante una severísima pena sería un mero sentimiento, un fenómeno de la vida afectiva, sin ningún referente de materialidad, de correlación entre el fin elegido y un hecho, una circunstancia fáctica coherente con lo íntimo. Nada podría justificar una pena privativa de libertad equivalente a la mínima del homicidio simple para amparar un pensamiento o un afecto que liga a alguien con una cosa inmueble. Una persona puede mandar construir una casa en un balneario para habitarla en cualquier momento que lo desee –destinación subjetiva- pero encontrarse en el momento del delito en viaje con toda su familia en un país extranjero, sin que nadie haya quedado a cargo del inmueble, visiblemente cerrado y carente de moradores. ¿Diremos que es “destinado a la habitación” al ocurrir el hecho típico, porque con ese fin fue construido, aun cuando el desasimiento del titular es evidente, como también la ausencia de peligro?”.

“Que, se ha entendido que la destinación al objetivo de habitación implica una afectación real y actual de los propietarios o tenedores del hogar o morada, ser ésta centro o sede de actividades domésticas cuando se comete la apropiación, lo que no ocurre si el recinto se halla desafectado de esa finalidad –en el hecho- por falta de moradores”.

“Que, en este caso, los inmuebles mencionados al comienzo de este voto no estaba sirviendo objetivamente en el lugar y tiempo del delito a morada o albergue de una o más personas, sus propietarios estaban instalados –morando- en sus habitaciones permanentes y habituales, desafectados de las casas del balneario, de manera que la invasión a estos domicilios no pudo poner en peligro actual o próximo su seguridad o integridad”.

“Que, en tal virtud, la hipótesis típica a la que se adecuan los hechos de que se viene hablando en la del artículo 442 del Código Punitivo, siendo la pena aquí contemplada la aplicable a los encausados”.

Robo en casa de veraneo debe pensarse como robo con fuerza en las cosas cometido en “lugar no habitado”.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Causa Rol N°78-99, de fecha 18 de marzo de 2004. Gaceta Jurídica año 2004, Marzo, N°285. pág. 269 ss.

Doctrina.

El destino habitacional de una propiedad es una cuestión de hecho que debe apreciarse al momento en que el robo se lleva a cabo y no atendiendo únicamente a la naturaleza del bien de que se trata.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que, apreciando en conciencia los antecedentes de autos, el tribunal califica como delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar no habitado la apropiación de especies (...), teniendo en consideración para ello, que el inmueble al que ingresó mediante fuerza el acusado no estaba sirviendo al momento de la perpetración del hecho al fin o destino de albergue o morada de alguna persona. Se trata de una casa de veraneo, como la califica el propio dueño, y está, por ende, destinada a ser habitada ordinariamente en la época estival, habiendo ocurrido el hecho ilícito en cuestión en el mes de mayo. Además, el propio perjudicado expresa que se hallaba en su morada permanente, ubicada en esta capital y viajó expresamente hasta la ciudad de El Tabo, después de enterarse del delito. Por lo que la casa se encontraba desahogada de moradores al momento de cometerse el ilícito de robo, sin que pueda afirmarse la existencia de un peligro real y cierto para la vida o integridad física de algún habitante del inmueble. El destino habitacional de una propiedad es una cuestión de hecho que, debe apreciarse al momento en que el robo se lleva a cabo y no atendiendo únicamente a la naturaleza del bien de que se trata. El carácter “habitado” de una propiedad, que es meramente abstracto, no resulta suficiente para agravar la figura de robo y hacer aplicable la severísima pena del artículo 440 del Código Punitivo”.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Frente a esta figura, no queda más que hacerse cargo de una cuestión que se torna evidente y se hace notar fuertemente por la gran mayoría de la doctrina tanto nacional como extranjera. Nos referimos a la objeción de continuar manteniendo al robo con fuerza en las cosas como un tipo autónomo distinto del hurto. Incluso en España, que junto con Chile son uno de los pocos países que mantienen esta sistematización del robo, se alzan fuertes críticas al respecto, señalándose claramente que el único robo propiamente dicho es aquel que se comete con violencia o intimidación en las personas³⁶⁵.

El robo con fuerza en las cosas es una figura que no altera las exigencias típicas de hurto, solo las cumple en determinadas circunstancias especiales; ello porque particulariza elementos contenidos en el injusto del hurto, sin proporcionar elementos nuevos.

El principal criterio que se ha tenido en cuenta para tipificar el robo con fuerza en las cosas es el lugar de comisión del delito. Se distinguen:

Los lugares habitados o destinados a la habitación (Artículo 440);

Los lugares no habitados (Artículo 442);

Los bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación (Artículo 443)³⁶⁶.

³⁶⁵ Antonio Quintano Ripolles, Tratado de la parte especial del Derecho Penal, 2ª ed. 1979. En igual sentido, Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 11ª edición, Valencia 1996, pág.328.

³⁶⁶ Señala el artículo 443 inciso 1º; “Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si utiliza medios de tracción”.

La importancia radica en la incidencia en la aplicación de las penas, además de las alteraciones a las reglas del iter-criminis, debido a que por expresa disposición del artículo 450 inciso 1º del Código Penal, este delito se sancionará como consumado desde que se encuentre en grado de tentativa.

De los argumentos tradicionales que se han mencionado para justificar la figura se encuentra la destrucción de la defensa privada, circunstancia propia de todo uso de fuerza, por lo que no es exclusivo de esta figura, no justificándose por sí para sostener una calificación autónoma de robo. También se ha buscado justificación en la violación de domicilio, pero nos basta con ver la pena para el caso de violación de morada cometida incluso, con violencia o intimidación en las personas – reclusión menor hasta en su grado medio, con la aplicación de una multa con tope de 15 unidades tributarias mensuales- para darnos cuenta que esta conducta no es de una relevancia considerable en nuestro Código Penal.

Parte de nuestra jurisprudencia ha considerado el peligro para las personas como el fundamento en el robo con fuerza en las cosas, tratándolo como un robo propiamente tal. Nos encontraríamos entonces frente a un tipo pluriofensivo, así *“el destino habitacional de una propiedad es una cuestión de hecho que debe apreciarse al momento en que se efectúa el robo y no atendiendo a la naturaleza del bien que se trata. La razón de ser de la figura que sanciona de un modo más severo al robo cometido en un lugar habitado o destinado a la habitación solo puede encontrarse en el riesgo cierto o potencial para la seguridad personal de los habitantes o moradores del sitio donde el delito se comete”*³⁶⁷. Con esta doctrina es posible realizar una interpretación restrictiva, dejando fuera del robo con fuerza en las cosas los casos que no trasciendan lo meramente patrimonial. Sin embargo, esta postura nos genera ciertas dificultades en su aplicación, en cuanto a que, mientras la ley expresamente trata de igual manera los lugares destinados a la habitación y los lugares habitados, la doctrina contenida en el fallo requiere de un peligro concreto como base para su aplicación. De tal manera que esta base, en último, término se traducirá en una determinación meramente casuística, donde el juego de lo “posible y lo probable” pasará a tener un rol de una relevancia poco conveniente, mirado desde el prisma de la certeza jurídica.

Por nuestra parte, hemos llegado al convencimiento que el robo con fuerza en las cosas no nos entrega más que una agravación en el injusto contra la propiedad, en cuanto a que la cosa objeto de la apropiación está dentro de una esfera de custodia más robusta, lo que requiere de una ruptura de ésta más intensa en pro de conseguir la apropiación. En consecuencia, nos hemos visto enfrentados a la necesidad de crear un artículo que recoja las circunstancias que actualmente se consideran robo con fuerza en las cosas, y que trate a dichas circunstancias y a otras nuevas como un hurto agravado, con una pena mayor que la contemplada para el hurto simple, en razón de cometerse el ilícito dentro de alguna de las condiciones taxativamente señaladas en el artículo, que revelan una mayor gravedad y perjuicio. En la creación y redacción de este nuevo artículo, que sancionará el denominado **“Hurto Agravado”** hemos acordado prescindir de consideraciones que atiendan a lugares determinados para la comisión del delito, enfocando parte de las agravaciones de la acción –las referidas a la fuerza en las cosas propiamente tal- en los medios de comisión, que es en definitiva en donde se manifiesta la ruptura de custodia intensificada. La única circunstancia que atienda al lugar de comisión debiera ser la de cometer la apropiación en lugar habitado

³⁶⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXVIII 1991. Contra Enrique Villanueva Acuña, Corte de Apelaciones de San Miguel, 28 de Oct. 1991.

y, en alguna manera, el hurto de una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público (al que nos referiremos en el análisis del artículo 443 inciso 1°).

El tema de la comisión del delito en un lugar habitado fue objeto de una larga discusión dentro de los memoristas, pues hubo voces que proponían la derogación de dicha circunstancia de nuestra legislación. La principal argumentación de esta postura era que la única base para pensar que el hurto que se comete cuando hay personas presentes en el lugar (en la casa habitación) es de una especial gravedad era por el peligro **potencial** de agresión en que se encontraban los ocupantes del inmueble, y que ese peligro potencial no implicaba *per se* una situación que requiriese de sanción mas alta, pues, como se dijo, el peligro potencial puede que llegue a concretarse (caso en el que habría un robo con violencia o intimidación en las personas) o no (caso en que solo habrá hurto). Según esta postura, la mantención de esta circunstancia implica el establecimiento de una figura que está en medio del hurto y el robo con violencia o intimidación, lo que no parece adecuado, a la luz de las críticas que se hacen al robo con fuerza en las cosas, que es precisamente una camino intermedio, entre el hurto y el robo con violencia o intimidación. Por otro lado, seguir contemplando la situación en comento significa sancionar un delito de peligro, y de peligro abstracto, pues no se puede saber qué ocurrirá con el potencial peligro que corren las víctimas, de manera que, por el solo hecho de existir personas en el lugar, el peligro potencial se vuelve concreto (el Derecho Penal adelanta su protección, desde una situación de peligro potencial a una de daño efectivo), lo que no siempre será así, pues, como se ha dicho, el delincuente puede sustraer las cosas sin causar ningún daño a los habitantes de la casa, e incluso sin que ellos se den cuenta de la presencia del delincuente, caso en el que cabe pensar que la conducta del agente corresponde más a un hurto que a un robo.

A pesar de la anterior postura, la opinión mayoritaria, que es la que se expresa en el texto de nuestro artículo 434, es la de mantener como agravante del hurto la circunstancia de cometer el delito en lugar habitado, principalmente porque existe un peligro mayor cuando se encuentran personas presentes en lugar del delito. Las demás circunstancias se han derogado porque en realidad no implicaban una mayor indefensión o riesgo para la víctima, quien no se vería enfrentada al delincuente y muchas veces se enteraría del delito con bastante posterioridad a la comisión del mismo (como cuando roban la casa de la playa y al dueño le avisan días después). Sin embargo, el argumento central fue que era mantener esta condición pues la presencia o no de gente en el interior del lugar es una circunstancia que escapa del conocimiento del delincuente y al momento de decidir si entra o no al lugar para cometer el delito, no va a preocuparse de verificar que la casa esté desocupada, sino que va a entrar de todas maneras. Además, aunque se cerciore que la casa está desocupada, puede que en realidad no lo esté, pues es muy difícil saber efectivamente si hay o no gente en una casa. En base a lo señalado, es preferible establecer una circunstancia más objetiva que la capacidad del delincuente de detectar gente en el interior de la casa (o en otras palabras, si el delincuente tuvo o no suerte al encontrar desocupada la casa), y esa circunstancia más objetiva es la de establecer que si se trata de un lugar habitado, el delito será mas grave.

Con relación a los medios de comisión contenidos en los artículos 440, 442 y 443 pensamos que su redacción es susceptible de un mejoramiento. En primer lugar, creemos que no se justifica la mantención del escalamiento propiamente tal, ya que el entrar por una vía no destinada al efecto, no constituye en sí misma una conducta más reprochable. En consecuencia, debe fijarse el acento en el empleo de fuerza para la ejecución del hecho, en otras palabras, atender si hubo o no un rompimiento de los resguardos de la esfera de custodia de la cosa, siendo secundaria la presencia del escalamiento. De este modo,

da lo mismo si el agente ingresa por una puerta abierta, por una ventana abierta o por la chimenea, puesto que la intensidad del reproche no se justifica por el solo hecho de entrar, sino por el entrar con fuerza.

De lo anteriormente señalado, se desprende que estamos de acuerdo en mantener dentro de nuestra legislación las hipótesis de fractura o efracción, puesto que dichas conductas agregan un plus de gravedad a la sustracción de la cosa; lo mismo que el uso de llaves falsas o verdaderas sustraídas, ganzúas e instrumentos semejantes; sin embargo, esta enumeración de instrumentos puede cambiarse por otra que si bien cubra las situaciones ya consideradas, abarque otras eventuales facilitando la tarea interpretativa del juez. En este sentido, consideramos anticuada e insuficiente (no funcional) la casuística del legislador, que no está acorde con los tiempos actuales, donde existen otro tipo de dispositivos para entrar a algunos lugares, dispositivos que no pueden ser violados con los medios que el artículo 440 señala, quedando dichas conductas fuera de la protección del artículo en análisis. Así, por ejemplo, es necesario contemplar los mecanismos de cerradura que se abren con tarjeta magnética, o que registran la huella digital o la voz, y otros aún más avanzados, sistemas que no pueden violarse con ganzúas ni llaves. Creemos que el camino no es aplicar la analogía para estos nuevos sistemas ni tampoco seguir con la casuística; consideramos que la solución es establecer de manera genérica los medios con los cuales se pueden violar los dispositivos de seguridad tradicionales y también los más modernos.

Por otro lado, estimamos que, con habilidad, prácticamente cualquier objeto podría utilizarse para abrir puertas u otras vías de acceso, sin que ello constituya ganzúa. Para vencer este inconveniente es que hemos optado por mejorar la redacción de la circunstancia de cometer el delito usando llaves falsas, ganzúas, etc, por la de cometer el delito “*utilizando cualquier instrumento para entrar al lugar donde se verifique el hurto, o para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados*”. Respecto a la utilización de la propia llave de la puerta, dicha circunstancia no podría encuadrarse dentro de esta disposición, pues la llave, a pesar de ser un “instrumento” está esencialmente destinada a abrir la puerta sin que ello ocasione daño alguno a la misma. Esta circunstancia marca diferencia respecto a la utilización de cualquier otro instrumento para entrar al lugar de comisión de delito o para abrir objetos cerrados, pues el disvalor está en forzar estos medios de resguardo y vencerlos para lograr la apropiación. Esto no ocurre si se utiliza la llave diseñada para abrir las puertas o los cofres; pero no constituiría una conducta atípica, sino que, por el contrario, en ese caso estaríamos hablando de la sustracción (hurto o robo) de la llave y su posterior utilización en la comisión de un nuevo delito. De este modo, probablemente estaremos ante un concurso entre la sustracción de la llave y el delito perpetrado mediante su utilización.

Con respecto a la circunstancia de cometerse el delito introduciéndose en el lugar del juicio mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad, creemos que se trata de circunstancias que, si bien es cierto no constituyen fuerza, si implican engaño y demuestran una mayor preparación del delito, lo que redundaría en su mayor gravedad tomando en cuenta el aumento de la indefensión de la víctima. Por lo mismo, mantendremos esta circunstancia en nuestro proyecto de articulado, y formará parte de las circunstancias que agravan el delito de hurto, que corresponderá al artículo 434 de nuestro proyecto de nuevo articulado; sin embargo, cambiará la redacción de la circunstancia de seducción de doméstico por “**seducción de alguna persona**”, con lo que queremos dejar establecido que la seducción o engaño puede recaer tanto en un doméstico como en cualquier otra persona que tenga la facultad de permitir la entrada al lugar del domicilio, como puede ser el hijo de la empleada de la casa, o alguien que está como invitado, etc.

Para terminar, hay que señalar que el epígrafe del párrafo 3º del Título IX del Libro II, al hacer referencia a “la fuerza en las cosas” al igual que el inciso primero del artículo 440, solo opera al manifestarse en alguna de las formas específicas de fuerza que contienen los artículos 440, 442 y 443; es decir, la fuerza en las cosas es solo la manera de romper los resguardos en la esfera de custodia de la cosa. Como el concepto de “fuerza en las cosas” no se refiere a un tipo específico, no creemos necesario elaborar un concepto de ella, similar a lo que ocurre con el artículo 439, que define normativamente los conceptos de violencia e intimidación.

Texto propuesto para el artículo 440

En base a lo ya expuesto y a la opinión que manifestaremos en relación a los artículos 442 y 443, presentamos el siguiente texto, que enumera una serie de circunstancias, algunas tomadas de la legislación actual y otras de la legislación comparada, que reemplazará al actual robo con fuerza en las cosas sancionado en los artículos 440, 442 y 443. Estas nuevas circunstancias pasarán a conformar la figura que hemos denominado “**Hurto Agravado**”, y que en nuestro articulado llevará el número 434:

Art. 434. *El autor de hurto será castigado con la pena de en los siguientes casos:*

Si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Si recae sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un Servicio Público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.

Si recae sobre una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público.

Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.

Cuando se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

Cuando se lleve a cabo en lugar habitado.

Cuando se lleve a cabo utilizando cualquier instrumento para entrar al lugar donde se verifique el hurto, o para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados.

Cuando se lleve a cabo mediante fractura de los resguardos externos del lugar del hurto, o por medio de fractura para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados, o por medio de la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Introduciéndose al lugar del hurto mediante la seducción de alguna persona o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad”.

Artículo 441. DEROGADO

El artículo 441 del Código Penal, actualmente derogado por el artículo 48 de la Ley N° 11.625 de fecha 4 de Octubre de 1954. La redacción original de este artículo fue aprobada sin discusión por la Comisión Redactora, siguiendo los modelos de los Códigos español y belga, anteriormente señalados, y su texto establecía:

Artículo 441: *“Si el robo se cometiere en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias con algunas de las circunstancias del artículo anterior, pero sin llevar armas, la pena será presidio menor en su grado medio a máximo.”*

Artículo 442

Evolución durante su vigencia.

El artículo 442 del Código Penal, que durante su discusión por parte de la Comisión Redactora consideró igual que en el artículo 440 como “escalamiento”, las circunstancias enumeradas en los números 1y 2 del proyecto, tiene desde su vigencia una sola modificación, y es la que se produce mediante la Ley N° 11.625 de Octubre de 1954, ya que, en los delitos de robo con fuerza en las cosas se suprimió el requisito de ser el autor portador de armas, configurándose un tipo especial para esa clase de robos.

Doctrina.

Artículo 442 Código Penal: ***“El robo en lugar no habitado, se castigará, con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concorra alguna de las circunstancias siguientes:***

1° Escalamiento,

2° Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.

3° Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiera sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir muebles cerrados.”

Concepto de “lugar no habitado”.

Para comenzar, nuestro Código Penal no define qué debe entenderse por “lugar no habitado”, así como tampoco lo hacía respecto al “lugar habitado” y al “lugar destinado a la habitación”.

El profesor Labatut entiende por lugar no habitado ***“ todo lugar cerrado no destinado a la habitación y en el cual, en el momento de cometerse el delito, no se encuentra persona alguna, como una oficina, una tienda u otro semejante que no sea dependencia inmediata de lugar habitado o destinado a la habitación”***³⁶⁸ .

Para Garrido Montt la forma verbal ***“ habitado”*** no significa que haya gente en el lugar de que se trate, sino que se refiere al hecho de que se destine a morada de una o varias personas. Partiendo del concepto antes dado, considera como lugar no habitado, en principio, aquel que no está destinado a ser morada de una persona en el momento que se comete el delito. Para este autor es necesario tomar en cuenta que el artículo 443 del Código Penal, hace referencia a ***“ sitios no destinados a la habitación ”***,

³⁶⁸ Gustavo Labatut Glerna, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.207.

lo que permite establecer una diferenciación de los recintos habitados, entre aquellos que son sitios y los que son lugares. “*Lugares*”, son aquellos recintos cerrados, con ciertas protecciones, que impiden el libre acceso; en tanto que “*sitios*” son espacios abiertos, sin protecciones especiales. En definitiva lugar no habitado “*es un recinto delimitado, con protecciones que le dan cierta reserva respecto de terceros*”³⁶⁹.

Para el penalista Luis Ortiz Quiroga, puede entenderse en términos simples como lugar no habitado “*aquel en el que no se vive ni pernocta, aún cuando existan personas presentes en el momento del robo, como por ejemplo un cine o un centro comercial*”³⁷⁰.

Por su parte, Alfredo Etcheberry señala que dentro del concepto de “lugar no habitado” se incluirían “*solamente los lugares que en el momento del robo no sirven de morada a nadie, pero que por su naturaleza pueden servir de habitación (o sea, los lugares no habitados, pero habitables, como una casa desocupada, una residencia veraniega durante la temporada invernal, un refugio montaños, etc.)*”³⁷¹.

FORMAS DE COMISIÓN DEL DELITO.

Escalamiento.

Debemos hacer extensivo a este caso lo señalado anteriormente cuando analizamos las hipótesis comprendidas en el artículo 440 del Código Penal. En consecuencia comete robo con fuerza en las cosas, quien se introduce en el lugar del delito, por vía no destinada al efecto, por forado o fractura de puertas o ventanas. No debe olvidarse que el escalamiento constituye fuerza sólo cuando se utiliza como medio para entrar al recinto no habitado.

Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.

El concepto de fractura comprende tanto el rompimiento de puertas interiores, como el de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados. La referencia a “*cualquiera otra clase de muebles u objetos*”, hace la disposición omnicomprendiva de variadas situaciones. No sólo existe fractura cuando se rompe o destruye el resguardo de la cosa, sino también cuando se destruyen dichos resguardos, se separan de ellos los elementos que le otorgan seguridad.

Etcheberry entiende por fractura interior o interna aquella “*que no recae sobre los resguardos exteriores del lugar, sino sobre los resguardos particulares de las cosas mismas objeto del robo*”³⁷².

No se tienen antecedentes del por qué no se consideró la fractura de puertas y protecciones interiores, en relación al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, lo cual no deja de sorprender a la mayoría de la doctrina nacional.

³⁶⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.225-226.

³⁷⁰ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

³⁷¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.320.

³⁷² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.330.

Muy importante es señalar, como lo hace el profesor Labatut, que el objeto cerrado debe ser fracturado dentro del lugar del robo para que esa circunstancia constituya fractura interior³⁷³.

Hacer uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas o de instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.

Esta hipótesis es muy similar a aquella contemplada en el numeral 2º del artículo 440, pero se diferencian ambas disposiciones en el uso o destino de las llaves o instrumentos, ya que en el caso del artículo 440 del están destinados exclusivamente a obtener el acceso al lugar del robo; en cambio, en el artículo 442 el uso o destino de las llaves o instrumentos es además el de servir de medio para abrir muebles cerrados.

En conclusión, existe robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado en dos casos:

Cuando el delincuente emplea las llaves falsas o verdaderas sustraídas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar o ingresas al lugar donde cometerá el delito de robo.

Cuando logra ingresar al lugar del robo mediante otros medios distintos a los indicados en este numeral, sirviéndose de los elementos señalados en este artículo para abrir muebles donde están contenidos los objetos materia del delito.

Los conceptos de llave falsa, llave verdadera sustraída, ganzúas y de otros instrumentos similares, fueron analizados cuando se dio tratamiento al artículo 440 del Código Penal; lo explicado en dicha oportunidad es aplicable a dicho numeral.

Garrido Montt, al referirse a la hipótesis en comento, precisa que el alcance de la disposición es únicamente a muebles cerrados, de cualquier material, cuyo acceso a su interior se proteja con una cerradura que requiera de llave para abrirla³⁷⁴.

En la disposición en comento se omiten los objetos cerrados o sellados considerados en el numeral 2 del mismo artículo (puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados), dicha omisión se justifica plenamente, puesto que dichas protecciones carecen de cerradura que requiera el uso de una llave.

El escalamiento interno no fue tratado en esta disposición, ni tampoco se hace referencia a la introducción mediante seducción o simulación, ya que, como bien señala Etcheberry, supondría que alguien vive en la casa, situación que es contrario a lo contemplado en esta figura (lugar no habitado)³⁷⁵.

La pena signada a este delito es menor a la que se le asignó al delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, lo cual se justifica, al entender de Raimundo del Río, por el hecho de existir un riesgo menor al perpetrarse el delito en un lugar no habitado, v.gr. un banco³⁷⁶.

³⁷³ Gustavo Labatut Glens, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo II, pág.207.

³⁷⁴ Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal, Parte Especial", V.4, 1997, pág.239.

³⁷⁵ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, 3ª ed., 1998, pág.254.

³⁷⁶ Raimundo del Río, "Derecho Penal", Tomo III, pág.441.

Jurisprudencia más relevante.

Examen del verbo “entrar” utilizado por el artículo 442.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°228, página 120, Rol N° 1.914-99.

Doctrina.

“El verbo "entrar" informa todas las hipótesis de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado aludidas en el artículo 442 del Código Penal, de manera que la utilización de cualquiera de ellas, sin penetración al lugar donde se halla la cosa ajena, con propósito de apropiación, no constituye el delito en cuestión”.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“En el fallo de primer grado se da por establecido que los hechores procedieron a saltar la reja de una propiedad y, rompiendo las tablas de un quiosco, introdujeron sus brazos al interior, desde donde sustrajeron diversas cajetillas de cigarrillos de diferentes marcas (...) Este hecho se ha calificado como delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado en lugar no habitado (artículo 442 del Código Penal)”.

“La apreciación en conciencia de los antecedentes reunidos en la causa no permite, en concepto de los sentenciadores, compartir dicha calificación jurídico- penal de la conducta establecida, en la que no existió entrada al sitio del delito”.

“En el artículo 440 N° 1 del Código del ramo, se define el escalamiento, en sus dos modalidades, "escalamiento propiamente tal" y "fractura o efracción" (...) El precepto del artículo 442 de ese cuerpo legal, habla de "escalamiento", a secas, entendiéndose por doctrina y jurisprudencia que es plenamente aplicable el mismo concepto proporcionado en el artículo precedente”.

“El verbo "entrar" informa, a título de requisito fundamental, todas las hipótesis aludidas en la norma legal aludida, de manera que la utilización de cualquiera de ellas, sin penetración al lugar donde se halla la cosa ajena, realizada con propósito de apropiación, no constituye el delito en cuestión. Por ejemplo, introducir, para sacar la cosa mueble, el brazo, un garfio, una cuerda o un palo desde el exterior por un agujero o boquete, sin que exista acceso personal ilícito del sujeto activo al recinto ajeno. Del mismo modo, no representa escalamiento punible -como modalidad del robo- el utilizado para salir del lugar al cual se entró sin fuerza”.

“Se ha precisado que es característica del escalamiento, en sus dos variantes, la introducción de la persona del agente en la esfera de custodia ajena utilizando para ello la específica forma de fuerza desplegada. Esto ha conducido a que, por regla general, nuestra jurisprudencia considere hurto aquellas situaciones en que existiendo forado o fractura, el hechor sustrae las especies sin penetrar en el recinto en que ellas se encuentran. "Así, por ejemplo, aquellos casos en que se introduce el brazo por el boquete y se sustraen de este modo los objetos". (Sergio Yáñez Pérez, comentario a sentencia, Revista de Ciencias Penales, T. XXX, N° 1, enero-junio 1971, pág. 50 y sgtes.)”.

“Es conveniente recordar el pensamiento compartido por los autores, de que la ratio legis de la mayor severidad penal con que se trata al robo con fuerza en las cosas en relación al hurto, está en la circunstancia de emplear el autor medios idóneos para vencer diversos obstáculos que se oponen a su acción, demostrando con ello mayor decisión y

energía para invadir un recinto ajeno y cometer allí el hecho ilícito, frente al cual se debilita seriamente la defensa privada del sujeto pasivo; a ello se agrega, en caso de lugar habitado o destinado a la morada, el peligro real o presuntivo para la integridad de los habitantes”.

“En el caso de la especie, examinando los datos fácticos a la luz de las consideraciones dogmáticas expuestas, el tribunal llega a la convicción de que el hecho tenido por acreditado constituye un delito de hurto de especies (por falta de un elemento típico esencial del robo con fuerza en las cosas)”.

Concepto de “fuerza” para el robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (hay voto disidente).

Corte de Apelaciones de Talca, Gaceta Jurídica N°134, página 115, Rol N° 231.420.

Doctrina.

Para que se configure el delito de robo con fuerza en las cosas, no es necesario que el hechor se introduzca con toda la persona física o la mayor parte de ella, sino que basta que se destruyan las defensas o resguardos exteriores del lugar, como en la especie lo fue mediante la fractura del vidrio del local comercial de donde se apropió de bienes de dominio ajeno. (Consid. 3º)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1º.- Que el señor Fiscal en su dictamen de fojas 43 solicita se apruebe la sentencia elevada en consulta, con declaración de que los hechos investigados constituyen el delito de hurto, de los previstos y sancionados en los artículos 432 y 446 N° 2 del Código Penal, ya que no está justificado que el procesado Mario Antonio Ramos Pérez haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, a través de la ventana que fracturó.

2º.- Que esta Corte disiente de la opinión anterior, por cuanto se comete el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, que es el que se investiga en esta causa, entre otras hipótesis, cuando se efectúa con escalamiento, y se entiende que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas, conforme lo señala el artículo 442 N° 1, en relación con lo prevenido en el N° 1 del artículo 440, ambos del Código Penal.

3º.- Que en el caso en examen, el delincuente entró en el lugar del robo, puesto que entrar significa también, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, "introducir", acepción que no hace necesario que sea con toda la persona física o la mayor parte de ella, sino que basta que se destruyan las defensas o resguardos exteriores del lugar, como en la especie lo fue mediante la fractura del vidrio del local comercial de donde se apropió de especies de dominio de Winston Jones Araya.

4º.- Que, por consiguiente, los hechos establecidos en el raciocinio segundo del fallo en revisión configuran el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, de especies de dominio de Winston Jones Araya, como lo concluye acertadamente el Juez a quo en la reflexión tercera de la expresada sentencia.

Consideraciones más relevantes de la opinión disidente.

El Ministro don Luis Carrasco González estuvo por aprobar la aludida sentencia, pero con declaración de que el encausado Ramos Pérez quede condenado como autor del delito de hurto de especies pertenecientes a Winston Jones Araya, perpetrado el 4 de mayo de 1990 en Curicó, a la misma pena corporal por la cual viene sancionado y no de robo con

fuerza en las cosas en lugar no habitado en perjuicio del referido ofendido, teniendo para ello presente:

1º.- Que de los hechos asentados en el fundamento segundo del fallo en examen se desprende fehacientemente que el delincuente fracturó un vidrio de la vitrina del local comercial N° 8 de la Galería Colonial de Curicó y se apropió con ánimo de lucro de especies de dominio de Winston Jones Araya; pero que no entró al lugar del robo, ya que para ello usó la mano para sacar las especies;

2º.- Que el artículo 442 del Código punitivo castiga como delito de robo en lugar no habitado, siempre que concurren alguna de las circunstancias que indica, entre las cuales está el escalamiento que es la que corresponde a los hechos antes especificados, y se entiende que los hay cuando se entra por vía no destinada al efecto en cualquiera de las formas que señala el N° 1 del artículo 440 del Código ya citado, que es el que lo define;

3º.- Que el término entrar significa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, "pasar de afuera adentro" y también "introducirse", y este último vocablo quiere decir "dar entrada a una persona en un lugar". De manera que, para que haya escalamiento en su acepción amplia de entrar por vía no destinada al efecto, se debe pasar toda la persona física, o la mayor parte de ella, como es el criterio de la mayoría de los penalistas, de lo contrario no corresponde calificar tales hechos de robo sino que de hurto, por cuanto falta el elemento en análisis;

4º.- Que la afirmación anterior se encuentra corroborada también con lo establecido en el N° 3 del artículo 440 del Código del ramo que dice que se comete robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, "introduciéndose en el lugar del robo...", de modo que introducirse requiere asimismo pasar íntegramente con el cuerpo, o al menos con la mayor parte de él;

5º.- Que, por tanto, los hechos precedentemente reseñados, en su concepto, tipifica el delito de hurto de especies de propiedad de Winston Jones Araya, tasadas pericialmente a fojas 25 en la suma total de \$ 63.000, previsto en el artículo 432 y sancionado en el N° 2 del artículo 446 del Código Penal, compartiendo de esta manera la opinión del Ministerio Público.

Casa de veraneo no constituye “lugar destinado a la habitación”, sino un “lugar no habitado”.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°136, página 105, Rol N° 2.322-90.

Doctrina.

La razón de ser de la figura que sanciona de un modo más severo el robo cometido en lugar habitado o destinado a la habitación, sólo puede encontrarse en el riesgo cierto o potencial para la seguridad personal de los habitantes o moradores del sitio donde el delito se comete.

El destino habitacional de una propiedad es, por tanto, una cuestión de hecho que debe apreciarse al momento en que se efectúa el robo, y no atendiendo a la naturaleza del bien de que se trata. (Consid. 4º)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1.- Que, en cuanto al delito de robo que se comete en perjuicio de Whalter Mariano Zagal Mondaca, estos sentenciadores estiman que él debe calificarse como la figura descrita y sancionada en el artículo 442 del Código Penal y no como la figura calificada, descrita y sancionada en el artículo 440 del mismo cuerpo legal.

2.- Que, en su declaración de fs. 73 el ofendido declara que no habitaba la propiedad desde el verano anterior; esto es, desde 10 u 11 meses antes de la perpetración del delito y que sólo la destinaba a ese fin durante el verano, sin perjuicio de poder ocuparla algunos fines de semana durante el resto del año, cuestión que, como ya se dijo, no se había verificado durante esa anualidad. Agrega que fue informado por terceros del robo y entonces se dirigió a San Antonio donde pudo verificar los efectos de la fuerza y de la sustracción de que había sido objeto.

3.- De lo dicho se desprende inequívocamente que la propiedad no se encontraba habitada al momento de la perpetración del delito.

Asimismo, cabe colegir de lo anterior que la casa de veraneo en que se verifica la sustracción se encontraba destinada a la habitación durante los meses estivales, permaneciendo cerrada y desocupada el resto del tiempo, dentro de lo cual debe incluirse aquel en que el robo se efectuó.

4.- Que el destino habitacional de una propiedad es una cuestión de hecho que debe apreciarse al momento en que se efectúa el robo y no atendiendo a la naturaleza del bien de que se trata, pues la razón de ser de la figura que sanciona de un modo más severo el robo cometido en lugar habitado o destinado a la habitación sólo puede encontrarse en el riesgo cierto o potencial para la seguridad personal de los habitantes o moradores del sitio donde el delito se comete. (En este mismo sentido, véase Alfredo Etcheberry, Revista de Ciencias Penales, T. XXII, mayo-agosto de 1963, págs. 233 y siguientes; Eduardo Novoa Aldunate, Revista de Ciencias Penales, T. XXXIV, N° 1, enero-junio de 1975 y Sentencia I. Corte de Apelaciones de Santiago, 17.10.1978).

Tal riesgo potencial para los moradores concurre cuando el inmueble se encuentra, al momento de la perpetración del robo, destinado a la habitación, albergue u hogar doméstico de una o más personas, quienes se encuentran accidental o transitoriamente ausente del recinto; pero la figura de agravación perdería su razón de ser al aplicarse a una situación como la de autos en que el inmueble sólo era destinado a la habitación en períodos diversos a aquel en que el delincuente ingresó a él.

La anterior conclusión es la única que se avizora como compatible con el sentido y finalidad de una figura que agrava un delito contra la propiedad teniendo presente el uso o destino del lugar donde el delito es perpetrado. Este sólo podría resultar relevante por su valor simbólico (destinado al culto) o por el riesgo real o potencial pero concreto de sus moradores (habitado o destinado a la habitación). El carácter habitable del inmueble que es meramente abstracto, no resulta suficiente para agravar la figura, pues de lo contrario debería sancionarse como tal la sustracción que se verificara en un inmueble recién construido que todavía no se encontrara ocupado por sus moradores o el que se efectuara de noche en uno de los conocidos como "departamentos pilotos" que sirven para promocionar la venta de un edificio en construcción, toda vez que ambos se encuentran destinados a la habitación futura pero no actual de personas. Igual naturaleza tiene una casa de veraneo, que sólo se ocupa en los veranos, que se encuentra visiblemente cerrada y desocupada, pues si bien su naturaleza y destino esporádico es servir de habitación; no era esa la finalidad a que por un largo conocido y determinado lapso de tiempo venía destinándose.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Este artículo sanciona el robo con fuerza en las cosas cometido en lugar no habitado, cuando concurra alguna de las formas de comisión que e mismo artículo señala. Estas circunstancias son:

Escalamiento. A esta circunstancia ya nos hemos referido a propósito del artículo 440, por lo que nos remitimos a lo expresado en el apartado correspondiente.

Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados. Cuando tratamos el tema de la fractura o efracción, a propósito del robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado (artículo 440), manifestamos estar de acuerdo con su mantención dentro de nuestro sistema jurídico. Lo mismo decimos a propósito de la denominada “**fractura interior**” a la que se refiere el numeral en estudio. Creemos que la conducta del ingresa al sitio del delito, y destruye los resguardos de la cosa para llevársela implica un mayor disvalor, que merece una pena mayor, por lo que esta situación formará parte del catálogo de circunstancias que agravarán el delito de hurto en nuestro articulado para el Código Penal.

Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados. Ya nos referimos a la circunstancia del uso de llaves falsas, ganzúas y otros instrumentos para entrar al lugar del robo (cuando tratamos el artículo 440), por lo que nos remitimos a lo señalado en dicha oportunidad. Respecto al uso de los mismo instrumentos para abrir los muebles cerrados, opinamos que también es una circunstancia mas grave y que merece ser sancionada como hurto agravado, aunque con la misma corrección que esbozamos respecto a la circunstancia de usarse los instrumentos para entrar al lugar del robo: es necesario eliminar la casuística de la redacción actual; razón por la cual proponemos que la circunstancia sea utilizar “*cualquier instrumento para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados*”.

Texto propuesto para el artículo 442.

En virtud de lo ya señalado en este acápite y a propósito de lo expresado al analizar el artículo 440, nos cabe decir que el texto que propinemos para reemplazar a este artículo se contiene en el catalogo de circunstancias que componen el artículo que hemos denominado “Hurto Agravado”, específicamente los números 7° y 8°, que señalan:

Art. 434. *El autor de hurto será castigado con la pena de en los siguientes casos:*

Cuando se lleve a cabo utilizando cualquier instrumento para entrar al lugar donde se verifique el hurto, o para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados.

Cuando se lleve a cabo mediante fractura de los resguardos externos del lugar del hurto, o por medio de fractura para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados, o por medio de la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.”

Artículo 443.

Artículo 443 inciso 1°.

Evolución durante su vigencia.

El artículo 443 del Código Penal en la actualidad es sustancialmente distinto al que originalmente se establecía en el Código Penal aprobado en el 1874, que señalaba: *“En los casos de los tres artículos precedentes, la pena será de presidio menor en su grado medio, si el importe del robo no excediere de cincuenta pesos.”*.

Este artículo es modificado el año 1954 mediante el artículo 50 de la Ley N°11.625. Mediante esta ley se incluye, como artículo 443, una disposición destinada a sancionar los robos con fuerza en las cosas, que se ejecutan en los bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, para reprimir la sustracción de vehículos o de objetos dentro de los mismos, atendido a que en ese tiempo, si bien estas formas delictivas quedaban comprendidas entre los robos, según la definición del artículo 432, no podían ser sancionadas como tales por no corresponder a ninguno de los tipos descritos en el párrafo III del Código Penal, y debían ser castigados como hurtos. La modificación establecida por la Ley N°11.625 dejó al artículo 443 inciso 1° con la redacción que actualmente tiene.

Doctrina.

Artículo 443 inciso 1° del Código Penal: ***“Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si utiliza medios de tracción”***.

Requisitos exigidos por el artículo 443 inciso 1°.

La apropiación debe recaer sobre cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación.

La violencia constitutiva de la fuerza requerida, debe comprender alguna de las situaciones expresamente contenida en la disposición legal.

¿Qué se entiende por bien nacional de uso público?

Para comenzar el análisis del inciso 1° del artículo 443 del Código Penal, debemos precisar en primer lugar qué se entiende por bien nacional de uso público. Para ello debemos recurrir al concepto dado por el Código Civil en el artículo 589 inciso 1°, que señala textualmente: *“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda”*; y el inciso 2° del mismo artículo agrega: *“Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar*

adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”. También los artículos 595 y 596 del Código Civil señalan expresamente otros bienes nacionales de uso público, por lo que dicho concepto no presenta problema alguno.

¿Qué se entiende por “sitio no destinado a la habitación”?

La noción de “sitio no destinado a la habitación”, puede tal vez ofrecer una mayor dificultad, aunque ya tuvimos una primera aproximación al concepto cuando analizamos el artículo 443 del Código Penal.

Para Garrido Montt los sitios no destinados a la habitación “*consisten en recintos no cerrados, que carecen de delimitación ostensible y que nadie ocupa actualmente como morada, o sea en los momentos en que se comete la apropiación.*”; y agrega: “*en consecuencia el sitio carece de protección, lo que se desprende de la misma disposición que los considera junto con las calles, plazas y los puentes*”³⁷⁷.

En términos simples, son lugares abiertos, sin resguardos ni cierros. El concepto de sitio da una connotación de “*apertura al lugar*”, es un lugar en que no existen construcciones, básicamente se trata de lugares en que existen extensiones eriazas.

Luis Ortiz Quiroga estima que este tipo no merece estar tratado en un precepto distinto del artículo 442, ya que la sanción es la misma que la señalada en esta norma³⁷⁸.

Por lo señalado anteriormente, la violencia empleada por el delincuente no va a recaer en los resguardos de la cosa, como sucede en los artículos 440 y 442 del Código Penal, sino que en la cosa misma objeto del delito.

Modalidades de ejecución.

Para estudiar o analizar las modalidades de ejecución de este delito, estaremos a la distinción hecha por Etcheberry, por resultar más clara y pedagógica.

Uso de llaves falsas, o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes.

En lo referente a qué debemos entender por llaves falsas, verdaderas sustraídas o ganzúas, este tema ya fue tratado a propósito del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, por lo que nos remitimos a lo señalado en dicho acápite.

En este apartado nos interesa agregar la opinión de Etcheberry, en el sentido que en este caso lo único que se exige es que el ladrón utilice, para cometer el robo, los medios señalados en la disposición legal de cualquier manera, ya que su empleo, no se restringe a la entrada al lugar o la apertura de cierros interiores o exteriores, puesto que lo común será que el lugar del delito no se encuentre cerrado.

Fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección.

³⁷⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.232.

³⁷⁸ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

En este caso no se distingue, como en el artículo 442, si la fuerza empleada se debe referir a muebles u objetos cerrados o sellados interiores o exteriores, de modo que debemos entender que ambos se encuentran comprendidos.

Esta hipótesis contempla en su parte final la frase “*u otros dispositivos de protección*”. Para Etcheberry debe entenderse por tales “*los artificios que constituyan en sí impedimentos para que un tercero pueda tener acceso a la cosa o trasladarla físicamente, v. gr. cadena que ate el objeto a un poste o edificio*”³⁷⁹. A su juicio no puede considerarse en este sentido un aparato de alarma automático.

Una posición contraria en este aspecto es la que sostiene Garrido Montt, quien al referirse a los dispositivos de protección, expresa que dicha expresión “*comprende todos los sistemas que impiden el traslado de una cosa, o sacarla de donde se mantiene, vale decir, las cadenas con cerraduras, las rejas y ahora las alarmas automáticas*”³⁸⁰.

Nuestra opinión se acerca más a lo señalado por Garrido Montt, puesto que las alarmas, a nuestro juicio, si constituyen un dispositivo de protección, y si bien al tiempo de redacción de este artículo, no existían, deben entenderse actualmente incluidas, puesto que debe efectuarse una interpretación progresiva de acuerdo a la época de aplicación, es decir, debe ir cambiando.

Uso de medios de tracción.

Como podemos observar, la modalidad contemplada en este artículo es novedosa, ya que no se encuentra contemplada en ninguno de los casos que analizamos anteriormente. El legislador, como en otras oportunidades, no definió lo que debemos entender por medios de tracción, pero debemos reconocer el mérito de no caer en una casuística un tanto absurda.

Para Etcheberry el uso de medios de tracción es un concepto novedoso y exclusivo de esta norma, nos señala que “tracción” es arrastre o tiro; la interpretación literal de la disposición excluiría de ella el empleo de ciertos medios de simple transporte o bien de empuje y no de tiro. Es necesario, por exigencias de la ley, que el hechor emplee algún método que aumente su simple fuerza física. Así, no podemos entender que se utilizó medios de tracción, si simplemente se hala con una cuerda el objeto sustraído, pero sí lo sería el remolcar el objeto, atando la cuerda a otro vehículo en movimiento. En cuanto a la opinión de Labatut, que estima que el casuismo legal deje fuera de esta disposición el hurto de bicicletas, Etcheberry piensa, que ello es así sólo en el caso que se trata de montar en la bicicleta y huir en ella, pero no lo es, si para apropiarse de la bicicleta se ha fracturado un dispositivo de protección

³⁸¹ como un candado o en una cadena o si se ha empleado un medio de tracción. El empleo de medio de tracción en este caso es cuestionable, ya que creemos que el medio de tracción debe operar cuando no sea suficiente la fuerza física normal del sujeto; y no en los casos en que el hechor, por comodidad o por falta de inteligencia, se apropia de él, usando un medio de tracción.

³⁷⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.253.

³⁸⁰ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.237.

³⁸¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.254.

Una postura contraria a lo sostenido por Etcheberry tiene Garrido Montt, quien señala, que el deseo de limitar la expresión medio de tracción, sólo a aquellos medios que aumente la fuerza física del hechor, no parece tener respaldo jurídico por cuanto para él, “*medio de tracción*” significa arrastrar, y para hacerlo, cualquier medio ajeno al cuerpo mismo es suficiente; así, una cuerda, una cadena, un tractor ³⁸² .

Jurisprudencia más relevante.

Robo en lugar no destinado a la habitación (unidad de acción).

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°227, página 142, Rol N° 9.366-99.

Doctrina.

La acción del condenado que roba especies quebrando los vidrios de dos automóviles en un estacionamiento de vehículos, al cual accedió mediante escalamiento de la reja que impide el libre acceso al lugar, es constitutiva de un solo delito de robo, en sitio no destinado a la habitación, puesto que concurre en ella un solo designio criminoso, sin que la circunstancia de sustraerse varias cosas haga variar la unidad de acción delictiva.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que la circunstancia de haber actuado el procesado quebrando los vidrios de dos automóviles para apropiarse de especies situadas en su interior, no es suficiente para producir solución de continuidad en la unidad natural de acción, que determina en la especie la comisión de un solo delito de robo en lugar no destinado a la habitación.

2°.- Que, en efecto, el condenado ha obrado con la finalidad de realizar una sola vez el tipo de injusto correspondiente, y ha exteriorizado su propósito en un contexto unitario. Concurren pues en su comportamiento los requisitos de unidad natural de acción, tanto física u objetiva como síquica o subjetiva, que la doctrina exige para calificar este tipo de ilícitos como un solo delito. (En tal sentido, Cury N., Enrique, "Derecho Penal". Parte General, T. II, 2ª ed., E. J. CH., 1992, pág. 263).

3°.- Que la unidad delictiva no desaparece porque la acción afecte a diversos objetos materiales, si con ello se lesiona un solo bien jurídico de contenido indeterminado, como ha sucedido en el caso de autos, a través de la sustracción de varias cosas muebles ajenas, sin voluntad de sus dueños y con ánimo de lucro, desde el interior de un recinto destinado a estacionamiento de vehículos, al cual accedió mediante escalamiento de la reja que impide el libre acceso al lugar.

4°.- Que tampoco altera la unidad natural la existencia de una pluralidad de sujetos pasivos -los distintos propietarios de cada uno de los vehículos- puestos que el requisito de unidad del sujeto pasivo sólo es exigible cuando los delitos de que se trata lesionan bienes jurídicos eminentemente personales (como la vida, el honor o la salud), sin que tenga relevancia alguna en los supuestos de delitos atentatorios contra el patrimonio.

5°.- Que el designio criminoso o finalidad única del autor de este hecho punible fue robar en un solo sitio no destinado a la habitación mediante escalamiento de la reja de protección, procedimiento que no es constitutivo de un delito en sí mismo y que, por tanto, no da lugar a una hipótesis de concurso ideal impropio, sancionable de acuerdo al artículo

³⁸² Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal, Parte Especial", V.4, 1997, pág.237.

75 del Código Penal, por configurar la conducta descrita un caso típico de robo en sitio no destinado a la habitación, castigado en el inciso 1º del artículo 443 del Código Penal.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Respecto a la figura de robo de una cosa “**que se encuentre en bienes nacionales de uso público**”, como se dijo más arriba, consideramos inapropiado mantener una agravación de la pena solo por sustraer algo que se ubica en un bien nacional de uso público, lo que puede llevar a situaciones injustas. Consideramos mucho más apropiado establecer que la circunstancia que agrava el delito es la sustracción de una cosa “**que forme parte de un bien nacional de uso público**”, puesto que ello implica un atentado patrimonial grave, en el sentido de privar a un gran número de personas de un bien que, valga la redundancia, es de uso público. En el artículo 434 de nuestro proyecto de articulado para el Código Penal se establece un numeral 3º, que sanciona el hurto “*si recae sobre una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público*”.

El tema de cometer el delito en “**sitios no destinados a la habitación**” ya lo tratamos respecto del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado (artículo 440), donde señalamos como inapropiado el criterio de distinguir entre los lugares de comisión del delito para efectos de la pena, salvo cuando se trate del lugar habitado, pues consideramos que el bien protegido es el mismo, ya sea en lugar habitado, en lugar destinado a la habitación, en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación. Sin embargo, en el lugar habitado existe un plus que no está en los demás lugares: se trata del lugar que una o más personas destinan como morada, es decir, el lugar donde existe la sensación de tranquilidad y seguridad, donde se goza libremente de todo cuanto se posee, y por lo mismo, el violar aquel lugar constituye un atentado grave para la víctima. A ello hay que sumar el hecho de encontrarse presente en el lugar uno o más moradores al momento de cometerse el delito, situación que implica un peligro para dichas personas, que de concretarse implicará un atentado especialmente grave, que merece una sanción ciertamente más severa. Estos elementos no están presentes en los demás lugares que ha señalado el legislador (en lugar destinado a la habitación, en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación), por lo que estas circunstancias no serán contempladas dentro de nuestro catálogo de circunstancias agravadas del delito de hurto.

En relación al uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes, o si se procede mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección, nos remitimos a lo ya señalado a propósito de los artículos 440 y 442, y reiterar que estas circunstancias han sido contempladas con una modificación en el artículo 434 de nuestro proyecto de articulado.

Para finalizar, hay que hacer mención a la circunstancia de cometer el delito en comento utilizando medios de tracción. Creemos que la consideración de una forma tan específica de fuerza como es la energía cinética aplicada a cosas que puedan ponerse en movimiento, es innecesaria. La agravación de la acción típica referida en particular a los automóviles es perfectamente compatible con los casos de fuerza mantenidos en esta revisión.

Texto propuesto para el artículo 443 inciso 1º.

Sobre este artículo, diremos que derogaremos prácticamente todo su texto. Solo tomaremos la circunstancia de hurtar cosas que formen parte de un bien nacional de uso público, y que las circunstancias del uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes, o proceder mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección, forman parte de nuestro artículo 434, denominado “Hurto Agravado”.

Artículo 443 inciso 2°.

