

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

**MARIO GARRIDO MONTT**

*Profesor de Derecho Penal  
de las Universidades de Chile, Diego Portales y Central*

# DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

TOMO IV

DELITOS DE FALSIEDAD: DE MONEDAS – DE DOCUMENTOS PÚBLICOS  
Y PRIVADOS

FALSEDADES VERTIDAS EN EL PROCESO – PERJURIO – ACUSACIÓN  
CALUMNIOSA – EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD: HURTO – ROBO – ABIGEATO –  
RECEPTACIÓN – USURPACIÓN – DEFRAUDACIONES – ESTAFAS –  
APROPIACIÓN INDEBIDA – INCENDIO – ESTRAGOS – DANOS

Cuarta edición actualizada  
con la colaboración de Alvaro Castro Morales y  
Alejandro Moreira Dueñas, ayudantes  
de la cátedra del autor

© MARIO GARRIDO MONTT

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Ahumada 131, 4° piso, Santiago

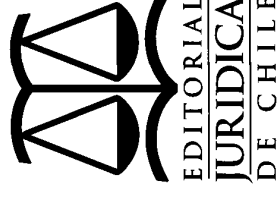
Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 174.176, año 2008  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta cuarta edición  
de 500 ejemplares en el mes de septiembre de 2008

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de este tomo 978-956-10-1880-8



Como se ha indicado, esta clasificación se considera para efectos de la exposición, pues resulta dudoso diferenciar *apoderamiento de destrucción*, porque destruir algo es disponer de ese bien y la disposición es inherente a la apropiación.

En seguida se comentarán los delitos de apoderamiento por medios materiales, o sea el hurto, el abigeato, el robo y la usurpación. A continuación de éstos se estudiarán los delitos de apropiación por medios inmateriales, para terminar con los de destrucción.

## DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD POR APODERAMIENTO

### *El delito de hurto*

#### 79. INTRODUCCIÓN. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este delito tiene su fuente en el derecho romano, donde fue una figura (*furtum*) que comprendía la apropiación de cosas ajenas sin distinción del medio de comisión empleado, abarcaba tanto al apoderamiento clandestino como al violento. La figura fue objeto de larga elaboración por los juristas de la época, hasta que Paulo precisó el concepto del delito de hurto, en forma que ha servido de modelo a las legislaciones posteriores de muchos países, aun las actuales, en cuanto a sus elementos fundamentales: el apoderamiento de cosa mueble ajena. El derecho romano logró con el tiempo hacer distinción entre la sustracción clandestina y el apoderamiento violento, estableciendo dos figuras penales: el *furtum* y la rapiña; esta última se aproxima en sus elementos al delito de robo que se describe en las legislaciones de hoy. En la legislación española la rapiña aparece en las Partidas, donde se hace diferencia entre el apoderamiento clandestino de aquel donde se emplea la violencia, y este pasa a reprimirse como rapiña, que en ciertas épocas fue objeto de sanciones muy extremas, como la muerte (Felipe IV dictó en el año 1663 ordenanzas en contra de los bandoleros de caminos, en que facultaba matarlos). Fue el Código español de 1822 el que hizo distinción entre *robo* y *hurto*, sistema que fue recogido en el Código de 1848 que, a su vez, sirvió de base a la legislación nacional.



La estructura del delito de hurto es objeto de amplia crítica en nuestro sistema, por razones sistemáticas o técnicas y por razones de política criminal.

Sistemáticamente se observa que al dar preeminencia a la protección de la propiedad, considerada como *titularidad* más que como *atribución*, regula la reacción penal según el valor económico del objeto sustraído, independientemente del perjuicio *realmente sufrido* por el sujeto pasivo y del verdadero *beneficio* que pudo haber alcanzado al agente. La privación temporal de especies de gran valor puede en el hecho provocar daño mínimo efectivo<sup>13</sup> y un beneficio precario para el actor.