Evolución durante su vigencia.

Como ya se dijo, el artículo 443 del Código Penal originalmente señalaba: *“En los casos de los tres artículos precedentes, la pena será de presidio menor en su grado medio, si el importe del robo no excediere de cincuenta pesos.”*

En el año 1988, se agrega un segundo inciso al artículo 443, mediante la Ley N° 18.699. Esta ley tiene por objeto crear una figura penal específica referida a la sustracción de alambres del tendido eléctrico, cables de servicios telefónicos y alambres de electricidad y comunicaciones. La motivación para crear este tipo penal se refiere a que esas sustracciones pasaron a constituir un problema de graves consecuencias para las empresas dedicadas a las comunicaciones, interrumpiendo los servicios que prestan al país, provocando daños de toda índole, como lo señala el Presidente de la República de la época, en su mensaje a la Junta de Gobierno. Antes de la promulgación de esta ley las empresas afectadas debían denunciar y querellarse criminalmente por el delito de hurto previsto y sancionado en el artículo 432 y siguientes del Código Penal, lo que, a juicio del ejecutivo, presenta graves dificultades de orden procesal y sustantivo. Se estima que es imperioso solucionar el problema agregando este inciso, tipificando las conductas y estableciendo para ellas la penalidad prevista en el artículo 442 ya que las anteriores disposiciones sobre la materia son insuficientes para satisfacer la necesidad social de reprimir y castigar la sustracción de alambres telefónicos y conductores de electricidad. Es así, como sin mayor discusión se promulga esta ley el 29 de abril de 1988, agregando este inciso y en definitiva creando este nuevo tipo penal.

Doctrina.

Artículo 443 inciso 2° del Código Penal: ***“Se sancionará igualmente con la pena del artículo anterior al que se apropiare de alambres de tendido eléctrico, cables de servicios telefónicos, telegráficos, de radio comunicaciones o de televisión, o de alambres de electricidad o comunicaciones de las empresas de ferrocarriles, escalando para ello las torres, pilares o postes en que los alambres o postes estén instalados, ya sea que se ingrese o no a los recintos cerrados o cercados en que se encuentren emplazadas dichas torres, pilares o postes o extrayéndolos en cualquier forma de su lugar de instalación, sea que se trate de redes subterráneas subacuáticas o aéreas, mediante el uso de alicates, cortafíos o, en general, cualquier otro instrumento o elemento idóneo para cortar alambres o cables.”***

La acción que se prohíbe por la ley es la apropiación de cables o alambres de redes o instalaciones, empleando medios de fuerza para cortarlos. El objeto material sobre el cual recae la acción, son los alambres de tendido eléctrico, cables de servicios telefónicos, telegráficos, de radio comunicaciones o de televisión, o de alambres de electricidad o comunicaciones de las empresas de ferrocarriles.

La fuerza en las cosas está constituida por las acciones de “escalar los postes, pilares o torres en que los alambres están instalados” o extrayéndolos en cualquier forma de estas instalaciones, empleando alicates, cortafríos o, en general cualquier medio idóneo para tal efecto.

Para la perpetración de este delito, como la ley lo señala, no es necesario entrar en un lugar protegido, puesto que puede tratarse de un recinto abierto, sin resguardos o con ellos. Como en los tipos antes examinados, en este caso la pena asignada al delito no se regula por la cuantía del valor de las especies sustraídas, ya que sea cual sea el perjuicio la pena será la misma.

Para Garrido Montt este tipo penal merece críticas y serias reservas, ya que altera la estructura del Código sobre el delito de robo, e incorpora, un enorme conjunto de alternativas para conformarlo. Esto coincide con la tendencia, a la cual adherimos y defendemos en este trabajo, de eliminar la figura de robo con fuerza en las cosas ³⁸³.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Sobre esta figura hay que decir varias cosas. Lo primero es señalar que se trata de la apropiación de objetos específicos (principalmente cables), y que se deben cortar o sustraer desde el lugar en el que se almacenan, utilizando las formas de fuerza que el artículo establece y usando alicates u otro elemento idóneo para cortar alambres o cables.

Nos parece extraño que exista esta figura, pues el objeto material del delito no es de una importancia tal como para sancionarla de manera mas grave que la sustracción de otras cosas. Así, en nuestra actual legislación los criterios que se utilizan para aumentar la penalidad son: el valor de la cosa, el lugar en que se cometió el delito y la forma de ejecución del delito, que puede ser mediante alguna conducta que se considere como fuerza en las cosas o por la utilización de determinados elementos (llave falsa, ganzúa, etc.), pero en ningún caso se utiliza el criterio de sancionar en razón del objeto sustraído, salvo en esta especialísima disposición.

Creemos que es importante modificar los criterios que actualmente se establecen para sancionar un atentado patrimonial acompañado de circunstancias que lo hacen más grave que un simple hurto (que es lo que actualmente ocurre con el robo con fuerza en las cosas), razón por la cual hemos creado el “Hurto Agravado” del que hemos hablado en reiteradas oportunidades. En dicho artículo se contemplan numerosas circunstancias que hacen que un hurto simple se vuelva agravado, precisamente por las circunstancias que rodean dicho atentado a la propiedad, y uno de esas circunstancias es la de sustraer cosas que tengan una importancia preponderante, sea para la víctima o para la sociedad en su conjunto. En ese sentido, hemos establecido varias circunstancias que se centran en el objeto del delito, como son los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º de nuestro artículo 434:

**Art. 434. El autor de hurto será castigado con la pena de en los siguientes casos:
Si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.**

³⁸³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.240-241.

Si recae sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.

Si recae sobre una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público.

Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.

Cuando se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

Cuando se lleve a cabo en lugar habitado.

Cuando se lleve a cabo utilizando cualquier instrumento para entrar al lugar donde se verifique el hurto, o para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados.

Cuando se lleve a cabo mediante fractura de los resguardos externos del lugar del hurto, o por medio de fractura para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados, o por medio de la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Introduciéndose al lugar del hurto mediante la seducción de alguna persona o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad”.

En síntesis, consideramos que es importante establecer una agravación de la pena cuando se sustraigan determinadas cosas, de una trascendencia especial, sea por su valor (sea económico o de carácter subjetivo) sea por la utilidad que prestan, o por los perjuicios que acarrea su sustracción, y ello ha quedado de manifiesto en los 5 primeros numerales del artículo 434 de nuestro articulado propuesto.

Respecto a la disposición contenida en el artículo 443 inciso 2º, creemos que su redacción debe ser mejorada, estableciendo una agravante referida a objetos destinados a la prestación de un servicio público, pudiendo hacer referencia además a cosas de primera necesidad. De ahí que la circunstancia sancionada en el artículo 443 inciso 2º puede quedar perfectamente comprendida en alguna de las hipótesis que señala nuestro artículo 434.

Texto propuesto para el artículo 443 inciso 2º.

Como lo señalamos, creemos que la larga enumeración de este artículo puede ser mejorada, que es precisamente lo que intentamos hacer en los primeros 5 numerales de nuestro “Hurto Agravado” (artículo 434), que contiene circunstancias en las que se puede encuadrar esta conducta y agrega otras circunstancias que también atienden a sancionar de manera mas grave la sustracción de determinadas cosas cuando ellas tienen una trascendencia especial. En síntesis, esta disposición se ve mejorada en los siguientes numerales de nuestro artículo 434:

Art. 434. El autor de hurto será castigado con la pena de en los siguientes casos:

Si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Si recae sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un Servicio Público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.

Si recae sobre una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público.

Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.

Cuando se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.(...)

Artículo 444

Evolución durante su vigencia.

El artículo 444, desde la dictación del Código Penal no ha tenido variación alguna, y en su estudio, realizado por la Comisión Redactora se aprobó sin mayor discusión, siguiendo los modelos clásicos ya mencionados.

Doctrina.

Artículo 444 del Código Penal: ***“Se presume autor de tentativa de robo el que se introdujere con forado y fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”.***

Para comenzar debemos recordar cuándo se entiende que nos encontramos ante un delito tentado. El artículo 7, inciso 3° del Código Penal señala que ***“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”*** .

La situación que aquí se presenta es aquella en que el actor o sujeto activo, realiza una actividad determinada encaminada a la ejecución del delito, sin que ello se produzca, por la existencia de algún impedimento que no permitió la consumación del delito. Debemos recordar que en un delito existe un proceso de realización del mismo, el cual es llamado doctrinariamente “iter criminis”, distinguiéndose entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Garrido Montt, en su manual de Derecho Penal, señala como características de este precepto, las siguientes:

Se trata de una presunción legal, por lo cual puede desvirtuarse rindiendo prueba en contrario.

Dicha presunción sólo opera tratándose de lugares habitados o destinados a la habitación y sus dependencias, quedando por tanto fuera de esta presunción, los lugares no habitados, los sitios no destinados a la habitación y los bienes nacionales de uso público.

La presunción ,según las circunstancias concretas del hecho,se refiere exclusivamente a los delitos de robo con fuerza en las cosas descritos en el artículo 440,no podrá presumirse una tentativa de delito de robo con violencia en las personas,no obstante tratarse de lugares habitados.

Para que opere la presunción el sujeto debe ser sorprendido dentro del lugar habitado, o sea haber penetrado materialmente al recinto de que se trate.

El hechor debe haber empleado, para introducirse al lugar del delito, alguno de los medios de ejecución señalados en la ley, es decir, forado, escalamiento, fractura, llaves falsas o verdadera sustraída o ganzúas³⁸⁴.

En caso que el inculpado no logre desvirtuar la presunción que obra en su contra, es procedente que se le condene como autor de tentativa de robo; de este modo, no se aplica el inciso 1° del artículo 450 del Código Penal, que sanciona como consumados los delitos de robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación desde que se encuentran en grado de tentativa.

Etcheberry señala que el efecto práctico de esta disposición es más bien el de delimitar el ámbito de los actos preparatorios para distinguirlos de los actos que corresponden a la tentativa. A continuación hace presente que con la redacción primitiva del artículo, no se hacía sino consagrar expresamente en esta situación la tentativa o delito frustrado, según las reglas generales, lo que hacía inútil la figura. Al sacar la frase “*con intención de robar*”, esta disposición se transformó en una presunción de tentativa, derivada del aspecto meramente legal. No se considera entre los medios que hacen presumir la tentativa la introducción que se consigue “con auxilio de domésticos”, ya que esta hipótesis no responde siempre a una tentativa de robo y con frecuencia persigue otros fines³⁸⁵.

Apreciación crítica de los Memoristas.

El establecimiento de esta presunción simplemente legal de robo, respecto de aquel que ingrese a un lugar habitado o destinado a la habitación por alguno de los tipos de fuerza a los que se refiere este artículo es simplemente injustificado. La ausencia de fundamentos de peso, e incluso indiferencia, por parte de la doctrina, tribunales y por el legislador respecto de la existencia de una disposición de esta naturaleza es preocupante, pero su mantención a lo largo de los años resulta paradigmática en cuanto al retraso de las disposiciones de nuestro Código, en especial respecto del hurto y robo.

Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, la falta de armonía entre esta norma y el resto del Código Penal es notoria; tal alteración a las cargas probatorias no las encontramos en otras figuras típicas. Además, si bien no nos aventuramos a calificar la disposición como inconstitucional, al menos si nos parece que su conformidad con Principios como los de un procedimiento racional y justo; y con el Principio de Inocencia, es discutible.

En definitiva, y frente a un repudio dogmático, político criminal, como también jurisprudencial en cuanto a la aplicación de esta norma, creemos que, de lege ferenda, su eliminación es el mejor camino por el cual se puede optar.

Derogación.

³⁸⁴ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.240-241.

³⁸⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.255-256.

Como señalamos precedentemente, creemos que lo mas aconsejable, desde el punto de vista jurídico, sistemático y, sobretodo político-criminal, es la derogación de esta presunción, razón por la cual, no será incluida en nuestro proyecto de articulado para los delitos de hurto y robo dentro del Código Penal.

Artículo 445

Evolución durante su vigencia.

Sobre este artículo, que se ha mantenido sin variación durante su vigencia, en su discusión se resolvió formar un solo inciso de los dos originalmente propuestos, diciéndose “*el que fabricare, expendiere, adquiriere o conservare, etc.*”, a fin de que en todos estos casos se exija el conocimiento cierto del destino que va a darse al instrumento, circunstancia que en el proyecto solo se consideraba necesario respecto de la adquisición y conservación.

Doctrina.

Artículo 445 del Código Penal : ***“El que fabricare, expediere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente para su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo”***.

En España autores como Cuello Calón, señalan, al referirse a esta disposición, también existente en el Código Penal Español, que el delito aquí previsto realmente constituye un acto preparatorio del robo. Está constituido por la tenencia, o por la fabricación de ganzúas o instrumentos destinados a ejecutar el delito. El texto no prevé la venta de dichos objetos, pero comentaristas opinan que tal hecho debe de considerarse comprendido en su espíritu, toda vez que no es posible vender dichos instrumentos sin que como poseedor de ellos, alcance a aquel la responsabilidad señalada en este artículo ³⁸⁶.

En Alemania, Mezger menciona “entre los casos especiales de hurto contemplados en la legislación Alemana se ha considerado, la posesión de instrumentos para hurtar por parte de personas sospechosas, como acción preparatoria punible del hurto” ³⁸⁷.

En este artículo se presume el propósito de los individuos que tengan los instrumentos señalados para ejecutar el robo, lo que determina un interés de impedir la ejecución del delito antes de que este tenga comienzo. Se trata de un caso, de acuerdo a las reglas generales, de actos preparatorios del delito, que de acuerdo a las reglas generales no sería punible.

Las conductas punibles en este caso, consisten en “fabricar, expender, o tener en su poder, tales objetos”. El término “expender” consiste en entregar, ya sea a título gratuito o a título oneroso.

³⁸⁶ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.849-850.

³⁸⁷ Edmundo Mezger, “Tratado de Derecho Penal”, Revista de Derecho Privado, Madrid 1946, pág. 187 y sgtes.

Para Etcheberry, con el fin de evitar aplicaciones demasiado amplias del precepto, la ley señala dos limitaciones:

Los instrumentos deben estar destinados conocidamente para efectuar el delito de robo, en este sentido, para dicho autor, se trata de un delito de peligro concreto, y no meramente abstracto, puesto que se requiere la efectiva comprobación del destino futuro de los objetos.

Se admite al que incurre en la conducta descrita en la disposición, que dé descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación

³⁸⁸

Para Garrido Montt, la fabricación y tenencia de estos utensilios no son actos preparatorios ni menos ejecutivos del delito de robo, simplemente se describe una figura penal independiente de peligro abstracto³⁸⁹.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Creemos que en este artículo se está sancionando una conducta que es de preparación del delito, es decir, un delito que aun no comienza a ejecutarse materialmente, y según la aplicación de las reglas del iter criminis se trata de una conducta no punible. Hay que recordar lo que señala nuestra doctrina respecto de las etapas de ejecución del delito, en el sentido que dicho proceso de ejecución *“puede verse interrumpido en cualquiera de sus distintas etapas, por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. Cuando eso ocurre antes de que la voluntad delictiva se haya manifestado exteriormente de algún modo, la situación es irrelevante para el derecho, en virtud del principio, aceptado ya por los juristas romanos, de que cogitationis poenam nemo patitur (el puro pensamiento nunca es punible). Tampoco ha de considerarse la realización de actos preparatorios a los cuales no se sigue la verificación del delito . Pero cuando el sujeto emprende la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, o cuando, ejecutada toda la acción, no se consigue ocasionar el resultado típico, se da lugar a una sanción pena”*³⁹⁰.

En otras palabras, los actos preparatorios no son punibles, pues aún no se da lugar a la ejecución del delito. Los únicos casos en que la ley penal sanciona actos preparatorios son los de la conspiración y proposición para cometer un crimen o simple delito y el artículo 8° del Código Penal es claro en señalar que *“sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente”*. Hay que recordar que la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito, y que la proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o simple delito, propone su ejecución a una o más personas (artículo 8° inciso 2° y 3° del Código Penal). Si analizamos el artículo 445 vemos que se sanciona un acto preparatorio y que no se puede enmarcar ni dentro de la conspiración ni dentro de la proposición; entonces, la ley está sancionando una conducta que según las reglas generales no es punible, lo que nos parece incorrecto.

³⁸⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.254-255.

³⁸⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.241-242.

³⁹⁰ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.184.

Derogación.

En base a lo ya señalado, consideramos inapropiado establecer una pena para una conducta que sirve de preparación del delito, puesto que ello implica una extensión inaceptable del Derecho Penal que se opone a los principios de intervención mínima, de proporcionalidad y de ultima ratio, razón por la cual esta disposición quedará derogada de nuestro articulado tentativo para el Código Penal.

Párrafo 4º del Libro II, del Título IX del Código Penal: “Del hurto”.

Artículo 446

Evolución durante su vigencia.

El artículo 446 ha sido objeto de tres modificaciones desde su redacción primitiva, que fue aprobada sin discusión por la Comisión Redactora. La primera de estas se produce el año 1996 mediante la Ley N° 19.450. Se fundamenta esta ley en que en los delitos patrimoniales la gravedad del delito está dada fundamentalmente por el monto de lo defraudado y el daño provocado. Además se considera que en los artículos 189, 223, 448, 457, 467, y 477 del Código Penal se gradúan las penas en relación a sueldos vitales. Esta aplicación de penas en relación a sueldos vitales, ha quedado desfasada en el tiempo, obsoleta, lo que provoca arbitrariedades e injusticias, cuando los sueldos vitales ya no tienen aplicación.

La moción parlamentaria, que tiene su origen en la Cámara de Diputados, da un ejemplo en el que se aprecia lo señalado anteriormente:

“...el artículo 446, castiga en su N° 3 a los reos de hurto con presidio menor en su grado mínimo, si el importe de la cosa hurtada no subiere de cuatro sueldos vitales ni bajare de medio sueldo vital.

El porcentaje piso de medio sueldo vital obliga a los Juzgados del Crimen a conocer todas las materias cuya cuantía exceda ese porcentaje, que por supuesto es baja.

Sólo de este porcentaje hacia abajo conocen los Juzgados de Policía Local conforme lo dispone el artículo 494 N° 19, del Código Penal.

La aplicación de penas en base a tan escasa cantidad de dinero, trae como consecuencia un mayor ingreso de causas a los Juzgados del Crimen, que deberán conocer junto a los casos de mayor gravedad hechos que pudieran constituir faltas y ser atendidas como tales”.

Así, lo que se pretende con esta ley es modificar algunos artículos en orden a aumentar el umbral punitivo de los tipos penales en los que la pena impuesta tiene relación proporcional al monto de lo defraudado y al daño provocado, logrando con esto una adecuación de pautas y disposiciones legales acordes con las actuales circunstancias sociales y económicas del país y un descongestionamiento de los juzgados del crimen en relación a los llamados delitos de bagatela.

Es relevante señalar que a la fecha de presentación del proyecto (3 de marzo de 1993), un sueldo vital equivale a \$6.394,69 mientras que un ingreso mínimo es \$38.600.

El 19 de Septiembre de 1994 la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia evacuó un informe sobre el proyecto, en el cual esta Comisión se muestra de acuerdo en que la aplicación de penas pecuniarias en relación a sueldos vitales ha quedado desfasada en el tiempo, obsoleta, lo que provoca contrariedades e injusticias, más aún, cuando los sueldos vitales ya no tienen mayor aplicación. Agrega la Comisión que, se debe además tener en cuenta el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que consagra, entre otros derechos relacionados con la igualdad ante la ley, el de legalidad de la pena. Junto con el principio anterior, tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad de las penas, que presupone que esta debe estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado,

lo que, a su juicio, no se da en la actualidad, por lo menos, en lo que se refiere a los delitos de índole patrimonial y con las penas pecuniaria.

La segunda modificación que tiene este artículo es mediante la Ley N° 19.501, de 15 de Mayo de 1997, que tuvo su origen en un mensaje del Presidente de la República. Esta Ley ha sido bastante analizada en el Capítulo Primero de este trabajo, por lo que nos remitiremos a lo ahí señalado.

Finalmente este artículo fue modificado por Ley N° 19.950 de 05 de junio de 2004, que aumenta las sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación, y no es más que una respuesta al problema del llamado "hurto de hormiga", delito muy típico de los supermercados. Este tipo de hurto consiste en que el sujeto activo sustrae especies de los locales comerciales, pero hasta un monto inferior a 1 UTM, a efectos de cometer una falta y no un delito. Lo anterior no resultaría tan grave si se cometiera una sola vez en el tiempo, sin embargo lo característico del hurto de hormiga, es que varias personas distintas o una misma persona en diversas ocasiones sustraen especies hasta un monto inferior a 1 UTM, especies que sumadas todas conllevan un fuerte perjuicio a las víctimas de estas faltas.

Así, la ley en análisis introduce cambios al artículo 446 del Código Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

Art. 446.- Los autores de hurto serán castigados:

1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediera de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° *Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare cuatro unidades tributarias mensuales.*

Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Doctrina.

Artículo 446 del Código Penal: " *Los autores de hurto serán castigados:*

1° con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2° con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

*Cabe señalar que más adelante haremos referencia al llamado hurto de hormiga (en los cuales el valor de la cosa hurtada no excede de media unidad tributaria mensual), figura contemplada por el artículo 494 bis del Código Penal.

Este sistema de graduación de la pena del hurto en relación al valor de la cosa ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina.

Garrido Montt opina que no puede menos que criticarse el sistema porque, resulta evidente que el valor de la cosa no tiene relación con el perjuicio causado a la víctima, y además señala que imponer una pena privativa de libertad y además una multa es criticable, porque en la mayoría de los casos este delito es cometido por personas pobres, de tal forma que al verse impedidos de pagar la multa, deben sustituirla por reclusión, aumentando la duración de la sanción privativa de libertad³⁹¹.

Para el profesor Künsemüller "el criterio estrictamente objetivo y monetarista empleado por el código, (...) se traduce al final en el establecimiento de numerosas cuantías cerradas que anulan toda posibilidad de arbitrio judicial, desde que no consideran otros elementos valorativos útiles para dimensionar y subsumir la conducta ilícita" . Cree necesario estudiar una solución político-criminal que prescinda -al menos como factor único y determinante- del criterio de las cuantías, salvo para diferenciar entre el delito y falta, solución que base la penalidad del delito de hurto en factores más realistas, factores que puedan ser conocidos y queridos

por la voluntad de realización del sujeto activo³⁹² . El mismo autor, al plantear las posibles bases para una reforma en materia de hurto y robo, señala que una futura reforma, que acoja el criterio de emplear legislativamente la referencia a la cuantía de lo hurtado sólo como delimitadora entre delitos y faltas, habrá de tener una mentalidad realista para establecer un quantum divisorio que permita mantener dentro del ámbito contravencional a los "hurtos de bagatela"³⁹³ .

Por su parte, Pacheco señala: *"La verdad es que en estos límites tomados de la cuantía, ha de haber siempre mucho de arbitrario; pero esta arbitrariedad es indispensable. Si no se dijese cinco duros, se habría de decir diez, o veinte, o ciento; en todo caso entre el límite de la cantidad señalada y otra inmediatamente superior, no habría nunca sino un real de diferencia. Hay pues, que resignarse a este inconveniente de toda pena racional"*³⁹⁴ .

Etcheberry nos dice que, sin embargo, debe tomarse en cuenta que las formas más odiosas o peligrosas de hurto ordinariamente lo transforman en robo, y que otras circunstancias dignas de ser consideradas, sin llegar a transformarlo en robo, determinan la penalidad del hurto calificado, de modo que prácticamente no queda otro criterio de graduación, si no se desea castigar por igual todos los hurtos. Además, dentro de un sistema legislativo que integra el delito con el ánimo de lucro, no resulta tan criticable

³⁹¹ Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal, Parte Especial", V.4, 1997, pág.168-169.

³⁹² Carlos Künsemüller L., "Delitos de Hurto y Robo. Caracteres Generales en el Código Penal Chileno. Consideraciones político-criminales. Bases para una reforma", material complementario a la cátedra de Derecho Penal Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, año 2002, pág.3.

³⁹³ Carlos Künsemüller L., op.cit., pág.5.

³⁹⁴ Joaquín Pacheco, "Código Penal Concordado y Comentado, libro II" V.3, 1888, pág.327.

que se atiende, para la penalidad, al valor de la cosa, que ordinariamente será lo que ha impulsado al hechor a delinquir. Para este autor, el verdadero problema que se suscita es el de determinar cómo se aplica la pena cuando el delito ha quedado en grado de tentativa. Es difícil precisar el valor del objeto hurtado cuando no se ha alcanzado a consumir la apropiación. Etcheberry señala que Labatut considera muy censurable el criterio objetivo de graduar la sanción tomando como base el valor de las cosas hurtadas, porque el agente, al cometer el delito, ignora de ordinario el verdadero valor de las cosas que se apropia, de donde resulta que la pena va a depender de un factor que a menudo escapa a su conocimiento³⁹⁵.

Bajo Fernández señala, a propósito de comentarios al proyecto de 1980 para el Código Penal español, que el cambio es radical, en cuanto que en el sistema anterior la pena venía determinada rígidamente en función de cuantías, de modo que el juzgador tenía una vinculación cuasiabsoluta a lo dispuesto en la ley. Por el contrario, con el sistema actual, sólo se hace de forma fija y determinada la distinción entre hurto como delito y el hurto como falta, mientras que en el resto de los supuestos queda al total arbitrio del juzgador con elementos valorativos tales como *“perjuicios de especial consideración”*, *“grave situación económica”*, *“circunstancias personales de la víctima”*. Este cambio ha preocupado, sin duda, a la doctrina que, comentando el proyecto de 1980 con una redacción similar, llega a sostener que *“aquí tiene el arbitrio judicial espléndido campo donde actuarse, lo que, desde luego, exige una decidida formación de jueces penales con vocación de tales”*³⁹⁶, y *“con ello se introduce un sistema casi de libre arbitrio judicial en la medición de la pena”*³⁹⁷ -³⁹⁸.

En la doctrina española también encontramos a Puig Peña apoyando la crítica a este sistema de penalidad. Señala que este criterio es censurable, y aún más, si se mezcla ese punto de vista objetivo y totalmente extrínseco con la circunstancia personal de reincidencia³⁹⁹.

El hurto es la figura base y subsidiaria en los delitos de apropiación por medios materiales, por este motivo muchos autores se han inclinado a proponer despenalizar esta figura en sus formas más simples y dejarlo como ilícito civil, o por lo menos dejarlos como delitos de acción penal privada. Apoyando esta tendencia en Chile, el profesor Mera Figueroa nos dice que existen hurtos en que por las circunstancias de comisión o por el escaso valor de las cosas sustraídas, pareciera más razonable prescindir, de acuerdo con el principio de la última ratio y a consideraciones político criminales, de la intervención penal del Estado; debería procederse, según el citado profesor, a una *“descriminalización”* del hurto, y pone como fundamento las excusas legales absolutorias contempladas en el artículo 489 del Código Penal, en que la ley ha optado por la despenalización de ciertos atentados patrimoniales no violentos entre ciertos parientes, y esto por razones de política criminal⁴⁰⁰.

³⁹⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.307.

³⁹⁶ Fernando Díaz Palos, Revista Jurídica de Cataluña, 1980, pág.58.

³⁹⁷ Susana Huerta Tocildo, Cuadernos de Política Criminal, España, 1981, pág.484.

³⁹⁸ La cita está tomada, de Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.63, quien, a su vez, cita a Díaz Palos y Huerta Tocildo.

³⁹⁹ Federico Puig Peña, Derecho Penal, Parte Especial, tomo IV, V.II, Barcelona, 1959, pág.223.

⁴⁰⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.59.

El tema de la despenalización del hurto no es algo nuevo en la doctrina, así, según Cesar Beccaria *“los hurtos, que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno, debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible, y acaso no necesario) ha dejado solo la desnuda existencia; y tal vez las penas pecuniarias aumentarían el número de los reos, conforme creciere el de los necesitados, quitando el pan a una familia inocente, para darlo a los malvados, la pena mas oportuna será aquella única suerte de esclavitud, que se pueda llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo, para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social. Pero cuando el hurto está mixto con violencia, la pena debe ser igualmente un mixto corporal y servil”*⁴⁰¹.

Ricardo Núñez señala que *“el daño causado por el hurto y, por consiguiente, dicho valor, así como la calidad de los motivos que determinaron al autor a hurtar, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio y de los suyos, son circunstancias del hecho que deben tenerse en cuenta para fijar la pena aplicable dentro del marco establecido por el artículo (...)”*. Esta opinión se da sobre la base de eliminar la circunstancia del valor de la cosa para determinar la escala de penas, y establecer una pena única⁴⁰².

Mera Figueroa nos señala algunas alternativas político criminales a considerar:

Sanciones no penales para la criminalidad de bagatela.

Penas para el hurto alternativas a las privativas de libertad. Siendo especialmente adecuada la pena de multa. El autor hace alusión a la inutilidad de las penas privativas de libertad y su desproporción en relación al bien jurídico protegido en el hurto, y esto en consideración a los principios democráticos, a los derechos humanos y a la evolución de principios del derecho penal como la última ratio y el de necesidad.

De mantener penas privativas de libertad para el hurto, deberían ser de corto tiempo y con la posibilidad de cambiarse por medidas alternativas, y no deberían graduarse en función del valor de la cosa sustraída. El valor de la cosa debería considerarse sólo para establecer la brecha entre el hurto como delito y la respectiva falta.

Por último, el autor nos dice que cabe considerar dejar siempre la posibilidad abierta al juez, de no aplicar pena, de acuerdo al principio de necesidad⁴⁰³.

El mismo autor opina que, conforme con lo anterior, no deberían existir penas mínimas, ya que el principio de legalidad queda salvado con la existencia de penas máximas para el hecho⁴⁰⁴.

Para Francesco Carrara la circunstancia del valor de la cosa para graduar la penalidad del hurto, se presenta para todos como una intuición instintiva. Señala que aceptan este criterio los seguidores de la escuela ascética, quienes se fundamentarían en que en el valor de la cosa se revela mayor maldad del culpable; que también lo aceptan los que apoyan la teoría de la *spinta* (impulso), porque en razón del mayor valor de la cosa se aumenta el impulso a delinquir, por el aumento de utilidad del delito; lo aprueban los seguidores de

⁴⁰¹ Cesar Beccaria, “De los Delitos y de las Penas”, pág.115.

⁴⁰² Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, 1951, pág.119.

⁴⁰³ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.100-103.

⁴⁰⁴ Jorge Mera Figueroa, ídem.

la teoría del daño, para los cuales el mayor valor de la cosa hurtada aumenta el perjuicio patrimonial del ofendido. Este autor nos dice que pese a todo lo anterior, también hubieron quienes opinaron que el criterio del valor de la cosa no debía tomarse en cuenta, lo cual generó una división en el tema⁴⁰⁵. Carrara cita a Erhard, quien demuestra que el valor de lo sustraído debe entrar en el cálculo de la penalidad del hurto, valiéndose incluso de razones políticas, al observar que sin ello se alentaría a los ladrones a la comisión de grandes hurtos. O sea que, al ladrón le daría lo mismo hurtar algo de gran valor, ya que no influiría en su castigo⁴⁰⁶. El mismo Carrara nos dice que Platón y aquellos lo siguen en este punto, parten fundamentalmente de dos consideraciones. Califica la primera de estas consideraciones como *extrínseca*, que se basa en la idea de que si el ladrón robó poco, ello fue debido a que no pudo robar más, toda vez que su deseo habría sido robar lo más que pudiese, pero el penalista dice que esto no es cierto, ya que según la experiencia muchas veces alguien roba poco porque se satisface con eso, y sería injusto partir de una suposición que generalmente no se da en la práctica. A la segunda consideración la califica de *intrínseca*, basada en la idea que el delito de hurto consiste en la violación del derecho de propiedad, el cual es siempre igual en su ser abstracto: cuando aquel derecho fue violado, el delito es siempre igual, pero para Carrara esto es un error; para este autor el derecho de propiedad tiene dos valores, uno abstracto y absoluto, otro concreto y relativo, el primero invariable. Para Carrara el valor más a considerar es el segundo, ya que este derecho aumenta o disminuye en su importancia, según aumente o disminuya el valor del objeto sobre el cual se asienta. No se puede negar que el daño mediato e inmediato del delito de hurto aumenta al aumentar el valor de lo sustraído. Señala que por esta razón es imposible servir a la justicia eliminando totalmente del cálculo de la cantidad política del hurto toda consideración del valor de lo sustraído. Según Carrara, es una regla indefectible que la importancia del derecho lesionado influye sobre la cantidad del delito, pero la importancia del derecho lesionado por el hurto no puede ser juzgada con exactitud sin tomar en consideración el valor de la cosa. Cita a Filangeri, quien critica la regla del valor desde la perspectiva de la víctima, y de ello concluye la imposibilidad de una valoración exacta del daño, observando que causa más daño robarle a un pobre un escudo que al rico robarle diez. Carrara opina que esto se traduciría en que si aceptamos el criterio del daño, debiera castigarse más el hurto cometido contra un pobre y menos el hurto cometido contra un rico, nos dice que la eventualidad de un mayor daño relativo derivado de un delito por causa de ciertas posiciones excepcionales de su víctima, es común a todos los delitos, y poco cuesta advertirlo⁴⁰⁷.

Ortiz Quiroga opina que la privación de libertad como pena fundamental en nuestro país no ha resultado de acuerdo a los fines de prevención general o especial que pudieren entenderse debe cumplir la pena. Desde el punto de vista de la prevención especial la pena de cárcel no cumple con el fin resocializador y esto se demuestra en el hecho que los ladrones que caen presos por delitos de hurto son generalmente reincidentes. En cuanto al valor de la cosa tomado en consideración como fundamento de la punición en el delito de hurto, señala que esto es complicado porque permite establecer el quantum de la sanción en función de la suerte que

⁴⁰⁵ Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial", 1946, V.4. pág.53 y sgtes.

⁴⁰⁶ Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial", 1946, V.4. pág.53 y sgtes.

⁴⁰⁷ Francesco Carrara, "Programa de Derecho Criminal. Parte Especial", 1946, V.4. pág.53 y sgtes.

ha tenido el ladrón, opina que el calibrar la sanción en relación a algo que no está necesariamente vinculado al reproche, al juicio de culpabilidad, no es adecuado ⁴⁰⁸ .

Apreciación crítica de los Memoristas.

En el artículo 446 de nuestro Código Penal se distinguen penas diferentes para el delito de hurto; decrecientes en gravedad según encuadren en las cuantías que se contienen en el mismo artículo. Ello sin perjuicio de las circunstancias agravantes del artículo 447 y de las disposiciones comunes de los artículos 449 y siguientes.

El criterio de atender a la cuantía de la cosa hurtada como sistema de graduación de las penas ha sido fuertemente criticado, tanto por no reflejar de la manera debida la valoración social de la propiedad, como a sí mismo por no guardar coherencia con la pena asignada a lesiones de bienes jurídicos de mayor entidad como lo son la vida de las personas y la salud e integridad física de ellas.

Creemos que es irracional la mantención de un sistema de cuantías como elemento esencial en la determinación de las penas de cualquier delito, expresándose en bruscas diferencias en atención al mayor o menor valor de la cosa objeto de el. Si el fin de la pena es robustecer la naturaleza prohibitoria de una norma, en el sentido de que a mayor nocividad social de una conducta más intensa debe ser la pena; entonces, como señala el penalista Enrique Gimbernat, la gravedad de una pena debe determinarse sobre la base del valor del bien jurídico penalmente protegido⁴⁰⁹. De este modo y solo como ejemplo, podemos ver que en el caso del hurto de una cosa cuyo valor supera las 400 U.T.M., su penalidad equivale a la mínima de la violación de una persona adulta; es superior a la del fraude al fisco y; es inferior en un solo grado a la mínima del homicidio. Así las cosas, la distorsión valórica en que se desenvuelve el sistema de penalidad en este tipo de delitos meramente patrimoniales es notable, siendo imperiosa su modificación.

En el Derecho comparado, la fórmula de determinación de la pena según el valor de la cosa ya es obsoleta; implica una intervención máxima de Derecho Penal que conlleva a una desproporción de las penas aplicadas frente a casos que muchas veces constituyen lesiones de no mucha relevancia con relación a bienes jurídicos jerárquicamente superiores. La tendencia de los Códigos Penales más avanzados es determinar las penas, y en su caso agravarlas, conforme a factores vinculados a la importancia social del bien jurídico lesionado traducida en cosas de gran valor artístico, histórico, cultural o científico; cosas destinadas a algún servicio público o que sean de primera necesidad; o bien que la sustracción de las cosas implique perjuicios de especial consideración.

En España, salvo respecto de ciertos casos, la reforma de su Código Penal en 1983, terminó con el sistema objeto de nuestra crítica, observándose el valor monetario de la cosa únicamente para establecer el límite entre el delito de hurto y la falta. Creemos que es este el camino que sobre el punto debe seguir una eventual reforma a nuestro Código. Pensamos que un límite razonable, para configurar el delito de hurto, distinguiéndolo así de la falta, es que el valor de la cosa exceda las cinco U.T.M.. Demás está decir que este

⁴⁰⁸ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

⁴⁰⁹ En este sentido, Enrique Gimbernat Ordeig, Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1981.

monto es absolutamente discutible, ya que en la actualidad asciende a poco más de treinta mil pesos (\$30.277 equivalente a 1 UTM) correspondiendo al legislador fijarlo en definitiva.

Uno de los problemas más serios que sufre nuestro sistema de graduación de pena en el delito de hurto, es el hecho originar la supresión de posibilidades para el arbitrio judicial en cuanto a la consideración de factores más relevantes que el monetarista; este factor no pertenece al aspecto subjetivo del tipo, es un factor externo, más aún, en muchos casos quedará fuera del dolo del agente. También se generan dificultades respecto de la tentativa, en el caso de que se carezca de elementos objetivos que permitan determinar que cosa iba ser el objeto del desplazamiento patrimonial. Además, el sistema de nuestro Código se traiciona a sí mismo, en cuanto a que siempre corresponderá la aplicación de la misma pena a partir de las 400 Unidades Tributarias Mensuales, no obstante que, para ser realmente un sistema coherente, la pena del hurto de una cosa que supere por mucho esta cantidad debiera ser considerablemente superior a la pena de un hurto que la excede ínfimamente.

Referencia a la Ley N°19.950, de fecha 05 de Junio de 2004 , que aumenta las sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación:

La presente obra no puede hacer caso omiso a los cambios legislativos en materia de hurto y robo, cambios que delatan las falencias de la normativa vigente y demuestran la inquietud del órgano legislativo por dar una mejor solución a dichas falencias.

En esta línea, aparece la Ley 19.950, como una respuesta al problema del denominado “ **hurto de hormiga** ” (hurtos no superiores a media unidad tributaria mensual, artículo 494 bis del Código Penal), delito muy típico de los supermercados. Este tipo de hurto consiste en que el sujeto activo sustrae especies de los locales comerciales, pero hasta un monto inferior a 1 UTM, a efectos de cometer una falta y no un delito.

Lo anterior no resultaría tan grave si se cometiera una sola vez en el tiempo, sin embargo lo característico del hurto de hormiga, es que varias personas distintas o una misma persona en diversas ocasiones sustraen especies hasta un monto inferior a 1 UTM, especies que sumadas todas conllevan un fuerte perjuicio a las víctimas de estas faltas.

El poder legislativo ha reaccionado dictando esta nueva ley en razón de las millonarias pérdidas que sufren anualmente los locales comerciales, especialmente los supermercados, ya que como su denominación lo indica, estos delincuentes son como las hormigas, transportan su mercadería de a poco, pero finalmente acumulan un gran stock.

La ley en análisis introduce cambios al Código Penal, los que a continuación se destacan:

Art. 446.- Los autores de hurto serán castigados:

1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediera de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° *Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.*

Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.

Art. 451.- En los casos de reiteración de hurtos, ***aunque se trate de faltas***, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.

En el Art. 494 N° 19 se suprime el guarismo “ 446”.

Se agrega un **Art. 494 bis.-** ***“Los autores de hurto serán castigados con prisión en sus grado mínimo a medio y multa de una a cinco unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.***

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en su grado máximo.

En el caso en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°.

Hay que hacer notar que, según señala el artículo transitorio, mientras no entre en vigencia la Reforma Procesal Penal en la Región Metropolitana, los Jueces de Policía Local, a quienes corresponda conocer las causas por las faltas señaladas, aplicarán el siguiente procedimiento:

La víctima que denuncie esa falta ante funcionarios de Carabineros o de Investigaciones y tema probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia y sus bienes, podrá pedir que se deje constancia, en el parte que se envíe al tribunal, de las medidas de protección que solicita.

Recibida la denuncia, el tribunal deberá pronunciarse inmediatamente sobre las medidas de protección solicitadas.

Para determinar el valor de las cosas hurtadas se considerará que su valor corresponde al precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan que el juez se forme una convicción diferente.

Las especies se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia y establecido su valor. En todo caso, se dejará constancia en el expediente, mediante fotografías u otros medios que resulten convenientes, de las especies restituidas o devueltas por orden del tribunal.

No podrá suspenderse, al mismo tiempo, la pena de prisión y la de multa.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4° del decreto ley N°645, de 1925, sobre Registro General de Condenas, el denunciante o querellante podrá solicitar la entrega de copia autorizada del fallo, con certificación de encontrarse ejecutoriado, y requerir la correspondiente inscripción ante el Servicio de Registro Civil e Identificación.

En definitiva, se reduce de una a media UTM el valor máximo de las especies hurtadas para que ese hurto se considere falta y a la sanción, que actualmente es una multa de una a cuatro UTM mensuales, se agrega la pena de prisión de 1 a 40 días, sin que pueda

suspenderse o conmutarse ambas penas, otorgándose protección a los denunciados y castigándose tanto la tentativa como el hurto frustrado. En el caso de la utilización de menores en este delito, se establece que si se logra determinar que tras ellos hay adultos, éstos recibirán el aumento de un grado en la pena.

Nos parece prudente, para concluir este escueto análisis de la ley N°19.550, hacer mención a la opinión del profesor Jorge Mera respecto a las figuras denominadas como “hurto de bagatela”, “hurto en supermercados” y “hurto en fábricas”. En su texto “Hurto y Robo”, este autor señala que en las mencionadas hipótesis “pareciera razonable prescindir, de acuerdo con el principio de la última ratio y a consideraciones político criminales, del extremo que representa la intervención poenal del Estado.

Existe una situación en que la ley, en consideración a las relaciones existentes entre autor y víctima, ha optado, por razones de política criminal, por renunciar a la sanción penal. Se trata de los hurtos (y otros atentados patrimoniales no violentos: defraudaciones y daños) que recíprocamente se causaren los cónyuges o parientes cercanos.

En la perspectiva descriminalizadora que sugerimos, podría seguirse, por otras razones político criminales, vinculadas siempre al carácter de última ratio del Derecho Penal, un predicamento similar, ampliando la excención de responsabilidad penal, en el caso de hurtos, a otras situaciones en las que la sanción penal no aparezca indispensable”⁴¹⁰.

La mención a la opinión del profesor Mera nos pareció necesaria, pues es contraria al criterio del legislador, contenido en la ley 19.550. El autor citado propone una descriminalización, si no total, a lo menos parcial, del hurto de bagatela, hurto en supermercados y del hurto en fábricas, siguiendo muy de cerca las reflexiones contenidas en el Informe del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad. La extensión de la materia, nos impide, en este trabajo, ahondar más respecto al tema⁴¹¹.

Texto propuesto para el artículo 446.

Como se ha dicho, los memoristas estamos de acuerdo en dejar de lado el actual criterio de determinación de la pena del hurto en relación al valor de la cosa hurtada. Este criterio solo será tomado en cuenta para establecer la necesaria distinción entre el hurto, como delito simple, y el hurto sancionado como falta. En este sentido, hemos optado por aumentar la cantidad de dinero que actualmente se utiliza para hacer tal distinción (Una Unidad Tributaria Mensual) y elevarla a 5 U.T.M. De esta manera queremos dejar establecido que el hurto de una cosa cuyo valor exceda de 5 U.T.M. será sancionado como hurto, en virtud del artículo 432 (del texto que nosotros proponemos en este trabajo), y si el valor es menor a dicha cantidad, será sancionado como falta. Estamos conscientes que toda determinación es arbitraria, sin embargo creemos que sancionar como hurto la conducta del que se apropia de una cosa de escaso valor es un exceso de represión que no se ajusta a los principios básicos del Derecho Penal ni forma parte de una política criminal acorde a nuestros tiempos. Por otro lado, el costo de llevar un juicio por delito es muy distinto del que implica una falta. En virtud de ello, no se justifica el desgaste, tanto de

⁴¹⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.59.

⁴¹¹ El análisis detallado de las razones político criminales para proponer la descriminalización de los hurtos de bagatela, el hurto “hormiga” cometido en supermercados y tiendas, y los hurtos cometidos por los empleados en las fábricas, talleres y oficinas donde trabajan se encuentra en: “Hurto y Robo”, Jorge Mera Figueroa, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.59 y siguientes.

recursos, infraestructura y recursos humanos para seguir un juicio criminal por una cosa que no exceda de 5 Unidades Tributarias Mensuales.

Artículo 447

Evolución durante su vigencia.

El artículo 447 fue aprobado por la Comisión Redactora sin mayor discusión, solamente modificando, de los modelos establecidos, el número dos de este artículo, en el que se señalará: *“bien sea en la casa en que sirve, o bien en aquellas a que lo hubiere llevado su amo o patrón”*, para comprender los dos casos que pueden ocurrir, de hurto cometido por sirviente de la casa a personas que viven o se alojan en ella, y el hurto hecho en casa ajena por el sirviente alojado allí con su amo. También en el número cinco se decidió incluir los términos *“patrón o comandante de barco”*, para comprender al jefe de toda especie de nave.

Este artículo ha sido objeto solamente de una modificación, que es la producida el año 1959, en la que mediante la Ley N°13.303 se suprime el primitivo número uno de este artículo, que establecía:

Art. 447: *“En los casos del artículo anterior podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado:*

*1°.- Cuando el autor del hurto fuere armado...”*⁴¹² .

Doctrina.

Artículo 447 del Código Penal : *“ En los casos del artículo anterior podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado:*

1° Si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón.

2° Cuando se cometiere por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado.

3° Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada u fonda.

4° Cuando se cometiere por patrón o comandante de buque, lancharo, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.”

En los casos en que concurren las circunstancias enunciadas en esta disposición, el hurto se convierte en calificado. El juez en estos casos, está facultado para aplicar la pena correspondiente al hurto simple, pero aumentada en un grado cuando la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo es de aquellas que mencionan las distintas alternativas contempladas en el artículo 447: la relación del doméstico con su patrón; la relación del

⁴¹² Recordemos que el propósito de la ley N°13.303 fue darle mayores facultades a los jueces para que no se vean obligados a aplicar sanciones que no coinciden con la gravedad del delito.

trabajador con el empresario; la relación del transportista con el pasajero; la relación del posadero u hotelero respecto del parroquiano o cliente. En todos estos casos, la doctrina y la tradición en nuestro país, han sostenido que las situaciones en comento suponen un vínculo de confianza, el cual permite al sujeto activo tener acceso más fácil a la cosa, vínculo que se quebranta, lo cual ameritaría un aumento de la pena.

Garrido Montt señala que esta es una norma que ha subsistido en el tiempo, pero que es sobradamente anacrónica. Señala que del contexto de la disposición, teniendo en cuenta que fue redactada en el siglo diecinueve, se desprende que en ella quisieron recogerse los casos más frecuentes de abuso de confianza en relación a los delitos de hurto, y cita a Francisco Pacheco, quien había expresado “*el hurto doméstico es más grave y más repugnante*” y sostenía que este tipo de calificantes “*son justas e inspiradas por el buen sentido*”⁴¹³. El autor nacional destaca que hoy en día los hechos comprendidos en las circunstancias de esta disposición han perdido la trascendencia social que se le reconocía en el pasado y, de facto, esta norma prácticamente carece de aplicación⁴¹⁴.

Ortiz Quiroga opina que la razón por la cual la ley faculta al tribunal para aumentar la pena cuando, por ejemplo, el transportista le hurta la maleta al cliente, es la mayor facilidad o acceso que tiene el sujeto activo a la cosa. Para Ortiz, más que una relación de confianza rota, estamos frente al aprovechamiento de las circunstancias fácticas que permiten al sujeto activo estar en contacto, sin sospecha, con la cosa. Puede que no exista esta relación de confianza, por consiguiente hablar de una relación fiduciaria traicionada es una ficción, especialmente en el caso de los trabajadores; puede que se tenga un trabajador sin tener una relación de confianza, lo mismo

ocurre con el transportista⁴¹⁵.

El profesor Vivian Bullemore opina que no es claro que las hipótesis del artículo 447 se traten de agravantes y no calificantes, por mucho que tengan el denominador común del “abuso de confianza”. Señala que el legislador pudo incluso haber omitido la tipificación de estas cuatro circunstancias y tales conductas habrían configurado hurtos agravados de todas formas, por concurrir la circunstancia agravante N°7 del artículo 12 del Código Penal. Según él, en las cuatro hipótesis está clara la presencia de abuso de confianza, sin embargo piensa que este abuso de confianza debe traducirse en alguno de los extremos objetivos del tipo, de modo que si tales extremos objetivos no se verifican, el hurto podrá agravarse por la circunstancia del N°7 del artículo 12. En conclusión, cree que efectivamente se trata de hurtos calificados, con circunstancias calificantes, que nos hacen pasar de un tipo penal residual (hurto simple) a un tipo penal calificado de hurto. Señala que la distinción hecha no es irrelevante, puesto que el artículo 69 del Código Penal otorga al juez mayor libertad para determinar la penalidad cuando se trata de agravantes, en cambio en el artículo 447 la libertad del juez se reduce a la posibilidad específica de aplicar una pena inmediatamente superior en un grado⁴¹⁶.

Etcheberry dice que a las hipótesis del artículo 447 suele llamárseles “hurtos calificados”, pero que en verdad, le parece que se trata sólo de hurtos agravados, y más precisamente, por la agravante de “abuso de confianza”. Para este autor, estos cuatro casos

⁴¹³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.170-171.

⁴¹⁴ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.171.

⁴¹⁵ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

⁴¹⁶ Vivian Bullemore, en “Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, apuntes de clases año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

representan hipótesis de “abuso de confianza”, por lo tanto, no puede tomarse además en consideración dicha circunstancia como agravante general, por estar especialmente reglamentada. Opina que el efecto que producen estas circunstancias de agravación es solamente una facultad que al juez se concede para aplicar la pena superior en un grado a la que sin ellos correspondería al hurto simple⁴¹⁷.

ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS AGRAVANTES DEL ARTÍCULO 447.

Hurto cometido por un dependiente, criado o sirviente asalariado, sea en la casa que sirve o en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón.

Según Labatut, esta circunstancia debe ser interpretada en forma estricta, por lo cual no queda comprendido en esta situación el empleado doméstico que hurta en la casa a que lo hubiere enviado su empleador⁴¹⁸.

El sujeto activo es el dependiente, criado o sirviente asalariado, señalando con esto una amplia relación de dependencia personal, siempre que sea asalariada y permanente. Según la normativa vigente, esta relación estaría dada comúnmente por la existencia de un contrato de trabajo entre el autor y la víctima. El lugar en que se cometiere el hurto es otro requisito para configurar la circunstancia N° 1: la casa en que se prestan los servicios, o la casa a que el amo o patrón hubiere llevado al dependiente, no a la casa que el amo o patrón lo hubiere enviado.