Desde una perspectiva política criminal la estructura del delito de robo con fuerza en las cosas y del robo por sorpresa no se justifica en sus fundamentos, y el de hurto, como se verá al comentar lo, adolece de anomalías y se encuentra al margen de la realidad social (en especial el hurto agravado y el de hallazgo), y tampoco ofrece un objetivo claro en el plano de prevención de estos hechos, la regulación de la pena y los elementos que considera al efecto, existiendo sectores de la doctrina que plantean la conveniencia de descriminalizar algunas de sus hipótesis.<sup>14</sup>

El *bien jurídico* en el delito de hurto es la *propiedad*,<sup>15</sup> es un error afirmar que se extiende a la *posesión o a la mera tenencia*. El tenedor de la especie no es el sujeto pasivo de la sustracción y la pérdida de la mera tenencia tampoco habilita para que exista hurto; podrá darse otra figura, pero no la que se estudia. Las cosas que no tienen dueño no pueden ser objeto material de la acción delictiva; el sentido de la palabra *ajena* que emplea la definición de los delitos hurto y robo en el art. 432 no corresponde a su alcance semántico, sino al jurídico normativo, y éste se desprende del empleo que de ella hace el referido precepto, que exige que el agente actúe *sin la voluntad de su dueño*, de manera que está expresamente aludiendo a la propiedad.

Sectores de la doctrina han sostenido que el bien jurídico puede ser el patrimonio en su aspecto activo, comprensivo también de la

<sup>13</sup> T. S. Vives, op. cit., p. 804.

<sup>14</sup> En el sentido indicado, Jorge Mera, op. cit., cuyas opiniones en algunos aspectos podrían ser discutibles, pero siempre resultan novedosas en nuestro medio jurídico.

<sup>15</sup> Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 30; T. S. Vives, op. cit., p. 803.



posesión y aun de la mera tenencia<sup>16</sup> cuando ella aparece respaldada por una relación o situación jurídica (el comodatario, el arrendatario); pero esta doctrina no tiene respaldo sistemático. En el Código Penal el legislador ha protegido expresamente la posesión y la mera tenencia en el denominado *hurto de posesión* descrito en el art. 471 N° 1, no así en los demás casos, o sea cuando no es el dueño el que pretende atentar en contra de esas situaciones, que serían atípicas o constitutivas de hurto respecto del dueño, según las circunstancias. El legislador nacional fue cauteloso en ciertos aspectos en relación a la protección en comentario en los tipos penales de *apoderamiento*; suficiente es recordar el art. 496, N° 20, que castiga como autor de falta al acreedor que se apodera de un bien perteneciente a su deudor para hacerse pago, pero sólo si emplea *violencia*, de suerte que si actúa clandestinamente, ese hecho no es punible, lo que evidencia el espíritu de la legislación de proteger de manera muy excepcional la posesión y la mera tenencia en los delitos de *apoderamiento*. De consiguiente, la *propiedad* es el objeto de protección en los delitos de robo y hurto, porque el consentimiento del *dueño* margina la tipicidad del hecho, en atención a que es un elemento del delito actuar sin la voluntad del *propietario*.

## 80. CONCEPTO DEL DELITO

El Código Penal define el delito de hurto junto con el de robo, en el art. 432, en los siguientes términos: "El que *sin* la voluntad de su *dueño* y con ánimo de *lucrar* 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".

El Código define en un solo texto los delitos de hurto y de robo, de manera que lo que se exprese en estos párrafos en relación al hurto, será aplicable también al delito de robo. Se ha preferido tratar primeramente el hurto porque es una *figura base* o genérica y, al

<sup>16</sup> Así lo sostienen Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 785; Muñoz Conde, op. cit., p. 191; Labanut, *D.P.*, t. I, p. 211; Echeberry, *D.P.*, t. III, pp. 287-288; Bustos, op. cit., p. 192.

mismo tiempo, *subsidiaria* en los delitos de *apoderamiento por medios materiales*. Dándose los elementos generales que se señalarán, si el hecho no es constitutivo de robo en algunas de sus distintas modalidades, corresponderá subsumirlo en el delito de hurto. Lo anotado es sin perjuicio de la controversia doctrinaria sobre si es el hurto o la *apropiación indebida* la figura base de los tipos que se agrupan como delitos de apropiación, criterio seguido por la doctrina alemana y que ha sido recogida por algunos sectores de la española y también por algunos estudiosos nacionales (Miguel Soto).