Etcheberry dice que el hurto doméstico presenta a veces dificultades respecto del delito de apropiación indebida, y señala que para él, el patrón no entiende, por lo general, confiar a los domésticos un poder autónomo de custodia y manejo de las cosas, sino una simple labor material que ejercitan como sus instrumentos, y siempre sometidos, en términos generales, a su vigilancia. Para este autor, excepcionalmente sería posible que una cosa particular haya sido entregada por el amo al criado en razón de algún vínculo jurídico especial que le confiera de hecho un poder autónomo de custodia y disposición de la cosa, y en este evento surgiría una apropiación indebida en vez de un hurto⁴¹⁹.

Carrara ve en esta circunstancia un principio moral en razón de la confianza traicionada, pero además un principio político, con lo cual se refiere a la disminución de la potencia de la defensa privada, ya que respecto a los domésticos resulta más difícil resguardar nuestras propiedades. Prefiere denominar a esta circunstancia agravante “*famulato*” y no hurto doméstico, ya que para él la denominación de “hurto doméstico” resulta muy ambigua, y esta ambigüedad derivaría de la clásica distinción entre hurto doméstico propio e impropio, el primero cometido por los consanguíneos de la víctima⁴²⁰. En todo caso, en nuestra legislación el hurto doméstico propio quedaría fuera de la protección penal, en virtud de la excusa legal absoluta del artículo 489 del Código Penal.

Cuello Calón sotoene que en el caso del hurto doméstico, la razón de la agravación se halla no solamente en la mayor peligrosidad del delincuente que abusa de la facilidad que su situación doméstica le proporciona para la ejecución del delito, o de la confianza en él depositada, sino también en la menor posibilidad de defensa por parte del perjudicado

⁴¹⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.308 y 311.

⁴¹⁸ Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.227.

⁴¹⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.309.

⁴²⁰ Francesco Carrara, “Programa de Derecho Criminal. Parte Especial”, 1946, V.4. pág.117-120.

y en la inquietud colectiva que el conocimiento de estos hecho produce⁴²¹. Este autor define el hurto doméstico como *“la sustracción de cosa perteneciente al amo o principal, o a otra persona, realizada por un criado o dependiente durante su permanencia o establecimiento, en cuyo interior presta un servicio retribuido, ya sea éste de carácter permanente, intermitente o accidental”*⁴²².

Hurto cometido por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado.

Para Etcheberry, la terminología empleada en la redacción de este numeral es muy anticuada, ya que hace mención al maestro y al aprendiz. Salva un poco el uso de los términos “obrero”, “casa, taller o almacén”, permitiendo incluir en la agravante N°2 a los obreros que actualmente prestan servicios en establecimientos industriales, pero no se entienden incluidos a los “empleados”, ya que a la fecha de la dictación del Código Penal se hacía la distinción entre “obrero” y “empleado”. El autor dice que, en todo caso es corriente que las cosas que son objeto de hurto sean manejadas por los obreros y no por los empleados, cuyo trabajo es predominantemente intelectual y no físico. Señala que las expresiones “casa, taller o almacén”, comprenden toda clase de establecimientos comerciales o industriales en que se presten los servicios, además del hogar doméstico del principal, si es allí donde se desempeñan aquellos⁴²³.

La segunda parte del N°2 se refiere al hurto cometido por individuos que prestan servicios retribuidos, pero no de forma continua, como por ejemplo: jardineros, limpiadores de piscinas. Además deben concurrir habitualmente a prestar servicios en una casa determinada⁴²⁴.

Según Garrido Montt, *“en el hecho, atendida la evolución que ha sufrido el desarrollo y tratamiento de la actividad laboral, las referencias que hace el Código a determinados trabajadores y lugares han dejado el precepto fuera de época (un almacén no puede asimilarse a un supermercado) y, por consiguiente, resulta improcedente en la mayor parte de los casos; su aplicación analógica debe descartarse por ser inconstitucional”*⁴²⁵.

Hurto cometido por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda.

Se refiere al hurto que se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospeda gentes, en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda. La terminología sigue siendo anticuada. El sujeto activo no es el sirviente doméstico, obrero o dependiente, sino el empresario. No es necesario que se trate del propietario del establecimiento, puede ser el administrador y aun cualquiera de los empleados que lo auxilian y que no sean sirvientes domésticos.

Etcheberry señala que aquí también pueden suscitarse problemas respecto al delito de apropiación indebida. Dice que en general existirá este último delito, y no hurto, cuando

⁴²¹ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.788-789.

⁴²² Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.788-789.

⁴²³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.309-310.

⁴²⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.309-310.

⁴²⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.171.

el huésped haya entregado especial y determinadamente al posadero un objeto de su propiedad para mejor custodia y seguridad del mismo, y quien lo recibió se apropia de él. Si no ha existido esta entrega especial, o si quien se apropia es otro empleado del establecimiento, el delito será regularmente hurto. La expresión “cosas que hubieren llevado a la posada o fonda” está referida a los huéspedes, no a los posaderos⁴²⁶.

Hurto cometido por patrón o comandante de buque, lancharo, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.

Este numeral se dedica a los empresarios de transporte, el hurto en este caso, recae sobre el equipaje u otros objetos de propiedad de los pasajeros o de los cargadores y fletadores. Debemos considerar como sujeto activo, no solo al empresario de transporte, sino también a su subordinados no obreros.

Etcheberry señala que al igual que en el N° 3, si ha existido una apropiación por quien recibió una especial entrega de las cosas para su transporte y custodia, el delito será de apropiación indebida y no de hurto. Además, sigue criticando en este numeral lo obsoleto y anticuada de la terminología empleada, además le parece que es impropio de un Código Penal lo ambiguo de expresiones como “carruaje” y “etc”

427

Apreciación crítica de los Memoristas.

Comúnmente se mencionan las figuras típicas contenidas en este artículo como “hurtos agravados”, esto, por incluir en todas sus hipótesis un aprovechamiento *“de un vínculo en virtud del cual un tercero ha depositado una fe especial en el sujeto activo del delito, esto es, una cierta esperanza en que por sus condiciones personales le guardará lealtad”*⁴²⁸, es decir, requieren de abuso de confianza. Sin embargo, el legislador ha acotado o delimitado esta causal de mayor reprochabilidad incorporando a las figuras del artículo 447 requisitos que constituyen elementos objetivos, referidos tanto al lugar físico donde el hurto se perpetra (V.gr. casa en que se sirve, o aquella en que lo hubiere llevado su amo o patrón; casa, taller o almacén de su maestro o persona para quién trabaja; posada o fonda; buque, carro, bodega, etc.); como también referidas a las calidades específicas del sujeto activo (V.gr. dependiente, criado, sirviente asalariado; obrero, oficial, aprendiz; posadero, fondista; comandante de buque, lancharo, etc.). De esta manera, la no concurrencia de estas circunstancias nos traslada automáticamente al hurto simple del artículo 432, aplicándose la pena conforme al artículo 446. Es decir, las hipótesis de los cuatro numerales del artículo 447 son en realidad calificantes del tipo residual de hurto, pudiendo así aplicarse perfectamente la agravante genérica del artículo 12 N°7 en caso de que en el hurto no concurren los presupuestos objetivos previamente mencionados.

La importancia de lo anterior radica en la libertad del juez para determinar la pena. Mientras el artículo 69 del Código Penal señala que: *Dentro de los límites de cada*

⁴²⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.310.

⁴²⁷ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.311.

⁴²⁸ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.132.

grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito; el artículo 447 por su parte, sólo faculta al juez a: aplicar la pena inmediatamente superior en un grado. Luego, la facultad del juez en la determinación de las penalidades respecto del delito de hurto es menor en las figuras del artículo 447.

El anacrónico contenido de la disposición, la cual se desenvuelve en un contexto de penalidad hipertrofiada respecto de los delitos patrimoniales conlleva, en la práctica, situaciones injustificadamente inconvenientes, reñidas tanto con los Principios de Proporcionalidad y Lesividad, como con la tendencia dogmática-jurídica actual, cuya pretensión es la de buscar fórmulas de penalización más flexibles, sin que, por cierto, impliquen o faciliten la generación de arbitrariedades.

En conclusión, creemos que el artículo 447 no solo es anticuado e innecesario, sino que además agudiza la desproporción de las penas aplicadas al delito de hurto.

Derogación.

Al tenor de la opinión precedentemente señalada, queremos dejar sentado que, haciendo eco de las críticas que la doctrina dedica a esta disposición, hemos optado por no contemplar esta situación dentro del texto de nuevo articulado para el Código Penal en materia de hurto y robo, por tanto, proponemos su derogación.

Artículo 448

Evolución durante su vigencia.

Este artículo 448, que es el último de del párrafo, ha sido objeto de varias modificaciones. En su redacción original establecía:

Artículo 448 : *“El que hallándose una especie mueble, al parecer perdida, cuyo valor exceda de diez pesos, no las entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quien sea este por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será condenado reo de hurto i castigado con presidio menor en su grado mínimo.*

También será condenado reo de hurto i castigado con presidio menor en su grado mínimo el que se hallare especies, al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa análoga, i no las entregare a los dueños o a la autoridad en su defecto.”

Las dos primeras modificaciones que tiene este artículo son producidas por las leyes 19.450 y 19.501, leyes ya analizadas precedentemente. La tercera y última modificación se produce el año 2002 mediante la Ley N°19.806. Dicha normativa, que tiene como antecedente obligatorio la modificación que sufre la legislación procesal penal, pretende hacerse cargo de las modificaciones que habrá que introducir a los cuerpos legales que se vean afectados por la nueva regulación que se dé al proceso penal. Así mediante esta ley, se pretende, entre otras modificaciones, reemplazar a lo largo de todo el articulado del Código Penal una serie de expresiones propias del antiguo procedimiento, que quedan, por lo tanto caducas con la nueva regulación. Es lo que acontece con los conceptos de “inculpado”, “reo”, “procesado”, que deberán ser reemplazados por conceptos como “imputado” o “acusado”, entre otras. Es de esta manera y siguiendo estos criterios que el artículo 448 se modifica, reemplazándose en sus dos incisos la frase “*será considerado procesado por hurto*” por la palabra “*será*”.

Doctrina.

Artículo 448 : *“El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales.*

También será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales el que se hallare especies al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa análoga, cuyo valor exceda la cantidad mencionada en el inciso anterior y no las entregare a los dueños o a la autoridad en su defecto”.

Resulta un poco difícil encontrar doctrina abundante acerca de esta figura, pues los autores al referirse a los delitos contra la propiedad o el patrimonio, tratan el tema del hurto de hallazgo de forma muy escueta, limitándose a explicar el tipo legal. Sin embargo en los apartados siguientes trataremos de exponer algunas de las opiniones de los autores en el tema.

Doctrina de los hurtos impropios:

Antes de analizar la figura del hurto de hallazgo, se hace necesario hacer una rápida revisión a la doctrina de los “hurtos impropios”, con la finalidad de entender cómo entra a jugar esta figura dentro de los delitos contra la propiedad.

Carrara apunta: *“Todo ente debe tener ciertos caracteres esenciales que lo constituyen. Cuando todos esos elementos concurren en el delito, se dice que es propio, vale decir, entero, completo en sus condiciones ontológicas. Por consiguiente, cuando alguna de tales condiciones falte, subsistiendo las otras, se dice que la noción es impropia, vale decir, incompleta, que no está entera en sus elementos constitutivos. Después, obedeciendo al principio de que cuando la ley impone una pena a un hecho debe haberlo contemplado en su completo modo de ser, se explotó ampliamente aquella observación enseñándose que la pena ordinaria solo podía aplicarse a los delitos correspondientes cuando fuese propios, pero que cuando, por defecto de un elemento cualquiera se tornan impropios, tiene que descenderse a una pena extraordinaria y más benigna”*⁴²⁹. El mismo autor agrega que *“los prácticos consideraron que el objetivo del hurto consistiría en la violación del derecho de propiedad y de la posesión. De aquí sacaron la conclusión de que cuando se violaba la propiedad ajena con ánimo de lucro, pero sin violar la posesión (porque el propietario ya estaba en ese momento privado de ella), le faltaba al hurto uno de sus objetivos y, precisamente, el de la violación de la posesión”*⁴³⁰. Continuando con su exposición, señala Carrara: *“podrá ser muy cierto que el hurto impropio no es hurto; y no lo es porque está ausente el elemento de la contrectación invito dominio y el carácter esencial de la posesión. Por esto, la ciencia moderna ha hecho muy bien en atribuirles a cada uno de estos hechos especiales, que no son hurtos, un nombre particular para que se distingan entre sí y para que todos se distingan del verdadero hurto. Pero cuando hay necesidad de expresar en una sola palabra toda la familia a la que estas figuras pertenecen, no pudiéndolas denominar hurtos, porque no lo son, es necesario usar una palabra que las comprenda a todas simultáneamente y que al mismo tiempo recuerde que ellas tienen de común el hecho de que no poseen todos los elementos exigidos por el título de hurto, lo que es una necesidad para el expositor”*⁴³¹.

En el mismo sentido, Ojeda Saldivia opina que faltando esta violación de la posesión, es racional que el hurto sea castigado con mayor benignidad. Señala además, que la diferencia entre el hurto propio e impropio obedece a una verdad ontológica y proviene de una clara diferencia tanto política como jurídica. Así, la diferencia jurídica estaría dada por la diferencia entre los derechos lesionados en los dos casos, y la diferencia política se explicaría porque media gran diferencia entre el disturbio que genera en la opinión de la

⁴²⁹ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2278.

⁴³⁰ Francesco Carrara, op.cit., parágrafo 2279.

⁴³¹ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2279.

seguridad el hecho audaz del verdadero ladrón, y el que ocasiona una acción de la cual el propietario sólo puede ser víctima debido a la demasiada ligereza, descuido o credulidad⁴³².

Hurto de hallazgo como hurto impropio:

De lo recién explicado, se desprende que en el hurto de hallazgo falta uno de los elementos fundamentales del hurto propio: la violación de la posesión ajena.

Carrara opina que *“es evidente que hay hurto impropio en el caso configurado en este título, pues cuando la pérdida de una cosa se efectúa naturalmente por descuido del dueño, por una parte hace cesar en el hecho la violación de la posesión ajena, y por otra disminuye la fuerza moral objetiva del delito, porque siempre que un ciudadano ha sido causa primaria de su propio perjuicio, lo demás, que se auguran a sí mismos mayor cuidado y prudencia, se alarman menos”*⁴³³.

Labatut señala que *“al igual que en el hurto común, existe en el hurto de hallazgo apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro; pero con la diferencia de que en este caso la apropiación se verifica sin quitar a otro la posesión o tenencia de la cosa, que la víctima ha perdido previamente sin intervención del hechor”*⁴³⁴.

Ortiz Quiroga afirma que es de la esencia del hurto la apropiación. Señala a su vez, que la apropiación es un termino complejo que comprende una aprehensión física, lo que denominamos sustracción, tomar la cosa, y en segundo lugar, un ánimo de señor y dueño. Sustraer, por consiguiente, es sacar la cosa de la esfera de señorío del propietario para llevarla a la esfera de señorío del ladrón, todo con ánimo de señor y dueño. Pero resulta que no calza este concepto de apropiación, que es un requisito del hurto, con el sujeto que se encuentra algo. El que se encuentra algo no sustrae, no hay una traslación de la esfera de dominio de la víctima a la del sujeto activo del delito. Hay ánimo de señor y dueño, hay un ánimo de tomar la cosa, pero no hay sustracción, un sacar la cosa. Señala que el concepto de apropiación esta basado, desde el punto de vista de su materialidad, en la sustracción. De ahí que, desde el punto de vista de su naturaleza, este hecho que la ley califica como hurto de hallazgo implica un matiz diferenciador en relación con el hurto corriente. Por eso es que en la mayoría de los códigos modernos no se considera el hurto de hallazgo dentro de los capítulos de los delitos de hurto, sino que estiman que se trata de una forma de apropiación indebida⁴³⁵.

Como señalaba Ortiz, algunos relacionan el hurto de hallazgo con la apropiación indebida, esto se hace patente en algunas legislaciones (por ejemplo en España, reforma de 1983), en las cuales se incluye expresamente el hurto de hallazgo en el título de la apropiación indebida. Los partidarios de esta teoría argumentan que en la apropiación indebida, la conducta delictuosa se produce una vez que la cosa ya está en poder del sujeto activo del delito. Entonces, para ellos la diferencia fundamental entre el hurto y la apropiación indebida sería la preexistencia o no de una detentación autónoma del objeto material del delito por el agente.

⁴³² Alberto Ojeda Saldivia, “Hurto de Hallazgo”, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1968, pág. 36.

⁴³³ Francesco Carrara, “Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2395.

⁴³⁴ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.228.

⁴³⁵ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

No obstante lo dicho, debemos observar que en el caso de la apropiación indebida la preexistente detentación de la cosa se debe a un “título”, mientras que en el hurto de hallazgo no existe tal.

El tipo de hurto de hallazgo:

Esta figura fue incorporada por iniciativa del legislador chileno, pero no como la generalidad de las figuras del Código Penal, que tomaron como modelo el Código español de 1848, el cual no penalizaba el hurto de hallazgo, que sólo aparece en el Código de 1870.

El artículo 448 describe dos situaciones como hurto de hallazgo: **a)** apropiación de una especie al parecer perdida, y **b)** apropiación de especies perdidas o abandonadas como consecuencia de una situación catastrófica. Ambas situaciones serán analizadas a continuación:

Apropiación de especie al parecer perdida:

El inciso 1º del artículo 448 señala: “ ***El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales***”.

Siguiendo el esquema de Garrido Montt debemos relacionar esta disposición con los artículos 629 y 631 del Código Civil. El artículo 629 dice: “*Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere*”. Por otro lado, el artículo 631 prescribe: “*La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción a favor de la municipalidad, y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, a la pena de hurto*”⁴³⁶.

Se trata de un delito de acción y no de omisión, ya que la figura requiere de dos comportamientos del sujeto activo, realizados uno en pos de otro, el primero consiste en apoderarse de una especie mueble perdida, y el segundo en no entregarla a quien corresponde.

El objeto material de la acción es una especie mueble al parecer perdida, y tiene esa condición cuando está extraviada u olvidada; no se trata de una res nullius ni de una res derelictae. Garrido Montt considera importante destacar el artículo 727 del Código Civil, que dice “*La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero*”, o sea, que el sujeto no sepa donde está la cosa no la transforma en una res derelictae en tanto se encuentre en la esfera de su protección⁴³⁷.

La especie debe ser corporal y mueble, conceptos en los que no nos detenemos, pues ya han sido analizados a propósito de la figura básica de hurto. Además, el tipo exige que la cosa tenga un valor determinado, superior a una unidad tributaria mensual, si no excede dicho valor, el hecho se castiga como falta según señala el artículo 494 N° 19 del

⁴³⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.173-174.

⁴³⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.175.

Código Penal. Si el valor de la cosa es superior a una unidad tributaria mensual, carecerá de importancia si vale mucho o poco más que eso, ya que en caso de configurarse el delito de hurto de hallazgo, la penalidad será siempre la misma, o sea la misma pena que para el caso menos grave de hurto simple, con lo cual queda en evidencia la menor gravedad que esta figura reviste para el legislador⁴³⁸.

En relación a la penalidad, Carrara señala que “desde el punto de vista moral, se tiene en cuenta la ocasión tentadora; desde el punto de vista jurídico, se tiene en cuenta que no se ha violado la posesión; desde el punto de vista político, se tiene en cuenta la menor alarma, y el abuso de la cosa encontrada se castiga con pena más benigna que la asignada al hurto simple”⁴³⁹.

A la acción de encontrar y apoderarse una especie mueble, debe agregarse otra conducta del sujeto activo, el no restituirla a su dueño o no entregarla a la autoridad, por lo tanto debe incurrir en una omisión, no restituir el bien a su dueño o no entregarla a la autoridad. Pero ambas alternativas exigen que el agente sepa previamente quién es el dueño de la cosa perdida.

Ojeda Saldivia señala que *“interesa poner en relieve que la obligación de entregar la especie a su dueño o a la autoridad sólo cobra vigencia cuando “consta quien es éste”, “por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo”, a contrario sensu, no constando quien es el dueño, no hay obligación de entregar la especie ni a la autoridad ni a persona alguna, por lo menos en el ámbito penal”*. Agrega el autor que *“es necesaria esta aclaración porque las expresiones “a la autoridad o a su dueño” pueden inducir a la errónea conclusión de que, no constando quien es el dueño, la especie debe ser entregada a la autoridad (...). Queda claro de este modo que la obligación de entregar a la autoridad está supeditada, en todo caso, al conocimiento del dueño”*. Continúa, luego, criticando la norma, ya que así concebida no parece lógica ni razonable y señalando como criterio más apto, el de que no constando quien es el dueño, subsistiese la obligación subsidiaria de entregar la especie a la autoridad⁴⁴⁰.

En cuanto a la omisión de entregar la cosa a su dueño, Etcheberry opina que *“la redacción no es de las más felices, y parece indicar que si no consta quien sea el dueño, no hay obligación de entregar la especie, ni a la autoridad, ni a nadie”*. Etcheberry dice que la expresión *“o a la autoridad en su defecto”* se refiere a que cuando es imposible entregar la cosa directamente a su dueño, debemos entregársela por vía indirecta, mediante la autoridad, pero es indispensable indicar quien es el dueño a la autoridad, ya que en caso contrario no estaríamos cumpliendo con la entrega de la cosa a su dueño. Señala que *“si se entrega a la autoridad, callando el nombre del dueño, se comete igualmente el delito, especialmente si se toma en cuenta que el Art. 630 del Código Civil recompensa con la mitad del valor en que se subaste la especie a quien la encontró, si no se presenta el dueño. Si a pesar de callarse el nombre de éste, se presenta y reclama la especie, el hurto debe estimarse frustrado”*⁴⁴¹.

Ojeda Saldivia critica la opinión del profesor Etcheberry, señalando que “esta opinión es discutible porque la entrega de la especie a la autoridad, si bien callando el nombre del dueño, descarta el ánimo apropiatorio, más aún si se tiene

⁴³⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.313.

⁴³⁹ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, párrafo 2396.

⁴⁴⁰ Alberto Ojeda Saldivia, “Hurto de Hallazgo”, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1968, pág.42-43.

⁴⁴¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.312-313.

en cuenta que el delito en cuestión es un delito de acción y no de omisión. No debe olvidarse, por otra parte, que conforme a las prescripciones del Código Civil, artículo 629, corresponde a la autoridad “dar aviso del hallazgo en un periódico del departamento o de la capital de provincia, si en aquel no lo hubiere”. Estas publicaciones constituyen suficiente resguardo contra la mala fe del descubridor”

442

Por su parte, Ortiz opina que en este caso no hay apropiación ni retención de la cosa, por lo tanto, el sujeto no comete ningún delito. A lo más infracción a las normas administrativas⁴⁴³.

Debemos referirnos en particular, a la parte de la figura que restringe el conocimiento del dueño a **“hechos coexistentes o posteriores al hallazgo”**.

Etcheberry no entiende el motivo por el cual el tipo se redujo a estas hipótesis, y señala que se está omitiendo un caso muy frecuente: que el inventor sepa quién es el dueño por hechos anteriores al hallazgo, por lo tanto, considera que el legislador ha dejado una laguna en lo relativo a los hechos anteriores al hallazgo⁴⁴⁴. Otros autores opinan que de conocer al dueño por hechos anteriores al hallazgo, es claro que este conocimiento coexiste al momento mismo de él. Ojeda Saldivia apoya a Etcheberry, considera errónea esta idea, pues lo que la ley exige es que los “hechos” que originan el conocimiento sean coexistentes o posteriores al hallazgo y no el conocimiento mismo del dueño. Entiende que el legislador quiso asimilar los hechos anteriores a los hechos coexistentes, pero la redacción de la disposición no fue muy buena⁴⁴⁵.

Carrara señala: *“el hurto de cosas perdidas no se consuma al tomar esas cosas, sino al apropiárselas (...), solamente consuma una acción criminosa y manifiesta la intención de violar los derechos ajenos, cuando pasa a ejercer actos de propietario del objeto encontrado (...), la ejecución del hurto de la cosa encontrada comienza solamente cuando lo encontrado empieza a destinarse al uso propio; el recogerlo es un acto lícito; el delito empieza cuando el objeto comienza a ser del agente”*⁴⁴⁶.

En cuanto al tipo subjetivo del hurto de hallazgo, Garrido Montt señala que se conforma por el dolo, que comprende dos elementos: la voluntad de apropiación de la especie, de apoderarse de ella para hacerse dueño. Además, debe tener conocimiento de que el bien mueble tiene un dueño, lo cual, según la figura, debe derivarse de hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, pero que se subentiende que se extiende a los hechos anteriores a ese hallazgo. Según el mismo autor, el dolo tiene que ser directo, ya que la figura legal señala *“siempre que le conste quien sea éste”*. Agrega que la mera suposición, la duda acerca de si alguien es el propietario, es insuficiente para que exista el dolo, por lo tanto quedaría fuera la posibilidad de un dolo eventual en esta figura. Este autor señala que *“podrá estimarse que el Art. 448 no requiere el ánimo de señor y dueño, porque emplea la forma verbal “hallándose” una cosa, lo que es diferente a apropiársela, pero la ubicación del delito entre aquellos que atentan en contra de la propiedad, y la circunstancia de que*

⁴⁴² Alberto Ojeda Saldivia, “Hurto de Hallazgo”, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1968, pág.43.

⁴⁴³ Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

⁴⁴⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.313.

⁴⁴⁵ Alberto Ojeda Saldivia, “Hurto de Hallazgo”, memoria de prueba, Universidad Católica de Chile, 1968, pág.43.

⁴⁴⁶ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2398.

se califique como hurto, lleva a la necesaria conclusión de que se exige el ánimo de señor y dueño, o sea la voluntad de apropiación”⁴⁴⁷.

Carrara señala: “cuando se trata de imputabilidad todos los asuntos deben mirarse subjetivamente, es decir, deben estudiarse según la intención del reo. ¿Tuvo o no tuvo el acusado alguna razón justa para creer perdida la cosa que se apropió?”⁴⁴⁸. Agrega que “a cada cual debe imputársele según el grado de su maldad y de su dolo; si tuvo la justa creencia de que tomaba una cosa perdida, no podrá imputársele un hurto propio”⁴⁴⁹. En este punto, cabe destacar un ejemplo dado por Carrara. Se trata de un sujeto al cual querían castigar por hurto propio, por recoger un objeto que vio caer del bolsillo de su dueño, alegándose que él sabía de quién era el objeto recogido, y en vez de avisarle, esperó que se fuera para apropiárselo. Carrara considera esto ilógico, señala “como si la especialidad del caso dependiera de no saber a quién pertenece el objeto, y no, en cambio, de que se ha violado la posesión y de que debe ser menos protegido el dueño descuidado”⁴⁵⁰.

Cuello Calón destaca la dificultad de saber si el agente, una vez hallada la cosa, la cogió con ánimo de devolverla o de apropiársela. Señala que si la cogió con la intención de averiguar quien era su dueño, no hay delito; si la cogió con la intención de quedársela, comete hurto; si la coge con intención de devolverla, pero se arrepiente y decide apropiársela, el delito aparece cuando toma la decisión. El problema se da por el hecho de ser éstos ánimos e intenciones, por la dificultad del juez para apreciarlos. Entonces, para decidir si hay o no delito, necesariamente habrá que considerar la conducta del agente que puede exteriorizar sus íntimas intenciones. Señala además que, “el elemento subjetivo de este delito está constituido por el conocimiento de que la cosa encontrada no es una cosa abandonada sino una cosa perdida, de pertenencia ajena, aún cuando no se sepa quién es su dueño y por la voluntad de apropiársela con el propósito de reportar alguna utilidad, ventaja o satisfacción, es decir, con ánimo de lucro”⁴⁵¹.

Apropiación de cosas perdidas o abandonadas a consecuencia de una situación catastrófica.

Señala en inciso 2º del artículo 448: “También será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales el que se hallare especies, al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa análoga cuyo valor exceda la cantidad mencionada en el inciso anterior, y no las entregare a los dueños o a la autoridad en su defecto”.

La acción tiene la misma característica de la que se comentó en el inciso primero, la diferencia con este inciso se encuentra en el objeto sobre el cual recae la acción. Nuevamente la acción recae sobre una cosa mueble al parecer perdida, pero además recae sobre aquellas que han sido abandonadas, lo que ocurre frecuentemente en los naufragios en que se bota la carga para aligerar la nave. “Las cosas abandonadas, entonces, son diferentes a las perdidas; aquéllas no se han extraviado como sucede con éstas, sino que el mismo dueño o un tercero las deja para superar una contingencia grave, sin intención de

⁴⁴⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.175-176.

⁴⁴⁸ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2399.

⁴⁴⁹ Francesco Carrara, op.cit., parágrafo 2400.

⁴⁵⁰ Francesco Carrara, op.cit., pág.2401.

⁴⁵¹ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.806.

que queden para ser tomadas por cualquiera que pretenda hacerse dueño de ellas; las deja por necesidad y espera recuperarlas si se ofrece la posibilidad”⁴⁵². Garrido Montt agrega que las situaciones que se enumeran en esta disposición tienen un carácter enunciativo, esto en razón de la frase “u otra causa análoga”, lo que viene a constituir la regla general, ya que hace referencia a cualquiera circunstancia que importe una catástrofe⁴⁵³.

Por su parte, Labatut señala que *“este precepto castiga la infracción a lo prevenido en el Art. 635 del Código Civil, y el hecho de que autorice su interpretación por analogía, permite aplicarlo en general tratándose de cosas al parecer perdidas a consecuencia de calamidades públicas”*⁴⁵⁴.

Respecto a la conducta en esta segunda hipótesis, es la misma que la del inciso 1º, o sea, encontrar la cosa y apoderarse de ella y en no entregarla a su dueño o a la autoridad, por lo tanto no hay desplazamiento desde la esfera de protección de la víctima a la del delincuente. *“Este comportamiento debe diferenciarse del hurto cometido con ocasión de una catástrofe, pues es posible que un delincuente, aprovechándose de alguna de las situaciones de emergencia o extraordinarias a que se refiere la disposición, cometa un delito de hurto mediante la sustracción de un bien ajeno con su desplazamiento desde el ámbito de protección de su dueño al del agente. En esta hipótesis, el sujeto no ha encontrado el bien, sino que lo ha sustraído, de suerte que debe castigarse conforme al Art. 446 con la agravante del Art. 12 Nº 10, porque realizó el delito con ocasión de una catástrofe”*⁴⁵⁵.

Etcheberry señala: *“El Código Penal ha ampliado estas hipótesis a las cosas que provengan de otras calamidades o catástrofes. No debe, sin embargo, confundirse este caso con el hurto cometido con ocasión de calamidades o desgracia, que es un hurto simple, revestido de la agravante del Art. 12 Nº 10. Aquí se trata de la apropiación de cosas que ya han salido de la esfera de custodia de sus dueños, sea por consecuencias naturales de la catástrofe, sea por acto voluntario de aquéllos para paliar los efectos de ésta”*⁴⁵⁶. Respecto a la obligación de entregar la cosa a su dueño o a la autoridad, opina que en este caso *“no es obligatoria la entrega al dueño, si consta quien es éste, y si no consta, es obligatorio entregar la especie a la autoridad, de otro modo se perpetra esta especie de hurto”*⁴⁵⁷.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Este artículo contiene dos hipótesis. La primera consiste en la apropiación de una especie mueble al parecer perdida, de valor superior a una (1) UTM, siempre que por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo le conste al sujeto activo quien es el dueño de la cosa. La segunda es una variante de la anterior referida a la apropiación de cosas halladas, al parecer perdidas o abandonadas por incendio, naufragio, inundación o causas análogas.

⁴⁵² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.177.

⁴⁵³ Mario Garrido Montt, ídem.

⁴⁵⁴ Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.228.

⁴⁵⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.317-318.

⁴⁵⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.314.

⁴⁵⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.314.

A pesar de lo reciente de las últimas modificaciones de este artículo, en virtud de la ley N°19.450 de 1996 y posteriormente por la ley N°19.501 de 1997, las deficiencias de que padece la redacción de esta disposición son bastante serias:

No contempla en su inciso primero hechos anteriores al hallazgo por los cuales el agente pudo haber conocido al dueño de la cosa hallada. La disposición, solo contempla los hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, circunstancia que por sentido común ocurrirá con menor frecuencia, sin considerar que no constituye una situación más grave en relación con la que se omitió.

Conforme al tenor literal del inciso primero, sería atípica la apropiación de la cosa “al parecer perdida” mientras se desconozca la persona del dueño, situación que es al menos contradictoria si es que se pretende penar las apropiaciones de cosa ajena, e incluso de las *res derelictae* derivadas por una emergencia como un incendio o inundación (inciso segundo).

Una de las deficiencias más serias de que sufre el artículo es el no mencionar el término “apropiar”, por lo que la apropiación debe deducirse del hecho que el agente no entregue las cosas halladas a su dueño o a la autoridad, situación que puede generar más de una dificultad interpretativa, como también probatoria.

Otra cuestión importante, dejando atrás las deficiencias y omisiones de redacción del artículo, es la conveniencia de mantener sus hipótesis como conductas penalmente punibles. Esto, porque las figuras del artículo 448 comúnmente llamadas “hurtos de hallazgo” no son en realidad hurtos en sentido estricto, situación que se veía confirmada en la redacción anterior a la modificación introducida por la ley N°19.450, donde se disponía que el autor “será considerado procesado por hurto”; ello porque aún cuando el artículo 432 y las figuras del 448 constituyen apropiaciones de cosa ajena; la primera se ha entendido siempre, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, que implica sustracción, una ruptura en la esfera de custodia, requisito del que, por definición, carece la apropiación de cosa hallada.

El jurista Paulo daba una amplísima definición del *furtum* en la que incluía todo atentado contra la posición de propietario o poseedor⁴⁵⁸, por lo que además del apoderamiento por sustracción, se comprendía el apoderamiento o uso indebido de quien se ha encontrado una cosa ajena al parecer perdida, o que se le confió previamente al sujeto activo (abuso de confianza) o que fue recibida por este sin causa (por error). Tal regulación terminó siendo reemplazada por la doctrina del Derecho común europeo. Esta distinguía, por una parte el apoderamiento de cosa ajena con ruptura de custodia, lo que constituía el hurto en sentido estricto o hurto propio; por la otra, estaban aquellos apoderamientos de cosa ajena sin tal ruptura⁴⁵⁹.

Por su parte, la fuente principal del Código Penal chileno en los delitos de apropiación, que es el Código Penal español de 1.850, excluyó los supuestos de cosa encontrada o hallada.

Tanto la doctrina nacional como nuestra jurisprudencia han entendido el hurto, descrito en el artículo 432 como un delito de sustracción, y en este sentido, siempre se han abstenido

⁴⁵⁸ “*furtum est contraeactio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturale prohibitum est admittere*”. Digesto 47, 2, 2.3, citado por José María Rodríguez Devesa, “El Hurto Propio”, Madrid, 1946, pág.25.

⁴⁵⁹ José María Rodríguez Devesa, “El Hurto Propio”, Madrid, 1946, pág.69 y siguientes.

de desarrollar un concepto genérico más amplio en virtud del cual puedan incluirse hipótesis constitutivas de hurtos impropios, postura que a nuestro parecer es absolutamente correcta.

Por otro lado, no encontramos justificación para tan drástico “tratamiento” a la sola apropiación de cosa ajena, tal es el del hurto con todo lo que ello implica. Si comparamos el delito de hurto con la apropiación indebida del artículo 470 N°1 vemos que, la apropiación de cosa ajena mediante sustracción (quebrantamiento de custodia) y la apropiación de cosa ajena con abuso de confianza tienen una penalidad similar. Luego, ambas figuras contienen injustos equivalentes para el Código Penal. De este modo, la mera apropiación de cosa mueble ajena, sin ruptura de esfera de custodia alguna, que no importa abuso de confianza o violación de deberes fiduciarios, no creemos que sea compatible con una regulación penal por parte del ordenamiento jurídico. Los principios de última ratio e intervención mínima hacen imperioso que se agoten los medios derivados de otras ramas del Derecho, medios no penales para enfrentar comportamientos socialmente negativos que representan ataques menos graves a bienes jurídicos. Si todo ilícito ha de ser delito, el único resultado cierto que se conoce es la generación de “tigres de papel” con la consiguiente pérdida de respeto y eficacia a la norma prohibitiva penal.

A pesar de todo lo anteriormente expuesto, creemos que es necesario que la conducta tipificada en el artículo 448 siga estando afecta a una sanción. En este sentido, nos parece relevante recordar que en la normativa civil se encuentra regulada la situación del que se apropia de especies al parecer perdidas. En efecto, el Código Civil se refiere a ello cuando regula la ocupación, dentro de los modos de adquirir el dominio. El inciso 1° del artículo 624 del Código Civil señala: *“La invención o hallazgo es una especie de ocupación por la cual el que encuentra una cosa inanimada que no pertenece a nadie, adquiere su dominio, apoderándose de ella”*. Los demás aspectos de interés son regulados en los artículos 629, 630, 631 y 635, que a continuación se transcriben:

Artículo 629. *“Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se entregará a la autoridad competente, la cual deberá dar aviso del hallazgo en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere.*

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

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

Artículo 630. *“Si en el curso del mes subsiguiente al último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprensión, conservación y demás que incidieren; y el remanente se dividirá por partes iguales entre la persona que encontró la especie y la municipalidad respectiva”*.

Artículo 631. *“La persona que haya omitido las diligencias aquí ordenadas, perderá su porción en favor de la municipalidad, y aun quedará sujeta a la acción de perjuicios , **y según las circunstancias, a la pena de hurto** ”*.

Artículo 635. *“Si naufragare algún buque en las costas de la República, o si el mar arrojar a ellas los fragmentos de un buque, o efectos pertenecientes, según las apariencias, al aparejo o carga de un buque, las personas que lo vean o sepan, denunciarán el hecho a la autoridad competente, asegurando entre tanto los efectos que sea posible salvar para restituirlos a quien de derecho corresponda.*

Los que se los apropiaren, quedarán sujetos a la acción de perjuicios, y a la pena de hurto ”.

Como se puede apreciar, los artículos 631 y 635 sancionan al que se apropie de las especies con sanciones de carácter pecuniario (el culpable estará obligado a resarcir los perjuicios al dueño de la cosa) y se remiten al Código Penal, específicamente a la pena del hurto, contemplada en el artículo 446 del Código Penal, en relación al valor de la cosa.

Nos parece que no hay grandes diferencias entre las circunstancias sancionadas en el artículo 448 del Código Penal y en los artículos recién transcritos del Código Civil. Por otro lado, aparece como más adecuada la sanción impuesta por el legislador civil, pues obliga a reparar el daño causado, mediante la indemnización, y se complementa con el artículo 446 del Código Penal, toda vez que además aplica la pena del hurto. Creemos que el artículo 448 debe ser derogado, por encontrarse en nuestro sistema jurídico un ordenamiento mas eficaz que el penal para regular la situaciones que se contienen en el precepto en cuestión. La normativa civil es más adecuada que la penal para regular estas situaciones. Si lo anterior es cierto, y si aplicamos los principios de intervención mínima, de proporcionalidad de las penas, y de ultima ratio, necesariamente llegaremos a la conclusión de que se debe derogar el artículo 448, para dejar que los artículos pertinentes del Código Civil regulen dichas situaciones.

Nuestra conclusión toma mayor fundamento si se analizan las consecuencias que la derogación del artículo 448 acarrearía a la luz de los demás artículos que en este trabajo se proponen. Así, cuando el Código Civil diga que se aplicará la pena del hurto, ya no se estará aplicando el artículo 446, basado en la cuantía de la cosa hurtada, sino que se aplicarían los artículos 433 y 434 que proponemos, es decir, se va imponer, en su caso, una pena en relación a factores mas acordes con nuestra realidad, con prescindencia casi absoluta de la valoración monetaria de la cosa sustraída, solución que aparece como la más adecuada, tanto desde el punto de vista lógico, sistemático, dogmático, político criminal y práctico.

Derogación.

Según todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el denominado “Hurto de Hallazgo” sancionado en el artículo 448 es una figura que no merece protección penal, pues no es un atentado de gran magnitud, o de la magnitud necesaria como para ser sancionado con la drasticidad que lo hace la ley penal. Consideramos que la regulación civil, contenida en los artículos 629, 635 y siguientes del Código Civil es suficiente como para regular esta situación, de manera que, en nuestro proyecto de articulado no se contemplarán las normas contenidas en el artículo en análisis, con lo que queremos expresar que la solución está en la legislación civil.

EL HURTO DE USO.

Doctrina.

Aprovechando lo explicado sobre los hurtos impropios, procedemos a hacernos cargo de esta figura, la cual ha dado pie a muchas discusiones acerca de su punibilidad.

Si damos una mirada a la historia, el *furtum usus* en el derecho romano constituía hurto, y así se sigue calificando en las Partidas, aunque el Fuero Real lo haya castigado antes como delito específico. Es poco frecuente que en leyes posteriores o en los códigos penales se haya regulado el hurto de uso⁴⁶⁰.

Se discute si el hurto de uso es un delito. La mayoría de los autores cree que si lo es, sea que lo encuadren dentro del hurto común, como una atenuante del hurto común o como una figura autónoma. Son pocos los que no creen que sea un delito por faltar la intención de hacer suya la cosa por parte del sujeto activo, para los cuales sólo daría lugar a responsabilidad civil. El criterio más acertado y realista en este caso, es atender a la ley penal que corresponda en cada caso, verificar si dicha ley lo contempla o no como delito⁴⁶¹.

El hurto de uso se caracteriza por *“la ausencia del ánimo de señor y dueño en el agente, que se apodera de la cosa – que no está en su poder- para usarla y luego restituirla a su dueño”*⁴⁶². Nuestra jurisprudencia en general ha declarado impune esta conducta, pues no existe tipo penal que la sancione.

Etcheberry señala que se da el nombre de **“hurto de uso”** a la apropiación de cosa ajena, pero sin el ánimo de señor y dueño, o sea, para servirse temporalmente de ella, pero reconociendo dominio ajeno y restituyéndola posteriormente sin menoscabo a su titular. Cita a Del Río, quien señala que el hurto de uso es punible en nuestro sistema con la pena ordinaria del hurto, ya que la ley no ha distinguido entre las posibles formas de este delito. También cita a Labatut, quien opta por la impunidad de este delito. Etcheberry opina que *“en verdad, la punibilidad del hurto de uso podría sostenerse sobre la base de un elemento objetivo (tomar o apoderarse) y uno subjetivo (ánimo de lucro). Pero como nuestra ley emplea la voz “apropiarse”, que es compleja y comprende también un elemento psicológico (el ánimo de señor y dueño), no es posible sancionar a título de hurto cuando este elemento psicológico está ausente”*⁴⁶³.

Labatut señala como elementos del hurto de uso: a) Sustracción de cosa mueble ajena; b) Que la sustracción se verifique sin la voluntad del dueño de la cosa; c) Animo de lucro; d) Que se haga uso temporal de la cosa sustraída; e) Que la cosa sea devuelta o restituida voluntaria e inmediatamente después del uso. Para este autor, no puede haber robo de uso, porque la violencia, intimidación o fuerza reflejan el *animus rem sibi habendi*⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.779.

⁴⁶¹ Edmundo García Carvajal. “El Hurto de Uso”. memoria de prueba, Universidad de Chile, 1962, pág.69.

⁴⁶² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.162-163.

⁴⁶³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.306.

⁴⁶⁴ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.196.

Según Rodríguez Devesa, debemos hacer una distinción entre:

El puro hurto de uso, que consiste en la mera utilización de la cosa por el que tiene sobre ella la disponibilidad material concedida por el propietario con la obligación de hacer un uso determinado de ella o de abstenerse de usarla. En esta situación no habría hurto, por faltar el ánimo de apropiarse y faltar la apropiación misma, en estos casos habría que acudir al Derecho Civil⁴⁶⁵.

La sustracción de la cosa con el propósito de devolverla una vez que se le ha dado el uso pretendido. En esta segunda situación hay una privación de la posesión, lo cual puede llevarnos a calificarla de hurto propio (si dejamos de lado el factor “ánimo de apropiación”), pero si sumamos la voluntad del agente, existe un gran trecho con el hurto propio⁴⁶⁶.

Bajo Fernández señala que el punto diferenciador entre el hurto de uso y el hurto común, esta en el elemento subjetivo, ya que en el hurto de uso el sujeto se apodera de la cosa sin ánimo de hacerla propia. Pese a que el elemento diferenciador es claro, no se eliminan las dificultades de aplicación a casos extremos, el autor cita como ejemplo el hurto de un animal para luego obtener recompensa por la devolución, donde la misma conducta puede constituir un delito de hurto común, hurto de uso o estafa⁴⁶⁷.

Puig Peña dice que el hurto de uso “*se produce cuando el culpable toma la cosa sin ánimo de incluirla definitivamente en el patrimonio y sólo con el deseo de aprovecharse de sus beneficios*”. Señala que en este caso puede hablarse de hurto, ya que: **1.** Según la historia, se considera el uso como una de las posibilidades del hurto; **2.** Es claro que en el hurto de uso hay un ataque a la propiedad ajena, típico del hurto; **3.** Se produce la inclusión definitiva en el patrimonio del culpable de los beneficios aprovechados subrepticamente por el autor⁴⁶⁸.

La actual legislación española contempla las figuras de robo y hurto de uso, pero sólo respecto de vehículos y cuando han transcurrido más de cuarenta y ocho horas desde que se tomó el vehículo, se equipara el hurto y robo de uso al hurto o robo común⁴⁶⁹. O sea, se estaría tomando el factor tiempo como parámetro para determinar de qué figura se trata.

Cuello Calón se refiere al hurto de uso en los siguientes términos: “*Cuando el agente toma la cosa no con ánimo de apropiársela de modo definitivo sino para usarla y restituirla o dejarla a disposición de su propietario*”. Señala que pese a no estar contemplada expresamente esta figura en el derecho de su país, la jurisprudencia ha desechado la posibilidad de calificarlo de hurto por ausencia de ánimo de lucro⁴⁷⁰.

Maggiore nos dice que el hurto de uso es “acriminable” por tener todos los elementos del hurto simple, y en lo único que se diferencian es en el fin, subjetivo y objetivo, o sea la intención de uso momentáneo y no de provecho y, por lo tanto, la consiguiente restitución. Señala que la acción comprende: **1.** Un apoderarse de una cosa ajena, pero sustrayéndola, ya que si hay uso sin sustracción, no hay hurto; **2.** Con el fin de hacer uso momentáneo de ella, y define “uso” como el disfrute de una cosa por cualquier título, quedando salva

⁴⁶⁵ José María Rodríguez Devesa, “El Hurto Propio”, Madrid, 1946, pág.149-150.

⁴⁶⁶ José María Rodríguez Devesa, op.cit., pág.151-152.

⁴⁶⁷ Miguel Bajo Fernández - Mercedes Pérez Manzano, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, pág.60.

⁴⁶⁸ Federico Puig Peña, “Derecho Penal, Parte Especial”, tomo IV, V.II, Barcelona, 1959, pág.224-225.

⁴⁶⁹ Alfonso Serrano Gómez, “Derecho Penal, Parte Especial”, Madrid, 1999, pág.361.

⁴⁷⁰ Eugenio Cuello Calón, “Código Penal revisado de 1963”, tomo II, Parte Especial, Barcelona, 1967, pág.779.

su sustancia, y explica que “momentáneo” significa de brevísima duración; **3.** La restitución inmediata después del uso, la cual debe ser voluntaria, debe consistir en la misma cosa sustraída y debe ser completa⁴⁷¹.

Ricardo Núñez señala que la doctrina argentina (según la legislación de la época) ha distinguido entre:

El hurto de la cosa con el fin de uso (hurto de uso impropio), que constituye nada más que un apoderamiento ilegítimo de la cosa ajena.

El verdadero hurto de uso, incompatible con el apoderamiento de la cosa, porque suponiendo el uso ilegítimo de la cosa, ya comprende el corpus de ésta. Sólo puede castigarse a título de hurto el uso indebido de la cosa ajena tenida legítimamente por el autor⁴⁷².

Pese a la atipicidad del hurto de uso, por falta de animus rem sibi habendi, cabe cuestionarse acerca de la posible razón de su castigo. Ante esta interrogante, García Carvajal ha señalado que *“merece sanción por la antijuricidad de la acción que supone la falta de consentimiento del dueño de la cosa respecto de la sustracción de ella para usarla temporalmente en beneficio del sustractor (...). Es esta falta de participación o de conocimiento del propietario del objeto en la acción del agente para usarlo, lo que da base suficiente al castigo”*⁴⁷³. El mismo autor agrega que, en cuanto a la pena que merecería el hurto de uso, se trata de un tema complicado, ya que no podemos aplicarle el mismo sistema de penalidad que al hurto común. La pena debe ser proporcional al beneficio que reporte el uso de la cosa para el hechor, a la disminución en el valor de la cosa producto del uso y a la privación de la disponibilidad de la cosa por el dueño mientras ésta se encontraba en poder del sustractor⁴⁷⁴.

Carrara señala que *“para determinar el valor de lo sustraído en el hurto de uso no se debe estimar la propiedad de la cosa, sino arbitrar el precio del goce procurado”*⁴⁷⁵. Por su parte, García Carvajal opina que la mejor fórmula es el castigo mediante penas pecuniarias que permitirían resarcir más fácilmente al dueño de la cosa, e incluso cree que este tipo de castigo pueden ser más temidas que las de tipo corporal, y además son más adecuables a la gravedad del delito⁴⁷⁶.

Jurisprudencia más relevante.

El hurto de uso no es típico ni punible, por carecer el hechor de animo de señor y dueño.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°217, página 162, Rol N° 2.088-98.

⁴⁷¹ Giuseppe Maggiore, “Derecho Penal, Parte Especial” Vol. 5, 1956, pág.71-72.

⁴⁷² Ricardo C. Núñez, “Delitos Contra la Propiedad”, 1951, pág.187.

⁴⁷³ Edmundo García Carvajal. “El Hurto de Uso”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1962, pág.69.

⁴⁷⁴ Edmundo García Carvajal, op.cit., pág.70.

⁴⁷⁵ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, párrafo 2028.

⁴⁷⁶ Edmundo García Carvajal, op.cit., pág.70.

Doctrina.

“La sustracción de un microbús, sin emplear ninguna forma de fuerza y utilizando para ello las llaves que se encontraban en su interior, constituye hurto de uso, el cual no es típico ni punible como delito de hurto, por carecer la acción del elemento subjetivo conocido como ánimo de señor y dueño, que integra el tipo conjuntamente con la aprehensión material”.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

“Que, el hecho descrito en el considerando decimoquinto del fallo en alzada, no configura el delito de robo con fuerza en las cosas previsto y sancionado en el artículo 443 del Código Penal, toda vez que no existe en los autos evidencia probatoria de que el microbús sustraído se hallara situado dentro de una esfera de custodia materialmente limitada o defendida, a la cual haya ingresado el reo, utilizando para ello las llaves que se encontraban en el interior de ese vehículo.

Consta de los autos, que el procesado abrió, sin emplear ninguna forma de fuerza, la puerta del bus y tomó desde el piso mismo la llave que allí había sido dejada por el chofer, saliendo a circular con ese móvil, el cual manejó durante algunas horas por las calles del sector, hasta que fue ubicado por ese conductor y el dueño del vehículo, quienes lo llevaron a la unidad policial”.

“Que, en tal virtud, la llave no fue empleada para superar o vencer algún resguardo o protección de la cosa ajena, sino simplemente para hacer partir el vehículo y conducirlo”.

“Que, por lo señalado, la única calificación jurídico-penal aplicable a ese hecho es la propia del tipo de hurto, conforme a la definición del artículo 432 del Código Penal”.