Dada la naturaleza subsidiaria del delito de hurto, existe una amplia corriente criminológica que se inclina por despenalizar esta figura en sus formas más simples y dejarlo como ilícito civil, o por lo menos sustraerlo de aquellos que dan lugar a la acción pública y desplazarlo a los que sólo dan origen a la acción privada.<sup>17</sup>

Normalmente se expresa que el hurto consiste en el *apoderamiento* de la cosa por medios subrepticios o clandestinos, y que el delito de robo se caracteriza porque se recurre a medios que importan violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, pero esa afirmación es relativa, por cuanto la ley penal para describir los delitos de robo consideró ciertas formas determinadas de violencia o de fuerza, no así las restantes que, de concurrir, quedan comprendidas en el delito de hurto. Por ello, como se verá más adelante, cortar un árbol en un bosque usando una sierra, y llevarse, no es robo sino hurto; otro tanto sucede si el ladrón entra por la puerta de una casa habitación, que se encontraba abierta, y ya en el interior descerraja o fuerza un armario desde donde sustrae las joyas de la dueña de casa. En ambos casos se ha usado fuerza y no obstante el hecho no es robo, porque esa clase de fuerza no está considerada en este tipo penal.

Por lo razonado se puede dar la siguiente noción de delito de hurto: "*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 ciertas modalidades de violencia o intimidación en contra de las personas o de fuerza en las cosas*".

Del concepto antes señalado se desprende que el delito está conformado por elementos *positivos* (la apropiación con ánimo

<sup>17</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 21.

de lucro de una cosa mueble) y *negativos* (la no concurrencia de ciertas formas de violencia o intimidación o de fuerza). Las características del delito indican que se trata de un tipo de *lesión o de resultado*, y *común* porque puede ser cometido por cualquiera persona.

### 81. EL TIPO OBJETIVO

El núcleo de la conducta prohibida es la de *apropiarse* de una cosa mueble ajena; este verbo, empleado por la disposición, hace necesaria una explicación. Nunca el sujeto activo del delito adquiere el derecho de propiedad de la cosa por la acción de tomarla y llevársela, y ello por algo obvio: el hurto no constituye un modo de adquirir. El dueño del bien conservará la titularidad del derecho; lo que sucede es que *de hecho*—no jurídicamente— el delincuente se arroga las facultades de uso, goce y disposición; ese es el sentido de la expresión *apropiación* empleada por el art. 432. La apropiación existe desde que el delincuente se apodera del bien y asume las facultades de señor y dueño, quedando fácticamente en estado de hacer uso de las facultades que esa calidad le otorga.

La apropiación o apoderamiento debe consistir, de consiguiente, en *una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño al del agente*; esta es la acción que corrientemente se denomina *sustracción*, que conforme a la visión de Mezger consistía en dos actos, uno conformado por el *quebrantamiento de la custodia* que tiene el dueño o un tercero sobre el bien, y otro por *la constitución de una nueva custodia* en poder del agente,<sup>18</sup> que otros autores denominan como *desapoderamiento* de la víctima y *apoderamiento* del delincuente,<sup>19</sup> respectivamente. La simple sustracción de la especie de la *esfera de custodia* de su dueño puede no siempre ser seguida de la incorporación de esa especie a la *esfera de custodia* del sujeto activo, lo que es necesario para que pueda haber delito de hurto consumado; de no ser así, se estará ante una mera tentativa, lo que queda en evidencia en la hipótesis del sujeto que pretendiendo

<sup>18</sup> Mezger, op. cit., t. II, pp. 181 y ss.

<sup>19</sup> Creus, op. cit., pp. 391-392.



hurtar uno de los animales del zoológico, abre la puerta de la jaula donde se encuentra y éste se le escapa antes de que logre apoderarse de él. De manera que la comisión del delito de hurto requiere de la concreción de los dos actos a que se ha hecho referencia: sustraer el bien de la esfera de custodia del sujeto pasivo e incorporarlo a la del agente, en las condiciones de que éste pueda disponer del bien, aunque sea potencialmente. Algunos autores expresan esta idea haciendo referencia a que la cosa sustraída debe salir de la esfera patrimonial de la víctima e incorporarse a la del delincuente, pero si bien es una forma de expresar el principio, preferimos no vincularlo con la noción de patrimonio por las diversas concepciones que se tienen del mismo, que podría traducirse en casos extremos en más de algún problema interpretativo.

La *esfera de custodia* es un concepto complejo, que se puede precisar relacionándola con la posibilidad de disposición de la cosa de parte del dueño. La esfera de custodia es una noción normativa que se extiende, de consiguiente, al espacio hasta donde el dueño del bien puede hacer efectiva su facultad de usar, gozar o disponer del mismo, noción que no exige que esté en contacto físico con la cosa.<sup>20</sup> Este espacio puede establecerse de manera simbólica, como sucede con la arena que la empresa constructora deposita a un costado de la vía pública donde levanta un edificio, o con la maleta que el viajero deja en el piso, a su lado, en tanto adquiere una revista en el quiosco de venta.

El apoderamiento no siempre hace necesario que se traslade el objeto sustraído a un lugar físico diferente de aquel donde se encuentra; esa alternativa se da frecuentemente, por ejemplo con el individuo que penetra a hurtadillas en el negocio de expendio de licores, donde consume parte de la mercadería que se tiene para la venta.

El *medio de ejecución* del apoderamiento, o sea del desplazamiento de la cosa de la esfera de protección de la víctima a la del agente puede ser cualquiera, el legislador no ha determinado modalidades especiales—salvo en algunas circunstancias excepcionales—, de manera que puede el mismo sujeto activo *tomar materialmente* el objeto a sustraer, que es la manera más frecuente de co-

<sup>20</sup> T. S. Vives, op. cit., pp. 804-805.



meter el delito, o emplear a un tercero inocente como *instrumento* (autoría mediata: el delincuente le pide a un menor que le traiga el abrigo colgado en la percha a la entrada del restorán, donde acaba de dejarlo su verdadero dueño). Es posible que el sujeto ni tome la cosa, empleando un animal amaestrado o una máquina o instrumento preparado al efecto. El delincuente que manipula un cajero automático para sacar todo o parte del dinero que guarda, no comete estafa, porque una máquina carece de aptitud para ser engañada, pero sí comete hurto, a menos que su acción importe alguna de las formas de fuerza que dan vida al delito de robo.

Al señalar los *elementos* del delito de hurto, se indicó que contaba con uno *negativo*: que *no mediana fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas*. Este elemento negativo tiene connotación en la acción de apoderamiento del hurto como circunstancia delimitadora del comportamiento, pues el desplazamiento del bien objeto del delito debe llevarse a cabo sin el empleo de la *fuerza* propia del robo con fuerza en las cosas, y también sin que se recurra a la *violencia o intimidación* considerada en el robo con violencia o intimidación en las personas. No se trata, por lo tanto, de que no se emplee fuerza o violencia en general, sino de aquellas que están específicamente descritas en los delitos recién mencionados. De modo que al hurto se llega por descarte, una vez que se ha establecido que la apropiación ha sido realizada sin recurrir a los referidos medios, todo ello sin perjuicio de que se haya usado otra clase de fuerza o violencia.

## 82. EL OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

EL DELITO DE HURTO (Y TAMBIÉN EL DE ROBO) TIENE COMO OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN UNA COSA, QUE DEBE CUMPLIR CON CIERTAS CUALIDADES, HA DE SER CORPORAL, MUEBLE, AJENA Y SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA

### A. Cosa corporal

La doctrina, de manera uniforme, concuerda en el sentido de que el delito de hurto sólo puede recaer sobre *cosas corporales*. La noción de cosa corporal está definida por el Código Civil, en el inciso segundo del art. 565, que después de señalar que las