“Que, según constante doctrina y jurisprudencia, el tipo de hurto, en cuanto se construye sobre el verbo rector "apropiarse", requiere además del elemento material de la sustracción, un ingrediente subjetivo, conocido como ánimo de señor y dueño, "animus rem sibi habendi"; el sujeto activo debe tener el ánimo de ejercer de hecho sobre la cosa las facultades propias del titular legítimo de ella, neutralizando los derechos del verdadero dueño”.

“Que, la ausencia de dicho ánimo de apropiación impide que se configure el tipo de hurto con la sola aprehensión material, ya que ese elemento psicológico juega un rol esencial en la estructura delictiva”.

“Que, el mérito de los antecedentes permite tener por establecido que el encausado sustrajo el vehículo con el propósito de utilizarlo transitoriamente, circulando con el mismo durante unas horas, sin tener destino fijo y sin tener el ánimo de hacerse dueño del móvil y desplazar las legítimas potestades del titular”.

“Que, el imputado explica que sacó el bus en la madrugada, con la sola intención de conducirlo y "luego dejarlo donde mismo", dedicándose a dar varias vueltas en el móvil”.

“Que, es opinión común de nuestros autores que el "hurto de uso" no es típico ni punible como delito de hurto, puesto que carece la acción del ánimo de señor y dueño, que le imprime a la conducta del que coge la cosa su específica tendencia lesionadora del bien jurídico propiedad ajena”.

“Que, está acreditado en el proceso que el reo era el único ocupante del móvil cuando fue avistado, que el bus no tenía daños de ningún tipo, ni le había sido extraído ningún accesorio o elemento; consta, asimismo, de los autos, que el acusado no utilizó el microbús como medio de transporte colectivo, en su propio beneficio”.

“Que, si bien en este caso no se produjo el abandono o la devolución de la cosa transitoriamente usada, por el hecho de haber sido encontrado por quienes lo buscaban, ningún elemento de juicio de los disponibles permite presumir fundadamente que el acusado no tuviera la intención de devolver el vehículo y que su finalidad fuera la de transformarse en dueño de él, sustituyendo al propietario en el ejercicio de sus atribuciones propias. A este respecto, cabe recordar que al dueño y al chofer no les fue difícil hallar el vehículo, ya que el reo estaba dando vueltas por el sector cercano al lugar de donde lo había sacado”.

“Que, las circunstancias y modalidades del hecho, unidas a la confesión del procesado, son elementos que ponderados en la forma que señala la ley, permiten atribuirle razonable y verosímilmente a aquél el propósito de restituir directa o indirectamente la cosa que sustrajo para utilizarla temporalmente”.

“Que, por todo lo expuesto, procede absolver al sentenciado del cargo formulado en su contra como autor del delito de robo con fuerza en las cosas cometido en bien nacional de uso público”.

Hurto de uso. Ausencia de apropiación y animo de lucro.

Corte Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°131, página 95, Rol N° 760-91.

Doctrina.

No existe delito de hurto por el simple uso de un automóvil ajeno, encontrándose establecido que el autor, arrendatario de la ofendida y que vivía en su propio departamento, se limitó a tomar las llaves del vehículo para pasear en él con sus amigos, sin que se haya acreditado la concurrencia de apropiación y ánimo de lucrarse, elementos tipificadores del delito correspondiente. Tal conducta configura sólo "hurto de uso", no penado por la ley.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Primero: Que son hechos de la causa el que el sentenciado Hernán Gerardo Oviedo Varas vivía, en su calidad de arrendatario, en el mismo departamento que la ofendida; que para usar del automóvil de la ofendida tomó las llaves del vehículo que según ésta, fs. 9 y fs. 26, las tenía en su cartera y que "se encontraba a la entrada del departamento, en una mesa de teléfono" lo que concuerda con la indagatoria del sentenciado de fs. 3; y que, al ocurrir el accidente que dio motivo a la detención del sentenciado, éste se dirigía a su domicilio, según se expresa en el parte de fs. 1, lo que se ratifica con la declaración de la ofendida de fs. 9.

Tercero: Que a juicio del Tribunal, no hay en el caso de autos antecedentes suficientes como para dar por establecido el delito de hurto, toda vez que no queda fehacientemente establecido la apropiación y ánimo de lucrarse, elementos tipificantes del delito. Por el contrario, del mérito de autos, circunstancias en que ocurrieron los hechos, resulta verosímil lo aseverado por el sentenciado en orden a que tomó las llaves del automóvil para dar una vuelta en él con sus amigos, lo que constituye lo que ha dado en llamarse "hurto de uso" y que no está penado por la ley.

Carácter no punible del hurto de uso.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°208, página 167, Rol N° 1.955-97.

Doctrina.

El hurto de uso no es típico ni punible como hurto, pues la acción carece del "animus rem sibi habendi".

El propósito de uso transitorio y la restitución de la especie utilizada o su puesta a disposición del titular, en forma más o menos inmediata son incompatibles con el concepto de apropiación.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1.- Que, el tipo de hurto requiere, como elemento subjetivo de la apropiación, del ánimo de señor y dueño, del propósito del agente de comportarse, de hecho, como dueño respecto de la cosa ajena sustraída.

En otros términos, el ladrón pretende ser en el hecho, lo que el propietario es de Derecho.

2.- Que, en la legislación comparada, se entiende que la sustracción de una cosa ajena, con el solo fin de utilizarla transitoriamente, restituyéndola o poniéndola a disposición del propietario en un tiempo inmediato, no configura el tipo común de hurto, sino el llamado "hurto de uso", por ausencia del componente ideológico "ánimo de apropiación".

3.- Que, en algunos ordenamientos legales, la utilización indebida de vehículos de motor, con restitución posterior, está expresamente tipificada y sancionada; p. ej., el artículo 244 del Código Español, que incluye el "robo de uso", el artículo 248 b) del Código alemán, el artículo 211 inciso primero, del Código costarricense; normalmente, en estos casos, la conducta recibe una pena inferior a la de hurto común.

Entre nosotros, el proyecto de Código Penal de 1938, postula como atenuante, que el apoderamiento haya sido para servirse momentáneamente de la cosa, sin menoscabo de su integridad y se la restituya o ponga a disposición de su dueño o tenedor.

4.- Que, la inexistencia en el Código nacional de una figura delictiva de esa índole, obliga a resolver en el ámbito de la tipicidad el problema que plantea el uso o aprovechamiento temporal de la cosa ajena, con restitución directa o indirecta de ella, en relación a los elementos que integran la definición contenida en el artículo 432 del Código Penal.

5.- Que, es opinión común de nuestros autores, que el "hurto de uso" no es típico ni punible como hurto, pues carece la acción del "animus rem sibi habendi", del ánimo de señor y dueño, que le imprime a la conducta del que toma o coge la cosa, su específica tendencia lesionadora del bien jurídico propiedad.

El propósito de uso transitorio y la restitución de la especie utilizada o su puesta a disposición del titular, en forma más o menos próxima o inmediata, son estimados incompatibles con el concepto de apropiación.

6.- Que, la jurisprudencia chilena se ha pronunciado, en general, por la atipicidad del comportamiento que nos ocupa, declarando que no concurren las exigencias del hurto, sea por estimar que el agente no actuó con ánimo de lucro, sea por estimar que ha carecido del ánimo de apropiación.

7.- Que, en el caso de autos se halla establecido que el acusado -quien explica que le vino una reacción extraña, por haber sufrido con anterioridad una hemiplejía que le provocó lagunas mentales- tomó una camioneta Chevrolet perteneciente a la panadería donde laboraba como chofer, conduciéndola hasta la ciudad de Chillán, lugar éste, donde logró "pensar bien las cosas" y decidió devolver el móvil, abordando de inmediato un bus

hacia Santiago, llegando al día siguiente, en la madrugada, dando aviso al dueño de la camioneta de lo ocurrido, concurrendo ambos a Carabineros, donde el inculpado quedó detenido.

Consta en el proceso, que el vehículo fue hallado por Carabineros de la ciudad de Chillán, en calle Isabel Riquelme que es el lugar señalado por el reo como aquél en que dejó la camioneta y sin daño o menoscabo que haya denunciado el ofendido.

Se agregaron antecedentes mórbidos del acusado, entre ellos, un carné de hospitalización con diagnóstico de hemiparesia derecha, ¿síndrome conversivo?

El Instituto Médico Legal dictaminó que en el momento de ocurrir el hecho se encontraba el imputado en un estado de intensa perturbación emocional, habiendo existido un actuar impulsivo.

8.- Que, la apreciación en conciencia de los elementos fácticos aludidos, lleva a los sentenciadores a la convicción de que el acusado no incurrió en un delito de hurto al comportarse respecto de la camioneta en la forma descrita en el primer acápite del considerando precedente.

El abandono que hizo el procesado del vehículo en un lugar seguro, unido a su inmediato regreso a Santiago, el aviso al dueño de lo sucedido y su entrega a la policía, acompañado del propietario, son antecedentes que, unidos a los datos relativos a la motivación del sujeto, permiten apreciar que sólo tuvo un propósito de utilización temporal de la cosa sustraída, como medio de transporte, sin tener siquiera un destino preciso, no evidenciándose en tal comportamiento el ánimo de convertirse de hecho en dueño del móvil, desplazando las legítimas potestades del titular.

10.- Que, no siendo típico el hecho incriminado, la dictación de sentencia absolutoria es imperativa.

Apreciación crítica de los memoristas.

Respecto del llamado “hurto de uso”, creemos necesario recalcar que la situación más común de esta figura, esto es, la utilización temporal de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con reconocimiento expreso o tácito del dominio de su titular, no configura bajo ningún punto de vista un hurto. Esto, por que pura y simplemente no existe apropiación, y no puede haberla en ausencia del *animus rem sibi habendi*. Cualquier otra interpretación perdería el carácter restrictivo que indispensablemente debe acompañar la determinación del sentido y alcance de las normas en materia penal, más aún, se vulneraría abiertamente el principio de legalidad consagrado en nuestra Constitución Política. Por esta razón, y por la necesidad de mantener una rigurosidad dogmática hemos de olvidar la mala terminología generalmente usada para denominar este tipo de situaciones, por otra que sí refleje lo que la figura realmente es: una sustracción.

Por su parte, la temporalidad será un elemento determinante a fin de establecer si se está en presencia de un hurto o de una sustracción de uso, ya que, si un sujeto sustrae una cosa para usarla durante años, por mucho que reconozca el dominio del titular de la cosa y no tenga ánimo de lucro, en el hecho, estaríamos en presencia de un hurto el que debe sancionarse como tal.

Otra cosa, es el hecho de que se quiera seguir el ejemplo de algunas legislaciones como la española (artículo 244 del Código Penal español), la alemana (artículo 248 b) del Código Penal alemán) o costarricense (artículo 211 del Código Penal de la República de Costa Rica), que sancionan expresamente la utilización indebida de ciertos bienes,

especialmente vehículos motorizados. En todo caso, si se llegara a optar por un tipo de esta naturaleza, creemos debiera ser un tipo autónomo y separado del hurto y del robo, y con una pena proporcionalmente más baja.

No obstante, consideramos que el camino más acorde con los principios limitadores del *ius puniendi* estatal es dejar la figura como atípica y no sancionada penalmente, postura que es seguida con fuerza por nuestros tribunales y es expresada en destacados fallos, algunos de los cuales hemos transcrito en lo pertinente.

Párrafo 5º del Libro II, Título IX del Código Penal: “Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores”.

Artículo 449

Evolución durante su vigencia.

El artículo 449, fue aprobado sin discusión alguna por la Comisión Redactora, siguiendo los modelos ya mencionados. Esta disposición ha sufrido de dos modificaciones:

La primera se produce mediante la Ley N° 17.727 del año 1972 que tuvo su origen en un proyecto de ley presentado por el Presidente de la República de aquel entonces, Salvador Allende, el cual buscaba modificar diversas disposiciones del Código Penal. Con la presentación de este proyecto de ley, el Gobierno pretendía llevar a cabo una de las tareas primordiales en la adecuación del sistema jurídico a las nuevas exigencias de la realidad, que consistía, precisamente, en la transformación del sentido, orientación y contenido normativo de nuestra legislación penal. Lo que se anhelaba era abordar los problemas de la criminalidad buscando extirpar las causas del delito y sancionar las conductas antisociales siguiendo un nuevo esquema de valores. Los bienes jurídicos que la legislación penal protege y la forma en que esa protección se realiza debían ser sometidos, en opinión del Ejecutivo, a una revisión crítica que necesariamente debía afectar la totalidad de nuestro Código Penal.

En el artículo 449 se proponía eliminar el aumento facultativo de pena en los delitos de robo o hurto de caballos, bestias de silla o de carga, de ganado mayor o menor o porcino, dejándola exclusivamente para el robo o hurto de vehículos motorizados, en atención a que dichos objetos de por sí son de un valor elevado, lo que hace que la sanción sea rigurosa, ya que, respecto de los vehículos motorizados, se cometen con ordinaria frecuencia. Se eliminarían, como consecuencia de lo dicho anteriormente, los incisos segundo, cuarto y quinto, esto es, de dejar circunscrita la facultad de aumentar la pena cuando se trata de robo o hurto de vehículos motorizados. La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, por unanimidad, discrepó de la opinión del Ejecutivo en cuanto a la necesidad de modificar este artículo en la forma propuesta. Sin embargo, le pareció conveniente eliminar el aumento facultativo de pena respecto de los robos o hurtos de animales o aves que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados.

La segunda modificación se produce el año 2002 mediante la Ley N° 19.806. Como ya mencionamos, mediante esta normativa el legislador pretende hacerse cargo de las modificaciones que habrá que introducir a los respectivos cuerpos legales que se vean afectados por la nueva regulación que se dé al proceso penal. En lo que respecta al artículo en estudio el único cambio se produce en su inciso segundo, en el cual se modifica la expresión “procesado” por “condenado”.

Doctrina.

Art. 449 Código Penal: *“En los casos de robos o hurtos de vehículos, de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino, podrán ser aplicadas respectivamente*

a los autores, cómplices y encubridores, las penas superiores en un grado a las que les haya correspondido sin la circunstancia de tratarse de la sustracción de animales.

Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinarse la pena que habría correspondido al condenado con prescindencia de la expresada circunstancia.

La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales o aves comprendidos en los incisos anteriores.

Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que beneficie o destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de partes de ella.

El que se apropie de las plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, esquilándolos o cortándoles las plumas, pelos, crines o cerdas, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Opina sobre este párrafo Mera Figueroa, y señala: “Se trata, en la mayoría de los casos, de disposiciones que alteran las reglas generales en perjuicio de los afectados, y que por no tener una justificación dogmática ni político criminal, debieran ser derogadas”. A la crítica anterior agrega: “Como se comprende, estas disposiciones especiales extreman aún más la ya exagerada severidad de las penas establecidas para estos delitos, y conducen a la aplicación de penas privativas de libertad excesivas, por hechos no necesariamente graves, respecto de los cuales en muchos casos no cabrá la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, por no cumplirse el requisito legal de no ser la sanción superior a tres o cinco años, según los casos”⁴⁷⁷.

En el artículo analizado, se sancionan diferentes conductas, que analizaremos en dos partes: en primer lugar, el abigeato y sus formas similares y a continuación, la sustracción de vehículos.

El Abigeato y formas similares:

El vocablo “abigeato” sirve para denominar de forma genérica, el hurto o robo de animales, pero la ley ha sancionado otras conductas relacionadas con la apropiación o destrucción de especies animales.

Abigeato propiamente tal:

Esta palabra viene de “ab” y “agere”, es decir “echar por delante”, arrear; describe la forma material con que se consuma el hurto de los animales que no se toman en los brazos para llevarlos, así como de “ab” y “ducere”, llevar atrás de un lugar a otro, se sacó de la palabra “aducción”, que describe la forma como se guía a un hombre de un lugar a otro⁴⁷⁸. Es aplicable al robo o hurto de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino, por eso el inciso 1º del artículo 449 es claramente un caso de abigeato. La construcción clásica de esta figura exige que el delito se haya llevado a cabo en el campo, lo que no está señalado en nuestra ley⁴⁷⁹.

Según Garrido Montt, el abigeato “se caracteriza porque la acción tiene como objeto material los animales vivos, en particular los cuadrúpedos; la sustracción de partes de

⁴⁷⁷ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.43.

⁴⁷⁸ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2074.

⁴⁷⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.352.

*animales muertos constituye hurto o robo según las circunstancias, no encuadra en el abigeato, sino en una figura especial*⁴⁸⁰.

Carrara comienza este tema diciendo: *“La importancia de ciertos animales para las necesidades de la vida humana, ya como factores de producción, ya como instrumentos de trabajo, fue tan apreciada, que algunos pueblos primitivos llegaron hasta considerarlos como seres sagrados y a rendirles culto religioso. Pero aun cuando las cosas no fueran llevadas a tanta exageración, la idea de proteger a algunos animales contra la perversidad humana, con sanciones especiales, fue casi universalmente acogida. De aquí nació que muchas legislaciones conminaran penas severísimas contra el hurto de aquellos animales que por sus costumbres eran considerados como más especialmente útiles”*⁴⁸¹.

El diccionario de la Real Academia define “ganado” como, “el conjunto de bestias mansas de una misma especie que se apacientan y andan juntas”. Se divide en “mayor”, formado por las reses mayores (vacuno, caballo, mular, asnal) y “menor”, formado por las reses menores (ovejuno, cabrío, porcino)⁴⁸².

Se discute si el robo o hurto de sólo un animal constituye abigeato. Según el texto legal, el problema se plantea respecto del ganado mayor o menor, ya que si cada animal forma parte del ganado, no podría afirmarse que cada uno constituya ganado, pero tampoco podemos de buenas a primeras determinar cuál es la cantidad de reses necesaria para calificarla de ganado.

Labatut se pronuncia: *“Pues tanto el genuino sentido de la palabra ganado como la finalidad que se ha tenido en vista al castigar el abigeato con una pena agravada, que no es otra que la protección de la ganadería, impiden aplicar la disposición en estudio a los casos de hurtos o robos de especies singulares o en tan corto número que racionalmente no pueda afirmarse que llegan a constituir ganado”*⁴⁸³.

Etcheberry señala que *“el sustantivo de ganado es de los que gramaticalmente se llaman colectivos, esto es, designa una pluralidad de objetos particulares ; (...), en todo caso debe tratarse de bestias cuadrúpedas de cierto tamaño, domésticas, y que sirvan para el trabajo, la alimentación o la industria”*⁴⁸⁴ - ⁴⁸⁵.

Garrido Montt opina que, a pesar que la palabra ganado supone una pluralidad, la sustracción de un solo animal *“es suficiente para la aplicación del precepto, porque éste no hace distinción y porque la existencia de esta figura como especial incidiría, no tanto en relación al número de animales sustraídos (uno o más), sino en el hecho de que éstos normalmente se encuentran en el campo, apartados de la vigilancia de sus dueños, porque por naturaleza han de estar sueltos y requieren desplazarse con cierta libertad”*⁴⁸⁶. Esta teoría es seguida por Emilio C. Díaz, citado y apoyado por Fontán Balestra en una de sus

⁴⁸⁰ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.247.

⁴⁸¹ Francesco Carrara, “Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial”, parágrafo 2074.

⁴⁸² Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.230.

⁴⁸³ Gustavo Labatut Glens, op.cit., pág.230-231.

⁴⁸⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.353.

⁴⁸⁵ Tomás Jofré, Gómez Moreno y Molinario entienden que ganado significa un conjunto de cabezas, autores citados por Carlos Fontán Balestra, “Derecho Penal, Parte Especial”, Buenos Aires, 1959, pág.439. Por su lado, Ortiz Quiroga opina que ganado es un sustantivo plural, más de uno. Luis Ortiz Quiroga, Derecho Penal Especial, Parte Especial. Apuntes de clases, Universidad de Chile, año 2001.

⁴⁸⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.248.

obras, y seguido por Sebastián Soler⁴⁸⁷. En este sentido, Díaz señala: *“Es indiferente a los efectos de considerar la agravante el número de animales hurtados, porque el fundamento de la agravación, su razón de ser, reside en la circunstancia de que el hecho haya sido ejecutado en campo abierto, donde la vigilancia y la custodia resultan más difícil para el propietario, por lo que la protección legal de los bienes individuales ha de mostrarse más enérgica”*⁴⁸⁸.

La pena para esta figura es la misma que hubiese correspondido al delito de hurto o robo con prescindencia de la circunstancia del inciso 1º del artículo 449, pero podrá elevarse en un grado. El fundamento de esta mayor penalidad se encuentra en la utilidad de las especies animales sobre las cuales recae, su valor económico, y la mayor facilidad con que este delito puede cometerse por la difícil custodia y defensa de los animales en el campo⁴⁸⁹. Otro argumento es que el legislador contempló esta agravación, considerando la importancia de la actividad agrícola y con el objeto de proteger la ganadería en general, porque hasta mediados del siglo XX la mayor parte de las faenas en las áreas rurales se realizaba con animales⁴⁹⁰.

A primera vista este delito no parece merecedor de tanto castigo. Para explicarse el por qué, hay que echar mano de la historia, a la época de dictación de nuestro Código Penal, época en que nuestro país era básicamente agrícola, por lo cual se le daba gran relevancia a la protección de los bienes del campo, en los cuales se incluyen el ganado, las bestias de silla o carga y obviamente los caballos, que eran además, el principal transporte de la época. Sin embargo, el delito fue considerado por los comentaristas de la época como drástico, pues no se consideró para la agravación de la pena el lugar de comisión del delito. La pena debiera agravarse en aquellos casos que el hurto o robo de las especies animales se lleve a cabo en el campo, pues se hayan en un estado de indefensión mayor que si se encontraran en la ciudad o bajo el cuidado de una persona al momento de cometerse el delito, o sea debiera tratarse de una indefensión real⁴⁹¹.

En cuanto a la determinación de la pena, la disposición señala que en caso de tratarse de una pena compuesta, el aumento establecido en el primer inciso de la disposición, se hará después de determinarse la pena que le habría correspondido al culpable en forma independiente a la concurrencia de la circunstancia agravante del inciso primero. O sea, habría que determinar si el delito de que se trata es un hurto o un robo, la disposición aplicable y la cuantía de la pena en razón del grado de participación y la extensión del mal producido. Así, la pena determinada, se podrá aumentar en un grado.

Hallazgo de especies animales:

El inciso 3º del precepto analizado se refiere al hurto de hallazgo, pero en una modalidad especial, cuando lo que se encuentra son animales extraviados o perdidos. Permite aplicar la regla sobre agravación de la pena señalada en el inciso

⁴⁸⁷ Este autor opina que *“la agravación debe deducirse de la simultánea concurrencia de dos requisitos: 1º que el objeto del hurto sea animales; 2º que ellos estén apartados de la vigilancia del dueño”*. Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, tomo IV, 1945, pág.232-233.

⁴⁸⁸ Citado por Fontán Balestra en su texto “Derecho Penal, Parte Especial”, Buenos Aires, 1959, pág.439.

⁴⁸⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.352.

⁴⁹⁰ Mario Garrido Montt, ídem.

⁴⁹¹ Odilia Rodríguez Iagno, “El Delito de Abigeato”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1979, pág.27-28.

1º. Este inciso hace mención a “aves comprendidas en los incisos anteriores”, lo cual es un error del legislador, pues jamás se menciona a las aves en dichos incisos. Entendemos que la agravación de la pena en este caso, tiene como fundamento el objeto material sobre el cual recae el delito, por lo cual se hace aplicable todo lo dicho en este punto sobre el abigeato.

Apropiación de partes de un animal previo su beneficio o destrucción:

La misma regla de agravación del inciso 1º se aplica al que “beneficie o destruya las especies a que él se refiere, para apropiarse solamente de partes de ella”. Beneficiar es descuartizar una res. Destruir la especie es darle muerte y separar partes de ella⁴⁹². Garrido Montt señala que beneficiar es matar un animal para aprovecharse de sus restos, y destruirlo es simplemente privarlo de la vida o dejarlo inútil para usarlo como tal⁴⁹³.

La ley no se ha pronunciado sobre la circunstancia de beneficiar o destruir una especie para apropiarse de toda ella, conducta que tampoco se encuadra dentro del delito de abigeato, pues se refiere a especies animales vivas. Al referirse a “especies” no se hace la exigencia respecto a la pluralidad ⁴⁹⁴.

Sustracción de pelo o plumas de animales ajenos:

El inciso final del artículo 449 contempla un tipo penal especial, “El que se apropie de las plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, esquilándolos o cortándoles las plumas, pelos, crines o cerdas, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio”.

Estamos frente a una figura autónoma, que se caracteriza por el objeto sobre el cual recae. Pese a estar en el artículo 449, no se le aplica la regla de agravación del inciso 1º, teniendo una pena especial, de presidio menor en su grado mínimo a medio, pena que no se gradúa en relación al valor de lo hurtado. Puede darse un posible concurso aparente entre este tipo penal y el robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, si para llevar a cabo la apropiación se hizo uso de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación en las personas, delitos a los que puede castigarse más drásticamente que el de este inciso final del artículo 449, y por lo tanto, prefieren al tipo general o básico descrito en el art.449⁴⁹⁵. Etcheberry opina que esta hipótesis sólo es aplicable en caso de hurto, pues si concurren las circunstancias propias del robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, debe castigarse con la pena correspondiente a esos delitos⁴⁹⁶.

La expresión “esquilándolos” dice relación con la lana de las ovejas, entendiendo que el vocablo “pelos” incluye a la lana. No se refiere a pieles, ya que las pieles constan de cuero y pelos, lo cual conlleva la muerte del animal, conducta sancionada en otra parte de la disposición en estudio ⁴⁹⁷.

⁴⁹² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.354.

⁴⁹³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.249.

⁴⁹⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.354.

⁴⁹⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.250.

⁴⁹⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.355.

⁴⁹⁷ Alfredo Etcheberry, ídem.

Sustracción de vehículos.

El artículo 449 trata de igual forma el hurto o robo de vehículos y el hurto o robo de ganado, o sea que en este caso también se da la posibilidad al juez de aumentar en un grado la pena correspondiente.

Garrido Montt señala que el alcance corriente de la expresión “vehículos” ha de entenderse como “todos los medios de transporte de personas o cosas”. La fuerza que mueve al vehículo puede ser un motor u otro ingenio mecánico, incluyendo a los sistemas de fuerza animal, caballares, vacunos u otros, y por otro que esta disposición comprendería sólo a los vehículos terrestres, dada la ubicación que se da a estos hurtos o robos, junto al robo o hurto de ganado. Se duda respecto de los vehículos impulsados por la fuerza física de una persona, si estarían comprendidos dentro de esta disposición; se sostiene que quedarían excluidos aquellos que responden a la fuerza física de la propia persona, pero sí se incluirían aquellos que aumentan la potencia que se emplea para impulsarlos⁴⁹⁸.

Etcheberry dice que *“vehículo es todo medio inanimado de transporte de personas o cosas, que se mueve por fuerza mecánica (motorizados) o animal. Si se mueve por la fuerza física de la propia persona transportada, es preciso que esté dotado de un mecanismo que multiplique el efecto de la fuerza física, para ser considerado vehículo. Así, una bicicleta es un vehículo; también deberían ser considerados tales los coches arrastrados por personas, que se usan en Oriente. No son vehículos los esquís, patines de ruedas y para hielo, etc”*⁴⁹⁹.

La disposición en comento se refiere a la sustracción de vehículos en su totalidad, enteros, no a la sustracción de sus piezas o partes, pues el inciso que se refiere a la sustracción de partes de especies animales, no se aplica a los vehículos. Por otro lado, la ley señala que se podrá aplicar la pena superior en un grado a la que hubiera correspondido “sin la circunstancia de la sustracción de animales”. Parece extraño que el legislador no haya mencionado la sustracción de vehículos, pero como el legislador esta dando un tratamiento análogo a la sustracción de vehículos y al abigeato, se entiende la facultad de elevar en un grado la pena que hubiera correspondido sin la circunstancia de la sustracción de vehículos.

Labatut señala que esta disposición ha perdido gran parte de su importancia, el artículo 449 tendría sólo una aplicación subsidiaria, ya que desde que se introdujo en el Código Penal la modalidad de robo con fuerza en las cosas cometido en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación (artículo 443), tratándose de la sustracción de vehículos llevada a cabo en alguno de esos lugares, daría lugar a un concurso aparente de leyes penales, y según el principio de la especialidad debiera aplicarse exclusivamente el artículo 443⁵⁰⁰. Etcheberry es contrario a esta interpretación, para él no hay relación de especialidad ni de consunción entre ambas situaciones, el artículo 443 se refiere a una forma especial de apropiación en razón del lugar y la forma en que se comete el delito, en cambio el artículo 449 establece una causal de agravación basada en el objeto material del delito, ambas disposiciones no serían incompatibles⁵⁰¹.

Apreciación crítica de los Memoristas.

⁴⁹⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.250-251.

⁴⁹⁹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.356.

⁵⁰⁰ Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.231.

⁵⁰¹ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.356.

Sobre la base del análisis de la doctrina y la jurisprudencia que han tratado este artículo, efectuado en los capítulos anteriores, procederemos a dar nuestra opinión grupal al respecto. Tocaremos los siguientes temas:

El robo o hurto de vehículos, caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino.

El hallazgo de animales o aves.

El beneficio o destrucción de animales o partes de animales para apropiarse solamente de parte de ellos.

La apropiación de plumas, pelos y otras partes de animales ajenos.

El robo o hurto de vehículos, caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino.

Esta figura esta regulada en el artículo 449 inciso 1º y 2º, agravando en un grado la pena correspondiente sin la circunstancia de tratarse de las referidas especies (en el inciso 1º) y estableciendo (en el inciso 2º) una especial regla de agravación para el caso de que la pena conste de dos o más grados.

No se entiende el fundamento de la agravante con respecto a los animales, toda vez que su importancia social ya no es la misma que en los tiempos de dictación del Código Penal, época eminentemente agraria. Nuestra sociedad actual dista mucho de la existente a la época de dictación del Código, especialmente en cuanto a la valoración de los animales y el ganado en general. Con esto queremos expresar que el bien jurídico patrimonio ya esta suficientemente protegido por las normas generales de hurto y robo, por lo que resulta excesivo establecer una regla especial de agravación, aplicable solo en virtud del objeto del delito.

Como señalaremos mas adelante, proponemos la derogación de esta circunstancia, la que no será incluida en nuestro proyecto de nuevo articulado para el Código Penal.

En cuanto al hurto o robo de vehículos no podemos desconocer que actualmente sí tienen una preponderante valoración social, sin embargo consideramos excesivo agravar la pena de los delitos de hurto y robo únicamente en atención al objeto del delito, como ya lo hemos expresado al tratar el tema del hurto de energía eléctrica y al criticar el criterio del legislador de sancionar el delito de hurto en relación al valor de la cosa hurtada (artículo 446). Decimos esto porque los delitos materia de este trabajo se han establecido para proteger el bien jurídico "patrimonio", por lo que imponer penas más graves en atención a objetos específicos implica un error conceptual del legislador que en definitiva lleva a aplicar una sanción desproporcionada en relación a la efectiva lesión del bien jurídico protegido.

El hallazgo de animales o aves.

Como dijimos al comentar el artículo 448 nos parece que esta situación ya esta perfectamente cubierta por la legislación civil, de modo que, para no violentar el principio de intervención mínima y de ultima ratio, estimamos que la regulación de las situaciones de hurto de hallazgo del artículo 448 y la que trata este artículo 449 deben salir del ámbito penal y regularse por una parte del ordenamiento jurídico que resulte mas eficaz y no tan represivo como el sistema penal, es decir, creemos que con la actual regulación civil basta para cubrir este tipo de situaciones.

En lo concerniente a la fundamentacion de dicho criterio, nos remitimos a lo ya señalado al tratar el artículo 448.

El beneficio o destrucción de animales o partes de animales para apropiarse solamente de parte de ellos.

Con lo ya antes señalado, estimamos pertinente derogar también esta norma, que esta íntimamente relacionada a las contenidas en los dos primeros incisos del artículo 449. A pesar de ello, esta regla nos presenta un problema más específico si proponemos su derogación, ya que si llega a desaparecer, la conducta tipificada dejaría de ser delito, por lo que en caso de ocurrencia de esta situación se tendría que recurrir a otras figuras delictuales para poder aplicar alguna sanción de carácter penal. En un principio podría pensarse que no es aconsejable que esta figura desaparezca como tal, sin embargo consideramos que la referida situación puede de todos modos encuadrarse dentro de otros ilícitos, como es el delito de daños, o simplemente las reglas generales de hurto y robo, o una solución intermedia, esto es, estimar que existe un concurso y aplicar dichas reglas cuando una conducta pueda caer dentro del ilícito de daños y dentro de alguna de las figuras patrimoniales existentes.

Además hay que señalar este tipo de situaciones es de una ocurrencia mínima, de modo que parece desproporcionada una regla como ésta, que implica aumentar en un grado la pena solo por tratarse de determinados objetos (partes de animales) para apropiarse del resto.

La apropiación de plumas, pelos y otras partes de animales ajenos.

Llama la atención que este inciso establezca una pena específica y no se rija por la norma general de sancionar en relación al valor de la cosa. Nos parece del todo anacrónica una disposición como ésta y de una utilidad práctica muy limitada, pues la conducta tipificada puede encuadrarse en otras figuras, dando como resultado una sanción más acorde con la efectiva lesión del bien jurídico protegido. Por lo mismo, proponemos la derogación de esta figura.

Conclusiones finales

Compartimos las reflexiones de Bustos, cuando dice que *“en un Estado social y democrático de derecho que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado. De esta modo, fuente de validez de la pena es la protección de los bienes jurídicos”*⁵⁰². Agrega el mismo autor que *“en un Estado democrático que garantiza la participación de todos los ciudadanos en los bienes jurídicos, éstos están sometidos a constante revisión”*⁵⁰³. Es entonces aconsejable la revisión constante de estos bienes jurídicos (ya que el bien jurídico constituye una síntesis normativa determinada de relaciones sociales concretas, dinámicas y dialécticas), y por lo tanto no solo se tratara de identificar lo que protege la norma sino también, de constatar la vigencia de la necesidad de protección de dicho objeto.

Basándose en las reflexiones transcritas surge la inquietud sobre si es legítimo o no, político-criminalmente que en una sociedad que ha superado el subdesarrollo en materia agrícola y ganadera, y que políticamente conforman un Estado democrático sustentado por una Constitución que se erige a partir de la persona humana, se sigan sancionando gravadamente actividades delictuales de este tipo. La razón de ser de la agravación del abigeato esta dada por la importancia concedida por el legislador a la actividad agrícola. Así también, a la ganadería en general, ya que a mediados del siglo antepasado, la mayor

⁵⁰² Juan Bustos R. y Hernán Hormazábal M., Lecciones de Derecho Penal, volumen I, editorial Trotta, 1997, pág.54.

⁵⁰³ Juan Bustos R. y Hernán Hormazábal M., ídem.

parte de las faenas rurales se realizaban con animales. Por ello el legislador establece la **facultad** de agravar la figura.

Ahora bien, el fundamento de la agravación se ve disminuído con el avance tecnológico que ha sufrido la agricultura (y por ende las actividades agrícolas en general), lo cual hace de ésta una agravante anacrónica y desproporcionada, por cuanto vulnera los principios cardinales de proporcionalidad de las penas y de ultima ratio. Lo mismo se puede decir en cuanto a la apropiación de pelos y plumas, ya que tampoco se encuentra una razón plausible de ser admitida como justificada a la luz del derecho penal moderno.

En cuanto al robo o hurto de vehículos, que el objeto material, esto es el vehículo como tal, constituya una razón legítima para agravar la figura no parece tan convincente, ya que para ello existen las reglas generales, las cuales sancionan suficientemente a los hechos de este tipo de delitos, y además, la agravación de la pena es facultativa, al igual que en el abigeato.

En conclusión se sugiere, sobre la base de lo expuesto, la derogación de estas disposiciones comunes referidas al objeto del delito, por cuanto no hay justificación, a partir del bien jurídico protegido, para sancionar de manera más intensa acciones que en el contexto actual no tienen una preponderancia significativa en el entramado social. Así también, porque el bien jurídico cumple una función fundamentadora de la intervención penal del Estado y garantizadora respecto del ciudadano, y no puede, a través de una política criminal acorde con estos principios, criminalizar de manera agravada situaciones de este tipo.

Derogación.

En base a lo recientemente señalado, esta disposición no será contemplada en nuestro proyecto de articulado, por lo que, en vez de proponer un texto nuevo, derechamente proponemos su derogación.

Artículo 450

Artículo 450 inciso 1º.

Evolución durante su vigencia.

Para el análisis de esta norma, tomaremos como referencia el texto completo que actualmente se contempla en el Código Penal, por lo que en este apartado comentaremos tanto las modificaciones que ha sufrido el inciso 1º como los demás incisos del artículo 450.

El artículo 450 ha sido notablemente modificado por diversas leyes. La primera modificación se produce el año 1959, mediante la Ley N° 13.303. Esta ley, como mencionamos anteriormente, tiene como principal fundamento darle mayores facultades a los jueces para que no se vean obligados a aplicar sanciones que no coinciden con la gravedad del delito. Así esta ley modifica el artículo en los siguientes términos:

a).- Reemplaza en su inciso 2º la expresión *“presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo”* por *“presidio mayor en su grado mínimo a presidio mayor en su grado máximo”*;

b).- Agrega un inciso, que es el penúltimo y señala: *“Sin embargo, la mera circunstancia de portar armas en el delito de hurto o robo, no producirá el efecto de aumentar la pena, si, a juicio del tribunal, aquellas fueran llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito”*.

Una segunda modificación en este artículo se produce el año 1972. Mediante la Ley N°17.727, que ya ha sido analizada anteriormente, se proponía originalmente reemplazar el inciso primero del artículo 450 por el siguiente: *“Los delitos a que se refiere el párrafo 2 de este Título, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”*, lo que significa circunscribir esta ficción jurídica exclusivamente al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, eliminándola del robo con fuerza en las cosas y el hurto. El proyecto recalca que el hecho anotado conduce a situaciones injustas que es preciso enmendar, como quiera que se trate de una ficción legal que va contra los conceptos aceptados por todos los tratadistas en orden a distinguir entre delito consumado, frustrado y tentativa para regular la penalidad. Y para ilustrar con mayor claridad este aspecto, se cita al autor nacional Gustavo Labatut: *“Con anterioridad a la ley N° 11.625 sólo respecto de los robos calificados, o sea, los más graves, imperaba la regla de que se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. El nuevo inciso primero establecido por la citada ley, la hizo extensiva a todos los robos y hurtos del Título IX, sin excepción alguna, lo que implica un aumento desmesurado de penalidad, que de ordinario no guarda relación con la naturaleza e importancia del delito”*⁵⁰⁴.

Posteriormente, una vez remitido por el Senado el proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, aprobó sustituir el inciso primero del artículo 450, que disponía que se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa todos los delitos de robo y hurto a que se refiere el

⁵⁰⁴ La cita esta tomada de Gustavo Labatut G., “Derecho Penal”, Tomo II, pág.381.

Título IX del Código Penal, con el objeto de restringir este precepto solamente a los delitos a que se refieren el párrafo 2º y el artículo 440 del párrafo 3º, es decir, los de robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias; en este caso, la Cámara de Diputados incluyó este último delito, cosa que no había hecho el Ejecutivo ni el Senado, y que, en definitiva, fue el proyecto que prosperó. Para la inclusión del delito del artículo 440 del Código Penal no se aportaron mayores fundamentos que los que ya han sido señalados anteriormente.

La última modificación de este artículo se produce mediante la Ley N° 19.449, de 1996. Sabemos que mediante esta ley se intenta hacer frente al aumento que por ese entonces presentaba el delito de robo, lo que causaba causa gran impacto público. Con esta ley se pretende introducir algunas modificaciones en la legislación penal, dirigidas a fortalecer la reacción del Estado frente al delito de robo. Se modifica el inciso tercero del artículo 450, que había sido agregado por la Ley N° 13.303, quedando contemplado el aumento de pena en el delito de hurto, siempre que las armas sean de fuego, cortantes o punzantes. Otro tipo de arma aumentará la pena sólo si, a juicio del tribunal, fueren llevadas por el delincuente con el propósito de cometer el delito.

Doctrina.

Artículo 450 inciso 1º Código Penal: *“Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.*

El inciso primero de este artículo fue modificado por la ley 17.727, puesto que era fuertemente criticado por la doctrina, ya que aumentaba desmesuradamente la penalidad tratándose de los delitos de hurto y de robo y dicho aumento no parecía justificarse por razones de política criminal.

Lo que este artículo nos señala es que los delitos de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, el robo con violencia o intimidación en las personas en sus distintas variedades, el robo por sorpresa, el de piratería y el de extorsión, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, es decir, desde que se dió principio a su ejecución. En esta disposición se está haciendo una equiparación de las etapas del iter criminis que son; delito tentado, frustrado y consumado, o, en otras palabras, las etapas de tentativa y frustración desaparecen en estos delitos, para efectos de la sanción.

Garrido Montt reproduce muy bien la opinión de la mayoría de la doctrina nacional al señalar que esta regla no es conveniente porque altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas, y desde una visión política criminal resulta inefectiva en cuanto a su eficacia. También señala este autor que la aplicación práctica trae aparejadas situaciones de desequilibrio evidente en cuanto a las sanciones a imponer⁵⁰⁵.

Hemos dicho que la norma del artículo 450 inciso 1º altera las reglas del iter criminis. Parece necesario dar una noción previa sobre esta materia antes de analizar derechamente la disposición.

El iter criminis es el proceso, el camino a seguir por el delincuente, que va desde la ideación de delinquir hasta la completa consumación del delito. Existe un principio de ejecución que marca su inicio, la ley chilena contempla un sistema de tres etapas:

⁵⁰⁵ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.251-252.

Delito Tentado :

Artículo 7 inciso final: *“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.*

Hay por parte del sujeto activo un propósito de consumir el delito, un dolo directo, la insuficiencia se da respecto de la acción, faltan uno o más elementos para su complemento.

Respecto a la pena correspondiente al grado de tentativa, el artículo 52 inciso 1º dice: *“A los autores de tentativa de crimen o simple delito, (...) se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.* O sea que el delito tentado se castiga con dos grados menos de pena que el delito consumado

Delito Frustrado:

Artículo 7 inciso 2º: *“Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”.*

El agente tiene el propósito de cometer el delito, pone todo de su parte, realiza todas las acciones tendientes a la consumación del delito, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad no logra consumarlo.

Respecto a su punición, el artículo 51 dice: *“A los autores de crimen o simple delito frustrado (...), se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito”.* Por lo tanto, el delito frustrado se castiga con un grado menos que el delito consumado.

Delito Consumado:

Es aquel en que el sujeto activo ha dado cumplimiento pleno a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, es decir, hay una ejecución total de la conducta típica. Según los requisitos de consumación, los delitos se clasifican en:

a. Delitos de mera actividad. Se consuman por la entera verificación de la acción típica, no es necesario un resultado. Ejemplo: Injuria.

b. Delitos con pluralidad de hipótesis. Se consuman cuando se cumple una sola o alguna de las hipótesis señaladas en el tipo. Ejemplo: Robo con fuerza en las cosas.

c. Delitos de resultado. Se consuman con la efectiva producción del resultado. En esta clasificación encajan el hurto y el robo.

Jurisprudencia más relevante.

Abundante ha sido la jurisprudencia en cuanto a la aplicación de este precepto, distinguiéndose entre aquellas sentencias que aplican irrestrictamente el artículo 450 inciso 1º y aquellas que no lo aplican. La jurisprudencia más reciente muestra claramente esta distinción, siendo la Corte Suprema la que en forma reiterada ha aplicado el artículo 450 inciso 1º, y algunas Cortes de Apelaciones han resuelto en forma completamente opuesta, ya que han optado por no aplicarlo, presentando varios argumentos fundantes.

Para ilustrar el pensamiento en uno y otro sentido, procederemos a reproducir los razonamientos esgrimidos tanto para aplicar el artículo 450 inciso 1º como para dejarlo sin aplicación.

Jurisprudencia que se inclina por no aplicar el artículo 450 inciso 1º.

Sentencias que serán citadas:

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 6 de Diciembre de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Diciembre, N°258, página 137 a 145.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 16 de Julio de 1999, en Gaceta Jurídica, Año 1999, Julio, N°229, página 144 a 146.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 1° de Junio de 1999, en Gaceta Jurídica, Año 1999, Julio, N°228, página 112 a 116.

Otras sentencias revisadas, en igual sentido:

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 10 de Octubre de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Octubre, N°256, página 182 y 183.

Corte de Apelaciones de Concepción, fallo de fecha 20 de Abril de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Octubre, N°256, página 161 a 166.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 4 de Julio de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Julio, N°253, página 161 a 162.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 25 de Junio de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Junio, N°252, página 137 a 138.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 8 de Junio de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Junio, N°252, página 138 a 141.

Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de fecha 15 de Noviembre de 2000, en Gaceta Jurídica, Año 2000, Diciembre, N°246, página 172 a 174.

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo de fecha 18 de Marzo de 2002, en Gaceta Jurídica, Año 2002, Marzo, N°261, página 129 y 130.

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo de fecha 13 de Mayo de 2003, en Gaceta Jurídica, Año 2003, N°275, página 183 y siguientes.

La siguiente es la opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, expresada en la sentencia de fecha 6 de Diciembre de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Diciembre, N°258, página 137 a 145, en la que se da una argumentación sumamente completa, que engloba la mayoría de las razones aducidas por la jurisprudencia mas reciente para no aplicar el artículo 450 inciso 1° del Código Penal:

“3° Que ante la reprochabilidad del actuar típico y antijurídico, ejecutado dolosamente por un sujeto plenamente imputable, corresponde determinar el quantum de la sanción a su autor, procediendo a precisar la pena fijada por el legislador y graduarla individualmente al encausado.

4° Que el Constituyente ha reconocido a los inculcados el derecho básico esencial de determinación normativa de la responsabilidad penal, según el cual corresponde a la fuente del derecho que la contempla, precisar los elementos necesarios para recibir de Estado una sanción penal. Del mismo modo, se indica que el presupuesto indispensable para llegar a la individualización de la pena: la sentencia del órgano jurisdiccional, debe estar asentada en una investigación y un procedimiento racional y justos /artículo 19 N°3, incisos quinto y sexto de la Constitución Política de la República).

5° Que entre las garantías substanciales mínimas en la determinación de la responsabilidad penal se encuentran:

El principio de reserva o legalidad. Para sancionar una conducta debe establecérsela como delito, correspondiendo única y exclusivamente al Parlamento su consagración, en ejercicio de la función legislativa y mediante la fuente normativa de la ley (artículos 19, N°3, incisos sexto, séptimo y octavo, 60 N°20 y 61, inciso segundo de la Carta Fundamental), de lo cual deriva la consecuencia que toda conducta que no esté expresamente sancionada por el legislador, por reprochable que sea, no puede ser objeto de investigación criminal (artículos 91 y 102 del Código de Procedimiento Penal) y por ningún motivo de sanción el responsable (artículo 1° inciso primero, 4°, 9° y 10 N°13 del Código Penal), existe, si se quiere una verdadera irresponsabilidad penal de derecho declarada por el Constituyente en este sentido;

Irretroactividad de las disposiciones penales. Se impide la creación de ilícitos, regulación de sus elementos o determinación de la sanción para hechos acaecidos con anterioridad a la fecha de publicación de la norma, excepción hecha de aquello en que se beneficie al delincuente, por eximirle de toda pena o establecer condiciones, modificatorias o sanciones por las que se pueda regular una pena menor (artículo 19 N°3, inciso séptimo del Código Político);

Tipicidad o descripción de la conducta. Constituye la limitación al legislador según la cual, la norma legal que contemple el delito debe describir expresamente la conducta concreta que sanciona, el acto, que puede ser una acción u omisión (artículo 19 N°3, inciso final de la Constitución Política de la República), en consecuencia, se descartan las ficciones, puesto que debe lesionarse un bien jurídico determinado y que el legislador ha considerado conveniente proteger, con lo cual su aplicación al principio de la lesividad;

Reglamentación objetiva de la sanción. La norma debe señalar precisamente las penas que se establecen para el acto, sin considerara principalmente para ello la persona del delincuente, generando relaciones directas entre los bienes jurídicos protegidos, su penalidad y las disposiciones generales para individualizar la sanción al delincuente (artículo 19 N°3, inciso séptimo y final del citado Texto Constitucional), respetando el principio de proporcionalidad de las penas, y

El principio de culpabilidad. No se puede imponer pena alguna por los tribunales sin que esté comprobado, por los medios de prueba legales en el proceso, el dolo o culpa del condenado, excluyendo, como una de sus consecuencias, que puedan presumirse de derecho los supuestos necesarios para la determinación de la responsabilidad penal, entre ellos la participación culpable, desde el momento que dicho elemento constituye el grado y extensión de la pena (artículo 1°, inciso primero y 19 N°3, inciso sexto y octavo de la Constitución Política de la República).

La relación lógica y directa entre las normas legales enunciadas, importa que, en un análisis y estudio en que se trata de aplicar las normas generales a casos particulares, no es posible entenderlas aisladas o separadamente, omitiendo considerara el conjunto, por la unión y cohesión de las mismas. Congruencia que da origen al principio de coherencia sistemática de las normas.

6° Que el principio general de determinación normativa de la responsabilidad penal, como todos aquellos que de él derivan, han permitido desarrollar los presupuestos objetivos con que se individualizará la sanción a los responsables de un delito concreto que, sin desconocerlos, en mayor o menor medida la doctrina y jurisprudencia nacionales ha estimado arranca de diversas disposiciones constitucionales, que no obstante su vinculación con la culpabilidad, no puede ignorarse que la norma fundamental expresa: "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale la ley". Se da origen a la

graduación y proporcionalidad de la pena, que en concepto de Mezger es la medida del injusto y la culpabilidad, así “la medición de la pena constituye, regularmente, una labor conjunta de ley y juez” afirma Maurach, desarrollándose la exigencia perentoria de proporcionalidad entre la conducta delictiva y la pena asignada por la ley, puesto que, al decir de Novoa, la pena tiene “por fundamento restablecer el equilibrio de un ordenamiento jurídico armonioso, alterado gravemente por la perpetración de un delito”, de este modo –agrega– “delito y pena son factores estrechamente relacionados entre sí y que deben guardar entre ellos una proporción que tienda a su equivalencia”.

Sobre la base de tales argumentaciones y llevando a la práctica los principios doctrinarios, recogidos actualmente como garantías fundamentales, el legislador ha efectuado múltiples distinciones en los aspectos generales de los ilícitos penales, fundamentalmente en relación con el iter criminis (tentado, frustrado, consumado e, incluso, agotado), respecto del grado de participación (autor, cómplice y encubridor), circunstancias que pueden modificar la responsabilidad penal (principalmente eximentes, atenuantes y agravantes), grado de representación del reproche del actuar (delitos y cuasidelitos) y su extensión (error en el golpe, error en el ilícito que se cree cometer y error de prohibición). Aspectos relevantes y que inciden en la aplicación de la sanción a un responsable concreto y en un delito determinado, que se encuentra ampliamente reconocido como garantías de toda persona imputada penalmente.

7° Que nuestro sistema penal, en resguardo y garantía de los derechos de los imputados, elaboró una codificación tanto sobre los aspectos generales de la penalidad, como lo relacionado con figuras delictivas específicas. De este modo el Código Penal, dentro de las disposiciones generales acentuó lo relativo a la reglamentación objetiva de la sanción, dando especial importancia al grado de desarrollo del delito, participación y circunstancias modificatorias, lineamientos con los cuales estructuró la penalidad, generando un sistema objetivo coherente...”