*cosas* pueden ser corporales e incorporales, expresa: "Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro". Siempre se ha entendido que son corporales aquellas cosas que tienen dimensión, que son susceptibles de ser tomadas porque ocupan un lugar en el espacio, sea de manera independiente o que estén integradas a otra de mayor envergadura (un árbol, un poste de alumbrado, una estatua, son bienes corporales y además muebles, como se explicará). Quedan marginadas de apropiación para estos efectos las cosas incorporales, como los créditos, los derechos y análogos. Por falta de corporeidad, a pesar de que tienen existencia real, no quedan comprendidas dentro de las cosas susceptibles de hurto la *energía* y los *gases*, a menos que estén envasados, porque en esas condiciones adquieren materialidad y pueden ser trasladadas, de manera que el calor, el frío, la luz no son susceptibles de ser hurtadas.<sup>21</sup> Pero cuando el gas se guarda en un depósito, como sucede con el balón de combustible casero, o el agua está embotellada o guardada en cualquier otro envase, la sustracción de esos bienes sí puede conformar el delito.

La electricidad tampoco es susceptible de ser hurtada, porque no puede ser objeto de apropiación, dada su naturaleza inmaterial. Pero como es posible *consumirla* ilícitamente, y como de hecho así sucede, el legislador procedió a establecer para la *sustracción* de electricidad un tipo penal, que está descrito y sancionado en el art. 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 13 de septiembre del año 1982, del Ministerio de Minería, que no califica como hurto esa conducta, sino que le hace aplicable las penas respectivas.<sup>22</sup>

El *agua*, según opinión generalizada de la doctrina, no puede ser hurtada, salvo que se encuentre en envases o depósitos. En el ordenamiento jurídico nacional esto es más evidente, porque

<sup>21</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 299; Creus, op. cit., p. 394; T.S. Vives, op. cit., p. 810.

<sup>22</sup> El referido artículo dice: "El que *sustrajere* energía eléctrica, *directa o indirectamente* mediante conexiones *clandestinas o fraudulentas*, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el art. 451 del Código". Por *clandestinas* se entienden las conexiones ocultas, por *fraudulentas* las no autorizadas.



es la ley la que ha dispuesto que la sustracción de este elemento configura el delito de *usurpación*. El art. 459 establece que las aguas que se sacan de las represas, estanques, ríos, lagos y aun de las redes de agua potable han de sancionarse como delito de *usurpación*.

Los *derechos* no son susceptibles de ser objeto de este delito, pero sí lo son los documentos o títulos en que conste su existencia, porque ellos tienen el carácter de cosa mueble al tener corporeidad.

Los *títulos de valores* es posible *sustraerlos*, pero para determinar el monto de lo hurtado debe distinguirse entre aquellos que son al portador y los que no lo son. Si son al portador el valor de lo sustraído será determinado por el que representen, ya que por naturaleza son cobrables por sus tenedores. Los que no tienen esa calidad y sólo pueden ser cobrados por su titular, el valor de lo hurtado será el que materialmente tenga el título y no el que representa, al margen del perjuicio que pueda haber sufrido la víctima como consecuencia del delito. Lo decisivo en definitiva en estos casos, es si el valor que representa el título es o no adquirido por el delincuente conjuntamente con su apoderamiento.

Con los *billetes de sorteos* y *loterías* procede distinguir si se trata de uno que ha sido premiado o no. Si es el premiado, su valor se determinará por el monto del beneficio; si no es el premiado, por su valor material; sin embargo, hay autores que distinguen cuando el hurto se cometió antes de conocerse que el billete estaba premiado y luego el ladrón pretende cobrar el premio; estiman que en esta hipótesis habría un concurso entre hurto y estafa, lo que es discutible, pues es indudable que el dolo del ladrón al apropiarse del billete se extiende a la posibilidad de cobrar el premio.

Cuando la cosa sustraída es un caballo, bestia de carga o especie de ganado mayor o menor, el hecho constituye un delito especial, el abigeato (art. 448 bis), como se señala en párrafo próximo.

No todas las cosas corporales están en posibilidad de ser objetos de la acción en el delito de hurto, deben además cumplir con tres condiciones: ser muebles, ajenas y poseer valor económico.



## B. Cosa mueble

La especie debe ser mueble, en contraposición a la noción de inmueble, pero con un sentido más amplio que el que señala el Código Civil en su art. 567: "Muebles son las que pueden *transportarse de un lugar a otro*, sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman *semovientes*), 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".

Para los efectos penales se consideran muebles aun las exceptuadas por el Código Civil, entre ellas las indicadas en el inciso antes transcrito y las que se mencionan en los arts. 567 y siguientes. El concepto de *mueble* en los delitos contra la propiedad se *extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa, aunque sufra debrimiento*. La puerta de una casa, los ladrillos que integran un muro, los árboles de un bosque, los metales de un mineral, son bienes muebles en cuanto es posible arrancarlos del lugar donde están y trasladarlos; en consecuencia pueden ser hurtados, en igual forma que un automóvil, un pájaro o un libro. La noción de *inmueble* queda, en la práctica, reducida al casco terrestre, aquello que no puede trasladarse.

El concepto civil de mueble e inmueble, por lo tanto, no es aplicable en su integridad al derecho penal.

## C. Cosa ajena

La cosa sustraída, además de ser corporal y mueble, ha de ser *ajena*, lo que de inmediato permite descartar al dueño de la cosa como autor del delito de hurto de una especie de su dominio; puede, en todo caso, suscitar dudas el caso de la comunidad, situación que se comentará más adelante. El art. 432 exige que se actúe sin la voluntad de su dueño, de suerte que el hurto supone siempre la ausencia de voluntad del propietario. Si es el dueño quien sustrae la cosa, no se da la figura de hurto, sino la descrita en el art. 471 N° 1, esto es el denominado *furtum possessionis*, que se describe entre los delitos de estafa y otros engaños.

Cuando se habla de *ajenidad*, la expresión hay que entenderla en el sentido de que la especie materia de la apropiación



tiene un dueño; aunque se ignore su identidad, tiene que existir un propietario sin cuya voluntad se haya actuado.<sup>23</sup> Esto excluye del delito de hurto a varias cosas corporales muebles; entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

a) Las cosas comunes a todas los hombres, que el Código Civil menciona en el art. 585: "Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional".

b) Las cosas que carecen de dueño (*res nullius*), y que pueden ser adquiridas por ocupación, como son los animales bravíos y los peces (arts. 606 y ss. del C.C.).

c) Las cosas abandonadas o *res derelictae*, que son las que el propietario deja para que aquel tercero que desee se las apropie.

No es posible calificar como ajenas las cosas extraviadas o perdidas por su dueño (que pueden ser objeto del denominado hurto de hallazgo) y los bienes nacionales de uso público, cuyo propietario es la nación toda (art. 589 del C.C.).

Se plantea una duda de difícil solución, con los cadáveres, partes del cuerpo y con la comunidad.

Los cadáveres, bajo ningún punto de vista, pueden calificarse como "cosa" apropiable o enajenable, a pesar de que está fuera de discusión que no tienen *personalidad*. Echeberry 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".<sup>24</sup> En estos casos podría presentarse el delito de inhumación o exhumación ilegal de cadáveres (arts. 320, 321 y 322). No obstante hay visiones distintas; parte de la doctrina es-

<sup>23</sup> Hay opiniones distintas sobre este punto. Muñoz Conde sostiene que es ajeno todo aquello que no pertenece al sujeto activo del delito (op. cit., p. 191); en la misma línea Bajo Fernández considera que para calificar de ajena una cosa, es suficiente que no sea propia del delincuente y que no tenga la calidad de *res nullius*, o sea de aquellas que no tienen dueño y pueden adquirirse por ocupación (op. cit., p. 31).

<sup>24</sup> Echeberry, *D.P.*, t. III, p. 302.

tima que puede un cadáver ser objeto de hurto cuando "entra al tráfico mercantil" en casos en que se convierte en pieza de interés, como sucede con las momias en los museos.<sup>25</sup> Respecto de partes del cuerpo hay que diferenciar si se trata de prótesis, que si serían susceptibles de apropiación (una pierna ortopédica) o de sangre (cuando ha sido envasada), porque habrían entrado al mercado o estarían en posibilidad de entrar; hay consenso que cuando se trata de partes unidas al cuerpo viviente de una persona, ésas carecen de las características de "cosa" corporal.