“ 9° Que la congruencia entre las normas generales y especiales del Código penal, solo se verá alterada, ahora en un sentido inverso al existente con anterioridad al Código Penal, por la ley 11.625, de 4 de Octubre de 1954, la que agrega el inciso primero del artículo 450 del citado estatuto punitivo, disponiendo: “Los delitos de robo o hurto a que se refiere este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”; disposición que fuera modificada posteriormente por la ley N°17,727, de 27 de Septiembre de 1972, en su redacción actual, esto es: “Los delitos a que se refiere el párrafo segundo y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

10° Que en la resolución del caso sometido a la decisión de esta Corte concurren disposiciones constitucionales y legales, las cuales no guardan completa correspondencia entre ellas. En efecto, la antinomia se produce entre distintas garantías fundamentales y la norma del actual inciso primero del artículo 450 del Código Penal que se ha transcrito con anterioridad, puesto que resulta evidente que ésta última sin duda desconoce los principios de tipicidad o descripción de la conducta, por cuanto la penalidad que establece el legislador se refiere al delito consumado (inciso segundo del artículo 52 del Código Penal), alterando el principio de la proporcionalidad de las penas y en este caso se asigna igual pena para aquellos que han tenido un menor desarrollo: tentado o frustrado. Puesto que nada obsta que se contemple como delito específico una acción concreta que pueda llegar a constituir, en un mayor grado de desarrollo, otro ilícito independiente, como por ejemplo ocurre con la falsificación documental y el uso malicioso de un documento falsificado.

En efecto, se deja sin aplicación toda la reglamentación normativa objetiva de la pena que se refiere al iter criminis, generando una verdadera ficción, transgrediendo el principio de lesividad, desde el momento que en el fondo supone un grado de desarrollo diverso del ilícito para la aplicación de la sanción, alterando la culpabilidad que se atribuye al autor, puesto que, en la individualización de la pena que le corresponde al delincuente, ya no se estará a la extensión y gravedad de su acción ilícita concreta, en la que concurrió con su voluntad y culpabilidad, probada por los medios legales en el proceso, si no que se supondrá, y con el solo objeto de imponerle una mayor sanción, que el delito se ha consumado, sin que lo anterior tenga una explicación fáctica lógica y asentada en la realidad, puesto que será única y exclusivamente la voluntad desnuda del legislador la que así lo dispone, con lo cual, en el mayor grado de extensión de la pena, se estará presumiendo de derecho la responsabilidad penal y no se está entregando una regla especial en torno a la sanción, puesto que, sin ningún antecedente de hecho concreto y determinado, se modifica la normativa general.

Del mismo modo se afecta la coherencia sistemática y con ello el principio y garantía fundamental de igualdad ante la ley, en atención al hecho que, por una reforma muy posterior, se deja sin aplicación, solo en casos específicos, la normativa que el mismo legislador ha establecido en términos generales, conforme a una proporcionalidad objetiva, lo cual no constituye una excepción a la menor graduación de la punibilidad del delito, prescindiendo de la rebaja en uno o dos grados, según corresponda, que el legislador establece para la generalidad de los delitos, sino una verdadera derogación singular de la reglamentación normativa general, práctica que la teoría ius publicista ha proscrito a lo menos desde el siglo XIX, precisamente por constituir un atentado a la garantía enunciada.

11° Que las garantías y principios enunciados constituyen derechos esenciales de todo imputado penal.

A respecto no debe olvidarse lo que ha declarado en forma reiterada la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, en el sentido que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”..., a lo cual se une el hecho que, por mandato del Código Político, los preceptos legales que regulan las garantías constitucionales, no pueden afectar los derechos en su esencia (artículo 19 N°26 de la Constitución Política de la República).

Resulta conveniente precisar que los valores que emanan de la naturaleza humana toda comunidad civilizada debe promoverlos y respetarlos, los cuales generan derechos y garantías en los ciudadanos, que, entre otras autoridades del Estado, a los tribunales corresponde fomentar y, lo mas importante, reconocer, proteger y garantizar; derechos que pueden no encontrarse reconocidos expresamente en un texto constitucional o legal, pero atentar en su contra o desconocerlos es igualmente ilegítimo..., entre los cuales se encuentran aquellos que se han señalado con anterioridad, derivados del principio general de determinación normativa de la responsabilidad penal.

12° Que idéntica transgresión a las garantías y principios enunciados se produciría si se atribuyera la penalidad de autor a los cómplices o encubridores...

13° Que en lo que respecta a las garantías procesales mínimas, especialmente en materia penal, se estableció como principio general que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, debiendo

el legislador “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justas”; procedimiento que se resume en los tres momentos de la jurisdicción enunciados por el artículo 73 de la Carta Fundamental, esto es conocer, decidir y ejecutar lo juzgado... Es así que, como expresión de este principio inmanente, ya la ley de 2 de Febrero de 1837 dispuso que “toda sentencia se fundará breve y sencillamente”, en cuya expresión de motivos se enunció que esta “obligación que se impone a los jueces”, “es una de las principales garantías de la rectitud de los juicios”. Este mandato impone a los jueces la responsabilidad primera y esencial de aplicar la ley a un caso concreto, pero mirando en conjunto toda la legislación, incluida por cierto la normativa constitucional y resguardando las garantías y derechos fundamentales que la ley acuerda a toda persona, “siendo la justicia el valor preferente y fundamental a que deben aspirar los tribunales”, sin que pueda permitirse la adopción de decisiones “de forma e intrínsecamente injustas”.

Otro argumento sostenido por la jurisprudencia, que aparece en Gaceta Jurídica, Año 1999, Julio, N°228, página 112 a 116, es el que sigue:

“5° Que, en otro orden de consideraciones, esta Corte no puede dejar de tener en cuenta las obligaciones generales y función esencial de los jueces es el acto de emitir su sentencia. Aparte de estatuirlo expresamente el Código de Procedimiento Penal en los N°s.5 y 6 de su artículo 500, al expresar que la sentencia ha de contener “las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el “delito” y la cita de las leyes o de los principios jurídicos en que se funda el fallo”, resulta consubstancial a toda sentencia el que su contenido sea el resultado de la elaboración mental del juez en torno a la justicia particular que ha de sancionar su decisión. Al exigir los indicados preceptos del Código de Procedimiento Penal a la sentencia penal no solo la mención de “las leyes” sino además las razones “doctrinales” para calificar el delito y la cita de “los principios” en que ella se apoya, el referido estatuto está obligando al sentenciador al ejercicio fiel de una función imprescindible e insoslayable cuya cual es la de encontrar y vaciar en su sentencia, luego del estudio de los hechos y de la selección de las conclusiones útiles al caso, la razón o fundamento jurídico último adecuadamente regulador de la justa pena a aplicar a cada encausado y por cada delito en particular. Pues bien, dentro de esas razones “doctrinales” y de esos “principios jurídicos” se halla precisamente el de la medición de la pena según el grado de desarrollo que ha alcanzado la ejecución de cada hecho ilícito en particular, nivel o grado de evolución del que, en observancia también de la igualdad ante la ley como bien jurídico superior de las personas, no puede prescindir el juez”.

(SCA Santiago, 1° de junio de 1999)

Siguiendo con la línea de las argumentaciones, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (citada previamente), publicada en Gaceta Jurídica, Año 2001, N°258, página 142 a 144, señala:

“14° Que complementario de lo anterior y entre los derechos ampliamente reconocidos por las sociedades contemporáneas se encuentra el principio de inocencia..., que recién el legislador de 1989 incorporó a nuestra legislación y lo desarrolló en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, al disponer que “a nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado”; principio reiterado en el nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 4° el que señala : “Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por sentencia firme”.

15° Que el principio de inocencia obliga al juzgador a dejar establecida en su sentencia todos los supuestos de hecho en que sustenta el castigo al imputado penal, que necesaria y obligatoriamente deberá extraer de los medios probatorios acumulados en el proceso...

16° Que, en las condiciones expresadas, cobra plena aplicación el valor o principio que emana de la naturaleza humana, proclamado en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos Humanos que “todo hombre acusado de un acto delictuoso tiene derecho a ser presumido inocente, hasta que su culpabilidad haya sido probada de acuerdo a la ley”, desarrollado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados internacionales ratificados por nuestro país y publicados en el Diario Oficial de 29 de Abril de 1989 y 5 de Enero de 1991 respectivamente, los cuales disponen que toda persona inculpada o acusada de un delito tiene el derecho que se presuma su inocencia mientras no se pruebe y establezca legalmente su culpabilidad, además de reconocer que durante el proceso tendrá derecho, “en plena igualdad” a gozar de ciertas garantías mínimas.

17° Que la responsabilidad y ejercicio apropiado de la función jurisdiccional importa, según se ha dicho, el estudio y análisis integral de la legislación teniendo siempre presente las garantías que el propio Estado ha reconocido a toda persona, cuando ésta ha sido imputada penalmente, ponderando la mejor forma de dar armonía a todas ellas, sin perjuicio de resaltar las contradicciones específicas y resolverlas de acuerdo a su competencia, concretando en su declaración definitiva lo que decida en torno al derecho vigente.

18° Que en la convergencia de disposiciones legales concretas llamadas a resolver un caso particular, deben considerarse las potestades empleadas en su dictación, la fuente que las contempla, la materia reglamentada y la autoridad llamada a aplicarla. Se producirá un conflicto entre las normas jurídicas en el evento que exista pluralidad de reglamentos que contemplen distintas soluciones para una misma situación jurídica dada, que dichas disposiciones sean incompatibles o, a lo menos, que no sea posible aplicar una sin desconocer la otra, entre las que no existe privación expresa de fuerza obligatoria.

Por lo anterior resulta pertinente determinar, en este caso concreto, la congruencia de las normas, la fuente en que se consagra sus disposiciones, la materia que reglamentan y la competencia del tribunal que las aplica. Este análisis ha dejado en evidencia la falta de correspondencia lógica de la norma del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, con disposiciones y garantías constitucionales, según se expresó en el motivo undécimo de este fallo. Además de entrar en colisión con otros principios, conforme se ha argumentado precedentemente.

19° Que el conflicto de normas legales corresponde resolverlo de acuerdo a las potestades empleadas en su establecimiento, que en este caso coinciden con la fuente que las contiene. Así surge el principio jerárquico, según el cual la disposición legal debe ser armónica con los principios constitucionales, considerando que en este caso se refiere a garantías fundamentales que todo tribunal está llamado a resguardar y aplicar directa y preferentemente. Del mismo modo, la falta de correspondencia entre el inciso primero del artículo 450 del Estatuto Punitivo y la reglamentación fundamental posterior contenida en los incisos sexto, séptimo y octavo, del N°3, del artículo 19 de la Constitución Política de la República, permite concluir que la norma legal ha sido derogada por la de mayor rango y de fecha posterior, falta de vigencia que los tribunales de la instancia están llamados a declarar fundadamente, por exigirlo uno de los presupuestos del justo y racional procedimiento.

20° Que a igual decisión se llega al contrastar las garantías constitucionales de tipicidad, lesividad, reglamentación objetiva de la sanción, proporcionalidad de las penas,

culpabilidad e igualdad ante la ley con la disposición legal del inciso primero del artículo 450 del Código Penal, puesto que llega a afectar la esencia de aquellos principios, perdiendo su eficacia normativa a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N°26 del Código Político.

21° Que al encontrarse derogado el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, cobra plena aplicación lo normado por el artículo 52 del citado Código y corresponde rebajar la pena al sentenciado en dos grados...”.

Para finalizar con esta larga pero indispensable revisión de fundamentos jurídicos, pasamos a citar otra de las justificaciones constitucionales y legales que se han señalado para no aplicar el artículo 450 inciso 1°, que se encuentra en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaída en un proceso por el delito frustrado de robo con violencia o intimidación en las personas, pronunciada el 16 de Julio de 1999, publicada en Gaceta Jurídica, Año 1999, N°229, página 144 a 146.

“1° Que los dos incisos finales del N°3 del artículo 19 de la Constitución Política sientan un principio de antigua raigambre en la teoría penal: ninguna conducta será castigada como delito sin que una ley previa a ella la describa expresamente y le señale una pena...”

2° Que el ordenamiento nacional distingue claramente tres momentos, etapas o grados de desarrollo en el iter criminis: tentatio, frustratio y consumatio, encargándose de describir los dos últimos, con lo que el primero queda definido a fortiori...

3° Que tanta importancia reviste esa distinción, que el mismo cuerpo de leyes asume que siempre que la ley designa la pena de un delito, se entiende que la impone al ilícito consumado, razón por la que a los autores de delito se impone justamente el castigo que a él señala la ley (artículo 50). O sea, los comportamientos prohibidos se sancionan como consumados.

En cambio, a los autores de crimen o simple delito frustrado se impone la pena inmediatamente inferior en grado a la anteriormente referida, es decir, “a la señalada por la ley” (artículo 51);

4° Que tan preclaro es lo anteriormente expuesto, que la propia ley penal prohíbe eludir tan elementales reglas, con la sola excepción de aquellos casos en que la propia ley pune especialmente la frustración, lo que importa, al menos, las siguientes dos cosas: a) descripción especial de una conducta frustrada, y b) penalización de ésta, en cuanto agotada en su modo frustrado.

Esto quiere decir que el acto doloso se satisface en la frustración; a efectos de la penalización, se entiende perfeccionado en su etapa preconclusiva. En otros términos, el delito se agota en la descripción que excepcionalmente despliega la ley, de un quehacer incompleto;

De esa manera y únicamente de esa manera, congenia el irrenunciable mandato traído a colación en el primero de los basamentos de esta sentencia, con el reproche penal de un comportamiento normalmente inagotado;

5° Que no se compadecería con lineamientos semejantes, cualquier norma que pretendiera aplicar la pena que la ley designa a un delito que ella describe, a un ilícito cometido en grado de frustración, sin haber definido especialmente el comportamiento de manera diversa al primero.

Es eso, sin embargo, exactamente lo que ocurre con el artículo 450 inciso primero del Código Penal, según el cual delitos de robo como los que han sido objeto del presente

autos de cargos, “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

Literalmente inteligido y en lo que aquí interesa, el precepto manda reprimir determinados robos frustrados, con la pena de los consumados. Empero, omite toda descripción de lo proscrito, con lo cual pasa a llevar los relevantes basamentos que antes se dejó explicados y que a esta judicatura incumbe reivindicar;

6° Que la notoria pugna entre el precitado derecho superior antes recordado (internacional vinculante y constitucional), por una parte, y la preceptiva del artículo 450 inciso 1° del Código Penal, por otra, se resuelve a favor del primero, que de esa forma ha derogado tácitamente el segundo”.

Jurisprudencia a favor de aplicar el artículo 450 inciso 1°.

Sentencias que serán citadas:

Corte Suprema, fallo de fecha 31 de Enero de 2002, en Gaceta Jurídica, Año 2002, Enero, N°259, pág.120 a 126.

Corte Suprema, fallo de fecha 9 de Octubre de 2001, en Gaceta Jurídica, Año 2001, Octubre, N°256, pág.156 a 170.

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Revista Procesal Penal año 2003, septiembre N°13, Ed. Lexis Nexis. Pág. 77.

Otras sentencias revisadas, en igual sentido:

Corte de Apelaciones de San Miguel, fallo de fecha 8 de Agosto de 2002, en Gaceta Jurídica, Año 2002, Agosto, N°266, pág.157 y 158. Cabe hacer presente que esta sentencia se aparta de la tendencia mayoritaria de las Cortes de Apelaciones, y opta por aplicar el artículo 450 inciso 1° (aún cuando hay una prevención, cuyo autor postula la aplicabilidad de las reglas generales de los arts. 7 y 51 del estatuto penal y la carencia de eficacia de la norma excepcional en comentario).

Corte Suprema, fallo de fecha 29 de Agosto de 2000, en Gaceta Jurídica, Año 2000, Agosto, N°242, pág.130 a 135.

Corte Suprema, fallo de fecha 10 de Agosto de 2000, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCII, N°2, Mayo-Agosto, Año 2000, 2ª parte, sección 4ª, pág.225 y 226.

Corte Suprema, fallo de fecha 25 de Abril de 2000, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCII, N°1, Enero-Abril, Año 2000, 2ª parte, sección 4ª, pág.89 a 92.

Como se dijo más arriba, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema se ha mostrado de acuerdo con la aplicación del artículo 450 inciso 1°, rebatiendo los argumentos señalados por algunas Cortes de Apelaciones para no aplicar tal precepto. En las siguientes líneas se reproducen los argumentos dados sustentar la plena validez y obligatoriedad del artículo 450 inciso 1°.

Un fallo reciente es de fecha 31 de Enero de 2002, aparecido en Gaceta Jurídica, Año 2002, N° 259, pág.120 a 126, que señala lo siguiente, en lo que interesa a nuestro tema:

“Segundo. Que el pretendiente argumenta que los magistrados impusieron al encartado José Valdés Inostroza una pena mas grave que la designada en la ley, a virtud de aplicar una norma derogada tácitamente por la preceptiva citada de la Carta Política (se refiere al art.19

Nº3 incisos séptimo y octavo) y los tratados internacionales (la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), esto es, el artículo 450, inciso primero, del Código Penal (...)."

"Cuarto. Que, desde luego, no es verdad, como lo pretende la defensa de Valdés Inostroza, que el artículo 450 inciso 1º del Código Penal se encuentre derogado tácitamente, porque contraría el principio de la tipicidad consagrado en los incisos séptimo y octavo del Nº3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y en los tratados internacionales invocados: todo esto por la ley Nº 17.727, que introdujo esa disposición en el Código Penal, no habría descrito o "definido en forma especial la conducta típica de la tentativa que se pretende sancionar". Como es unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la descripción de aquello en que consisten los hechos tentados se obtiene conectando el tipo de complemento contenido en el artículo 7º inciso final de Código Penal con el correspondiente tipo de consumación, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial. Así, el tipo de la tentativa de robo con intimidación se describiría como "dar principio a la ejecución de la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con animo de lucro, usando intimidación en las personas, por hechos directos pero faltando uno o más para su complemento". Esa disposición se encuentra en el Código Penal (artículo 7º, en relación con el artículo 432 y 436) desde su promulgación en 1875, y no hay indicio alguno de que la ley 17.727 haya pretendido modificarla o, mucho menos, derogarla para sustituirla por otra. Todo lo que tal cuerpo legal se propuso fue enlazar a la mentada definición, clara y precisa, la pena del delito consumado, prescindiendo de la rebaja de dos grados establecida para la generalidad de los delitos intentados por el artículo 52 del Código Penal. Por eso, no se divisa cómo podría la disposición referida vulnerar el principio de tipicidad esgrimido por el recurrente, tanto más cuanto que jamás se propuso modificar el tipo ya existente en la ley desde la segunda mitad del siglo XIX".

En el mismo sentido, otra sentencia del Alto Tribunal, de fecha 9 de Octubre de 2001, aparecida en Gaceta Jurídica, Año 2001 Nº256, página 156 a 170, se refiere a la forma de entender que se encuentra tipificado el delito de robo con violencia frustrado, con el objeto de señalar que el artículo 450 inciso 1º no viola el principio de tipicidad, y lo hace en los siguientes términos:

"3º Que por otra parte, tampoco es verdad, como pretende la sentencia recurrida, que el artículo 450 inciso 1º se hallaría incompleto, al no haberse complementado en la forma que necesariamente y por mandato de la Constitución ha debido hacer el legislador, y sería así, inconstitucional, porque contrariaría lo preceptuado en el artículo 19 Nº3 inciso final de la Carta Fundamental, todo esto porque la ley Nº17.727, que introdujo esa disposición en el Código Penal, no habría descrito expresamente como delito o hecho ilícito penal el robo con violencia en grado de tentativa. Como es unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la descripción de aquello en que consisten, los hechos frustrados, se obtiene conjugando el tipo de complemento contenido en el artículo 7º inciso 2º del Código Penal, con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial. Así, el tipo de frustración de robo con violencia se describiría como "poner de parte del hechor todo lo necesario para apropiarse de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con animo de lucro, usando de violencia en las personas, pero ésta no se verifica por causas independientes a su voluntad".

Los demás argumentos dados por la Corte Suprema en la sentencia precitada, para aplicar el artículo 450 inciso 1º, son los siguientes:

“Quinto. Que, de seguir hasta sus últimas consecuencias el criterio defendido por el imputado (que el art.450 inc.1º es una disposición incompleta), se arribaría a la sorprendente conclusión de que la tentativa de robo con intimidación no solo no podría sancionarse con la misma pena del robo consumado sino con ninguna, pues si ese hecho careciera verdaderamente de tipo tampoco sería posible castigarlo con la pena rebajada del artículo 52 u otra cualquiera. Pero, lo que es aun peor, si se niega al tipo complementario del artículo 7º inciso final la eficacia para describir aquello en que precisamente consisten las conductas solo intentadas, entonces habría que sostener la impunidad de la tentativa de cualquier delito, deslizándonos hacia un derecho penal de puros resultados, al cual, como decía Welzel, “nada importa mientras nada ocurra”. No podemos imaginar siquiera que el constituyente de 1980 al redactar el artículo 19 Nº3 inciso final tuviera, entre otros, un propósito tan peregrino;

Sexto. Que... nada dice en contra de lo expuesto lo establecido en el artículo 55 del Código Penal. Ese precepto, en efecto, solo expresa que las reducciones de punibilidad consagradas en los cuatro artículos precedentes para los delitos imperfectos no son aplicables en aquellos casos en los cuales la ley ha querido asociar a la tentativa y al delito frustrado una consecuencia penal distinta, como ocurre, precisamente, en el artículo 450 inciso 1º. La expresión “especialmente penados por la ley” quiere decir, pues, en esta disposición, “castigados con una pena especial” y no “tipificados en forma especial por la ley”. Ello, por lo demás, se corresponde lógicamente con una interpretación sistemática, pues los artículos 51 y 54 del Código Penal no contienen tipos generales ni de ninguna otra índole sino, en cambio, consecuencias penales de la tentativa y el delito frustrado en general; como diría Binding, en tales artículos solo se encuentran “sanciones”, no “preceptos”.

Séptimo: Que, ciertamente, el artículo 450 inciso 1º del Código Penal suele conducir a consecuencias prácticas exageradas, y debe reconocerse el laudable propósito perseguido por la defensoría penal al tratar de moderar esos resultados indeseables. Pero ese es, en verdad, un cometido que solo compete al legislador. Los tribunales no pueden asumirlo, desconociendo el tenor literal del precepto en cuestión, sin arriesgarse a crear un espacio de inseguridad jurídica que, como es bien sabido, atenta también contra la justicia entendida en un sentido integral”.

En cuanto al argumento de que el precepto en cuestión contiene una presunción de derecho de la responsabilidad penal, la Corte Suprema lo desvirtúa en su fallo de 9 de Octubre de 2001, publicado en Gaceta Jurídica N°256, Octubre 2001, pág.156 a 170, señalando que se trata tan sólo de una regla especial sobre la pena que ha de imponerse al autor en los casos de que los delitos allí indicados no se perfeccionen, la cual ha de ser en tales situaciones igual a la del hecho consumado. “Esta norma, ciertamente, constituye una excepción a la rebaja de punibilidad que se concede para el delito imperfecto en la generalidad de los casos, con arreglo a lo preceptuado en los artículos 51 y siguientes del Código Penal, pero de ahí no puede deducirse que contenga una presunción de derecho.”

Finalmente, creemos importante incluir el parecer de los Tribunales Orales en lo Penal respecto a la aplicación del artículo 450 inciso 1º. La sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, aparecida en Revista Procesal Penal año 2003, septiembre N°13, Ed. Lexis Nexis, pág. 77 y sgtes., causa Rol N°56-2003, seguida por el delito de robo con intimidación, señala lo siguiente:

“Que como lo ha reiterado la Excelentísima Corte Suprema, la norma del artículo 450 inciso 1º del Código Penal, introducida por la ley N°17.727 no modificó, ni mucho menos derogó el artículo 7º del mismo cuerpo legal, y la descripción de aquello en que consisten

los hechos frustrados y tentados se obtiene conectando el tipo de complemento contenido en los incisos 2° y 3° de dicho artículo, con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial.

Por lo tanto, el artículo 450 es sólo una regla especial frente a la de los artículos 50 y siguientes del Código Penal que fijan la penalidad de acuerdo a los conceptos del iter criminis, tal como expresamente lo permite el artículo 55 del código y de acuerdo a conductas descritas en el artículo 7° de mismo cuerpo legal.

Que así las cosas, este tribunal no acogerá la alegación de la defensa en el sentido de no aplicar en el presente caso, el tantas veces mencionado artículo 450 inciso 1° del Código Penal, y estará a lo dispuesto en esta norma para los efectos de la aplicación de la pena que corresponde a (...), que sin perjuicio de la reprochabilidad que esta disposición pudiere despertar en muchas conciencias, debe entenderse que, al igual de lo ya señalado para referirnos a las agravantes específicas, estas normas obedecen a políticas criminales que llevan en un momento dado al legislador a ser mucho más severo en la penalidad de determinadas conductas ilícitas”.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Comentando este artículo podríamos decir que se trata de uno de los preceptos que recibe mayores críticas de la doctrina ya que establece una modificación de las normas generales sobre las etapas de desarrollo del delito, y lo hace de manera sumamente drástica, toda vez que el delito necesariamente va a tener que sancionarse como consumado aún cuando ello no haya ocurrido en la realidad. Por ello, adherimos a la opinión del profesor Mario Garrido, en el sentido de ser una regla poco conveniente, pues altera los principios generales sobre aplicación de las penas y no resulta eficaz desde el punto de vista político criminal, sin contar que su aplicación ocasiona un grave desequilibrio en cuanto a las sanciones. No se ve una razón de peso que justifique una norma tan drástica como ésta, puede ser que en la época de dictación de las leyes N°11.625 y N°17.727, existieran motivos aparentes para endurecer de esta manera el tratamiento a los delitos de hurto y robo, sin embargo, es claro que ya no hay una justificación político - criminal para este precepto.

Varias son las críticas sustanciales se pueden dirigir a este artículo, las cuales han sido difundidas tanto por algunos autores nacionales, como por algunas sentencias de nuestras Cortes de Alzada, según ya se ha expresado. Por de pronto, atenta contra principios básicos del derecho penal moderno, como el de intervención mínima, porque se extiende exageradamente la punibilidad del acto, que ni siquiera se ha consumado, y el principio de proporcionalidad, ya que se aplicará una pena mayor, proveniente de un delito que se considera consumado, cuando la pena debiera ser mucho menor, en proporción a la efectiva y real lesión del bien jurídico protegido. En este sentido es de toda lógica percibir que no es lo mismo un delito consumado que un delito tentado o frustrado, cuestión que se hace patente en la determinación de la pena para uno y otro caso (contenida en los artículos 50 y siguientes del Código Penal), entonces, no se alcanza a entender el por qué de la regla del artículo 450 inciso 1°, si a simple vista parece injusto comparar una situación que aún no se ha verificado, donde solo hay un principio de ejecución punible, con otra donde se ha lesionado efectivamente el bien jurídico protegido. Esta evidente distinción la ha tenido en cuenta el legislador en los artículos citados, pero en una decisión que no alcanzamos a comprender del todo ha modificado este criterio básico con la regla en análisis.

Se vulneran además otros principios de carácter constitucional, contenidos en el artículo 19 N°3 de la Carta Política, como son el debido proceso y el de igualdad ante la

ley, toda vez que ante la ley no va a ser igual un sujeto que ha cometido un robo tentado (castigado como consumado) que un sujeto que ha cometido un homicidio tentado, quien será castigado con la pena reducida en dos grados, por aplicación de las reglas generales de iter criminis. Además se puede decir que esta regla viola la prohibición de establecer presunciones de derecho en materia penal, ya que al sujeto que ha cometido un robo tentado la ley le va a presumir, sin derecho a prueba en contrario, que ha cometido un robo consumado, y lo penará como tal. Pero no se vulneran solo principios constitucionales, sino que a la vez se va contra las disposiciones de diferentes tratados internacionales, como la Convención Americana sobre derechos Humanos (artículo 9), o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15), ambos tratados vinculantes para Chile por aplicación del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Por otro lado, esta inversión de las reglas generales de iter criminis es parcial, cuestión que también llama la atención, ya que la regla del artículo 450 inciso 1° no se aplica a los hurtos ni al robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado ni al cometido en bienes nacionales de uso público, con la consecuencia de que estos delitos se castigan como consumados, frustrados o tentados según su grado de desarrollo, es decir, en dichos casos se aplican las reglas generales contenidas en los artículos 50 y siguientes del Código Penal. Se desprende de esta disposición que el legislador considera más grave a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas y al robo en lugar habitado o destinado a la habitación que los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado o cometido en bienes nacionales de uso público, pero nos parece que de todos modos la elección ha sido equivocada, porque el artículo 450 inciso 1° se aplica a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, incluyendo además al robo por sorpresa, la piratería y la extorsión, por lo que se considera más grave un caso de piratería o extorsión (de escasa importancia y ocurrencia), y se castigan como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa, que un robo con fuerza en lugar no habitado (delito más importante en razón de ser mucho más común). No parece haber justificación para castigar este tipo de delitos como consumados desde el grado de tentativa, no hay por qué asimilar la consumación con la tentativa y restar a estos delitos la posibilidad de la frustración, pero sobre todo, no hay razón para reprimir tan excesivamente estos delitos, para incrementar la acción del derecho penal, violando el principio de intervención mínima.

Estas consideraciones nos parecen suficientes como para sugerir la derogación del artículo 450 inciso 1°, propósito que se ve claramente reforzado en la nueva legislación que se propone ya que se ha eliminado la figura del robo con fuerza en las cosas y también la distinción que éste hacía respecto al lugar de comisión. La solución a esta situación es la derogación de la norma, para volver a las reglas generales sobre etapas de desarrollo del delito y eliminar el sistema del artículo 450 inciso 1°. En este sentido adherimos plenamente a la opinión del autor Mario Garrido Montt, en cuanto dice que *“sistemas como el señalado deberían quedar, en cuanto a su aplicación, entregados a la apreciación del tribunal, que está en condiciones de valorar las circunstancias reales de cada caso (...)”*⁵⁰⁶.

En suma, creemos que las incongruencias que genera su aplicación, junto al exceso de represión que implica y el atentado a los principios del derecho penal que representa, hace necesario proponer la derogación del artículo 450 inciso 1°, como una forma de adecuar nuestra legislación a los requerimientos actuales, de responder a los principios del Derecho Penal moderno y a los criterios de política criminal, que son los pilares que inspiran la nueva legislación que proponemos.

⁵⁰⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.253.

Comentarios sobre la ley 19.617.

En el afán de complementar la idea de derogar el artículo 450 inciso 1º, nos pareció importante comentar lo que ha ocurrido con la ley 19.617, que introdujo modificaciones sustanciales al Código Penal en cuanto a los delitos contra la libertad sexual. La ley en comento es de fecha 12 de Julio de 1999 y tiene gran trascendencia puesto que prácticamente reformuló todo el tratamiento dado a los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal, pero para nuestro estudio importa especialmente (por su especial significación) el hecho de que derogó el antiguo artículo 362, que contenía una norma muy similar a la del 450 inciso 1º. En efecto el artículo 362 señalaba: ***“Los delitos a que se refiere este párrafo se consideran consumados desde que hay principio de ejecución”***.

Con fundamentos similares a los que se esgrimen hoy para criticar el artículo 450 inciso 1º, era atacado este artículo 362, en el sentido de ser una norma que negaba la posibilidad de tentativa o frustración, cosa que obviamente era del todo injusta. En opinión del profesor Vivian Bullemore *“no se advertía la razón de fondo que explique por qué el homicida que, descubierto antes de consumir su propósito, era sujeto a una rebaja de la pena en uno o dos grados, desconociéndose en cambio tal beneficio al violador en las mismas circunstancias”*⁵⁰⁷.

Impulsado por el fuerte sentimiento de inseguridad ciudadana que generaba el ineficaz tratamiento de estos delitos y presionado por la opinión pública, el Gobierno envió un proyecto que modificaba este tipo de delitos. El proyecto del Ejecutivo fue presentado en la Cámara de Diputados en la sesión 22ª, celebrada el martes 3 de Agosto de 1993, y en la parte donde hace su declaración de principios, señala que la nueva normativa, entre otras cosas, dispondrá:

*“b) En cuanto al “principio de ejecución”, se sanciona específicamente el grado de tentativa conforme a las reglas generales, eliminando la disposición del artículo 362 que considera la tentativa del acto ilícito en igual forma que su consumación”*⁵⁰⁸.

Precisamente el proyecto de ley, señalaba en su artículo 2º: *“Sustitúyese el artículo 362 por el siguiente:*

Artículo 362 .- *Los delitos que no se han consumado se considerarán en grado de tentativa, aplicándose para este caso la penalidad que corresponde de acuerdo a las reglas generales, sin perjuicio de las medidas alternativas a la pena que correspondan de acuerdo a lo establecido en el artículo 372 bis”*⁵⁰⁹.

Luego de la discusión de rigor en la Cámara de Diputados, se acordó derogar el artículo 362, según señala la comisión de Constitución y Legislación, en uno de sus informes sobre el proyecto, en donde señaló que éste *“deroga el artículo 362, que establece que el delito de violación se considera consumado desde que hay principio de ejecución. Lo adecua a las normas generales del Código Penal, en el sentido de que las fases criminales son la tentativa, la frustración y la consumación.*

La existencia del referido principio de ejecución ha originado un debate mas que centenario en los tribunales y entre los autores doctrinales que estudiaron la materia, en el

⁵⁰⁷ Vivian Bullemore, en “ Delitos contra el individuo en sus condiciones ideales. Delitos contra el patrimonio: delitos de apropiación por medios materiales”, Facultad de Derecho Universidad de Chile, apuntes de clases año 2001, pág.192.

⁵⁰⁸ Historia de la Ley 19.617, Actas de la Cámara de Diputados, Tomo I, pág.3.

⁵⁰⁹ Historia de la Ley 19.617, Actas de la Cámara de Diputados, Tomo I, pág.5.

cual no se ponían de acuerdo. En consecuencia, como se ha estructurado un mejor tipo de conducta, se suprime el referido artículo”⁵¹⁰.

Con el acuerdo de la Cámara de Diputados, se elaboró y aprobó un nuevo proyecto, que en su artículo 7º señalaba: *“Derógase el artículo 362”,* proyecto que fue sometido a discusión en el Senado. A este respecto, en la sesión 1ª, celebrada el Martes 2 de Junio de 1998, se hizo el siguiente comentario sobre el artículo 7 del proyecto de la Cámara de Diputados: *“La Cámara aprobó derogar el artículo 362, que establece que el delito de violación se considera consumado desde que hay principio de ejecución, disposición que ha sido objeto de opiniones encontradas en la doctrina y jurisprudencia.*

Para algunos, reputándose consumada la violación desde que se da el principio de ejecución, no cabrían en este caso tentativa ni delito frustrado. Otros, en cambio, consideran que el principio de ejecución a que se refiere este precepto es el principio de ejecución del acto carnal y sería arbitrario referirlo a hechos anteriores. Según el profesor Etcheberry, la jurisprudencia parece irse inclinando por admitir que el principio de ejecución debe entenderse referido a la cópula misma y que antes de ese “principio”, puede haber actos directamente encaminados a la cópula, que serían sancionados como tentativa o como delito frustrado.

Al suprimirse la disposición, el delito de violación se regirá por las reglas generales en materia de iter criminis.

El Senado ha reemplazado este número y ha propuesto, en sustitución del actual artículo 362 que, por lo tanto, desaparece, uno nuevo, que se refiere específicamente a la violación de una persona menor de doce años”⁵¹¹.

De este informe se desprende que la derogación del artículo 362 fue un punto que prácticamente no se discutió, en razón de que el debate parecía agotado en la doctrina y la jurisprudencia y parecía ocioso volver a discutir sobre un tema que parecía zanjado y en el que no hubo propuestas para modificar ni mucho menos mantener la referida disposición, que era del todo pernicioso y generaba innumerables situaciones de injusticia para los afectados, dificultades para buscarle un sustento doctrinario y los mas variados problemas prácticos en cuanto a su aplicación.

Finalmente se aprobó derogar el artículo 362 antiguo y reemplazarlo por el nuevo artículo 362, que se refiere a la violación de una persona menor de doce años.

Como se ve, en el caso el artículo 362, que se asimila bastante a la norma del artículo 450 inciso 1º, se optó por la solución mas sana y más conveniente: su derogación, con el fin de volver a las reglas generales de iter criminis y salvar todos los inconvenientes que se señalaron mas arriba. De esta decisión, completamente acertada, surgen dos dudas: la primera de ellas es ¿por qué la derogación de la norma que modifica las reglas de iter criminis solo se contempló en los delitos sexuales?, ¿significa esa elección un vuelco en la escala de valores de nuestro legislador?, y en segundo lugar cabe preguntarse: si con la derogación del antiguo artículo 362 se logró eliminar los problemas que acarrea su aplicación, ¿por qué no hacer lo mismo con el artículo 450 inciso 1º?.

En síntesis, la historia de la reforma a los delitos contra la libertad sexual, en especial la derogación del artículo 362, nos sirven para ilustrar la factibilidad y conveniencia de eliminar de nuestro sistema la norma del artículo 450 inciso 1º del Código Penal, plagada de tantas imperfecciones odiosas.

⁵¹⁰ Historia de la Ley 19.617, Actas de la Cámara de Diputados, Tomo I, pág.69.

⁵¹¹ Historia de la Ley 19.617, Actas de la Cámara de Diputados, Tomo I, pág.351 y 352.

Opinión sobre la discusión jurisprudencial en cuanto a la aplicación práctica del artículo 450 inciso 1°.

Como se señaló en la parte respectiva, abundante ha sido la jurisprudencia en cuanto a la aplicación del artículo 450 inciso 1°, distinguiéndose entre aquellas sentencias que lo aplican irrestrictamente y aquellas que no lo aplican. La jurisprudencia más reciente muestra claramente esta tendencia, siendo la Corte Suprema la que de forma regular ha aplicado el artículo 450 inciso 1°, y por su parte, las Cortes de Apelaciones, en numerosos casos han resuelto en forma opuesta, ya que han optado por prescindir de su aplicación.

Respecto a la discusión doctrinaria señalada, es difícil tomar partido por una u otra postura, por lo contundente de las argumentaciones dadas en uno y otro sentido, sin embargo, nos parece muy acertado el criterio expresado por la Corte Suprema en el sentido de discrepar con la postura que señala que el artículo 450 inciso 1° está incompleto y que no describe la conducta típica, razón por lo cual no se encuentra tácitamente derogado, opinión que compartimos plenamente. Además, los delitos a que se refiere el artículo 450 inciso 1° están expresamente tipificados, por lo que no podría decirse que dicho precepto vulnera el principio de tipicidad. También compartimos el argumento de que si se siguiera el criterio de que el artículo 450 no describe por completo la conducta típica no podría aplicarse pena alguna a los delitos inacabados.

También compartimos la opinión que señala que la labor de los tribunales es aplicar la ley, y que si en esa labor se dan resultados que puedan parecer exagerados, como en el caso del artículo en cuestión, esta es una crítica que cabe hacer al legislador y no al juzgador.

Hay que hacer notar que todos estos argumentos han sido dados en el contexto de recursos de casación en el fondo, pronunciándose el tribunal respectivo sobre los argumentos que fundan los respectivos recursos, de manera que la Corte Suprema ha señalado, con los basamentos citados, que no se configura la causal invocada por el recurrente, lo que ha llevado a un pronunciamiento referido, como corresponde en nuestro sistema, sólo a la causal de nulidad. En este sentido, nos parece que lo mejor sería haber atacado las sentencias adversas por recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y no por casación, para que así el máximo tribunal estuviera en condiciones de pronunciarse sobre todos los argumentos y pudiera ejercer, en su caso, la facultad de declarar inaplicable para el caso particular la norma cuestionada. Esta situación ha generado que no exista pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los otros argumentos que se han señalado para no aplicar el artículo 450 inciso 1°.

Sin perjuicio de estar de acuerdo con algunos de los argumentos dados por la Corte Suprema, seguimos manteniendo la postura señalada anteriormente, en el sentido de considerar que el precepto excepcional de que se viene tratando atenta contra varios principios constitucionales y postulados básicos del derecho penal moderno, haciéndonos parte de los otros argumentos señalados por las Cortes de Apelaciones y cuya base es lo que apunta la doctrina. Es esta la principal razón que nos impulsa a señalar como "necesario" el derogar una disposición tan arbitraria y problemática en nuestro sistema jurídico.

Conclusiones finales

En lo que se refiere al artículo que se ha venido analizando creemos que hay un problema de fondo, que no está limitado solo a la validez o no de la decisión del legislador de penar la tentativa de igual manera que la consumación en relación a las normas constitucionales,

porque ello hay que mirarlo desde una perspectiva más amplia. En efecto, discutiendo sobre el particular, hemos llegado a concordar con la opinión del profesor guía, don Carlos Künsemüller, en el sentido de que esta disposición refleja claramente cuál es la visión del legislador en cuanto a la importancia de los bienes jurídicos protegidos, ya que disposiciones como ésta dejan en claro que el legislador tiene una especial atención por los delitos patrimoniales, que le hace incluso vulnerar principios constitucionales -básicos de nuestro ordenamiento jurídico- y también los denominados principios limitadores del *ius puniendi*, porque no se puede explicar de otra manera la altísima penalidad que se impone con motivo de la aplicación del artículo 450 inciso 1°. Por ejemplo, el autor de un homicidio simple, en grado de tentado, va a recibir la pena disminuída en dos grados, es decir, 541 días a tres años de presidio menor, en cambio, el autor de robo con violencia o intimidación simple en grado de tentado, va a ser penado con la pena del delito consumado, es decir, presidio mayor en sus grados mínimo a máximo (de 5 años y un día a 20 años). El análisis de estas situaciones nos hace patente la desproporción de la pena, pero también el hecho de que al legislador le parece más grave robar usando violencia o intimidación que matar a un ser humano. La opción del legislador es incorrecta, al dar más valor a la propiedad que a otros bienes jurídicos que aparecen como de mayor entidad, como la vida y la integridad física y psíquica de las personas, aún cuando estos últimos se hallen involucrados en el respectivo tipo complejo, ya que el común -y principal- denominador es el atentado a la propiedad. Entonces, todo se reduce a la elección de los bienes jurídicos de mayor preponderancia, es una elección que ha hecho el legislador y que se ha plasmado en la normativa penal, que, por las razones antes expuestas, resulta plenamente objetable y contraria a comúnmente aceptados principios político-criminales de alta trascendencia.

Dicha elección se puede basar en un aspecto estadístico, en el aumento sostenido que han registrado los delitos patrimoniales, lo que indicaría que la rigurosidad de las penas no estaría teniendo el efecto perseguido por el legislador, de intimidar y desincentivar al delincuente a cometer nuevos hechos delictuales, razón por la cual sólo quedaría como recurso el aumentar las penas. Sin embargo, este argumento, que ha sido el criterio fundamental a la hora de establecer modificaciones al Código Penal (como en las leyes N° 5.507, 11.625 y 17.727), puede calificarse como "poco afortunado", por cuanto es un hecho estadístico que estos delitos han ido en aumento con el correr de los años, sin que ese aumento se deba a determinados e individualizados factores sociales, culturales, económicos, laborales, ni de ninguna otra índole, los que, aunque ciertamente influyen, no está plenamente comprobada su directa influencia causal en el fenómeno delictivo. Los hurtos y robos se han cometido y han aumentado en número desde que el hombre está sobre la tierra, es una constante histórica, por lo que siempre va a estar ocurriendo esta clase de ilícitos y sería una falacia pensar que aumentando las penas se va a terminar con estos delitos. Esta idea llevada al extremo, significaría que cada cierto número de años la penalidad de estos delitos se tendría que revisar y aumentar progresivamente, con lo que a la larga, llegaríamos a la sanción máxima del ordenamiento penal para los delitos de hurto y robo, desplazándose de este modo a otras agresiones mucho más graves a bienes jurídicos de mucha mayor relevancia ético-social.

Pensamos que este criterio del legislador puede obedecer a la concepción que manejaba de la pena, en cuanto a considerarla como una retribución del mal causado a la sociedad, dentro de la llamada teoría retribucionista de la pena, de absoluto dominio en los años de dictación de nuestro Código Penal; sin embargo, esas concepciones acerca de la naturaleza y fines de la pena han caído en desuso hace ya tiempo.

Obviamente todo esto deriva de la concepción penal e incluso filosófica que imperaba al momento de dictar el Código Penal y al momento de incluir cada una de las modificaciones a su texto. Resulta fácil llegar a la conclusión de que la inspiración del Código era la correcta para la época de su dictación, pero no puede dejar de hacerse la crítica de que el Código y la legislación que lo ha seguido no han sido inspirados por los mismos principios que dirigen al Derecho Penal moderno, por lo que es necesario adecuar nuestra legislación a los requerimientos actuales, y dejar en el pasado las disposiciones que, como el artículo 450 inciso 1º, no se condicen con estas nuevas directrices.

Derogación.

Hay que señalar que nuestra idea sobre la norma en análisis es proponer su derogación, para lo cual nos basamos en las consideraciones ya expresadas, razón por la que, en vez de proponer un texto que reemplace al actual artículo 450 inciso 1º, proponemos abiertamente la supresión del mismo.

Artículo 450, incisos 2º, 3º y 4º.

Evolución durante su vigencia.

Sobre este tema, como ya se ha tratado en forma conjunta en el apartado correspondiente a la evolución del artículo 450 inciso 1º, nos cabe remitirnos a lo ya señalado en dicho acápite.

Doctrina.

Los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 450, reglan el uso o porte de armas en la comisión de los delitos de hurto y robo. Señalan estos incisos:

Artículo 450 inciso 2º, 3º y 4º Código Penal: *“En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas.*

En el caso del delito de hurto, el aumento de la pena contemplado en el inciso anterior se producirá si las armas que se portan son de fuego, cortantes o punzantes. Tratándose de otras armas, la mera circunstancia de portarlas no aumentará la pena si, a juicio del tribunal, fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.

Para determinar cuándo el robo o hurto se comete con armas, se estará a lo dispuesto en el artículo 132”.

Si se lee detenidamente el inciso segundo, podemos apreciar que no se trata de un delito diferente, y ni siquiera de una figura calificada, sino simplemente de una agravante, cuyo efecto es el de elevar la penalidad propia del delito a los límites indicados en el artículo en comento⁵¹². La agravación no operaría en caso que la penalidad propia del delito sea mayor que la indicada, por lo cual no se aplicaría esta disposición en los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas, en los cuales el uso de armas es bastante

⁵¹² Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.344.

usual, por lo cual, tomar en consideración ésta circunstancia podría resultar atentatorio del principio non bis in idem (aplicación del principio de consunción).

En lo que al hurto se refiere, nos parece de una irracional severidad que se eleve la penalidad del mismo, por el mero hecho de portar el tipo de armas que la ley señala, puesto que no se está exigiendo un uso de ella, es más, la norma homologa las circunstancias de portar una arma de fuego, cortante o punzante, con el hecho de usar otro tipo de armas. En esta hipótesis se consideran como arman, los objetos que menciona como tales el artículo 132 del Código Penal, que entiende por arma *“toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear”*⁵¹³. Como podemos apreciar la noción de arma entregada por el legislador es bastante amplia, pudiendo considerarse como tales, una cuerda, un palo, una botella, etc. Para el delito de hurto se otorga la facultad al tribunal de determinar, en caso de que no se trate de armas de fuego, cortantes o punzantes, si el hecho de portar armas aumentará la pena, si en este caso en tribunal aprecia que se llevaban con un propósito ajeno al delito. Como señala Etcheberry esta es una regla lógica, puesto que el efecto agravatorio deriva del empleo efectivo o al menos de la intención de emplear las armas para cometer el delito⁵¹⁴.

Labatut señala que la circunstancia del uso o porte de armas en los delitos de hurto y robo, antes configuraba una calificante del hurto y elemento del robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, y que fue elevado por la Ley N° 17.727 a la categoría de “delito independiente”. Este autor destaca que la pena para esta figura es superior a la que el artículo 391 N°2 impone al homicidio. Agrega que, sin embargo, el delito resultante será de ordinario un robo con homicidio o lesiones corporales, y le corresponderá una pena más severa en los casos del artículo 433⁵¹⁵.

Discrepa de aquella opinión el profesor Etcheberry, al señalar que *“según el artículo 450, cuando los culpables de robo o hurto hagan uso de armas o sean portadores de ellas, se les impondrá una determinada pena mayor por el delito cometido. Esto demuestra que no se trata de un delito diferente, y ni siquiera de una figura calificada, sino simplemente de una agravante, cuyo efecto es el de elevar la penalidad propia del delito a los delitos indicados en el Art. 450”*⁵¹⁶. Por su parte, Garrido Montt señala *“en realidad es una circunstancia de calificación – sobretudo respecto del hurto – de una excepcional drasticidad, dudosamente acertada desde una perspectiva político-criminal y sistemática”*⁵¹⁷.

En los delitos de robo con violencia o intimidación calificado, el uso de armas es regular y ordinario, por lo cual no es lógico considerar nuevamente el uso de armas para elevar más la penalidad, además estos delitos de por sí traen aparejada una pena mayor a la de la disposición en estudio⁵¹⁸. Garrido Montt dice que “respecto del robo, en el que debe

⁵¹³ El artículo 132 del Código Penal dispone: “Cuando en las sublevaciones de que trata este Título se supone uso de armas, se comprenderá bajo esta palabra toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear, aun cuando no se haya hecho uso de él.”

⁵¹⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.344.

⁵¹⁵ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.232.

⁵¹⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.363.

⁵¹⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.259.

⁵¹⁸ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.363.

concurrir violencia o intimidación, el uso de arma es algo normalmente inherente al delito; en el hurto, si se usa arma dejará de ser tal y conformará el delito de robo⁵¹⁹.

Respecto al delito de hurto, el Art. 450 indica una excepción, pues el aumento de la pena señalado en el inciso anterior se producirá cuando las armas que se porten sean de fuego, cortantes o punzantes. Si se trata de otras armas, no se aumentará la pena, siempre que a juicio del tribunal fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito⁵²⁰.

Apreciación crítica de los Memoristas.

A la luz de las críticas de la doctrina sobre el particular, no cabe más que adherir a ellas, en el sentido de que una disposición que agrava la penalidad no puede tratar del mismo modo el hecho de usar un arma, que portarla, ya que son dos situaciones completamente distintas, que generan consecuencias, también, distintas. Además de carecer de sentido la asimilación de usar un arma, con portarla, creemos que no tiene sentido establecer como medida de agravar la penalidad esta situación, por cuanto en los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas es normal que se utilicen armas, por lo que esa consideración ya está contenida en el injusto descrito. Por lo demás, para efectos de determinar la pena, el hecho de cometer el hurto o robo portando armas no puede ser tomada en cuenta, pues ello vulneraría el principio de non bis in ídem, como lo ha señalado la jurisprudencia.

En el caso de los delitos menores, como el hurto simple y nuestro hurto calificado (artículo 434 del articulado que proponemos), no nos parece que sea procedente establecer una agravación de la pena por el hecho de usar un arma en la comisión del delito ya que en ese evento el delito pasaría a tipificarse como robo. Tampoco nos parece aconsejable agravar la pena si el delincuente porta el arma, puesto que esa situación es por completo ajena al delito, ya que de lo contrario estaríamos en la situación ya citada, además el sancionar al delincuente por llevar consigo un arma significaría agravar en virtud del peligro potencial que para la víctima podría significar esa circunstancia. En este sentido, no nos parece que el derecho penal deba ampliar tanto la protección y empezar a crear delitos de peligro, ya que hay que respetar los principios de última ratio e intervención mínima. Reiteramos que no nos parece procedente sancionar más severamente por el peligro potencial, en ese sentido nos parece preferible esperar a ver qué pasa con esa situación de peligro: si no se concreta, el autor recibirá la pena asignada al delito en concurso con la que le corresponda por el delito de porte de armas; y si el peligro se concreta, esto es, el delincuente utiliza el arma, el delito pasa a tener el rango de robo y será castigado como tal.

Siguiendo con el análisis, hay que señalar que el inciso 3º del artículo 450 señala una regla especial de agravación de la pena tratándose de un hurto, haciendo distinción, pues sólo se aplica dicho inciso si las armas que se portan son de fuego, cortantes o punzantes. Nada dice el artículo respecto a lo que debe entenderse por "arma de fuego, cortante o punzante", situación que dificulta la labor interpretativa y, por ende, su aplicación.

⁵¹⁹ Mario Garrido Montt, op.cit., pág.260.

⁵²⁰ Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal, Parte Especial", V.4, 1997, pág.364 y 259.

Otro problema de esta disposición es que no se entiende por qué para el hurto se establece la distinción entre armas de fuego, cortantes y punzantes y para el robo no. De ello se desprende que en caso de robo hay que aplicar el inciso final de artículo 450, que señala que el concepto de arma hay que extraerlo del artículo 132. Como dijimos en la parte respectiva, no se encuentra en la historia fidedigna de la ley la razón de esta distinción. A ello hay que agregar que el mismo artículo señala que *"tratándose de otras armas, la mera circunstancia de portarlas no aumentará la pena si, a juicio del tribunal, fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito"*. De esto se desprende que únicamente cuando se trate de armas que no sean de fuego, cortantes o punzantes, el tribunal estará facultado para no aumentar la pena si considera que dichas armas se portan con un propósito ajeno a la comisión del delito. A contrario sensu, dicha facultad no se concede cuando las armas son de fuego, cortantes o punzantes, lo que implica una regla sumamente estricta pues siempre se tendrá que aumentar la pena, aun cuando el arma portada no se destine a la comisión del hurto.

Por último, hay que señalar que en atención a las críticas sobre la gran amplitud del concepto de arma, que incluso ha llevado a decir que *"no hay impedimento en considerar el Art.132 como una definición legal general de arma"*⁵²¹, las consideramos absolutamente fundadas y creemos que no es posible establecer en una situación excepcional, como el artículo 450, que debe siempre interpretarse de manera restrictiva, un concepto tan amplio e indefinido como el de arma que señala en artículo 132, porque tal situación lleva a que prácticamente cualquier objeto pueda caer dentro de tal definición.

En conclusión, nos parece que los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 450 debieran ser derogados, medida con la cual se podrían eliminar todos los problemas que genera su aplicación, además de que se trata de una norma que no es necesaria dentro de nuestro ordenamiento, por lo que ya expresamos respecto a que usar armas queda comprendido en el delito de robo, y el portar armas no es suficiente como para aumentar la penalidad, puesto que esa situación es ajena a la comisión de delito⁵²².

Derogación.

Como se dijo en el apartado anterior, creemos que la mejor forma de solucionar las múltiples interrogantes y problemas de aplicación práctica y de interpretación que trae aparejado el artículo 540 en sus incisos 2º, 3º y 4º, es proponiendo su derogación.

⁵²¹ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo IV, pág.126.

⁵²² La ley N° 19.975, publicada el 05 de Octubre de 2004, sobre uso y porte de armas, sustituyó el inciso 2º del artículo 450. La mencionada ley es de fecha posterior a la presente investigación y por ello no se contempla un análisis detallado de su texto ni sus efectos prácticos.

Artículo 450 bis

Evolución durante su vigencia.

El artículo 450 bis fue agregado por el artículo 3º de la Ley N° 19.449 del año 1996. Esta ley ha sido revisada anteriormente en el análisis de cada uno de los artículos objeto de nuestro estudio y sabemos que su finalidad no es otra que enfrentar jurídicamente el problema de la delincuencia. Mediante esta ley se intenta hacer frente al aumento que por ese entonces experimentaba el delito de robo, causando gran impacto público. Con esta ley se hacen modificaciones en la legislación penal, dirigidas a fortalecer la reacción del Estado frente al delito de robo. Es así como se agrega este artículo que prohíbe al sentenciador aplicar la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11 N°7, cuando se trate del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, delito que al momento de dictación de esta ley ha sufrido un aumento en las estadísticas, necesitando el Estado, por tanto, aumentar la sanción punitiva en torno a estos delitos.

Doctrina

Artículo 450 bis Código Penal ***“En el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el artículo 11, N° 7”.***

El artículo 11 N°7 contiene la atenuante de responsabilidad penal consistente en procurar la reparación con celo del mal causado o de impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias. Dicho artículo señala textualmente: *“Son circunstancias atenuantes:*

7º Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.

Este artículo fué introducido por la Ley 19.449, en su Artículo Único N°3, publicada en el Diario Oficial el 8 de Marzo de 1996, y su finalidad es, conforme al mensaje, presentar una postura más fuerte, más severa, respecto a los delincuentes responsables de estos delitos. En realidad, lo que hace es desincentivar al delincuente de la posibilidad de devolver las especies al afectado o prestarle auxilio con posterioridad al hecho⁵²³.

Al referirnos a este artículo no podemos dejar de mencionar las duras críticas que a juicio de nuestra doctrina, merece la disposición:

Con este precepto se desincentiva al delincuente de la posibilidad de devolver las especies al afectado o a prestarle auxilio con posterioridad al hecho. Si consideramos que una de las razones que por años se han esgrimido por nuestros legisladores para explicar la severidad de las normas que rigen los delitos contra la propiedad es que sólo con leyes enérgicas se pueden disminuir estos delitos, la verdad es que la práctica ha demostrado que la mantención en nuestro sistema penal, de normas como la del objeto de nuestro análisis, no sólo no disminuyen los delitos sino que contribuyen a una mayor falta de conciencia y

⁵²³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.260-261.

de interés por rehabilitarse de los delincuentes. Según Etcheberry, la circunstancia de que en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas no proceda en ningún caso la atenuante del artículo 11 N°7 constituye una *“mala política criminal, pues quita al hechor un incentivo para procurar auxilio a la víctima herida”*⁵²⁴.

Muy relacionado con esta norma está el artículo 456 bis, que en su inciso 3° señala que en los delitos de hurto y robo *“no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante de del número 7° del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado”*. Con esto, la restricción que impone el artículo 450 bis se extiende al resto de los delitos de hurto y robo en los casos que concurra la mera restitución a la víctima de las especies, y además el juez siempre deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el agente obró. Por último, cabe relacionar estas disposiciones con el artículo 456, que establece que la devolución voluntaria de la cosa sustraída permite rebajar la pena en un grado, siempre que no se refiera a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas o piratería.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Para poder dar una opinión sobre este artículo, hay que tomar en cuenta la motivación del legislador que, mediante la ley 19.449 introdujo esta regla, que elimina la posibilidad de aplicar la atenuante del artículo 11 N°7, esto es procurar con celo la reparación del mal causado por el delito o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, a quienes han sido condenados por el delito de robo con violencia en las personas. A estas motivaciones ya nos referimos en el apartado correspondiente, por lo que acá nos limitaremos a señalar por qué no concordamos con dicho criterio.

Como se puede ver, la principal motivación de la normativa establecida por la ley 19.449 es netamente estadística y se basa en el aumento observado en la tasa de comisión del delito de robo con violencia en las personas, lo que ha influido en aumentar la alarma pública. A pesar de ello, no se encuentra ninguna consideración dogmática ni político criminal que justifique la introducción de una regla como esta, consideraciones que deben ser fundamentales a la hora de implementar reformas en temas tan sensibles como las penas.

Otro tema importante es que con la eliminación de la atenuante del artículo 11 N°7 se vulneran principios fundamentales del Derecho Penal moderno, como el principio de proporcionalidad de las penas, ya que la pena, que de antemano es desproporcionada (superior a la del homicidio simple), se ve aun más agravada al eliminarse la posibilidad de aplicar la señalada atenuante, regla que, a nuestro juicio no tiene razón de ser, considerando su amplia aplicación en otros delitos, que afectan bienes jurídicos de mucho mayor entidad que el patrimonio, como son los delitos contra vida o integridad física de las personas.

También es necesario considerar que al eliminar la posibilidad de aplicar la agravante del artículo 11 N°7 se elimina también el incentivo a procurar la reparación del mal o a evitar sus consecuencias. Ya no importa la actitud posterior del autor, ya que el hecho cometido no es susceptible de atenuación. Consideramos que lo anterior es un efecto perverso y que se debe a una mala práctica político criminal.

⁵²⁴ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.366.

En conclusión, nos parece que ante la búsqueda de un ideal de normas relativas a los delitos de hurto y robo, esta disposición debiera eliminarse ya que no tiene una motivación político criminal, sino una motivación meramente estadística, que también atiende a la habitualidad de estos delitos y al impacto e ellos en la ciudadanía. A ello hay que sumar que no respeta los principios fundadores del Derecho Penal, establece una pena desproporcionada y priva al autor de una herramienta para procurar el resarcimiento del daño causado, herramienta que sí encontraría al cometer otros delitos que afecten a otros bienes jurídicos de mayor entidad, lo que francamente nos parece insostenible.

Derogación.

Como se pudo apreciar en nuestros comentarios respecto a esta disposición, estamos en una postura sumamente crítica respecto a su mantención en nuestro sistema penal. En este sentido, consideramos que lo más acertado es proponer la derogación de esta norma, idea que se materializa en nuestro proyecto de nuevo articulado para el Código Penal, pues no hemos contemplado esta norma en dicha propuesta.

Artículo 451

Evolución durante su vigencia.

El artículo 451 en su primitiva redacción establecía: *“En los casos de reiteración de hurtos a una misma persona o en una misma casa a distintas personas, el tribunal hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, i la impondrá al delincuente en su grado superior.*

Esta regla es sin perjuicio a lo establecido en el art. 447”.

Este artículo sufre su única modificación mediante la Ley N° 19.501 de 19 de Mayo de 1997. Con la dictación de esta ley se modifica el inciso primero del artículo. Conocemos esta ley por cuanto ha sido analizada al revisar artículos anteriores. En relación al artículo 451, esta ley amplía la regla sobre concurso del delito de hurto, pues para efectos de calificar el ilícito y regular la pena, aumenta el espacio donde se comete el delito de hurto, incluyendo establecimientos de comercio, centros comerciales, ferias, recintos o lugares, puesto que hasta antes de la citada modificación, la regla del artículo 451 sólo estaba limitada a la reiteración de hurtos en la misma casa.

Doctrina.

Artículo 451: ***“En los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior.***

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447”.

Esta regla se aplica a los casos de concurso material de hurtos, no se trata de un delito continuado. El delito continuado es un solo delito que se comete en forma sucesiva en el tiempo, pero se trata de un solo delito, que debe ser sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 446 y no conforme a este artículo, por lo tanto, el que la jurisprudencia falle en este sentido es un error.

La hipótesis en comento es clara, se refiere a la comisión de diversos hurtos en perjuicio de una misma persona o de varias personas en una misma casa o recinto comercial. En estos casos el tribunal debe imponer una pena única para el conjunto de ellos, que debe ser determinada sumando el valor de todas las especies muebles sustraídas en los distintos hurtos cometidos. De conformidad con el inciso segundo final del artículo, si se trata de los hurtos señalados en el artículo 447, vale decir los hurtos agravados, es facultativo para el tribunal el aumentar la pena en un grado.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Esta disposición se refiere a lo que conocemos como un concurso real de delitos, la cual debería ser tratada según las reglas generales, debido a la ausencia de razones de peso para justificar que el hurto tenga un tratamiento distinto de la generalidad de los delitos.

Como se dijo, para el profesor Etcheberry se trata de un concurso material de hurtos tratados con benignidad, lo cual, a nuestro parecer, no es tan efectivo, puesto que se puede dar el caso que, tomando como base para calcular la pena el importe total de los objetos sustraídos, resulte una pena más gravosa.

Se debe tomar en cuenta que este tipo de reglas obedecen a un contexto histórico, en el que la propiedad mueble (de cosa corporal) tenía una gran importancia, además de que, penalmente la mayor protección únicamente se reflejaba en un aumento de penas. Más, el Derecho Penal es un instrumento de última ratio, por lo que su actuar debe ser eficaz y eficiente, lo que se logra, entre otras cosas, por una congruencia con los cambios sociales vividos por el país. Por lo demás, a pesar de esta norma se ubica dentro del título referente a las disposiciones comunes, en realidad se trata de una regla de aplicación exclusiva del hurto. A ello hay que agregar el hecho de que, de acuerdo a su propio tenor literal, para que la aplicación de la regla sea eficaz debe de tratarse de una pena que conste de más de un grado, no siendo así, no cabe su aplicación.

También cabe hacer presente que algunos de nuestros tribunales de justicia aplican más bien la norma a casos de delito continuado, lo que es claramente erróneo, ya que en tal situación deberá aplicarse el artículo 446.

En conclusión, de acuerdo a los principios en que se basa un sistema penal moderno, y a la orientación que se ha dado al presente trabajo es que, se hace necesaria la eliminación de esta disposición.

Derogación.

En concordancia con la opinión recién expresada, creemos que no se justifica la mantención de esta norma dentro de las disposiciones que regulan los delitos de hurto y robo, por lo cual, en nuestro proyecto de nuevo articulado para el Código Penal, será derogada.

Artículo 452

Evolución durante su vigencia.

El artículo 452 se ha mantenido sin modificaciones durante toda su vigencia. Durante su discusión dió origen a una corta diferencia de pareceres, ya que el señor Reyes solicitó que en caso de reincidencia se ordenara la aplicación de la pena de azotes en el número que el tribunal acuerde, y el señor Gandarillas que se conceda la facultad de aplicarla si el tribunal lo cree conveniente. El primero se funda en que la disposición será ilusoria si no se impone como un deber, pues nunca llegarían a aplicarla los tribunales; y el segundo en que no siempre serán convenientes los azotes aún para ladrones reincidentes, y producirán malos resultados si no se deja al juez la libertad de apreciar las circunstancias que exige su aplicación. En primera instancia se acordó lo último, con el voto en contra del señor Renjifo quien opinó por la supresión total de la pena. Sin embargo, con posterioridad, y antes de la promulgación del Código, se decidió adoptar la posición de Renjifo y dejar, además de la pena correspondiente, sólo la de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de los límites contemplados en el artículo 25.

Doctrina.

Artículo 452: ***“El que después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos, además de las penas que le correspondan por el hecho o hechos en que hubiere reincidido, el tribunal podrá imponerle la de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de los límites fijados en el artículo 25”.***

Este precepto otorga una facultad al tribunal para imponer al condenado como responsable de un delito de hurto o de robo, una pena accesoria, de sujeción a la vigilancia de la autoridad por un período que se determinará conforme al artículo 25 inciso 4º, es decir, sesenta y un días a cinco años. La disposición se refiere a la reincidencia, es decir, para el caso del que habiendo sufrido y cumplido una condena por uno de estos delitos, vuelve a cometer nuevamente uno o varios de esta misma especie.

Consideramos importante hacer notar que existe una diferencia sustancial en el tratamiento de la reincidencia como agravante genérica y la circunstancia de ser reincidente para efectos de la aplicación del artículo 452, a la luz de lo dispuesto en el artículo 104. Según dicho artículo (que se aplica exclusivamente a la agravante del artículo 12 N° 14 y 15) la circunstancia de ser reincidente no se tomará en cuenta luego de transcurridos 10 años (si se trata de crímenes) o 5 años (cuando se trate de simples delitos). No ocurre lo mismo respecto del artículo 452, pues el artículo 104 no se aplicaría a su respecto, lo que implica que la ley no establece un plazo de prescripción para esta especie de agravante, circunstancia que hace aún más riguroso el tratamiento penal.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Recordemos que en este artículo se impone una sanción accesoria, que consiste en la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Dicha sanción no se dispone para los casos de reiteración de hurtos o robos, sino que se dispone para el reincidente en dichos delitos, es decir, para aquellos que, habiendo sufrido y cumplido una condena por alguno de los delitos en cuestión (hurto o robo), vuelven a cometer uno o varios delitos de la misma especie.

Comentando derechamente esta disposición, nos parece que la pena accesoria para el reincidente en delitos de hurto o robo no se justifica y debería ser eliminada de nuestro Código Penal. Se debe llegar a esta conclusión pues en este caso, una vez más la ley establece una agravación de la pena asignada para los delitos en estudio, lo que nos parece exagerado, pues si ya son altas las sanciones principales asignadas a estos delitos, aumentarlas aún más con otras accesorias, y sin un fundamento de política criminal de peso, no nos parece aconsejable.

El presente trabajo ha tenido como pilares fundamentales el respeto a los principios básicos del Derecho Penal moderno, como son como el pro reo, el de mínima intervención, el de última ratio y el de lesividad, los que se vulneran con este tipo de disposiciones. A ello hay que sumar un problema de carácter práctico, pues el aumento de la penalidad para este tipo de delitos, de la más alta tasa de ocurrencia en nuestro sistema, hace que los recintos penales se llenen por mucho tiempo de personas que sobrepasan sus capacidades, dando origen a nuestro grave problema de hacinamiento carcelario y a la absoluta ineficacia del fin de rehabilitación que tiene la pena.

También nos parece muy cuestionable el hecho que para el caso de esta disposición, no tenga importancia el tiempo que haya transcurrido desde la condena hasta la comisión del nuevo delito, es decir, no opera la prescripción del artículo 104 como en el caso de la reincidencia contemplada en el artículo 12 N°s 14 y 15 del Código Penal.

Los evidentes perjuicios y los errores conceptuales ya esbozados son suficientes para proponer la derogación de esta norma. Desde luego nos parece que junto con eliminar esta norma debe entregarse la agravante del hurto o robo a las normas generales que para estos efectos señala el Código Penal, es decir, dejar que el artículo 12 N° 14 y 15 sea el que regule la circunstancia de la reincidencia. Además hay que agregar que la derogación de este artículo no ocasionaría ningún problema de carácter judicial, pues la jurisprudencia ha hecho escasa aplicación de la referida disposición.

Derogación.

Según las críticas y consideraciones expresadas en los párrafos anteriores, cabe señalar que no propondremos ningún texto que reemplace a la norma del artículo 452, ya que consideramos que una norma como esta debe eliminarse de nuestro Código Penal, por lo que, en nuestro articulado para el Código Penal, propondremos su derogación.

Artículo 453

Evolución durante su vigencia.

El artículo 453 no ha tenido variación alguna desde su dictación. Durante su discusión, se aprobó sin controversia alguna por parte de la Comisión, la cual siguió los modelos ya señalados, como el Código Penal español y el belga.

Doctrina.

Artículo 453: “*Cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado*”.

Este artículo contiene una regla más bien de carácter procesal que no es sino otro instrumento para aumentar más todavía las penas en estos delitos. Opera cuando en un hecho se reunieren varias de las circunstancias a que se señala pena diversa, y en ese caso se aplicará la pena correspondiente a aquella circunstancia que, en el caso particular, merezca pena más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado. La norma en cuestión, obligatoria respecto del hurto y del robo, no lo es respecto de otros delitos.

Si nos atenemos a la interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia, en general, las agravantes encuentran su fundamento en la creación de un peligro objetivo para la vida o la salud de las personas, aumentando la indefensión de la víctima y debilitando la propiedad de que gozan. En la regla del artículo 453, no se configura ni un peligro objetivo para la vida o la salud de las personas, ni se aumenta la indefensión de la víctima ni se debilita ostensiblemente la propiedad, requisitos mínimos para establecer una regla que agrave la pena. En otras palabras, la norma agravatoria del artículo 453 no constituye un incremento de la reprochabilidad o injusto que no esté comprendida en las agravantes generales, de lo que resulta un marco penal desproporcionado e innecesario, desde el punto de vista dogmático y político criminal.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Esta regla, proveniente de la época de Carlos V⁵²⁵ y que señala que cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º del Título IX del Código Penal, se aplicará aquella circunstancia que para el caso particular aparezca como la más grave, pudiendo el tribunal aumentar la pena asignada

⁵²⁵ Jean Pierre Matus Acuña, M^a Cecilia Ramírez Guzmán, Sección textos Docentes, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, pag. 147, Editorial de la U. de Talca.

con la concurrencia de dicha circunstancia en un grado, no es más que otro instrumento creado por el legislador para elevar aún más la ya exagerada penalidad asignada a los delitos en análisis, lo que nos merece las mismas y reiteradas críticas que se han señalado a lo largo de este trabajo en relación a la excesiva rigurosidad con que se sancionan los delitos patrimoniales.

Como se dijo en la parte pertinente, esta regla opera cuando en un hecho se reunieren varias de las circunstancias a que se señala pena diversa, así, por ejemplo, si concurrieren los hechos que configuran el hurto calificado y el robo con fuerza en las cosas o con violencia en las personas, se aplicará la pena establecida para la circunstancia que en el caso particular sea considerada por el tribunal como más grave, circunstancia que será determinada luego de la aplicación de todas las reglas sobre la determinación de la pena, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado.

De la lectura del artículo 453 se desprende que dicha norma es obligatoria respecto de los delitos de hurto y robo, no así respecto de otros delitos. Esta circunstancia evidencia una vez más el excesivo rigor de nuestro legislador, pues no se contempla una regla similar para otros delitos que claramente son más graves que los llamados delitos patrimoniales, por afectar a bienes jurídicos de mayor entidad.

Para no repetir una vez más los argumentos en contra de disposiciones como esta, que solo sirven para perjudicar al inculcado en esta clase de delitos, vulnerando los tantas veces citados *Principios Limitadores del Ius Puniendi*, nos limitaremos a señalar que consideramos absolutamente desproporcionada esta regla, por lo que proponemos su derogación de nuestro sistema penal, propósito que se manifiesta en la no inclusión de esta norma en nuestro proyecto de articulado para el Código Penal.

Derogación.

Las falta de sustento dogmático y político criminal que presenta esta figura, además de las graves consecuencias que su aplicación implica para los procesados por delitos de hurto y robo en relación a los procesados por otros delitos más graves, tal como se dijo en el capítulo anterior, nos hacen proponer la derogación de este artículo, que no está contemplado en el articulado que proponemos para el Código Penal.

Artículo 454

Evolución durante su vigencia.

Durante la discusión del proyecto de artículo en el seno de la Comisión Redactora, el señor Ibáñez señaló que no creía bastante la circunstancia de encontrarse la cosa hurtada o robada en poder de una persona para reputarla autora del delito, pidiendo que se agregara alguna presunción más, como la mala fama del reo para constituir prueba legal. El señor Renjifo propuso que, dejándose en pie por regla general la presunción del artículo como justificativo del delito, se exceptuaran aquellos casos en que aparezca comprobada la buena conducta anterior del acusado, formando una presunción a su favor que destruya la que resulta de encontrarse en su poder la cosa

hurtada o robada. Fué esta última postura la que finalmente se impuso y así se acordó dejar el artículo.

Este precepto ha sido objeto de múltiples modificaciones. La primera se realizó mediante la Ley N° 11.625, que cambió la redacción del inciso final del artículo y que tenía por objeto aumentar la responsabilidad de aquellas personas que adquirirían especies provenientes de ilícitos. Si bien a veces los tenedores de cosas robadas o hurtadas son simples encubridores del delito, la disposición del proyecto los castigaba como cómplices, porque, a juicio del Ejecutivo, son frecuentemente los instigadores del delito. Posteriormente, la Ley N° 13.303 de 1959, modificó el artículo 454, suprimiendo su primer inciso. Hemos comentado esta ley y sabemos que su motivación no fué otra que no aplicar penas excesivamente drásticas, que no se condicen con el principio de proporcionalidad de las penas que rige en el Derecho Penal moderno.

La última modificación se produce el año 1995, mediante la Ley N°19.413. El antecedente originario de esta ley debe entenderse en un aumento estadístico de los delitos contra la propiedad. Según los parlamentarios autores de la moción este aumento dice relación con la facilidad con que los autores de estos delitos pueden reducir las especies robadas o hurtadas. El principal objetivo de esta ley es crear un delito autónomo, cual es el delito de receptación que consiste en describir las acciones que realizan quienes adquieren efectos robados, a sabiendas de su origen y hacen de su tráfico su comercio habitual, y crear para este una sanción mediante una pena igualmente autónoma.

Sabemos que el Código Penal dispuso que se castigase como encubridor de robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, sabiendo su origen o no pudiendo menos que saberlo. Posteriormente, la Ley N°11.625 de 1954 sustituyó esta norma, disponiendo que se castigará como cómplice del robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, aún cuando ya hubiere dispuesto de ella, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro de su origen o no pudiendo menos que conocerlo. Finalmente se presume que concurre este último requisito respecto del que comercia habitualmente en la compra o venta de especies usadas.

Lo que se hace mediante esta ley (19.413), es derogar la disposición, para así crear una figura típica autónoma, que es el delito de receptación, para el cual se introduce el artículo 456 bis A, el que se agrega al párrafo 5°, que es compuesto por este sólo artículo.

Doctrina.

Artículo 454 del Código Penal: *“Se presumirá autor de robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario.*

Se presumirá también autor de robo o hurto de animales aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie robada o hurtada.

La marca registrada puesta sobre el animal robado o hurtado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca”.

Esta disposición se refiere al tema de la participación, por lo cual creemos necesario hacer un breve repaso en la materia.

Nociones Generales sobre Participación Criminal

La participación criminal se centra en el grado de reprochabilidad que le corresponde a quienes participan del plan delictivo⁵²⁶. En Chile, al igual que en el iter crimins, nos encontramos con un sistema tripartito en esta materia, así el artículo 14 del Código Penal dice: “Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1° Los autores.
- 2° Los cómplices.
- 3° Los encubridores.”

El Art. 15 señala que “se consideran autores:

1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3° Los que, concertados para su ejecución facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o presencian sin tomar parte inmediata en él”.

El autor tiene el control sobre el hecho propio, el partícipe toma parte o interviene en un hecho ajeno. Así, el inductor es un simple partícipe, sin embargo, la ley lo considera autor.

El artículo 16 define a los cómplices como “los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

Por otra parte, el artículo 17 señala que son encubridores “los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3° Albergando u ocultando a la persona del culpable.

4° Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo”.

A los autores se les impondrá la pena asignada al respectivo delito, a los cómplices un grado menos que a los autores y a los encubridores dos grados menos que a los autores (así lo señalan los artículos 50, 51 y 52 del Código Penal).

⁵²⁶ Luis Ortiz Quiroga, “Apuntes de clases de Derecho Penal, Parte Especial”, año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Análisis del artículo 454.

El artículo 454 se refiere al tema de la participación en los delitos de hurto y robo, y constituye una presunción legal de autoría en contra de la persona en cuyo poder se encuentre materialmente la especie sustraída. Esta presunción se puede desvirtuar por dos vías: acreditando la adquisición legítima de la especie, lo que debe hacer ante el tribunal, o probando que se ha tenido una conducta anterior irreprochable, y por ella ha de entenderse la exigida para la atenuante del artículo 11 N°6⁵²⁷.

Para Etcheberry se trata de una presunción simplemente legal, que puede ser destruida por cualquiera de los demás medios de prueba, y reconoce la posibilidad que la presunción no se aplique, por justificarse la adquisición legítima de la especie o por probarse la irreprochable conducta anterior del sospechoso, y sin embargo por otros medios probatorios, se establezca que realmente era autor del robo o hurto⁵²⁸.

Las presunciones de los incisos 2° y 3° se relacionan con el inciso 4° del artículo 449, que sanciona al que beneficie o destruya las especies a que él se refiere (vehículos, caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino), para apropiarse solamente de partes de ella. Estas presunciones son simplemente legales. Como ya hemos visto, la presunción del inciso 1° puede ser desvirtuada por los medios allí señalados. Nada dice el Código respecto a la posibilidad de desvirtuar las otras dos presunciones de igual forma, en todo caso para nosotros, la expresión “también” revela que la segunda presunción es en todo semejante a la primera. Como señala Etcheberry, “la Ley de 18 de Noviembre de 1874 crea el Registro Público de Marcas de Animales, señalando que la marca constituye presunción de dominio, mientras que la contramarca o marca duplicada, es presunción de pérdida del dominio⁵²⁹”.

El legislador al referirse específicamente a “animales”, quiso resolver el problema de la dificultad a la hora de la comprobación del cuerpo del delito en el robo o hurto de animales. Las presunciones de este artículo afectan al poseedor y al tenedor de especies hurtadas o robadas. Al instituir estas presunciones el legislador tuvo en vista las dificultades que ofrecía en la práctica la prueba que el poseedor había realmente participado en la perpetración del delito, ello en circunstancia que la realidad empírica generalmente demostraba la coincidencia entre el autor del delito y el poseedor de las especies hurtadas o robadas, pero la experiencia demostró que no siempre es así. En teoría, la participación del tenedor o poseedor, en caso de no coincidir con la persona del autor, no es otra que la de encubridor.

Es importante señalar que la finalidad de estas disposiciones es determinar el autor del delito de hurto o robo, por lo tanto la norma no cobra vigencia sino una vez acreditado el cuerpo del delito.

Problemas que plantea el artículo 454:

1.- Alcance de la expresión “*en cuyo poder se encuentre*”. La doctrina es uniforme en el sentido de interpretar esta expresión conforme al concepto de posesión del artículo 700 del Código Civil.

⁵²⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.254.

⁵²⁸ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.359.

⁵²⁹ Alfredo Etcheberry, op.cit., pág.354.

2.- Qué entendemos por **“legítima adquisición”**. La jurisprudencia no lo ha precisado, pero entendemos por tal, la que deriva de un justo título, o sea, de un título real, auténtico, válido y verdadero.

3.- Concepto de **“irreprochable conducta anterior”**. Algunos opinan que se trata de la misma exigencia que la atenuante del artículo 11 N°6, pero otros creen que la exigencia es distinta, entretanto la atenuante solo exige una conducta exenta de tachas o reproches, la contrapresunción requiere una conducta de tal naturaleza que evidencie en el inculpado una calidad moral incompatible con su participación en el delito.

Por ultimo, quisiéramos hacer presente que el inciso final del artículo 454, que se refería a una presunción de conocimiento del origen ilícito de las especies, fué derogado, sin embargo, la presunción está incorporada, con otra redacción, en el actual delito de receptación, figura que se analizará más adelante.

Jurisprudencia más relevante.

Alcances de la presunción establecida en el artículo 454 del Código Penal.

Corte Suprema, Gaceta Jurídica N°191, página 109, Rol N° 33.556 (Copiapó).

Doctrina.

I.- Para dar aplicación de la presunción del art. 454 del C. Penal, los jueces no sólo tuvieron en cuenta la posesión de las especies sustraídas o robadas por parte del reo, sino que además consideraron el hecho de que faltó a la verdad en sus declaraciones indagatorias ante el Tribunal y de otro lado, no pudo, tampoco justificar ninguna de sus versiones exculpatorias, de ahí que perdió la credibilidad ante los falladores. (Consid. 5°)

II.- El art. 454 del C.P. no contiene una fórmula que opere mecánicamente, vale decir, que cualquiera prueba de conducta que sea suficiente para acoger la circunstancia atenuante del art. 11 N° 6 del mismo Código punitivo, lo sea también para desvirtuar la presunción inculpatoria que procede de la posesión de las cosas sustraídas o robadas. (Consid. 7°)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

5°.- Que el artículo 454 del Código Penal en lo que ahora interesa, dispone: "Se presumirá autor del hurto o robo de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario". Aquí los jueces no sólo tuvieron en cuenta la posesión de las especies sustraídas o robadas por parte de este reo, sino que además consideraron el hecho de que faltó a la verdad en sus declaraciones indagatorias ante el Tribunal y de otro lado, no pudo, tampoco, justificar ninguna de sus versiones exculpatorias, de ahí que perdió toda credibilidad lo que dio paso al convencimiento de los falladores de que era en efecto autor de aquellos robos que perjudicaron a Verónica Guerrero y a Yorna Garrido; de los hurtos que afectaron a Silvia Mánquez, María López y Margarita Suárez; y de que actuó como encubridor en el robo a Pedro Aguilera;

6°.- Que en esta forma los jueces se valieron de las amplias facultades que le entrega la ley (artículo 59 de la ley N° 11.625) en el sentido de que tratándose de este tipo de delitos la prueba se aprecia en conciencia, y fue así como hicieron prevalecer la presunción que surge del hallazgo de las especies en poder de Carlos Trigo, robustecida por la mendicidad de éste, por sobre aquella que se deriva de la prueba de buena conducta rendida en autos;

7°.- Que conviene recordar que el artículo 454 referido, no contiene una fórmula que opere mecánicamente, vale decir que cualquiera prueba de conducta que sea suficiente para acoger la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal, lo sea también para desvirtuar la presunción inculpatoria que procede de la posesión de las cosas sustraídas o robadas.

Lo anterior viene a propósito de que prueba rendida en el expediente para los efectos del citado artículo 11 N° 6 consiste únicamente en la declaración de los testigos, de los que no se hace en el fallo mayor comentario o disquisición, y el extracto de prontuario exento de otras anotaciones delictivas, de ahí que los jueces no consideraron a esta prueba como un antecedente que obstará por sí misma a admitir su culpabilidad en tales delitos.

Como consecuencia de lo ya dicho no cabe sino desechar el recurso cuando sostiene que la sentencia de la Corte vulneró el artículo 454 del Código Penal el que fue por el contrario correctamente aplicado.

Requisitos para configurar la presunción del artículo 454 inciso 1° del Código Penal.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°151, página 91, Rol N° 33.688-92.

Doctrina.

La sola circunstancia de haber sido sorprendidos los procesados por Carabineros en el interior del furgón hurtado 6 días antes, no resulta suficiente para estimar que participaron en su sustracción, si no logró acreditarse que, para apoderarse del vehículo, ejercieron una aprehensión material y directa sobre él. De este modo, no concurre a su respecto la presunción de autoría del inc. 1° del art. 454 del Código Penal.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que los elementos de prueba reseñados en la motivación cuarta, apreciados en conciencia, permiten tener por legalmente acreditado en el proceso que en la noche del cuatro de agosto de 1991, terceros, con ánimo de lucro, sin voluntad de su dueño, sustrajeron un furgón "Subaru" patente AS 2485, de propiedad de Jorge Vallejos Vargas, que Daniel Barragán Álvarez había dejado estacionado en calle Sazié al llegar a la calle Ejército y que fue recuperado por Carabineros de la 44ª Comisaría el diez del mismo mes y año, sin haberse acreditado que se hubiere empleado fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas; hecho constitutivo del delito de hurto contemplado en los arts. 432 y 446 inciso final del Código Penal, atendido el valor del vehículo que, acorde con lo que previene el art. 455 del mismo Estatuto, se regula, prudencialmente, en la suma de \$ 450.000 superior a 400 sueldos vitales mensuales; modificándose, de esta manera, la calificación que del ilícito se hizo en la acusación de oficio de fs. 104 vta.;

2°.- Que, sin embargo, de los antecedentes señalados en el considerando 4° del fallo en estudio, no resulta legalmente acreditado que Eugenio Maximiliano Bouffanais Sepúlveda y Luis Antonio Cinto Silva, hubieren tenido participación en el delito descrito en la motivación precedente, como autores, cómplices o encubridores.

En efecto, la sola circunstancia de haber sido sorprendidos por Carabineros en el interior del furgón que había sido sustraído seis días antes, no resulta suficiente para estimar que participaron en la sustracción, ya que no logró acreditarse que los inculpados el día cuatro de agosto de 1991, para apoderarse del vehículo, hubieren ejercido una aprehensión, material y directa, manifestada por hechos ostensibles, respecto de aquél; de este modo, no concurre a su respecto la presunción de autoría contemplada en el inc. 1º del art. 454 del Código Penal y, por otra parte, no constando que hubieren tenido conocimiento previo de la perpetración del delito de hurto de móvil, tampoco pueden ser considerados como encubridores del ilícito.

Alcance de la presunción de autoría contenida en el artículo 454.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°227, página 140, Rol N° 6.323-98.

Doctrina.

La presunción de autoría del artículo 454, inc. 1º del Código Penal, no es un mero indicio, sino una presunción legal que no se rige por el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, sin que baste para desvanecerla con la prueba de conducta anterior irreprochable del reo, sino que debe estar constituida por condiciones de honradez debidamente exteriorizadas que excluyan aun la posibilidad de que éste haya participado en delitos contra la propiedad.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

3º) Que, como consecuencia de lo ya razonado, resulta plenamente aplicable al inculpadado la presunción de autoría establecida en el inciso primero del artículo 454 del Código Penal, aplicable al caso de las especies halladas en su poder, sin que los antecedentes invocados tendientes a acreditar su conducta anterior y su honradez aparezcan como suficientes para desvanecer la antedicha presunción de responsabilidad;

4º) Que al efecto cabe precisar respecto del alcance de la presunción ya aludida que ha sido ampliamente reconocido tanto por la doctrina como jurisprudencia y así, don Eduardo Novoa Monreal, ha señalado que "el hecho que excluye la presunción ha de consistir no solamente en conducta exenta de tachas o reproches sino que debe estar constituida por condiciones de honradez debidamente exteriorizadas que excluyan aún la posibilidad de que el sujeto haya participado en delitos contra la propiedad" (Notas a una sentencia, Revista de Ciencias Penales, tomo XV, año 1956, página 85).

Asimismo, la jurisprudencia ha precisado también que "la presunción de autoría del inciso 1º del artículo 454 del Código Penal no es un mero indicio, sino una presunción legal que no se rige por el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal" (Corte Suprema, 11 de abril de 1961, R. T. 58 2ª parte, sec. 4ª, pág. 70); y concordante con lo anterior se ha resuelto que "el artículo 454, al preceptuar que se presume autor de robo de una cosa a aquél en cuyo poder se encuentra y al señalar los medios por los cuales dicha presunción legal puede ser desvanecida no ha indicado que la prueba de la buena conducta anterior del reo -aunque revista la calidad de irreprochable- sea bastante al efecto por sí sola, sino que ha subordinado su valor y eficacia a la condición de que establezca una presunción en contrario, es decir, que sea un modo de convicción de tal entidad que -al estimarla los jueces de fondo- dentro de la facultad privativa que le corresponde en presencia de las circunstancias procesales concurrentes en favor y contra del reo, destruya, ella, la presunción legal de culpabilidad que afecta a la persona en cuyo poder se ha encontrado la cosa robada (Corte Suprema, R. T. L I, 2ª parte, sec. 4ª, página 56).

Iguals conceptos se contienen en otro fallo dictado por la Excma. Corte Suprema el 9 de junio de 1954 (Rev. de Ciencias Penales, tomo 15, N° 1, enero-abril de 1956, página 93).

5°) Que pese a lo indicado anteriormente, esta Corte estima que la conducta pretérita del encausado, sumado al cumplimiento de sus deberes como recluta del Ejército de Chile sin mayor observación, autoriza a este tribunal a considerar que dicha minorante inviste la característica de muy calificada;

6°) Que favoreciendo al encartado una atenuante sin que concurren agravantes en su perjuicio, la sanción penal correspondiente al delito investigado deberá imponérsele rebajada en un grado, fijando su extensión en la parte resolutive del fallo;

Por las consideraciones señaladas, lo dispuesto en el artículo 29, 68 bis, 454 del Código Penal y los artículos 514, 527 del de Procedimiento Penal, lo dictaminado a fojas 84, se declara:

1°.- Que se confirma la sentencia apelada de fecha doce de agosto de mil novecientos noventa y siete, escrita a fojas 67 y siguientes, con declaración que la pena corporal impuesta al reo Cristián Andrés Aguilera Marchant, en su calidad de autor del delito de robo con violencia en la persona de José Francisco Plaza Pérez, se reduce a tres años y un día de presidio menor en su grado máximo (3 años y un día de presidio) más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

Concepto de “encontrarse en poder” del delincuente la especie sustraída.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°203, página 163, Rol N° 980-97.

Doctrina.

La circunstancia de haber botado el procesado el reloj pulsera robado a la víctima, mientras huía, no altera el concepto jurídico de "encontrarse la especie en su poder" (artículo 454 del Código Penal). En tal hipótesis, no se requerirá acreditar la preexistencia de las cosas encontradas en poder del inculcado ni el dominio ajeno, que se presumirán por el solo hecho de que el inculcado no pueda acreditar su legítima tenencia (artículo 146, inciso 2° del Código Penal).

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Primero: Que consta del acta de retiro de especies de fs. 171, que el SubTeniente, Sr. Luis E. Pérez Vargas, en el mismo lugar en que se sucedieron los hechos a que hace referencia el considerando vigésimo quinto de la sentencia que se revisa, "procedió a retirar un reloj que el detenido por robo, Arnaldo Michel Guzmán Moraga, tiró al suelo y se encontró, luego de una búsqueda intensiva del mismo".

Segundo: Que el ofendido, en su declaración de fs. 181 vuelta, ha señalado que inmediatamente después de habersele desposeído de su reloj pulsera por terceros, dio cuenta de este hecho a Carabineros, quienes "procedieron a detener al sujeto a quien yo mismo se los mostré".

Tercero: Que, además, en el reconocimiento en rueda de presos de fs. 182, la víctima individualizó y reconoció "al sujeto ubicado en el cuarto lugar, de izquierda a derecha, como el sujeto que, en compañía de otro, lo tomó por el cuello y arrebató su reloj pulsera".

Cuarto: Que en fs. 519 declara testimonialmente el funcionario de Carabineros, Sr. Luis Eduardo Pérez Vargas, quien actuó en la detención de Arnoldo Michel Guzmán Moraga señalando que, "efectivamente actué en la detención de este sujeto, ya que el día de los hechos me encontraba de patrullaje por el sector de Lo Prado, específicamente por Neptuno hacia el norte, cuando se nos acercó un menor de aproximadamente once años, el cual nos manifestó que momentos antes un sujeto le había asaltado y robado su reloj; subimos al menor al vehículo policial, proseguimos la búsqueda de este sujeto, siendo ubicado en calle Julio Escudero, ya que el menor que nos acompañaba lo identificó, sujeto el cual, al ver nuestra presencia, se dio a la fuga, instante en el cual éste botó al suelo algo que llevaba en sus manos; y en la persecución de este sujeto yo pasé por el lugar donde éste había botado lo antes mencionado, encontrando en el trayecto un reloj pulsera, recogiéndolo y prosiguiendo la persecución, logrando detenerlo en el domicilio indicado en el parte denuncia".

Quinto: Que el acta de retiro de especie y el testimonio del Oficial de Carabineros a que acaba de aludirse, apreciados en los términos que permite la ley, convence a este Tribunal de que Arnoldo Michel Guzmán Moraga se apoderó ilícitamente del reloj pulsera materia del delito investigado; y que puede afirmarse enfáticamente que dicha especie se encontraba en poder del aludido Guzmán, toda vez que la circunstancia de "botarlo" mientras huía como consecuencia de la persecución de que era objeto, no altera el concepto jurídico de "encontrarse la especie en su poder".

Sexto: Que de este modo surge en pleno vigor la norma del inciso 2º del artículo 146 del Código de Procedimiento Penal, que señala que en el caso propuesto "no se requerirá acreditar la preexistencia de las cosas encontradas en poder del inculpado ni el dominio ajeno. Ambas circunstancias -agrega- se presumirán por el solo hecho de que el inculpado no pueda acreditar su legítima tenencia".

Apreciación crítica de los Memoristas.

Las presunciones de este artículo afectan al poseedor y al tenedor de especies hurtadas o robadas. Al instituir estas presunciones el legislador tuvo en vista las dificultades que ofrece en la práctica la prueba de que el poseedor había realmente participado en la perpetración del delito, ello en razón de que una apreciación teórica más bien simplista generalmente debería demostrar la coincidencia física entre el autor del delito y el poseedor de las especies hurtadas o robadas; sin embargo, la experiencia ha demostrado que no siempre se da tal supuesta identidad. En doctrina penal, la participación del tenedor o poseedor, en caso de no coincidir su persona con la del autor, no es otra que la de encubridor. La finalidad de estas presunciones es determinar la persona del autor del delito de hurto o robo, de lo que se desprende que la norma no cobra vigencia sino una vez acreditado el cuerpo del delito.

El artículo 454 contempla dos presunciones de autoría:

Se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre (la cosa), salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario.

También se presumirá autor del robo o hurto de animales aquel en cuyo poder se encuentren partes identificables de la especie robada o hurtada.

Uno de los problemas prácticos que ofrece esta disposición es la falta de un concepto de “irreprochable conducta anterior”, contenido en el inciso primero. En este punto, la jurisprudencia ha resuelto que esta irreprochable conducta anterior, enervatoria de la presunción del artículo 454, no coincide semánticamente con la del artículo 11 N°6. Se ha dicho que, mientras la atenuante solo exige una conducta exenta de tachas o reproches, la contrapresunción requiere una conducta de tal naturaleza que evidencie en el inculpado una calidad moral incompatible con su participación en el delito. Bastante difícil es probar esa calidad moral de quien se ve inculpado de alguno de estos delitos, por lo que, como diremos más adelante, nos parece que en la práctica es casi imposible dar por establecida esta circunstancia, hecho que claramente atenta contra los principios del Derecho Penal moderno.

Otro defecto evidente de esta disposición está en su inciso final, que señala: “la marca registrada puesta sobre el animal robado o hurtado, constituye presunción de dominio a favor del dueño de la marca” . Consideramos que esta disposición es sumamente injusta ya que en el inciso anterior se castiga como autor de hurto o robo de un animal al sujeto que tenga en su poder solo partes identificables del animal y en este inciso se produce un efecto perverso, pues se le está diciendo al ladrón “roba o hurta un animal y si le pones tu marca registrada antes de ser descubierto, el animal será tuyo”, con lo que se evidencia una vez más la falta de rigurosidad dogmática y político-criminal en el tratamiento de estos delitos y la falta de proporción en las penas.

Es comprensible que se pueda presumir la responsabilidad del que tiene en su poder especies hurtadas o robadas, sin embargo, ello no siempre implica que el poseedor sea autor del hurto o robo. También es comprensible la dificultad que implica probar el dominio en estas circunstancias, sin embargo, es labor del juez velar porque se esclarezcan los hechos y se llegue a la resolución más justa posible y no parece precisamente justo establecer este tipo de presunciones para aminorar la carga de la investigación que afecta al órgano encargado de la instrucción penal, perjudicando al poseedor, que no necesariamente es siempre el autor del hurto o robo.

Resulta evidentemente que el artículo 454 es contrario a las reglas generales que rigen la participación criminal en nuestro Código Penal. Si se analiza el artículo 15, que establece quiénes son considerados autores, fácil es deducir que la acción descrita en el artículo 454 no corresponde a una autoría, ya que no necesariamente quien tiene en su poder una cosa hurtada o robada, tomó parte en la ejecución del hecho, indujo a su perpetración o facilitó los medios para llevarlo a cabo. Lo correcto en este caso sería entender que existe un encubrimiento, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en el artículo 17 del mismo Código .

No se comprende cuál es la razón de dicha modificación a las reglas generales, la que genera una situación claramente injusta y desproporcionada en relación a otro tipo de delitos, constituyendo un criterio que no se ajusta a la sistemática del Código Punitivo. A nuestro juicio, no se justifica la regulación impuesta en el artículo en análisis, pues, aparte de ser, como ya se dijo, injusta, basta con las reglas generales sobre encubrimiento para comprender las hipótesis abarcadas por dicha norma. No se alcanza a entender por qué en estos delitos tenemos a un encubridor que se castiga como autor y cómo es que en delitos más graves el legislador no actuó de igual modo respecto de los encubridores. Por ejemplo, si se encuentra un cadáver en poder (en la casa, en los brazos, en su auto) de una persona, la ley no presume que sea autor de homicidio. El legislador está castigando

una misma forma de participación de manera distinta, el encubridor por regla general tiene dos grados menos de pena que el autor. Esta situación deja de manifiesto el atropello al principio de proporcionalidad de la pena, pues bajo ningún supuesto se puede considerar proporcionada la pena que se aplica a un encubridor como si fuera un autor.

Salvaguarda en cierta forma la constitucionalidad de esta norma el hecho que el legislador haya establecido dos vías de impugnación a estas presunciones de autoría (que el poseedor justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario). Por lo tanto, no se está presumiendo de derecho la responsabilidad penal, sin embargo resultan tan difícil de enervar las referidas presunciones, que en la realidad se está prácticamente presumiendo de derecho la responsabilidad de este poseedor o tenedor de la cosa hurtada o robada, ya que pese a que esta presunción admite prueba en contrario, se trata de vías demasiado restringidas. En fin, dejando de lado la norma fundamental, es evidente que se está transgrediendo un principio tan trascendental como el Principio de Culpabilidad.

La desproporción de nuestro legislador se hace mas patente al examinar la legislación comparada, donde es fácil comprobar que no se contemplan este tipo de presunciones.

A favor de esta norma podría decirse que fué creada por lo frecuente que es en Chile el tema de los reducidos de especies hurtadas o robadas y que para acabar o disminuir esta situación, el legislador quiso ser más severo, sin embargo los resultados parecen no demostrar que se haya alcanzado el objetivo.

En síntesis, si contamos con las reglas generales de la participación criminal, si estamos en una etapa de humanización del Derecho Penal, si además se está optando cada vez más por la despenalización, y sumemos a todo esto que, se están poniendo en juego principios básicos del derecho penal como el de culpabilidad y proporcionalidad y que se está obviando la sistemática y armonía de las disposiciones del Código Penal, forzoso es concluir que lo más razonable es eliminar esta disposición.

Derogación.

Nos remitimos a lo ya expuesto para señalar por qué no se ha contemplado este artículo en nuestro articulado para regular los delitos de hurto y robo. En resumidas cuentas, este artículo debiera ser derogado, y así quedará en nuestro proyecto.

Artículo 455

Evolución durante su vigencia.

El artículo 455 se ha mantenido sin cambios desde su aprobación, la Comisión Redactora la aprobó sin discusión alguna. En su redacción se aplicaron los modelos ya señalados anteriormente.

Doctrina.

Artículo 455 del Código Penal: *“Cuando del proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente”*.

Se trata de una norma que no merece un mayor comentario, lo que cabe señalar es que tiene relación con la determinación del valor de la especie sustraída, que tiene incidencia en la determinación de la pena a aplicar al delito de hurto, puesto que nuestro actual sistema tiene como base el valor de la cosa sustraída para el establecimiento de la penalidad en relación en este tipo de delitos. No tiene aplicación para el delito de robo, toda vez que el artículo 436 inciso 1º, que sanciona el robo simple, aplica la pena *“cualquiera sea el valor de las especies sustraídas”*. La pena no se determina en atención al valor de la cosa sustraída, sino que el juez, dentro de los límites de cada grado, determina la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, conforme a lo dispuesto con el artículo 69.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Esta norma en realidad no tiene importancia práctica en el robo, donde el juez dentro de los límites de cada grado, determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, conforme a lo dispuesto con el artículo 69, por tanto parece ocioso repetir esta regla en una norma particular como esta, razón por la cual estimamos debe ser derogada.

Es respecto del hurto donde la norma en comento tiene aplicación pues, según lo dispuesto en el artículo 446, la pena se gradúa en relación al valor de la cosa hurtada. En este sentido, nos remitimos a lo ya expresado a propósito del artículo 446, en lo concerniente a las críticas que en su momento se hicieron y en cuanto a nuestra propuesta de eliminar el criterio actual, basado en la cuantía, y cambiarlo por un criterio mas racional, como es el castigar el hurto en relación a la efectiva afección al bien jurídico protegido (en

este caso el patrimonio), lo que se concreta con la exigencia del perjuicio patrimonial en nivel de tipicidad, y en relación a la forma mas o menos grosera de vulnerar el referido bien jurídico, lo que se materializa en la serie de circunstancias que hemos establecido como agravantes del delito de hurto en el artículo 434 de nuestro proyecto de articulado.

En síntesis, respecto de este artículo no cabe mas que proponer su derogación ya que no tiene aplicación respecto del robo, y con la nueva normativa que esponemos en este trabajo, que propone eliminar el valor de la cosa sustraída como elemento determinante de la pena a aplicar, tampoco tendrá aplicación respecto del hurto.

Derogación.

Las consideraciones ya expuestas nos llevan a concluir la ineficacia de esta norma, razón por la cual, proponemos su derogación. Con ello queremos decir que no existe un texto a proponer para esta norma, que derechamente derogaremos en nuestro proyecto de articulado.

Artículo 456

Evolución durante su vigencia.

El artículo 456 del Código Penal fue aprobado sin mayor discusión por la Comisión Redactora, la que sólo hizo notar la conveniencia de formular una regla general, análoga para todo delito.

Durante su vigencia ha sido dos veces modificado. La primera modificación se produce mediante la Ley N° 13.303 del año 1959, ley que conocemos y que tiene como principal motivación otorgar mayores facultades a los jueces para que apliquen sanciones que coinciden con la gravedad de los ilícitos. La modificación que se produce dice sólo con un reemplazo: la cita de los 433, 434 y 435 es sustituida por la de los arts. 433 y 434.

La segunda modificación se produce el año 2002, mediante la Ley N° 19.806, que sustituye la expresión “procesado” por “responsable”.

Doctrina.

Artículo 456 del Código Penal: “ *Si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviere voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en el grado a la señalada para el delito*”.

En esta disposición nos encontramos con una actitud diferente del legislador, en la cual, con el objeto de estimular la reparación del daño causado por el delincuente con la comisión del delito, establece una rebaja en la pena si se dan las circunstancias que a continuación pasamos a describir

Como explica Etcheberry, la conducta del inculpado consiste esencialmente en devolver la cosa robada o hurtada; dicha entrega puede consistir en entregar la cosa a su dueño, en entregar la cosa a una autoridad, o en hacer abandono de la cosa en un lugar de fácil acceso para el dueño de la misma, lugar donde le sea fácil a este encontrarla. Aquí el autor menciona como ejemplos, en la puerta de la casa del dueño o de un recinto policial. Agrega, que también puede tratarse de una indicación del lugar en que se encuentran las cosas, y de donde pueden ser rescatadas por su dueño o la autoridad ⁵³⁰.

El penalista nacional Mario Garrido Montt, al referirse a esta disposición, comenta que “ *sectores de la doctrina, equivocadamente, han denominado a esta institución como arrepentimiento, pero en la realidad no hay tal porque arrepentirse involucra una posición subjetiva de parte del delincuente, en relación a su acto, que sienta*

⁵³⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.358.

haberla realizado, posición subjetiva que no se exige en este caso ⁵³¹. En verdad se trata de un acto que debe ser considerado objetivamente .

A continuación pasamos a exponer las condiciones que exige la ley para que opere esta circunstancia:

Requisitos positivos :

Que sea el propio delincuente quien haga devolución de la cosa hurtada o robada.

Que la devolución, sea un acto voluntario de su parte.

Que lleve a efecto la devolución antes de ser perseguido judicialmente o de que se decreta su prisión.

Requisitos negativos:

Los hechos no deben constituir los delitos de robo con violencia en las personas calificado (art. 433) o piratería (art.434).

Garrido Montt al tratar los elementos que conlleva esta figura aclara que el que la devolución deba ser voluntaria, no implica que la acción del delincuente sea inspirada por objetivos moralmente positivos, lo que interesa en este caso es que el delincuente no sea coaccionado para realizar la acción. Subjetivamente el ladrón debe necesariamente saber que está restituyendo aquello de lo que se apropió y tiene ⁵³² que querer hacerlo .

El punto que merece discusión es hasta qué momento el inculpado puede acogerse a los beneficios de esta atenuante, ya que la terminología empleada por la ley no es clara. El Código ha empleado una forma alternativa *“antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión”*, lo que pareciera indicar que el delincuente puede arrepentirse en cualquiera de estas dos oportunidades, lo cual no nos resulta muy lógico, ya que si una de las alternativas precede a la otra la norma carecería de sentido y sería redundante. Etcheberry nos aclara la duda al señalar *“la “prisión” es el término técnico con que el Código de Procedimiento Penal designa la privación de libertad que es consecuencia del auto de procesamiento. Dicha declaración, por su parte, es una resolución a partir de la cual el imputado se convierte en “parte” en el proceso; éste se sigue “contra” él, y este tiene derecho a designar abogado defensor y apoderado. Pero si el delito es de aquellos a que se refiere el art. 247 de dicho código, el procesado no es reducido a prisión preventiva, sino que queda obligado a presentarse a los actos del juicio y a la ejecución de la sentencia, para lo cual se ⁵³³ cita y notifica ”* .

Apreciación crítica de los Memoristas.

Parece curioso que dentro de las disposiciones comunes al hurto y robo, se encuentre una disposición como ésta, ya que hemos criticado reiteradamente el exceso de rigurosidad

⁵³¹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.255-256.

⁵³² Mario Garrido Montt, ídem.

⁵³³ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.358.

que estas reglas comunes significan para el inculpado. Sin embargo, nos parece bastante apreciable que el legislador, junto con establecer circunstancias especiales de agravación de la pena introduzca esta circunstancia especial que atenúa la responsabilidad penal.

Una disposición como el artículo 456 resulta bastante apropiada para los delitos patrimoniales, donde la gran mayoría de las veces (principalmente hurtos, robo por sorpresa e incluso el robo con intimidación), las víctimas tienen como principal objetivo recuperar los objetos que les han sido sustraídos, y no tanto castigar con prisión al delincuente. Solo en los atentados que llevan envuelto un disvalor adicional, como en el robo con violencia o el robo calificado, pareciera que la devolución voluntaria de la cosa tiene una significación menor, ya que no va a representar una manera de reparar el daño causado, y la víctima no va a contentarse solo con la devolución. Además en estos delitos hay un interés público comprometido, ya que el atentado es de una especial gravedad, razón por la cual se hace necesario perseguir, hasta las últimas consecuencias estos delitos, sin importar cuál sea la intensión de la víctima. En este mismo sentido opina el citado profesor Jorge Mera, cuando dice que *“la protección penal de la propiedad mueble, en la forma en que actualmente se presta, a través de las figuras de hurto y robo, no tiende a satisfacer, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, los intereses de la víctima, preocupada, probablemente, mas que de la sanción, de la recuperación de las especies, particularmente en los casos menos graves (hurtos e incluso robos por sorpresa y la mayoría de los robos con fuerza en las cosas, en que no se afectan significativamente otros bienes jurídicos de mayor jerarquía)*⁵³⁴. Agrega en seguida que *“en relación con la delincuencia patrimonial no violenta, que no trasciende mayormente la simple afectación de la propiedad, sin poner relevantemente en peligro otros bienes jurídicos de rango superior, como ocurre con los hurtos y la mayoría de los robos con fuerza en las cosas, debe observarse que un sistema penal rígido, con severas sanciones privativas de libertad (...), de acción penal pública y sin participación de la víctima, no es el más adecuado para satisfacer los intereses de esta última”*⁵³⁵.

Concordamos plenamente con las opiniones del profesor Mera, y en ese sentido es que, en relación a la mantención, derogación o modificación del artículo 456, optemos por lo último. Como se dijo mas arriba, nos parece bastante útil la existencia de una norma como el artículo 456, que permite incentivar la devolución de la cosa hurtada o robada, a cambio de una rebaja de la pena. Reiteramos que en atención al verdadero interés de la víctima, en los delitos que afectan únicamente al patrimonio, nos parece beneficioso procurar la devolución de la cosa o una compensación, antes que seguir largos procesos judiciales, que, si bien van a terminar con una sentencia condenatoria, no va a satisfacer en todos los aspectos a la víctima. Como señala Cristian Riego *“las víctimas, cuyo interés es habitualmente invocado para justificar el sistema y rechazar las críticas que a él se formulan, paradójicamente no reciben satisfacción de sus intereses concretos (...) Los procesos a que dan lugar estos delitos generan varias obligaciones especialmente gravosas (...) que deben ser prestadas en condiciones de gran incomodidad y molestias dados los problemas de funcionamiento de los tribunales y su baja sensibilidad hacia los requerimientos de las víctimas (...) En general no existen medidas mínimas destinadas a la protección de la víctima y el proceso suele transformarse para ella en una verdadera prolongación de su pesar”*⁵³⁶.

Si bien es cierto que la atenuante del artículo 456 no es mas que una especie o derivación especial de la atenuante genérica del artículo 11 N°7 (procurar con celo reparar

⁵³⁴ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.24.

⁵³⁵ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.25.

⁵³⁶ Citado por Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, cita N°50, pág.24.

el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias), creemos que es mejor mantener esta atenuante por sus especiales consecuencias, que son más favorables que la atenuante general. En efecto, recordamos lo que dice Garrido Montt: *“la devolución de las especies sustraídas realizada por el autor tiene una consecuencia importante: la pena señalada por la ley al delito hay que aplicarla rebajada en un grado. Sobre este punto hay que precisar dos cuestiones: a) la rebaja de pena en un grado es imperativa, no queda sujeta al arbitrio del tribunal, y b) el beneficio no consiste en rebajar la pena que en definitiva le correspondería al autor, sino que esa sanción necesariamente debe ser inferior en un grado a la “señalada para el delito”, rebaja que corresponde hacer desde el grado inferior de la pena que la ley asigna al hecho”*⁵³⁷.

Nos parece pertinente dar una opinión respecto a la propuesta del profesor Mera, consistente en distinguir los efectos de la devolución según los bienes jurídicos protegidos, en el sentido de aplicar el artículo 456 a los atentados contra el patrimonio, pero cambiando el tiempo en que puede hacerse la devolución (30 días después del auto de procesamiento), en vez de la fórmula actual, que señala que la devolución sólo puede efectuarse antes de perseguir al sujeto o antes de decretar su prisión), y si el atentado es contra otros bienes jurídicos (como en el caso del robo calificado), la devolución tendría los efectos de la atenuante general del artículo 11 N°7.

En términos generales concordamos con la distinción que este autor propone, puesto que no es lo mismo un atentado contra un bien jurídico (en este caso el patrimonio) que un atentado contra dos o más bienes jurídicos (como ocurre en los casos de robo, donde además del atentado patrimonial se afecta la salud o integridad física o síquica de la víctima), y consideramos acertados los efectos asignados a la devolución de la cosa en uno y otro caso. Sin embargo no estamos de acuerdo con el plazo propuesto (30 días después del auto de procesamiento), dentro del cual se podría devolver voluntariamente la cosa sustraída para beneficiarse de la atenuante cuando se trate de delitos puramente patrimoniales. Consideramos que el plazo de 30 días después del auto de procesamiento es demasiado extenso, ya que puede pasar mucho tiempo desde la comisión del delito hasta que se dicte el auto de procesamiento contra el autor. El hecho de que pueda pasar mucho tiempo entre la comisión del delito y la dictación del auto de procesamiento la mayoría de las veces hará que la devolución de la cosa pierda valor para la víctima, puesto que el interés de la víctima es recuperar la cosa en el menor tiempo posible y no después de mucho tiempo. Puede ocurrir que después de varios meses (incluso años) de investigación, el delincuente acceda a devolver la cosa, sin embargo a esas alturas la víctima ya no tendrá el mismo interés en recuperar la cosa, se habrá producido el desgaste propio de cada proceso judicial, con el necesario costo económico en la defensa y otros, por lo cual, mientras mayor sea el tiempo entre la comisión del delito y la devolución de la especie, menor es la satisfacción del interés de la víctima, que es recuperar la cosa, y menor la posibilidad de que con dicha devolución se repare el mal causado. En atención a lo ya señalado es que en el texto que propondremos mas adelante, intentaremos solucionar dicho inconveniente estableciendo un plazo más corto para poder devolver la cosa y beneficiarse de la atenuante.

Al hacer una revisión a esta norma, la crítica que se puede hacer es que excluye de la aplicación de la atenuante al delito de robo calificado y al de piratería. Concordamos con la exclusión que este artículo hace del robo calificado, y en relación a la piratería, creemos que

⁵³⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.256.

no se justifica, pues dicho ilícito es una figura calificada de robo⁵³⁸. Además, nos adherimos a la crítica que hace Jorge Mera en el sentido de que la diferencia entre la situación del artículo 456 y el inciso final del artículo 456 bis⁵³⁹ pareciera radicar en el momento en que se hace la devolución, tratamiento que, en sus palabras, *“no se encuentra justificado desde el punto de vista político criminal. Las razones de política criminal que premian la devolución de la cosa también existen en el evento de que dicha devolución tenga lugar con posterioridad al procesamiento”*^{540 - 541}.

Por todo lo anteriormente expuesto es que nos parece que el artículo 456 debe mantenerse en nuestro ordenamiento, pero con una redacción mas acertada con las ideas propuestas. En efecto, proponemos que este texto se ubique a continuación del artículo que sanciona el hurto calificado, y llevará el N° 435 de nuestro proyecto. La redacción que proponemos es la siguiente:

“ Artículo 435 . Al autor de hurto se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito si dentro de los noventa días siguientes a su comisión devolviere voluntariamente la cosa sustraída”⁵⁴².

Esta redacción nos parece mas acertada, en el sentido de que abarca a los delitos que, en la reforma que estamos proponiendo, afectan solo al patrimonio. Nos referimos al hurto simple y a nuestro hurto calificado, excluyendo los casos de robo (tanto el simple como el calificado), donde la devolución de la cosa no tiene, a nuestro parecer, ninguna significación puesto que se trata de una figura pluriofensiva de una gravedad mucho

⁵³⁸ Aunque no es el objeto de este trabajo, nos parece importante recalcar que consideramos aconsejable la derogación del ilícito de piratería, porque no es mas que un robo con violencia o intimidación cometido en el mar, y la sola circunstancia de cometerlo en ese lugar no nos parece suficiente como para mantener a la piratería como una figura autónoma.

⁵³⁹ Recordemos que esta disposición señala que en los delitos de hurto y robo no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del número 7° del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado.

⁵⁴⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.26.

⁵⁴¹ También es preciso hacer presente que en materia procesal, el nuevo Código Procesal Penal, no contempla la figura del “auto de procesamiento”, por lo que todo lo señalado por el profesor Jorge Mera podría resultar inaplicable.

⁵⁴² La propuesta original, presentada por Luis Felipe Torres señalaba como posible texto para el nuevo artículo 456 el siguiente: *“En los delitos patrimoniales, excluido el caso de los artículos 436 y 437, al autor se aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito si antes de formalizarse la investigación o antes de decretarse su prisión devolviere voluntariamente la cosa hurtada o robada.”* Dicho texto estaba basado en las siguientes premisas: Se habla de “delitos patrimoniales” para expresar que en los delitos que afectan a otros bienes, además del patrimonio, no se podrá aplicar la atenuante de este artículo. Se excluye expresamente de la aplicación de la atenuante especial el caso del robo simple y el calificado, debido a que en dichos delitos la devolución de la cosa es inútil para satisfacer los intereses de la víctima. Esta redacción utiliza la terminología del nuevo Código Procesal Penal y se aplica tanto a aquellos delitos que solo admiten citación, contenidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal cuando dice “o antes de decretarse su prisión”, como a los demás delitos, cuando dice “antes de formalizarse la investigación”. El texto propuesto hace que sea factible la devolución en dos etapas: primero, antes de formalizarse la investigación o antes de decretarse su prisión; y una segunda, que es inmediatamente posterior, y que corresponde al momento a partir del cual el legislador permite la celebración de los acuerdos reparatorios, de manera que esta segunda oportunidad para devolver la cosa es dentro del marco de un acuerdo reparatorio, que según el artículo 245 del Código Procesal Penal, procede “en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación”. Dentro de la regulación de los acuerdos reparatorios, es perfectamente posible que procedan en los delitos netamente patrimoniales, porque según el inciso segundo del artículo 241 del Código de Procedimiento Penal los acuerdos reparatorios *“solo podrán referirse a hechos investigados que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos”*. Luego de una larga discusión, donde se analizó la propuesta y se hicieron varias observaciones a su texto, se decidió redactar el artículo 435 del proyecto de la forma recién transcrita.

mayor que los delitos antes citados, razón por la cual, una devolución de la cosa no necesariamente disminuye o aminora la lesión de el o los bienes jurídicos protegidos. Además, esta redacción establece un plazo, que como todos los plazos puede parecer arbitrario, pero que nos parece razonable como para que dentro del tiempo señalado el autor del delito demuestre su intención de reparar el mal causado devolviendo voluntariamente la cosa sustraída. Además el plazo establecido se cuenta a partir de una fecha cierta y objetiva: la fecha de comisión del delito. Se ha establecido este criterio ya que al basarse en un hecho objetivo y conocido por el autor, que no requiere de mayores interpretaciones, se salvan todos los posibles inconvenientes de interpretación que pueden aparecer si el plazo se cuenta a partir de alguna etapa judicial, como ocurre con el actual artículo 456 (que utiliza los términos "antes de perseguir al procesado o antes de decretar su prisión").

Con este nuevo artículo 435 se pretende aprovechar el actual artículo 456 y mejorar su redacción para hacerlo más consistente con nuestros conceptos del derecho penal, que en ultima instancia busca proteger a las víctimas, y la mejor forma de hacerlo es dando satisfacción a sus reales intereses, para lo cual se procura incentivar la devolución de las especies sustraídas.

Para los delitos que afecten a otros bienes jurídicos, diversos del patrimonio (nos referimos a los casos de robo), se deja abierta la posibilidad de acceder a las atenuantes generales del artículo 11, en especial la del número 7º, que es mucho más amplia que la del actual artículo 456, pues habla de procurar con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias, lo que se puede concretar mediante la devolución de la cosa o por cualquier otra vía que el tribunal pondere como suficiente para darla por constituida. Esto es porque, como dijimos mas arriba, en los delitos que afectan a otros bienes jurídicos, además del patrimonio, no parece suficiente con que se devuelva la cosa sustraída para atenuar o reparar el mal causado a la víctima, razón por la cual la atenuante especial que proponemos en artículo 435 no sería aplicable; sin embargo ello no obsta a que se pueda configurar por esa vía la atenuante genérica del artículo 11 N°7 o que se configure cualquier otra atenuante. Con esto queremos decir que en estos delitos, donde no será aplicable el artículo 435 que proponemos, la devolución de la cosa sustraída puede configurar la atenuante genérica del artículo 11 N°7 y tener los efectos propios de dicha atenuante.

Por todo lo expuesto resulta claro que con el texto que proponemos, al mismo tiempo se pretende derogar el inciso final del artículo 456 bis, debido a que nos parece absurdo que no se pueda, o que sea prácticamente imposible configurar la atenuante del artículo 11 N°7 por la restitución de la cosa cuando ya hay proceso en contra del autor de la sustracción. Nos parece que esta disposición carece de todo fundamento político criminal, al establecer una diferencia respecto al actual artículo 456. Las críticas sobre el artículo 456 bis las reservamos para el capítulo pertinente, donde ahondaremos en el análisis de dicha disposición.

Creemos que con una regulación como ésta podríamos llegar a concordar nuestra tesis con las ideas del profesor Mera, que señala: *"nos parece que no sólo en consideración a los intereses del inculpado, sino que también en atención a los de la víctima, debe revisarse completamente el tratamiento penal de estas infracciones, tanto desde el punto de vista penal como procesal. A este último respecto es preciso que se contemple el establecimiento de un procedimiento que prevea la participación relevante de la víctima en términos de que sus intereses y los del inculpado puedan llegar a satisfacerse adecuadamente, incluso con prescindencia de la sanción penal"*⁵⁴³.

⁵⁴³ Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.25.

Texto propuesto para el artículo 456.

Como se dijo más arriba, el texto que proponemos para reemplazar al actual artículo 456 llevará el N° 434, y tendrá el siguiente texto:

Artículo 435 . *“Al autor de hurto se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito si dentro de los noventa días siguientes a su comisión devolviere voluntariamente la cosa sustraída”.*

Artículo 456 bis

Evolución durante su vigencia.

El artículo 456 bis fue introducido al Código Penal mediante la Ley N° 11.625 de 1954, ley que ya conocemos y que contempló la inclusión de un artículo 456 bis, que comprendía circunstancias agravantes de los delitos de hurto y robo, en cinco casos:

Si se ejecuta el hecho en sitios solitarios, faltos de vigilancia policial, oscuros o sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad;

Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona de manifiesto estado de inferioridad física;

Ser dos o más los malhechores;

Agredir a las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito; y

Actuar con menores de veinte años o con personas exentas de responsabilidad, según el N° 1 del artículo 10 del Código Penal. Doctrina.

Artículo 456 bis Código Penal: *“En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:*

1° *Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad;*

2° *Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física;*

3° *Ser dos o más los malhechores;*

4° *Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito, y*

5° *Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1° del artículo 10.*

Las circunstancias agravantes de los números 1° y 5° del artículo 12 serán aplicables en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas.

En estos delitos no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del número 7 del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado”.

Este artículo señala las agravantes específicas para los delitos de hurto y robo. Se trata de una enunciación taxativa, de numerus clausus, pues de lo contrario sería inconstitucional. Así, Cury señala: *“pues la introducción en el catálogo de agravantes de una cláusula que autorice su creación analógica importaría una infracción grosera al nulla poena y sería, en consecuencia, inconstitucional”*⁵⁴⁴.

⁵⁴⁴ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.127-128.

Por otro lado, algunas de estas agravantes se encuentran en relación de especialidad con las agravantes genéricas del artículo 12, por lo tanto priman sobre aquéllas en caso de concurrir ambas⁵⁴⁵.

Para aclarar qué se entiende por circunstancias agravantes, recurriremos al concepto de Labatut, que señala: *“Las circunstancias de agravación representan estados o situaciones buscados, aprovechados o producidos por el agente que aumentan su responsabilidad criminal, por cuanto revelan en él una mayor perversidad moral y peligrosidad social”*⁵⁴⁶.

Mera Figueroa no encuentra la razón de ser a estas agravantes, señala que *“ellas no tienen justificación dogmática ni político criminal, si nos atenemos a su interpretación doctrinal y jurisprudencial (...), por cuanto no constituirían un incremento del injusto o de la culpabilidad que no esté eventualmente cubierto, en su caso, por las agravantes generales. Lo elevado de los marcos penales de estas infracciones las harían, a mayor abundamiento, innecesarias y notoriamente exageradas, dentro de la perspectiva de cualquier política criminal mínimamente razonable”*⁵⁴⁷.

El Art. 456 bis se refiere a los delitos de “hurto y robo”, o sea que es aplicable a ambas figuras. En este punto, Mera Figueroa discrepa con el legislador; opina que las circunstancias agravantes allí contempladas, serían aplicables al hurto, al robo con fuerza en las cosas o al robo por sorpresa, pero no al robo con violencia o intimidación en las personas, ya que se trata de una figura pluriofensiva y compleja, con una penalidad muy elevada, por lo cual absorbe el plus del injusto representado por las agravantes del artículo 456 bis. Para probar su afirmación, Mera se sostiene en la circunstancia N°4, *“ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho no importe otro delito”*, resulta evidente que no puede constituir una agravante del robo con violencia o intimidación en las personas, *“pues ella, en sí misma, constituye un elemento de este delito, y conforme con lo dispuesto en el art.63 del C.P., no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo”*. Agrega que *“ejercer violencia en las personas que interviene en defensa de la víctima constituye, precisamente, uno de los supuestos expresamente señalados por la ley al definir a este medio de comisión del robo. En efecto, del acuerdo con el art.439, para los efectos del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, se estimarán por violencia o intimidación en las personas, los malos tratamientos de obra o las amenazas, ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten . Esto último es justamente lo que ocurre cuando se emplea la violencia en contra de las personas que acuden en defensa de la víctima”*⁵⁴⁸.

Después de estas consideraciones previas, pasamos derechamente a analizar las normas contenidas en el artículo 456 bis. El análisis de esta norma se hará bajo el siguiente esquema:

Análisis en particular de cada una de las agravantes del artículo 456 bis.

Análisis del artículo 456 bis, inciso 2°.

⁵⁴⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.364.

⁵⁴⁶ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I, pág.219.

⁵⁴⁷ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.143.

⁵⁴⁸ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.145.

Análisis del artículo 456 bis, inciso final.

Análisis en particular de cada una de las agravantes del artículo 456 bis

Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad.

Según Labatut esta agravante viene a reemplazar el concepto de “*despoblado*”, elemento calificante del antiguo robo calificado que se encontraba en el Art. 433 N° 3 y del robo con fuerza en las cosas del Art. 440⁵⁴⁹. Esta circunstancia encuentra su sustrato en la última frase, “cometer la sustracción en cualquier sitio o lugar en condiciones que quede favorecido el delincuente en cuanto a que no será descubierto”⁵⁵⁰. Además, se relaciona con el lugar de ejecución del delito y no con modalidades de la acción. En este sentido, Etcheberry opina que “la simple oscuridad o soledad no son suficientes para constituir la si no favorecen de hecho la impunidad en el caso concreto que se trate”⁵⁵¹. Por su parte, Mera Figueroa opina que la sola consideración de la naturaleza del lugar no es suficiente para explicar el sentido de esta agravante, para que opere debe tratarse de sitios con esas características y que además, favorezcan la impunidad, sin embargo todo esto para él no es suficiente, el plus de desvalor esta dado por la afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad de las víctimas⁵⁵². En definitiva, Mera Figueroa opina que este plus se presenta cuando el hecho se ejecuta en sitios inseguros como los contemplados por la agravante, y se emplea la violencia o intimidación en las personas para llevar a cabo la apropiación, ya que en los casos de apropiación no violenta el bien jurídico afectado sigue siendo sólo la propiedad, sin que se observe un desvalor adicional justificante de la agravación de la responsabilidad⁵⁵³.

Cury, refiriéndose a la agravante genérica del artículo 12 N°12, que agrava el delito si éste se comete de noche o en despoblado, dice que desde la perspectiva subjetiva, esta agravante exige que el agente actúe con el propósito de aprovechar las ventajas que le procura la nocturnidad o el despoblado. En este sentido, Cury encuentra el fundamento de la agravación en un aumento de la antijuricidad dado por la mayor indefensión del sujeto pasivo. Agrega que por esta razón, la circunstancia de cometer el delito de noche o en despoblado no es más que una forma especificada de la alevosía, y por la misma razón apoya la crítica de Novoa, en el sentido del casuismo inútil que implica la presencia de esta agravante en el numeral 12 del artículo 12

554

. A este respecto, Mera Figueroa opina que si el fundamento de la agravante en análisis fuera la mayor indefensión de la víctima, se trataría de una hipótesis de la alevosía, porque se está actuando sobre seguro, sin embargo hace un llamado de atención al destacar que el artículo 456 bis contempla expresamente a la alevosía

⁵⁴⁹ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo II, pág.235.

⁵⁵⁰ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.262.

⁵⁵¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho penal. Parte especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.364.

⁵⁵² Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.148.

⁵⁵³ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.154.

⁵⁵⁴ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.173.

como circunstancia agravante sólo en aquellos casos en que se ejerciere violencia sobre las personas. Mera Figueroa señala además, que otros ven el fundamento de esta agravante, en la parte final de este N° 1, en el hecho de tratarse de sitios que por sus características especiales favorecen la impunidad en el caso concreto de que se trate⁵⁵⁵.

Labatut, refiriéndose a la agravante genérica, intenta dar fundamentos para su aplicación. Señala: “entre los motivos que el tribunal puede considerar figuran la mayor facilidad para la fuga u ocultación del delincuente, y la menor posibilidad de defensa y auxilio de la víctima”⁵⁵⁶.

Etcheberry se refiere a la relación de esta agravante con la agravante genérica del artículo 12 N°12, y señala que prevalece esta agravante específica sobre las agravantes de nocturnidad y despoblado, que originalmente eran considerados también para efectos de los robos en lugar habitado y de los robos con violencia calificados⁵⁵⁷. Garrido Montt opina que la agravante genérica queda subsumida en la agravante específica del hurto y robo, que es de contenido más amplio, y obedece a la misma finalidad⁵⁵⁸.

¿Qué entendemos por sitios faltos de vigilancia policial?

Para Ricardo de la Barra Fuenzalida, podría definirse como “sitios faltos de vigilancia policial” aquellos que carecen de todo tipo de resguardo, por parte de las fuerzas de orden, destinado a evitar que se altere la paz social y en los que no existe por consiguiente, la posibilidad de prevenir o reprimir en su caso, los actos delictuosos en que incurren los elementos antisociales, esto lógicamente entendido en el plano inmediato, ya que siempre existirá la posibilidad posterior a la comisión del delito, de que actúen las fuerzas policiales para detener y poner a disposición de la justicia al delincuente. El autor de esta definición opina que debemos entender que por el hecho de no existir vigilancia policial se trata de una agravante de responsabilidad objetiva, ya que se puede constatar por hechos materiales, visibles y tangibles; y encuentra el fundamento de esta agravante en la mayor peligrosidad y perversidad del hechor⁵⁵⁹.

¿Qué entendemos por sitios oscuros?

Debemos relacionar esta expresión con la agravante genérica del artículo 12 N°12, es decir, cometer el delito de noche y en despoblado. La obscuridad será considerada como agravante siempre que constituya requisito *sine qua non* para asegurar la impunidad del delincuente, ya que si dicha impunidad se da incluso en lugares iluminados, la agravante no se aplica. Para efectos de “obscuridad”, lo importante es la mayor o menor visibilidad del lugar al momento de llevarse a cabo el delito, por lo tanto el término obscuridad es mucho más amplio que el de nocturnidad, lo cual hace primar esta agravante sobre la genérica de nocturnidad⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.150.

⁵⁵⁶ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo I, pág.227.

⁵⁵⁷ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.364.

⁵⁵⁸ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.262.

⁵⁵⁹ Ricardo de la Barra Fuenzalida, “Análisis de las Agravantes Específicas Contenidas en el Art. 456 bis”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1979, pág.93-94.

⁵⁶⁰ Ricardo de la Barra Fuenzalida, ídem.

Cury define **“despoblado”** como *“el lugar solitario en el cual no hay habitaciones y, por consiguiente, no se espera tampoco la llegada de personas que se opongán a la actividad delictiva”*; y señala que el concepto de **“noche”**, no puede precisarse con exactitud, pero en general la define como *“aquel período de la jornada durante el cual la luz solar es tan escasa que predomina la oscuridad”*⁵⁶¹. Por su parte, Labatut define **“noche”** como *“el período de tiempo en que falta sobre el horizonte la claridad del sol”*, y **“despoblado”** como, *“el sitio o lugar que, al momento de cometerse el delito, carece de habitantes”*, por lo que para este autor, la ley debió decir **“lugar solitario”**⁵⁶².

¿ Qué entendemos por sitios sin tránsito habitual?

Respecto a la expresión **“sin tránsito habitual”**, no existe antecedente fidedigno en la historia de la ley sobre su significado. Podría decirse que tiene como base la mayor peligrosidad que demuestra el agente al buscar el amparo de lugares con poco tránsito para delinquir, con lo cual trata de asegurar su impunidad y a la vez procura dejar en indefensión a la víctima⁵⁶³.

Respecto a esta circunstancia, para que concurra no es necesario que el delincuente busque a propósito un lugar sin tránsito habitual, basta que se aproveche de esta situación, no concurrirá esta circunstancia si el lugar sin tránsito habitual es un elemento accidental del delito, o sea si el hechor no lo pensó ni se aprovechó de ello. En todo caso, es indispensable que el lugar sin tránsito habitual ponga al agente en una situación de ventaja respecto de la víctima para cometer su delito, o sea que disminuya las posibilidades de defensa del ofendido.

El fundamento de esta agravante se encontraría en el desamparo de la víctima, ya que al ser atacada en un sitio sin tránsito habitual, se ve desprovista de la posibilidad de auxilio que pudieran brindarle otras personas.

Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física.

Esta circunstancia viene a complementar la circunstancia agravante genérica del artículo 12 N°6, que agrava la responsabilidad cuando el delincuente abusa de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

El N°2 del artículo 456 bis abarca casi todas las personas que no están permanentemente en condiciones de afrontar al delincuente que los ataca, por eso se aplica preferentemente en el delito de robo. Se incluyen dentro de las personas en manifiesto estado de inferioridad física, las que se encuentran en estado de ebriedad⁵⁶⁴.

Para Etcheberry la expresión **“persona en manifiesto estado de inferioridad física”** es amplia, abarca los ebrios, lisiados, desvanecidos, heridos, enfermos, etc. Este “manifiesto estado de inferioridad física” debe ser aparente por signos externos, o al menos conocido por el hechor. Señala que la ley está precisando el sentido de la agravante, así el

⁵⁶¹ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.172-173.

⁵⁶² Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, pág.277.

⁵⁶³ Ricardo de la Barra Fuenzalida, “Análisis de las Agravantes Especificas Contenidas en el Art. 456 bis”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1979, pág.97.

⁵⁶⁴ Gustavo Labatut Glana, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, pág.235.

término “*niño*” no es el que contempla el Código Civil, sino que se trata de una persona de pocos años, que en razón de esa condición se encuentre en inferioridad física respecto al delincuente que lo ataca, y argumenta que lo mismo puede decirse de un “*anciano*”, que se encuentra en manifiesto estado de inferioridad física por su avanzada edad⁵⁶⁵.

Garrido Montt señala que las referencias a “niño”, “anciano” o “inválido”, deben considerarse como criterios relativos, ya que la ley no determina exactamente a qué se refiere con cada uno de ellos, deben calificarse en función del hecho concreto, de las condiciones personales del ofendido y del hechor, y de la noción de inferioridad física. Este autor no imagina cómo entra a jugar esta agravante en la hipótesis de hurto, piensa que la probabilidad de su aplicación se da más bien en el robo con violencia o intimidación en las personas, por lo cual opina que no se trataría de una circunstancia objetiva, sino que debe apreciarse en cada caso concreto⁵⁶⁶.

El fundamento de esta agravante es el mismo que el del N°6 del artículo 12, la cobardía del individuo que busca, para cometer su delito, una víctima débil contra la que utiliza su fortaleza física. La peligrosidad de este delincuente se encuentra determinada en el hecho de que, sabiéndose cobarde, busca aquellos medios que tiendan a anular o disminuir la defensa de la víctima, asegurando de ese modo el éxito de su empresa sin riesgo alguno para su persona⁵⁶⁷.

Cury, al referirse a la agravante genérica del N°6 del artículo 12 señala que, “*el fundamento de la agravante es prácticamente idéntico al de la alevosía, con la cual tiende a confundirse. Por tal motivo, las dos agravantes son incompatibles. Asimismo, de aquí deriva que la disposición haya sido objeto de severas críticas, pues se la denuncia, con razón, como un despliegue inútil de casuismo e, incluso, como una pretensión absurda de exigir al delincuente actitudes de lealtad y gentilhombria respecto de su víctima*”⁵⁶⁸. Por su lado, Labatut señala como diferencia entre la alevosía y esta agravante, que el acto alevoso tiende a anular totalmente la defensa y el abuso de superioridad se dirige a aminorarla, es en buenas cuentas más aparente que real⁵⁶⁹.

Mera Figueroa no apoya que el fundamento dado por Cury se haga extensivo a la agravante N° 2 del Art. 456 bis, opina que “ no puede admitirse que en ella se trate de una forma de alevosía, pues el claro propósito de la ley, al introducir estas agravantes especiales, ha sido el de agravar la responsabilidad por la concurrencia de la alevosía, sólo en los casos en que se ejerza violencia sobre las personas, conforme con lo señalado en el inciso penúltimo de la disposición citada. No cabe, por tanto incluir en el resto de las agravantes otras hipótesis de alevosía en las que no se ejerza la violencia en las personas”⁵⁷⁰. El mismo autor opina que el bien jurídico afectado sigue siendo sólo la propiedad, el plus se presentaría cuando se ejecuta el delito usando de violencia en las personas, y ello se relacionaría con los medios de comisión. Sin embargo, si se hace uso de la violencia para llevar a

⁵⁶⁵ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.364.

⁵⁶⁶ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.262-263.

⁵⁶⁷ Ricardo de la Barra Fuenzalida, “Análisis de las Agravantes Especificas Contenidas en el Art. 456 bis”, memoria de prueba, Universidad de Chile, 1979, pág.100.

⁵⁶⁸ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pag.161.

⁵⁶⁹ Gustavo Labatut Glenda, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, pág.225.

⁵⁷⁰ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.155.

cabo la apropiación, estamos en presencia de robo con violencia, por lo tanto no podría considerarse una agravante, pues se estaría violando el principio del non bis in idem, considerando dos veces una circunstancia, una para determinar la existencia del delito de robo, y otra para agravarlo. En definitiva, para Mera Figueroa, el plus de desvalor de esta agravante lo encontramos en la afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad que el solo empleo de la violencia supone.

Ser dos o más los malhechores.

Esta circunstancia vino a reemplazar lo se conocía antiguamente en nuestra ley como “cuadrilla”. La cuadrilla era agravante del delito de robo con violencia o intimidación en las personas y se entendía que había cuadrilla cuando concurrían en la ejecución de este delito más de tres malhechores. Hoy la agravante es común al hurto y al robo, y basta que los malhechores sean dos⁵⁷¹.

Labatut indica que la agravante tiene aplicación aunque, al cometerse el delito, actúe por hechos directos sólo uno de los malhechores⁵⁷². Garrido Montt opina que es necesario, en todo caso, que materialmente actúen en el momento de la apropiación, aunque sea con su simple presencia, por lo menos dos sujetos. La agravante opera con dos sujetos por lo menos, que deben materialmente participar en la ejecución del delito, si intervienen varios, pero uno solo es el autor material, no rige la agravante⁵⁷³.

Esta circunstancia desplaza a la agravante genérica del artículo 12 N°11: “Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad”.

Para la circunstancia en estudio, la discusión se centra en qué debemos entender por “malhechores”. Algunos autores opinan que malhechores son las personas que han cometido crímenes o simples delitos con anterioridad, no siendo aplicable este concepto a quienes delinquen por primera vez. Para tal afirmación se apoyan en el artículo 17 N°4 del Código Penal, que sanciona como encubridor al que, con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autor ni como cómplice, interviene, con posterioridad a su ejecución: 4°. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándole los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven⁵⁷⁴. Otros opinan que se trata de los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito -sean autores o cómplices-. Así, si existe un autor instigador, que no está presente al cometerse el delito; un autor ejecutor, que lo realiza; y un encubridor, que lo oculta posteriormente, no concurre esta agravante, ya que la ejecución material del delito implica la intervención de sólo una persona en este caso. En cambio concurre la agravante si participan un autor y un cómplice que está presente en la ejecución del delito y ayuda a ella, aunque sean personas que no han delinquido antes⁵⁷⁵.

⁵⁷¹ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.365.

⁵⁷² Gustavo Labatut Glens, “Derecho Penal. Parte Especial”, Tomo II, pág.235.

⁵⁷³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.264.

⁵⁷⁴ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.263.

⁵⁷⁵ Ricardo de la Barra Fuenzalida, “Análisis de las Agravantes Específicas Contenidas en el Art. 456 bis”, memoria de prueba,

Universidad de Chile, 1979, pág.101-102.

Los autores que sostienen la necesidad de que el malhechor haya delinquido antes, como dijimos, se apoyan en el artículo 17 N°4. Etcheberry opina que la alusión a esta disposición no es concluyente, por cuanto para encubrir a alguien, es necesario que ese alguien exista, y que haya cometido crimen o simple delito, pero para la ley basta que haya cometido uno solo, precisamente aquel por el que se está encubriendo. Señala que el verdadero significado de la expresión puede buscarse en la razón de ser de la agravante del N°3 del artículo 456 bis, que es siempre el debilitamiento de la defensa privada, el aumento de peligro que corren las víctimas, y la mayor seguridad con que actúan los delincuentes. Todo esto se produce cuando materialmente actúan una multiplicidad de partícipes en el momento y lugar del delito. Por lo tanto, para Etcheberry, malhechores no es sinónimo de autores, ni de partícipes o responsables, para él malhechores son los responsables que concurren materialmente en la comisión del delito⁵⁷⁶.

Mera Figueroa señala que la exigencia que el agente sea reincidente para que se trate de un malhechor, sería contrario al principio del non bis in idem, puesto que la reincidencia ya constituye una agravante genérica. Para este autor la expresión “malhechores” significa algo más que personas que cometen un delito, le parece que se trata sólo de los que han delinquido anteriormente, sin que dicha circunstancia

constituya reincidencia⁵⁷⁷. **Agrega que la agravante de ser dos o más los malhechores sólo puede aplicarse cuando se trata de apropiaciones llevadas a cabo con violencia o intimidación, siempre que ello no constituya robo. El fundamento se encontraría una vez más en la afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad que puede producirse cuando la apropiación violenta es realizada por dos o más**

personas⁵⁷⁸. **Opina que el fundamento de esta agravante no está solo en el hecho de concurrir dos o más malhechores, y cita como ejemplos el artículo 72 inciso 2º, que se refiere a la concurrencia de responsables mayores y menores de edad, y el artículo 15 N°3, parte final, donde también concurren una pluralidad de personas, disposiciones**⁵⁷⁹ **donde es irrelevante la participación de una la pluralidad de personas**.

Garrido Montt señala que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la expresión “malhechor” se está usando para referirse a que sea más de una persona la que cometa el hurto o el robo, sea que hayan delinquido o no con anterioridad. En virtud de esta opinión, “malhechores” sería equivalente a agresores, y no tendría vinculación alguna con el historial personal del pasado de éstos. Señala que el punto es dudoso, y que para aclararlo son insuficientes los aspectos semánticos, debemos irnos a los aspectos sistemáticos y a la ratio legis. Como la agravante del N° 3 del artículo 456 bis vino a desplazar a la agravante genérica del N°11 del artículo 12, lo que sucede es que en ambas figuras, la agravación tiene la misma razón, asegurar al autor la comisión del hecho y su impunidad, por lo tanto para el legislador lo trascendente es la circunstancia de que sean dos o más los⁵⁸⁰ **agresores, no el hecho que hayan delinquido o no en el pasado**.

⁵⁷⁶ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.365.

⁵⁷⁷ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.163.

⁵⁷⁸ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.165-166.

⁵⁷⁹ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.160.

⁵⁸⁰ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal, Parte Especial”, V.4, 1997, pág.264.

Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito.

Se refiere esta disposición a la violencia que se ejerza sobre las personas que intervengan para defender a la víctima, no sobre la víctima misma, ya que este último caso estaríamos en presencia de un robo con violencia, y siempre que la violencia ejercida sobre estas personas no constituya por sí un delito específico (lesiones, homicidio, etc). Esta agravante se relaciona directamente con la legítima defensa, la que consiste en el rechazo de una agresión ilegítima, actual o inminente, mediante un acto perjudicial al agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad del medio empleado para impedirlo o repelerlo.

La legítima defensa es un verdadero estado de necesidad privilegiado, derivado de la violencia moral, y puede referirse tanto a las personas como a los bienes jurídicos defendibles, pero en los bienes no fue siempre aceptada la propiedad, y es así que la doctrina antigua sostenía que procedía únicamente cuando la agresión implicaba, además, un peligro para las personas. Actualmente se admite que la propiedad sea defendible, siempre y cuando concurren los requisitos que se exigen para que la defensa sea legítima (Artículo 10 N°4).

Mera Figueroa opina que, de adherirnos a la interpretación tradicional de esta disposición, que considera el uso de la violencia como medio de apropiación de las cosas constituye siempre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, la agravante del N°4 del artículo 456 bis no tendría ninguna justificación, pues no podría constituir agravación del hurto. Señala que sí tendría sentido si se acepta la interpretación que él mismo propone, según la cual el uso de la violencia no implica forzosamente la existencia de un robo, sino cuando el ejercicio de la violencia en el caso concreto conlleve una afectación de la seguridad física de las personas⁵⁸¹. En resumen, según Mera Figueroa, el ejercicio de la violencia que se examina sólo podrá comportarse como agravante (del hurto) en los casos en que este hecho no importe otro delito. Y ello, sólo podrá ocurrir cuando la violencia ejercida no de lugar a un robo con violencia o intimidación en las personas, o sea, cuando se trate de una violencia que no afecte la vida o la integridad corporal y se comporte sólo como un medio apropiatorio⁵⁸².

Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1° del artículo 10.

Esta disposición incluye de forma restringida al autor mediato, ya que se refiere sólo al caso en que el delincuente se valga, para la ejecución de un robo o hurto, de un individuo que no es culpable por falta de normalidad síquica (enajenado mental)⁵⁸³.

Etcheberry señala que quedarían incluidos dentro de la autoría mediata, por ejemplo, los hipnotizadores que se valen de su arte para hacer cometer hurtos o robos a las sometidas a su voluntad. Son siempre considerados autores, y su delito se considera revestido de esta circunstancia agravante⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.146.

⁵⁸² Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.147.

⁵⁸³ Gustavo Labatut Glana, "Derecho Penal. Parte Especial", Tomo II, pág.236.

⁵⁸⁴ Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal. Parte Especial", tomo III, 3ª ed., 1998, pág.366.

Mera Figueroa señala que, de considerarse esta agravante como una hipótesis de autoría mediata, se estaría violando el principio del non bis in idem. Estaríamos considerando dos veces la utilización del privado de razón, una para fundamentar la autoría mediata, y otra para agravar la responsabilidad de esta clase de autores⁵⁸⁵. A juicio de Mera Figueroa, la agravante en análisis no alude a una forma de autoría mediata, sino a los autores materiales, pues la agravante se refiere **“a quienes actúan”**, y éstos no pueden ser otros que autores materiales. Por lo tanto para que haya lugar a la agravante, es necesario que exista un autor material del delito, y que además actúe con las personas señaladas en la agravante, las cuales deben encontrarse presentes al momento de cometerse el delito⁵⁸⁶.

Garrido Montt señala que no es necesario que el agente se prevalezca del inimputable, tampoco se exige que lo emplee como instrumento, situación en la que habría una autoría mediata y sería autor únicamente el que usa al inimputable. Señala que además la agravante comprende todas aquellas alternativas donde una persona actúe con otra privada de razón; se trata de una circunstancia objetiva, donde puede aun el inimputable haber arrastrado al imputable a delinquir. Esta circunstancia agravante es incompatible con la del N°3 del artículo 456 bis, pero se prefiere la agravante N°5⁵⁸⁷.

Según el artículo 10 N°1 del Código Penal, están exentos de responsabilidad criminal, a causa de su incapacidad para comprender lo injusto de su actuar y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento, el loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. En cuanto al fundamento de esta agravante, Mera Figueroa opina que su fundamento no diría relación con la afectación de los bienes jurídicos de las víctimas, sino más bien con las personas en sí mismas. No hay motivo para entender que, por el hecho de involucrarse personas privadas de razón en la comisión del delito, resulte un mayor desvalor que la sola afección de la propiedad. No hay mayor indefensión de la víctima, ni mayor afección de su sentimiento de tranquilidad y seguridad, y ni siquiera un especial debilitamiento de la defensa privada. En definitiva, para Mera Figueroa esta agravante carece de todo fundamento⁵⁸⁸.

Análisis del artículo 456 bis, inciso 2°.

Artículo 456 bis inciso 2°: **“ Las circunstancias agravantes de los números 1° y 5° del artículo 12 serán aplicables en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas”.**

Artículo 12 N°1: **“Son circunstancias agravantes:**

1ª Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro”.

Artículo 12 N°5: **“Son circunstancias agravantes:**

⁵⁸⁵ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.166.

⁵⁸⁶ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.167.

⁵⁸⁷ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.265.

⁵⁸⁸ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.167.

5ª En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz”.

Sabemos que el robo y el hurto son delitos contra la propiedad, y estas agravantes del artículo 12 N°1 y 5 se aplican sólo a los delitos contra las personas, pero en este caso, el artículo 456 bis contiene una norma expresa en contrario. Para Garrido Montt estas agravantes son aplicables al hurto y al robo, siempre que se ejerza violencia en las personas, y en cuanto al término “personas”, lo entiende en forma amplia, comprensivo también de los terceros que pudieran intervenir⁵⁸⁹. Por su parte, Etcheberry señala que pese a tratarse de una regla común, sólo resulta aplicable en definitiva al delito de robo con violencia o intimidación en las personas (por la exigencia del empleo de violencia sobre éstas)⁵⁹⁰.

Mera Figueroa opina que la alevosía y la premeditación no son agravantes del robo con violencia o intimidación, sino del hurto, en los casos en que el empleo de la violencia no llega a constituir un robo⁵⁹¹.

Entendemos que estas agravantes se hacen aplicables al delito de robo con violencia o intimidación en las personas, pues se trata de figuras pluriofensivas, donde se afectan otros bienes jurídicos más allá de la propiedad.

Muñoz Conde señala: “respecto a las circunstancias agravantes, plantea especiales problemas la alevosía. De la definición legal de alevosía (...), se deduce que esta circunstancia sólo es aplicable en los delitos contra las personas, pero no hay ningún inconveniente en considerar que los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (...) y entre los que se incluyen los robos, son delitos contra las personas, a los que es aplicable esta agravante ya que sobre todo en el robo con la realización del delito puede llevarse a cabo de la forma alevosa que se describe en el artículo (...)”⁵⁹².

Análisis del artículo 456 bis, inciso final.

Artículo 456 bis inciso final: “ **En estos delitos no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del número 7º del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado”** .

Artículo 11 N°7: “**Son circunstancias atenuantes:**

7.ª Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”.

En los delitos de hurto y robo no será suficiente, para configurar la atenuante, el mero hecho de restituir a las víctimas las especies hurtadas o robadas, el juez deberá considerar además especificada la justificación del celo con que el delincuente ha obrado. Esta atenuante no se aplicará de ninguna manera al robo con violencia o intimidación en las personas, según se desprende del artículo 450 bis.

⁵⁸⁹ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.266.

⁵⁹⁰ Alfredo Etcheberry, “Derecho Penal. Parte Especial”, tomo III, 3ª ed., 1998, pág.367.

⁵⁹¹ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.168.

⁵⁹² Francisco Muñoz Conde, “Derecho Penal. Parte Especial”, Valencia, 1996, pág.343.

Jurisprudencia más relevante.

Concepto de “malhechores”.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°229, página 141, Rol N° 36.050-99.

Doctrina.

No perjudica a los encausados la circunstancia agravante del artículo 456 bis, N° 3 del Código Penal, por cuanto al tiempo de la comisión del ilícito, ninguno de los dos sentenciados registraba anotaciones prontuariales y no investían, por tanto, la calidad de malhechores, que necesariamente presupone la concurrencia de una sentencia condenatoria anterior.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Que no perjudica a los encausados la circunstancia agravante contemplada en el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, por cuanto, al tiempo de la comisión del ilícito en perjuicio de Ariel Villarroel Martínez, ambos sentenciados no registraban anotaciones prontuariales, según resulta de sus extractos agregados a fojas 27 y 29, por lo que no investían la calidad de malhechores que necesariamente presupone la concurrencia de una sentencia condenatoria anterior.

Opinión contraria respecto al concepto de “malhechores”.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Gaceta Jurídica N°219, página 165, Rol N° 1.486-98.

Doctrina.

La tesis de que son "malhechores" quienes han sido condenados anteriormente por delito, es claramente minoritaria, siendo opinión dominante la de que la agravante del artículo 456 bis, N° 3 del Código Penal, es aplicable aunque los sujetos intervinientes carezcan de antecedentes penales previos. (Consid. 6°).

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

1°.- Que, el mérito de los antecedentes reunidos, apreciados en conciencia, permite tener por establecido, en la forma exigida por el artículo 456 bis del Código Procesal Penal, que fueron sustraídas especies desde un negocio o almacén situado en pasaje Santa Trinidad N° 10939, comuna de La Pintana.

6°.- Que, en cuanto al argumento oral de uno de los defensores, en cuanto a que no perjudica al reo Rocco Almonacid, estimado co-autor del delito de robo a Laura Mansilla, la circunstancia agravante del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal, en mérito a la ausencia de anotaciones penales condenatorias anteriores, cabe señalar que es opinión dominante en la doctrina y jurisprudencia modernas, que dicha agravante se fundamenta en la pluralidad de sujetos que intervienen materialmente en la ejecución del delito, en calidad de autores y cómplices. La tesis de que son "malhechores" quienes han sido condenados anteriormente por delito, es claramente minoritaria y presenta el grave inconveniente de confundir la específica circunstancia del ya citado artículo 456 bis N° 3, con alguna forma de la reincidencia, consagrada de manera general en el artículo 12 del Código Punitivo. No está de más recordar que, según la opinión dominante, la agravación se justifica, en caso de pluralidad de partícipes reales en el delito, por la especial indefensión en que se

halla la víctima. (En este sentido, ver los fallos citados en la obra "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", del autor Alfredo Etcheberry, T. II, pág. 561 y ss.).

7°.- Que, en consecuencia, el acusado Luis Mauricio Caro Bustamante es responsable como autor del delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar destinado a la habitación, el 20 de agosto de 1994 y es, además, responsable en calidad de co autor del delito de robo con fuerza en las cosas perpetrado en lugar no habitado (en perjuicio de Laura Mansilla), agravando su responsabilidad en este último, la pluralidad de malhechores y no favoreciéndole ninguna atenuante.

8°.- Que, por su parte, el reo Marco Antonio Rocco Almonacid, es responsable en calidad de co autor, en el delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar no habitado, en perjuicio de Laura Mansilla y es además, autor de dos delitos de hurto de especies, según ha quedado establecido en la sentencia que se revisa, procediendo compensar racionalmente la atenuante que lo favorece con la agravante que lo perjudica.

Alcance de la agravante de “pluralidad de malhechores” según Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Revista Procesal Penal, año 2004, febrero, N°18, Ed. Lexis Nexis, pág. 63 y sgtes., causa Rol N°128-2003. Proceso seguido por el delito de robo con intimidación.

Hechos de la causa.

El día 8 de agosto de 2003, siendo aproximadamente las 02.50 horas, los imputados en compañía de un tercer individuo no identificado procedieron a intimidar a sus víctimas, con un arma de fuego y un cuchillo, exigiéndoles la entrega de sus pertenencias, apropiándose de ellas para posteriormente huir del lugar, siendo detenidos dos de ellos.

Ante estos hechos el Ministerio Público invocó la procedencia de la agravante de pluralidad de malhechores, pues resultaba establecido que en el hecho habían intervenido más de dos personas, dos de las cuales fueron detenidas y acusadas.

Ante ello, la defensa de los encausados señaló que dicha agravante era improcedente, sosteniendo que en doctrina no hay una interpretación unívoca respecto del sentido de la norma, la que para algunos supone que los que intervinieran en el hecho registrarán antecedentes penales pretéritos, para otros en cambio, el tipo de robo con intimidación en sí mismo importa una sanción elevada por lo que debía ella experimentar además la agravación en razón al número de personas que intervinieron en el hecho.

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, sentenció: “Pese existir más de un criterio, lo que resulta menos lógico es que habría que reconocer algún sentido a la referida agravante, por lo que de plano se desecha la argumentación de la defensa en el sentido que el delito, por sí mismo, tiene un margen de pena tan amplio que resulta improcedente su aplicación, pues de manera especial el legislador la contempló como una de las reglas comunes para los delitos de robos e inclusive de hurto.

Si se tratara de aplicar sólo al caso de que los que actúan fueren delincuentes habituales o sujetos con un pasado criminal -como sostiene aquellos que haciendo una interpretación sólo semántica de la norma excluyen aplicarla para cuando no actúan personas que a la fecha no registran anotaciones penales-, se llegaría a una

interpretación de derecho penal de autor. Una agravación por conductas pasadas del acusado, que nada tengan que ver con las actuales circunstancias de comisión de los hechos, nos parece al menos absurdo, sino retrógrado. Por otra parte, si lo que el legislador pretendía es agravar la responsabilidad cuando intervienen en el hurto o robo personas que tienen experiencia delictual -cualquier experiencia- no se entiende porqué entonces tal situación de agravación sólo debería proceder cuando actuaren dos o más personas y no cuando se tratase de un solo delincuente, cuestiones que refuerzan nuestra convicción que ése no resulta ser el sentido de la norma.

Teniendo presente que el antecedente histórico de la minorante era la agravación por la intervención de “la cuadrilla”, parece más razonable pensar que el legislador pretendió aumentar la responsabilidad en aquellos casos en que actuando dos o más personas se debilita o anula su posibilidad de resistencia ante el ataque. Tal sería el caso del juicio que nos ocupó. Resultó establecido que los tres sujetos –dos de ellos los acusados– intervinieron, amenazando, intimidando, coaccionando a las víctimas las que frente a la superioridad en número y armas de sus atacantes, cedieron, anulando su capacidad de resistencia y permitiendo que les fueran arrebatadas sus especies. Tan claro resulta lo anterior, que en cuanto dos de los hechores se retiran del lugar - ya cometido el delito- sus víctimas reaccionan intentando recuperar sus bienes, lo que deja en evidencia que claramente la pluralidad de los atacantes que participaron materialmente en la ejecución del delito impidió a las víctimas protegerse. Resulta así justificado agravar la responsabilidad que a los hechores les cabe por tal forma de ejecutar el delito, haciéndose lugar a agravar la conducta de los acusados por tal circunstancia”.

Aplicación de agravantes 1 y 3 del artículo 456 bis al robo con homicidio, violación y lesiones graves.

Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta Jurídica N°161, página 107, Rol N° 19.300-93.

Doctrina.

1.- El delito de robo con homicidio, violación y lesiones graves está integrado por distintas figuras delictivas, pero el verbo rector de la actividad del agente, es el atentado contra el patrimonio de las víctimas y el legislador los ha unificado con un tipo único para los efectos de la sanción superior, dada la peligrosidad que demuestran quienes incurrieron en su infracción. (Consid. 2º)

2.- La premeditación conocida es evidente por cuanto los autores, preparados para robar, planificaron su acción tanto en el transporte, el uso de las armas y la elección del lugar donde iban a encontrar parejas para asaltarlas y luego para ejecutar adecuadamente el plan criminal. (Consid. 3º)

Consideraciones más relevantes de la sentencia.

Primero: Que el artículo 433 del N° 1 del Código Penal, dispone que el culpable de robo con violencia o intimidación, será castigado con presidio mayor en su grado medio a muerte cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los arts. 395, 396 y 397 N° 1. No obstante que esta figura penal, forma un todo indivisible para el efecto de sancionar a los culpables con una sola pena, ello no hace desaparecer la naturaleza individual de los delitos que la configuran. La frase "cuando con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además...", transcrita precedentemente, hace imprescindible para la existencia del delito investigado en autos, que el dolo comprenda en su totalidad todos los ilícitos señalados. En la especie, la

intención dolosa ha concurrido plenamente, puesto que, de los antecedentes del proceso, aparece que tanto las circunstancias en que se produjeron los hechos -premeditación, de noche y en despoblado y con la intervención de varios agresores- como los medios empleados para su realización, idóneos y adecuados para causar la muerte de Héctor Valenzuela Valdebenito y la violación y lesiones graves de Maritza Ruth Mallea Moya, hicieron cierto el horroroso resultado obtenido;

Segundo: Que este delito, robo con homicidio, violación y lesiones graves, es por su naturaleza un crimen complejo que está integrado por distintas figuras delictivas, como se señaló precedentemente, que en forma separada, constituyen otros tantos hechos punibles y está construido sobre la finalidad próxima de la apropiación de cosas muebles ajenas sin la voluntad de sus dueños con violencia o intimidación requiriendo, además, que con motivo u ocasión del robo, se cometan los delitos de homicidio, violación y lesiones, lo que singulariza como un delito contra la propiedad. El verbo rector de la actividad del agente, es el atentado contra el patrimonio de las víctimas y el legislador los ha unificado con un tipo único para los efectos de una sanción superior, dada la peligrosidad que demuestran quienes incurrieren en su infracción;

Tercero: Que perjudica a todos los encausados, respecto de los delitos del robo con homicidio y violación, las agravantes de los N°s. 1 y 3 del artículo 456 bis del Código Penal. En efecto ha quedado demostrado en autos que existió la pluralidad de malhechores en la comisión del ilícito y además, está acreditado que los delincuentes sorprendieron a las víctimas en un lugar solitario y oscuro como es la Rotonda de Quilín, y luego las trasladaron a otro sector, aún mas despoblado, de Pudahuel donde culminaron sus acciones ilícitas. Todo lo cual, hace que aquellos buscaron los sitios mas apropiados para favorecer su impunidad. Les afecta asimismo, las agravantes generales establecidas en los N°s 1 y 5 del art. 12 del aludido Código. La primera, porque son hechos probados del proceso, que las víctimas se encontraban solas en su vehículo, siendo acometidas y reducidas por cuatro personas con armas de fuego, luego las trasladaron a otro lugar y amarrada una de ellas, fue muerta a golpes de piedra en la cabeza, sin ninguna posibilidad de defensa, de tal manera que hubo un aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima y lo mismo ocurrió con su acompañante, una mujer, que fue dejada abandonada en el lugar, creyendo que estaba muerta. En cuanto a la premeditación conocida es evidente que también concurre, porque los autores, preparados para robar, planificaron su acción tanto en el transporte, el uso de las armas y la elección del lugar donde iban a encontrar parejas para asaltarlas y luego para ejecutar adecuadamente el plan criminal se trasladaron a otro sitio para así sustraer el vehículo y otras especies de las víctimas, matar y violar a éstas, buscando la ocasión y el lugar adecuado para consumir sus designios criminales;

Quinto: Que esta Corte, atendido el mérito de los antecedentes, apreciando y ponderando las circunstancias del delito cometido por los sentenciados, considera que debe imponérseles una pena condigna con la gravedad del hecho punible que ha sido materia de la investigación y que fue ejecutado con saña, crueldad y sangre fría y que sirva, al mismo tiempo, como una sanción ejemplarizadora. Es por ello, que se aplicará a los procesados, la pena que se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

Apreciación crítica de los Memoristas.

Para analizar este artículo haremos la distinción entre las diversas circunstancias que tipifica. Recordemos que este artículo señala un listado de 5 situaciones que agravan los delitos de hurto y robo.

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejecutar el delito en un sitio falto de vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera otra condición favorezcan la impunidad.

Se ha señalado que es el hecho de que se “favorezca la impunidad” lo que explica el verdadero sentido de la agravante⁵⁹³. El fundamento de la agravación radica en un aumento de la antijuricidad, determinado por la mayor indefensión del sujeto pasivo, dada por la menor probabilidad de obtener auxilio, ello en relación al concepto de despoblado del artículo 12 N°12. Es este el criterio de la gran mayoría de la doctrina.

También podría sostenerse que el sustento de la agravante sería el debilitamiento de la defensa privada al ejecutar la acción típica en los referidos lugares, mas, este debilitamiento no implica un disvalor adicional, distinto al que concurre en todo delito contra la propiedad mueble cometido por medios materiales, que sea suficiente como para que dar pie a una agravación como la que impone esta disposición.

Otra opinión señala que el elemento fundamental para configurar la agravante, además de los ya señalados, esto es, los sitios faltos de vigilancia, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual y que favorezcan en forma determinante a la impunidad, es que se afecte al sentimiento de tranquilidad y seguridad de las víctimas, lo cual requiere de una apropiación violenta o intimidatoria que no sea constitutiva de robo, pues la agravante sólo es aplicable al hurto y al robo por sorpresa⁵⁹⁴. A este respecto creemos que la interpretación propuesta por el profesor Mera de la agravante en análisis (y de las demás agravantes contempladas en el artículo 456 bis) no cuenta con un suficiente respaldo dogmático que la pueda incluir dentro del sistema establecido por el legislador, siendo además de una dificultosa aplicación práctica. La postura, pensamos, responde más a una solución ad-hoc en busca de dar coherencia de las poco afortunadas disposiciones del artículo 456 bis, pero que de ninguna manera justifica la permanencia de estas.

De esta manera queremos expresar que esta agravante no obedece a ningún presupuesto de política criminal y que es muy difícil de justificar desde el punto de vista tanto práctico como dogmático, sin contar con que implica una abierta vulneración de varios principios fundamentales del Derecho Penal moderno, como el de ultima ratio o de intervención mínima, razones más que suficientes como para proponer su derogación.

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física.

El manifiesto estado de inferioridad física requiere de un carácter ostensible, o al menos que sea de conocimiento del hechor. Asimismo debe señalarse que la fórmula es amplia,

⁵⁹³ Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 3ª ed. 1998, pág.364.

⁵⁹⁴ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.155.

comprendiéndose en ella ebrios, heridos, etc. Evidentemente que la causal opera si la circunstancia ha tenido trascendencia, o eventualmente la posibilidad de ello en la comisión del delito; lo que se ve del todo difícil respecto del hurto simple o agravado.

El profesor Mera Figueroa⁵⁹⁵ fundamenta esta agravante en la afectación del sentimiento de tranquilidad y de seguridad al emplear (como medio de comisión) violencia o intimidación, siempre que ello no ponga en peligro la vida ni la seguridad física de este tipo de víctima, que aparecen como las más vulnerables, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a un delito pluriofensivo (robo).

Nuevamente nos parece que se trata de una norma reñida con los lineamientos básicos del Derecho Penal y de los principios que inspiran la reforma que en este trabajo proponemos, por lo cual se hace necesario proponer la derogación de esta circunstancia como agravante de los delitos de hurto y robo. Además hay que señalar que dicha situación puede ser sancionada mas severamente mediante la aplicación de las agravantes comunes del artículo 12 del Código Penal, y que nos parece claro que la casuística actual es absolutamente innecesaria.

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ser dos o más los malhechores.

Como se dijo, esta agravante vino a reemplazar a la antigua “cuadrilla” que en la edición original del Código Penal agravaba el robo con violencia o intimidación en las personas. Respecto a los fundamentos de esta agravante, tradicionalmente se mencionan los siguientes:

El debilitamiento de la defensa privada. Sin embargo, este debilitamiento no implica *per se* una mayor afectación a la propiedad.

La mayor seguridad con la que actuarían los delincuentes. Esto constituiría una hipótesis de alevosía, aplicable solo a los casos de violencia sobre las personas, en cuyo caso se configura un robo. De ello es necesario deducir que no se puede volver a utilizar esta circunstancia para configurar la agravante, pues ello viola el principio de *non bis in idem*.

El mayor peligro que corren las víctimas. El peligro es respecto de la vida o la integridad física, el que se presentará al utilizar la violencia o intimidación y, como se vio, no puede usarse dos veces sin violar el *non bis in idem*

No compartimos, conforme a lo expresado anteriormente, la fundamentación de esta agravante. Por otra parte, el sistema de nuestro Código Penal es el de no considerar como una agravación la sola circunstancia de actuar con otros individuos en la ejecución del delito. Así, el artículo 12 N°11 (ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad) trasciende a la mera circunstancia numérica; o el artículo 15 N°3, que considera como autores a los que, concertados para la ejecución del delito, lo presencian sin tomar parte en el, más no agrava la responsabilidad de los autores propiamente tales. Luego, la sola multiplicidad de autores no representa un disvalor que exceda a la mera apropiación.

Por lo dicho, esta circunstancia también desaparecerá como agravante de los delitos de hurto y robo en el articulado que propondremos.

⁵⁹⁵ Jorge Mera Figueroa, en “Hurto y Robo”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.155.

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito.

Para operar, la agravante requiere que la violencia se ejerza sobre terceros, sin que importe algún tipo de lesiones, menos homicidio. No obstante, no se logra encontrar un sustento dogmático, o político criminal en que se fundamente debidamente la agravante, en relación con un bien penal jurídicamente protegido. Es decir, la agravante no procura la mayor protección de nada.

En los delitos de robo y hurto será circunstancia agravante actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el número 1º del artículo 10.

La agravante consiste en servirse de personas enajenadas mentales o privadas totalmente de razón por causas independientes a su voluntad. Para el profesor Etcheberry y para la jurisprudencia, siguiendo la doctrina alemana, este es un caso de autoría mediata. El problema es que, la utilización de inimputables se usaría primero para configurar la autoría mediata y luego para agravar la responsabilidad penal de tales autores, violándose el *non bis in ídem*. Para que opere la agravante habría que considerarse, muy forzosamente a nuestro juicio, como un caso de autoría material. De todos modos, el fundamento de la agravante sigue siendo escurridizo. No apuntaría a la afeción de bienes jurídicos de las víctimas, sino a la utilización de ciertas personas *per se*, situación extraña al sistema de nuestro Código Penal.

En síntesis, nos parece que el listado de circunstancias agravantes que se establecen adicionalmente para los delitos de hurto y robo en el artículo 456 bis carecen de toda fundamentación y, por ende, deben ser derogadas.

Luego de referirnos muy escuetamente a las diversas agravantes especiales contempladas en el artículo 456 bis, creemos necesario tocar los dos últimos incisos de dicho artículo.

Artículo 456 bis inciso penúltimo:

“Las circunstancias agravantes de los números 1 y 5 del artículo 12 serán aplicables a los casos en que se ejerciere violencia contra las personas”.

Como latamente se explicó a propósito de las agravantes en el delito de robo con homicidio, creemos que una disposición como ésta es necesaria desde el punto de vista práctico, para dejar en claro que las circunstancias de alevosía y premeditación son aplicables al delito de robo. Además, consideramos que dicha disposición debe estar ubicada a continuación del artículo que señala las hipótesis de robo calificado, que es precisamente el delito en el que dichas agravantes tienen aplicación. Por ello es que se ha decidido recoger esta disposición y ubicarla como el artículo 438 de nuestro proyecto. En cuanto a la fundamentación de dicha opinión, nos remitimos a lo señalado anteriormente, al tratar de las agravantes en el delito de robo con homicidio.

Artículo 456 bis inciso final:

"En estos delitos no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del N° 7 del artículo 11 por la mera restitución a la víctima de las especies robadas o hurtadas y, en todo caso, el juez deberá considerar, especificada, la justificación del celo con que el delincuente ha obrado".

Como se dijo al revisar la parte doctrinaria de este artículo, el profesor Jorge Mera comenta este artículo en relación con la norma contenida en el artículo 456, que señala que *"Si antes de perseguir al procesado o antes de decretar su prisión devolviera voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena a inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito"*. Hacemos nuestra la opinión de este autor cuando señala que puede existir una contradicción entre el inciso final del artículo 456 bis y el artículo 456, y que *"llama la atención el contraste entre esta disposición y la norma del inciso final del art.456 bis. En ambos casos se efectúa la devolución de la cosa. Parece ser que la diferencia radica en el momento en que ella se realiza: antes o después del procesamiento del inculcado, originándose consecuencias completamente distintas en uno y otro caso. Este tratamiento tan dispar no se encuentra justificado desde el punto de vista político criminal. Las razones de política criminal que premian la devolución de la cosa también existen en el evento de que dicha devolución tenga lugar con posterioridad al procesamiento. Al parecer la ley estima que en tal caso no se trataría de una devolución "voluntaria". Sin embargo, desde el punto de vista de la víctima, ello resulta irrelevante. Los motivos de la devolución debieran ser indiferentes. De lo que se trata es que la devolución se produzca, haciendo desaparecer o mitigando el daño causado. De esta forma el derecho penal estará siendo consecuente con su autopropósito de proteger los bienes jurídicos vitales. Una política criminal que desincentiva la devolución de las cosas, por consideraciones de carácter moral, resulta contradictoria con dicho objetivo. No se trata, naturalmente, de que el inculcado se arrepienta: basta con que efectúe la devolución, cualquiera que sea su móvil, incluido el cálculo de beneficiarse con la rebaja de la pena"*⁵⁹⁶.

A continuación, el autor citado propone una modificación para aunar los criterios disímiles del legislador en estas materias (contenido en los artículos 456 y 456 bis inciso final), cuando dice que *"de lege ferenda tal vez debiera distinguirse respecto de los efectos de la devolución de la cosa, atendiendo a los bienes jurídicos comprometidos. Si el hecho afecta únicamente la propiedad, la devolución podría producir el efecto señalado en el art.456, pero sin considerar el momento de su realización en los términos en que lo hace esta norma. En tales casos podría establecerse un plazo razonable para efectuar la devolución: por ejemplo, 30 días después del auto de procesamiento. En el caso de afectación de otros bienes jurídicos, podría disminuirse el efecto de la devolución a los propios de una atenuante ordinaria, esto es, ser considerada como tal"*⁵⁹⁷.

Como señalamos en el apartado correspondiente al artículo 456, concordamos con el criterio propuesto, sin embargo estimamos que el plazo en el que se puede devolver la cosa para que se pueda aplicar la atenuante especial es de 90 días contados desde la comisión del delito. En esa misma oportunidad expresamos que, al contemplar dicha circunstancia en el artículo 435 de nuestro proyecto de nuevo articulado, queríamos dejar claro que este inciso final del artículo 456 bis sería derogado, pues carece de sentido mantener esta disposición, y que en los delitos que afecten a otros bienes jurídicos, además del patrimonio, era posible que la devolución de la cosa pueda configurar la atenuante genérica del artículo 11 N°7, con los efectos propios de dicha atenuante.

⁵⁹⁶ Jorge Mera Figueroa, en "Hurto y Robo", Editorial Jurídica Conosur Ltda., 1995, pág.26.

⁵⁹⁷ Jorge Mera Figueroa, op.cit., pág.27.

De esta manera finalizamos el análisis del artículo 456 bis del Código Penal, señalando que proponemos la derogación de esta disposición, lo que se ve reflejado en el hecho de que no será contemplada en nuestro proyecto de nuevo articulado.

Derogación.

Como lo mencionamos recientemente y a propósito del análisis de otros artículos relacionados con el artículo 456 bis, nuestra opinión es que la norma en análisis debe ser derogada, por carecer de fundamentos y por importar una regla abiertamente injusta y desproporcionada.

Párrafo 5 bis del Libro II, del Título IX del Código Penal: “De la receptación”.

Artículo 456 bis A.

Evolución durante su vigencia.

El artículo 456 bis A, ha sido agregado mediante la Ley N° 19.413 de 1995. Conocemos medianamente esta ley ya que fue revisada al analizar el artículo 454. Por esto es que sabemos que esta ley tiene su génesis en datos estadísticos que señalan que la comisión de los delitos robo y hurto sancionados en los Tribunales de Justicia ha aumentado en un 52% desde 1977 a 1993, según el Anuario de Estadísticas de Carabineros. Así, en la moción parlamentaria que propone esta ley se señala que una de las razones que ha llevado a este aumento es la facilidad con que los autores de estos hechos pueden reducir las especies robadas o hurtadas. El principal objetivo de esta ley es crear un delito autónomo, cual es el delito de receptación, que consiste en describir las acciones que realizan quienes adquieren efectos robados, a sabiendas de su origen y hacen de su tráfico su comercio habitual, y crear para este

una sanción mediante una pena igualmente autónoma ⁵⁹⁸.

El Código Penal dispuso que se castigue como encubridor de robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, sabiendo su origen o no pudiendo menos que saberlo. Posteriormente la Ley N° 11.625 de 1954 sustituyó esta norma disponiendo que se castigará como cómplice del robo o hurto de una cosa al que la compre o reciba a cualquier título, aún cuando ya hubiere dispuesto de ella, como igualmente al que la tenga en su poder, sabiendo el uno o el otro de su origen o no pudiendo menos que conocerlo.

En virtud de la modificación legal se otorga a la receptación el carácter de delito autónomo y se sanciona a sus autores con una pena que refleja la gravedad del hecho, que es la de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de 5 a 20 Unidades Tributarias Mensuales. Se considera, además, circunstancia agravante especial de este delito, la habitualidad de su ejecución y que la incentiva a la receptación es el ánimo de lucro que asiste a sus agentes, por lo que su penalidad incluye la posibilidad de incluir multas, precisamente con el objetivo de desincentivar estas conductas.

Doctrina.

Artículo 456 bis A: *“El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas o robadas, o las comprare, venda o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales.*

⁵⁹⁸ Moción Parlamentaria de los diputados Señores Espina, Allamand, Errázuriz, Rodríguez, Prokuriça, Vargas, Vilches y Cardemil. Sesión 40°, en martes 13 de Septiembre de 1994.

Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá en cuenta especialmente el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor.

Se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en reiteración de esos hechos o sea reincidente en ellos.”

Consideraciones Previas

Para comenzar el estudio de esta figura legal debemos previamente precisar conceptos relativos al estudio de la Parte General del Derecho Penal :

Autor: Según Cury, autor es quien cuenta con el dominio del acto. Se distingue entre el autor material o ejecutor, el autor mediato y el coautor⁵⁹⁹.

Partícipe: El mismo autor lo define como *“aquel que interviene dolosamente en un hecho ajeno sin concurrir a la ejecución de la conducta típica ni contar con el dominio de ella, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley y que de ordinario revisten un carácter puramente preparatorio o, como sucede en el derecho chileno de participación ulterior a la consumación”*.

La participación, vista de éste modo, aparece como una figura subsidiaria, puesto que para que el sujeto sea considerado como tal es necesario que no sea autor. En nuestro ordenamiento jurídico los casos de participación criminal están contemplados en los artículos 16 y 17 del Código Penal, que señalan quiénes son cómplices y quiénes encubridores. Por el momento diremos que según el artículo 16 del Código Penal *“son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (quienes se consideran autores), cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”*.

Encubridor. El concepto que más interesa a nuestro estudio es el de encubrimiento, puesto que dentro de las clasificaciones que del encubrimiento hace la doctrina se encuentra la figura de receptación contenida en el artículo 456 bis A.

Clases de encubrimiento

Con el fin de complementar el análisis de la figura de receptación, pasaremos a revisar brevemente las distinciones que hace la doctrina respecto al encubrimiento.

En general los autores coinciden en que el encubrimiento debe ser penado por el derecho, puesto que actos como este pueden servir de incentivo para futuros actos delictivos, al asegurar al delincuente su impunidad y la obtención de un aprovechamiento pecuniario del delito cometido.

La doctrina comprende dentro del encubrimiento, las siguientes conductas:

1.- Conductas de aprovechamiento o receptación : Son aquellas que tienen por objeto la obtención de un beneficio de carácter económico o pecuniario de un delito ya consumado, aprovechándose de sus efectos.

2.- Conductas de favorecimiento : Aquellas cuyo objetivo no es otro que obtener la impunidad del delito o de su autor, ocultando las pruebas, efectos o instrumentos del delito, a la persona misma de su autor o facilitando su fuga.

⁵⁹⁹ Enrique Cury, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, pág.233.

3.- Conductas complementarias o continuadoras : Aquellas que pretenden auxiliar al autor de un delito ya consumado en las consecuencias últimas buscadas por el delincuente con el delito.

En cuanto a la naturaleza jurídica del encubrimiento, la doctrina sostiene dos posiciones:

Aquellos que consideran el encubrimiento como una forma de participación delictiva.

Aquellos que consideran el encubrimiento, como una figura autónoma, sancionada, por consiguiente, con una pena independiente.

La primera posición es cuestionada por no existir nexo de causalidad del encubrimiento con el delito previo, y la problemática de sancionar a encubridores conocidos cuando los autores del delito no lo son. La segunda surge como una respuesta a las falencias de la doctrina clásica, pero teniendo la salvedad que el delito de encubrimiento, no puede ser penado de modo más severo que el delito principal.

El delito de receptación que contempla el artículo 456 bis A, pertenece a la categoría de encubrimiento por aprovechamiento, siendo más específicos de aprovechamiento real, pudiéndose definir como lo hace Ranieri: *“es el hecho de quien, sin haber concurrido en un delito anterior, y con el fin de obtener para sí mismo para otro un provecho, recibe u oculta dinero o cosas que de él provienen, o interviene en alguna forma para hacerlas adquirir, recibir u ocultar, conociendo su procedencia delictuosa”*⁶⁰⁰.

Para Ranieri la receptación se distingue del favorecimiento real por el dolo específico que exige la receptación, y que consiste en el fin principal, y no accesorio, secundario o mediato, de obtener para sí mismo o para otro un provecho injusto, mientras que en el favorecimiento real la conducta está dirigida a ayudarle a alguno a obtener el producto, el provecho o el precio de un delito⁶⁰¹.

Cabe destacar que junto con el establecimiento de este delito por la ley N°19.413, de 20 de Septiembre de 1995, se suprimió el inciso final del artículo 454, que castigaba como cómplice del hurto o robo de una cosa a aquel en cuyo poder se encontraba ésta, siempre que supiere o no pudiese menos de saber su procedencia ilícita, pudiendo perfectamente calificarse dicha conducta como encubrimiento, conforme a las reglas generales.

Elementos básicos del delito de Receptación.

La doctrina en forma mayoritaria acepta como presupuestos jurídico-penales del delito de receptación los siguientes:

Haberse cometido previamente un delito contra el patrimonio.

Presupuesto básico, ya que como bien sabemos este delito supone la lesión de un jurídico ya lesionado. En nuestra legislación el delito previamente cometido debe ser un delito contra el patrimonio realizado con ánimo de lucro, hurto o robo. Esto no ocurre en otras legislaciones, como la italiana, en la cual el dinero y las cosas receptadas pueden provenir de cualquier delito.

Ausencia de participación del receptor en el delito precedente.

⁶⁰⁰ Silvio Ranieri, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, tomo VI, pág.168-169.

⁶⁰¹ Silvio Ranieri, ídem.

Importa el hecho que el receptor no puede haber participado en el delito de referencia ni como autor ni como cómplice, ya que la responsabilidad penal correspondiente al delito absorbe el desvalor de la conducta receptadora.

Animo de lucro en la conducta del receptor

Este es un requisito subjetivo, y apunta a la utilidad, ventaja o beneficio percibido o atribuido al culpable.

Conocimiento que se cometió el delito de referencia

El agente debe tener conocimiento de la comisión del delito patrimonial, por lo cual no cabría una receptación culposa.

TIPICIDAD DEL DELITO DE RECEPCIÓN

Ahora pasaremos a hacer un breve análisis del tipo del delito de receptación:

Tipicidad Objetiva:

Conducta Típica:

Garrido Montt señala que el delito lo conforma la acción de tener en su poder el agente, o comprar, o vender, o comercializar, a cualquier título cosas muebles hurtadas o robadas. Se trata de un tipo penal de hipótesis múltiple, donde se describen conductas típicas de gran amplitud, como tener una cosa, que puede ser un acto de mera gentileza, como el guardársela a un tercero, o simplemente venderla, para lo cual puede no tenerla en su poder sino ofrecerla, además comprarla o comercializarla⁶⁰².

El artículo en estudio se limita a requerir que el receptor tenga conocimiento del origen de las especies, empleando al efecto la expresión “conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo”, que ha sido blanco de fuertes críticas desde que fue incluida primitivamente en el derogado artículo 454 inciso final. También es criticada la frase “aun cuando ya hubiere dispuesto de ella”, de hecho Garrido Montt la califica como una frase equívoca y aparentemente innecesaria, agregando que fue incluida en la disposición únicamente porque el primitivo texto del artículo 454 la usaba.

Objeto material:

El objeto material del delito de receptación debe coincidir con el objeto material del tipo de referencia, que por mandato expreso del legislador se reduce al robo o al hurto, por lo tanto sólo pueden ser objeto del delito de receptación las cosas muebles hurtadas y robadas, quedando excluidas la que son producto de un delito contra la propiedad por medios inmateriales. Garrido Montt señala que las acciones prohibidas deben vincularse directamente con la cosa misma robada o hurtada y no con el producto de su venta o comercialización o lo que se obtuvo en trueque.

Sujetos:

En relación al sujeto activo se establece como limitación, aún cuando no se encuentre dispuesto en forma expresa en la ley, que quien ejecuta la conducta receptadora no puede

⁶⁰² Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.267.

haber participado en la comisión del delito previo, como lo señalamos anteriormente. La expresión “el que”, nos hace entender que se trata de un sujeto activo no calificado, por lo cual exigencia alguna, salvo lo ya dicho. Por otro lado, el sujeto pasivo no será sino el titular del bien que fue objeto del ataque por el delito principal.

Tipicidad Subjetiva:

Conocimiento de la previa comisión de un delito : Como todo delito requiere de dolo, o sea saber que se tiene la cosa, o que se compra o comercializa, y tener la voluntad de hacerlo⁶⁰³.

El texto de la ley exige que el agente “ **conozca** ” o “ **no pueda menos que conocer**” el origen de las especies hurtadas o robadas. El conocimiento del origen de las especies debe ser, a nuestro juicio, un conocimiento cierto, por lo cual la segunda parte de la frase nos merece crítica, coincidiendo así con gran parte de la doctrina, ya que la consagración de este tipo de presunciones se aleja por completo de los fundamentos que deben inspirar un Derecho Penal moderno y atenta contra principios elementales del mismo, como el de culpabilidad. Es efectivo que la existencia de presunciones de este tipo, permite salvar muchas veces las dificultades probatorias a las que pueden enfrentarse los jueces, pero no por ello se justifica la presunción en cuestión, sobre todo atendida las consecuencias que ello trae consigo y la severidad de nuestro derecho en este tipo de delitos.

La doctrina italiana, como lo expresa Ranieri, cuando se refiere a este delito, y específicamente al elemento psicológico, señala que consiste en la voluntad de realizar la adquisición, la receptación o el ocultamiento de las cosas de que se trata, o los actos de mediación, acompañada por el conocimiento de que las cosas provienen de un delito, y por la intención de obtener para sí mismo o para otro un provecho. Por lo tanto, no existe el delito de receptación cuando falta el conocimiento, esto es la certeza y no la duda, en el momento del hecho, acerca de la procedencia delictuosa del dinero o de las cosas; y tampoco existe cuando falta el fin de obtener para sí mismo o para otro un provecho, o sea una utilidad apreciable económicamente⁶⁰⁴.

Una versión crítica es la que formula el profesor José Luis Guzmán Dalbora cuando señala que *“el ordenamiento punitivo chileno se ha adscrito, en rigor, a un régimen dual y promiscuo en materia de receptación: de hecho, la receptación-tipo independiente alcanza sólo a hurtos y robos, pero sigue en vigor la receptación-forma de participación en el artículo 17, referida a toda clase de delitos; y este dualismo es fuente de numerosas perplejidades”*⁶⁰⁵.

Animo de lucro : El legislador optó por no hacer mención expresa del ánimo de lucro en la descripción típica del artículo 456 bis A, despreocupándose de aquella parte de la doctrina que exige la concurrencia del ánimo de lucro, como representación del móvil deshonesto que impulsa al agente, para diferenciarlo del dolo, como expresión de la conciencia de la antijuricidad de su conducta, es decir, del saber ciertamente el origen de las especies. El que se considere este componente importa una mayor exigencia de la ley, por cuanto no bastaría

⁶⁰³ Mario Garrido Montt, en “Derecho Penal. Parte Especial”, V.4, 1997, pág.268.

⁶⁰⁴ Silvio Ranieri, “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, tomo VI, pág.173-174.

⁶⁰⁵ Luiz Luisi, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, José Luis Guzmán Dalbora y Sergio Politoff Lifschitz, “Política Criminal y Reforma Penal”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., pág 61.

con la ejecución de las conductas descritas en los verbos rectores, ya mencionadas, sino que el autor debe demostrar un especial ánimo de querer obtener un beneficio pecuniario⁶⁰⁶.

La receptación es algo distinto que un mero comprador de mala fe; no es lo mismo ser adquirente de mala fe, en el sentido del derecho civil, que ser receptor, pues mientras para lo primero basta con que el comprador haya sospechado que el vendedor no era el propietario de lo que vendía, para lo segundo requiérese que el adquirente sepa que la cosa provenía de un delito.

Iter Criminis:

La consumación del delito se produce con la comercialización de la especie, o con el acto con que principie la tenencia de la especie, no exigiéndose un aprovechamiento lucrativo. Lo más novedoso es la posibilidad de castigar una tentativa, lo cual no es posible en los casos de encubrimiento del artículo 17 del Código Penal.

Penalidad o Sanción:

La pena de la receptación corresponde copulativamente a una pena privativa de libertad: presidio menor en cualquiera de sus grados; y a una pena pecuniaria: multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales.

El inciso segundo del artículo en estudio señala que el sentenciador tendrá especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor. No cabe duda que la sanción corporal que trae consigo a comisión de este delito es por decir lo menos desproporcionada y no guarda relación alguna con la protección penal que se da a otros bienes jurídicos de mayor jerarquía, como la vida.

La determinación de la pena que se le asigna al delito en comento es doblemente criticada, primero ya que queda de manifiesto la falta de autonomía del tipo, en cuanto hace depender la sanción de la lesión provocada por el delito base. Como segunda crítica podemos mencionar el que una vez más se recurra al valor de la cosa objeto del delito de referencia para determinar la sanción que se aplicará al receptor, cuestión que ha sido fuertemente criticada por la doctrina, como se aprecia a lo largo de este trabajo.

Podemos agregar a lo anterior, que en el inciso final se obliga al juez a imponer la pena en su grado máximo en caso que el hechor del delito haya incurrido en reiteración de estos hechos o sea reincidente en ellos, con lo que se coarta la posibilidad que tiene el juez para graduar la pena, recurriendo al artículo 69 del Código Penal. Se debe considerar que con normas como éstas se desatienden los cuestionamientos que parte importante de la dogmática ha realizado en relación con la racionalidad de las penas y de la procedencia de la figura de receptación⁶⁰⁷.

Apreciación crítica de los Memoristas.

⁶⁰⁶ Mario Garrido Montt, en "Derecho Penal, Parte Especial", V.4, 1997, pág.268 y siguientes.

⁶⁰⁷ Con gran claridad expone argumentos críticos contra la reincidencia el profesor Carlos Künsemüller L., en el artículo "La Circunstancia Agravante de Reincidencia", aparecido en Revista Gaceta Jurídica, N°212, año 1998, pág.61 y siguientes.

Este artículo, introducido por la ley 19.413, sanciona tanto la tenencia de especies robadas o hurtadas como la comercialización de estas. Lo que pretende el legislador es crear un tipo penal y autónomo, aplicable a quienes realicen los actos expresamente tipificados en forma independiente al autor del delito del cual provienen los objetos. Otra de las motivaciones que tuvo el legislador para idear este tipo fue la necesidad de satisfacer los requerimientos de la población, en orden a condenar a los llamados "reducidores de especies" a penas superiores, logrando dicho objetivo con la creación del artículo 456 bis A.

No nos parece acertado que el legislador establezca nuevamente una presunción; lo que se concreta con la inclusión de la frase “no pudiendo menos que conocerlo” . Lo anterior es contrario a los principios del Derecho Penal, como el postulado que señala que la culpabilidad no debe presumirse, postulado lógico si se piensa que de la culpabilidad del sujeto depende su responsabilidad y, en definitiva, la medida de la pena. Esto nos lleva a concluir que esta figura debe eliminarse como una figura independiente y entregarse su regulación a las reglas generales del encubrimiento.

También consideramos que la penalidad de los actos tipificados en este artículo debe estar entregada a las reglas generales de encubrimiento contenidas en el Código Penal, las que aplicadas e interpretadas correctamente por los tribunales serían efectivas a la hora de sancionar la conducta en análisis, principalmente atendiendo al ilícito que le sirve de base (hurto o robo). Lo anterior se reafirma si se piensa que lo que se describe en el artículo 456 bis A perfectamente puede encuadrarse dentro del encubrimiento, de acuerdo al artículo 17 del Código Penal, ya que la acción tiene ocasión con posterioridad a la ejecución del delito. Lo anterior trae como consecuencia que la pena aplicable sea la pena del autor del hurto o robo rebajada en 2 grados, lo cual nos parece bastante lógico, ya que el disvalor es menor, razón por la cual dicha conducta no merece la pena tan severa que le asigna el legislador.

El crear tipos penales nuevos para distintas prácticas atenta principalmente contra el principio de intervención mínima, que postula precisamente que debe existir una intervención restringida del legislador en orden a punir determinadas conductas y crear nuevos tipos penales. Así, con la creación de este tipo penal se puede caer, y de hecho se cae, en un grave injusto: sancionar con mayor severidad al receptor que al autor del robo o hurto primitivo, si estamos frente a un receptor reincidente.

En conclusión, nos parece que no es justificada la creación de este tipo penal ya que vulnera el principio de intervención mínima. Por tanto, sugerimos que la conducta en cuestión sea sancionada bajo las reglas del encubrimiento que contempla la legislación, aplicando de este modo todas las reglas relativas a la participación criminal.

Derogación.

Como ya se ha señalado, no nos parece acertada la mantención de esta figura en nuestro Código Penal, y proponemos la derogación del artículo 456 bis A, con el fin de dejar entregada a las reglas generales de participación criminal, en especial las relativas al encubrimiento, la regulación del ilícito de recepción.

CAPITULO IV. Conclusión.

TEXTO DEL PROYECTO DE NUEVO

ARTICULADO PARA EL CÓDIGO PENAL

A continuación y a modo de conclusiones a la presente investigación, presentamos un texto alternativo de nuevo articulado para regular los delitos de hurto y robo en el Código Penal, que recoge las distintas consideraciones hasta aquí expuestas y refleja nuestra constante preocupación por contar con una legislación penal de acuerdo a los actuales tiempos y respetuosa de los principios fundamentales del derecho penal moderno.

Titulo IX

CRIMENES Y SIMPLES DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

Del Hurto .

Art. 432. El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena causando perjuicio patrimonial al ofendido, comete hurto.

Art. 433. Los autores de hurto serán castigados con la pena de si el valor de la cosa hurtada excediere de cinco unidades tributarias mensuales.

Art. 434. El autor de hurto será castigado con la pena de en los siguientes casos:

Si recae sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

Si recae sobre cosas de primera necesidad o destinadas a un Servicio Público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste o una situación de desabastecimiento.

Si recae sobre una cosa que forme parte de un bien nacional de uso público.

Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeren perjuicios de especial consideración.

Cuando se ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica, o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

Cuando se lleve a cabo en lugar habitado.

Cuando se lleve a cabo utilizando cualquier instrumento para entrar al lugar donde se verifique el hurto, o para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados.

Cuando se lleve a cabo mediante fractura de los resguardos externos del lugar del hurto, o por medio de fractura para abrir puertas interiores, muebles u objetos cerrados o sellados, o por medio de la inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

Introduciéndose al lugar del hurto mediante la seducción de alguna persona o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

Art. 435. Al autor de hurto se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito si dentro de los noventa días siguientes a su comisión devolviere voluntariamente la cosa sustraída.

Del Robo .

Art. 436. **El que sin la voluntad de su dueño y con animo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena causando perjuicio patrimonial a este mediante violencia o intimidación en las personas comete robo y será castigado:**

Con *(la pena)* cuando el robo se cometa usando de violencia.

Con *(la pena)* cuando el robo se cometa usando intimidación.

Art. 437.El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

Con *(la pena)* cuando, con motivo u ocasión del robo cometiere, además, homicidio.

Con *(la pena)* cuando, con motivo del robo cometiere, además, violación.

Con *(la pena)* cuando, con motivo del robo cometiere, además, alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395 y 397 N°1. Si solo se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 396 y 397 N°2 la pena será *(la pena)*.

Con *(la pena)* cuando, con motivo u ocasión del robo se retenga a personas bajo rescate o por mas de un día.

Art.438. Las circunstancias agravantes de los números 1º y 5º del artículo 12 serán aplicables en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas.

Art. 439. Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo.

Art. 440. El que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, será castigado como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo.

Art. 441.Para los efectos del presente párrafo se entenderá por violencia los malos tratamientos de obra que ocasionen, a lo menos, lesiones leves en la víctima. Por intimidación se entenderán las amenazas serias y verosímiles o cualquier otro acto que pueda causar efecto intimidatorio.

La violencia o intimidación constituirán robo cuando se las use para hacer que se entregue la cosa o para impedir la resistencia u oposición a que se quite, sea que ello ocurra antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometer el robo o después de cometido para favorecer su impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA NACIONAL

Bascañán Rodríguez, Antonio. "El Robo Como Coacción". Revista de Estudios de la Justicia, N°1, Santiago, Chile, 2002

Bullemore G., Vivian R. "Delitos Contra el Individuo en sus Condiciones Ideales. Delitos Contra el Patrimonio. Delitos de Apropiación por Medios Materiales". Apuntes de Clases, año 2001, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Cury Urzua, Enrique. "Derecho Penal. Parte General", tomo II, 2ª edición, Editorial Jurídica, 1988-1992.

Del Río C., J. Raimundo. "Explicaciones de Derecho Penal", Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1945.

Etcheberry O., Alfredo. "Derecho Penal. Parte Especial", tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica, 1998.

Garrido Montt, Mario. "Derecho Penal. Parte Especial", tomo IV, Editorial Jurídica, 1997.

KünsemüllerL., Carlos. "Delitos de Hurto y Robo. Caracteres Generales en el Código Penal Chileno. Consideraciones Político Criminales. Bases para una Reforma". Material complementario a la Cátedra de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2002.

KünsemüllerL., Carlos. "La Circunstancia Agravante de Reincidencia", Revista Gaceta Jurídica N° 212, año 1998.

Labatut Glens, Gustavo. "Derecho Penal. Parte Especial", tomo II, Editorial Jurídica, 6ª edición, 1972-77.

Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. "Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial", serie textos docentes, Editorial de la Universidad de Talca, 2001.

Mera Figueroa, Jorge. "Hurto y robo", Editorial Jurídica conosur, 1995.

Ortiz Quiroga, Luis. "Derecho Penal. Parte Especial", Apuntes de Clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2001.

Pezoa Silva, Osman. "El Delito de Robo con Fuerza en las Cosas", Editorial Universitaria, 1960.

Politoff Lifschitz, Sergio. "El Delito de Apropiación Indebida", Editorial Nascimento, Santiago, 1957.

Verdugo Marinkovic, Mario. "Código Penal. Concordado con Jurisprudencia y Doctrina", volumen III., Ediciones Encina, Santiago, 1968.

DOCTRINA EXTRANJERA

Bajo Fernández, Miguel – Pérez Manzano, Mercedes. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Delitos Patrimoniales y Económicos", tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1983.

- Beccaria, Cesar. "Tratado de los Delitos y las Penas", Editorial Facsímil, Madrid, 1993.
- Bustos Ramírez, Juan. "Manual de Derecho Penal. Parte Especial", 2ª Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1991.
- Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malareé, Hernán. "Lecciones de Derecho Penal", volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- Carrara, Francesco. "Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial", Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944-1949.
- Cuello Calón, Eugenio. "Código Penal revisado de 1963", tomo II, Parte Especial, Editorial Bosch, Barcelona, 1967.
- Díaz, Emilio C. "El Código Penal para la República Argentina: promulgado el 29 de octubre de 1921", tomo IV, Librería La Facultad, Buenos Aires, Argentina, 1951.
- Fontán Balestra, Carlos. "Derecho Penal. Parte Especial", Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. "Estudios de Derecho Penal", Editorial Civitas, Madrid, 1981.
- Maggiore, Giuseppe. "Derecho Penal", volumen 5, Delitos en Particular, Editorial Temis Bogotá, 1956.
- Manzini, Vincenzo. "Tratado de Derecho Penal", volumen IX, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1948-1961.
- Mezger, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal", Revista de Derecho Privado, Madrid 1946.
- Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal. Parte Especial", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- Muñoz Conde, Francisco. "El Delito de Alzamiento de Bienes", editorial Bosch, Barcelona, 1971.
- Núñez, Ricardo C. "Derecho Penal Argentino", Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- Núñez, Ricardo C. "Delitos Contra la Propiedad", Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1951.
- Pacheco, Joaquín F. "Código Penal Concordado y Comentado", Libro II, volumen III, Editorial Imprenta y Fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888.
- Puig Peña, Federico. "Derecho Penal. Parte Especial", tomo IV, Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1959.
- Quintano Ripollés, Antonio. "Tratado de Derecho Penal. Parte Especial", volumen II, 2ª edición, 1979.
- Ranieri, Silvio. "Manual de Derecho Penal", Parte Especial, tomo VI, Milano, Dott. A. Giuffré, 1942.
- Rodríguez Devesa, José María. "El Hurto Propio", publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, serie 3º, monografías de Derecho Español, N° 6, Madrid, 1946.
- Rodríguez Devesa, José María. "Consideraciones Generales sobre los Delitos contra la Propiedad", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, España, 1960.

Rodríguez Devesa, José María. “Derecho Penal. Parte Especial”, 18ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

Serrano Gómez, Alfonso. “Derecho Penal. Parte Especial”, 4ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”, volumen IV, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1951.

Zugaldía Espinar, José Miguel. “Los Delitos Contra la Propiedad y el Patrimonio”, tomo I, Ediciones Akal, Madrid, 1988.

MEMORIAS Y TESIS

De la Barra Fuenzalida, Ricardo. “Análisis de las Agravantes Específicas Contenidas en el Artículo 456 bis”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1979.

García Carvajal, Eduardo. “ El Hurto de Uso”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1962.

Ojeda Saldivia, Alberto. “Hurto de Hallazgo”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1968.

Rodríguez Iagno, Odilia. “El Delito de Abigeato”, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 1979.

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS

En el análisis del Código Penal: Actas de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal, Sesión 89ª y Diario de Sesiones del Senado, Extraordinaria, 1873, Sesiones: 10ª, 16ª, 18ª y 19ª.

En el análisis de la Ley 11.183: Cámara de Diputados, Sesión 46ª Extraordinaria; Sesión 27ª Extraordinaria; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de Documentos).

En el análisis de la Ley 11.625: Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, Sesión 58ª Ordinaria; Sesión 38ª Ordinaria; Sesión 8ª Extraordinaria; Sesión 34ª Ordinaria; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3ª (Anexo de Documentos); Sesión 20ª y Sesión 21ª.

En el análisis de la Ley 17.727: Diario de Sesiones del Senado, Sesión 6ª (Anexo de Documentos); Sesión 42ª (Anexo de Documentos); y Cámara de Diputados, Sesión 50ª y Sesión 14ª,

En el análisis de la Ley 19.029: Documentos de la Cuenta, Cámara de Diputados, en Sesión 1ª; Sesión 11ª; y Diario de Sesiones del Senado, Sesión 31ª (Anexo de Documentos) y Sesión 24ª.

En el análisis de la Ley 19.501: Documentos de la Cuenta Cámara de Diputados, en las siguientes sesiones: Sesión 60ª, 61ª, 62ª y 68ª.

CODIGOS Y LEYES

Código Penal español del año 1995. Ley Organica N° 10/1995, de fecha 23 de noviembre de 1995, Título XIII, Delitos Contra el Patrimonio y Contra el Orden Socioeconómico, Capítulos I, II y IV. Revisado desde el sitio internet: < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995/html >.

Código Penal de la República de Chile. Versión actualizada obtenida desde el sitio internet <<http://www.bcn.cl/portada.html>>