Un punto conflictivo es el de la *comunidad* o *copropiedad*. Hay varias posiciones sobre la posibilidad de considerar si un comunero puede incurrir en el delito de hurto cuando se apodera del bien tenido en copropiedad. El problema incide en establecer si puede considerarse *ajena* para un comunero el referido bien, partiendo del entendido de que la comunidad recae sobre cosa corporal mueble, pues respecto de los inmuebles no puede haber hurto. Una tendencia, calificada como tradicional, niega la posibilidad de que entre comuneros pueda haber delito de hurto (así Carrara y Groisard).<sup>26</sup> Otra tendencia, que sería mayoritaria en España, se inclina por sostener que hay que distinguir dos situaciones: a) si la copropiedad se mantiene indivisa entre los copropietarios, que sólo tendrían una cuota *ideal* sobre la cosa, no podría un comunero cometer el delito de hurto porque la especie no tendría el carácter de ajena respecto de ninguno de ellos; b) Si el bien ha sido dividido en partes proporcionales entre los comuneros, si uno se apodera de parte de él que sea superior a la cuota que le corresponde, incurriría en el delito de hurto en cuanto al *exceso*, que debe considerarse *ajeno*.<sup>27</sup>

Una variante del criterio antes indicado ha sido planteada por Muñoz Conde, que comparte los referidos principios, pero piensa que puede haber hurto aunque el copropietario se apodere de la parte que le corresponde, si lo hace antes de la partición y con ello perjudica el valor económico del bien en su conjunto.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 178; Bajo Fernández, op. cit., p. 37.

<sup>26</sup> En el sentido indicado, Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 793; Fontán Balestra, op. cit., p. 423.

<sup>27</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 39.

<sup>28</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 192.



En Chile, Etcheberry participa de la doctrina tradicional, pero considera que puede cometer delito de hurto el comunero no tenedor del bien en copropiedad, cuando lo sustrae al tercero que lo tiene, sea porque es comunero o porque está a cargo de su custodia.<sup>29</sup>

#### D. *Que la cosa tenga valor económico*

Es necesario que el bien sustraído tenga un valor apreciable en dinero para que pueda ser objeto del delito de hurto. La exigencia no ha sido expresada por el art. 432 que define el delito, pero se desprende de los arts. 446 y 494 bis, que se ocupan en especial del hurto y regulan la pena según el valor de lo sustraído. Las apropiaciones de especies que carecen de un valor económico no pueden ser objeto de sanción, porque no hay pena para ellas. Esto margina de la posibilidad del hurto a aquellas cosas que tienen un interés meramente subjetivo o sentimental para una persona, pero que no son económicamente valuables en su materialidad.

Esta característica permite, a juicio de sectores doctrinarios, calificar al hurto como un delito contra el patrimonio, porque los bienes, los derechos y las obligaciones que lo integran son de naturaleza pecuniaria. Esta misma circunstancia hace suponer que sería necesario que ese patrimonio disminuya o sufra un empobrecimiento para que el delito se consume. En realidad es una posición equivocada, por cuanto las disposiciones que rigen el delito de hurto en el Código no contienen precepto alguno que haga suponer el perjuicio en cuestión. Las hipótesis que generalmente se señalan como excepciones al tipo en estudio, no lo son. El sujeto que sustrae el cuadro valioso a su dueño y le deja una suma de dinero que supera su precio, es hurto, aunque el sujeto pasivo no haya visto disminuido su patrimonio y, al contrario, lo haya enriquecido.<sup>30</sup>

En el proceso penal el valor del bien sustraído *debe acreditarse*, es imperativo que se proceda al establecimiento de ese valor y debe entenderse que es el económico, o sea el precio que tendría, lo que generalmente se hace mediante la designación de un perito.

<sup>29</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 302.

<sup>30</sup> Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 38.

Es imperativo hacerlo por cuanto la determinación de la pena depende de ese valor y, además, porque la ley lo dispone expresamente en el art. 455: "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*".

#### E. *Sin la voluntad del dueño de la cosa*

El párrafo primero del título IX tiene como subtítulo "De la apropiación de cosas muebles ajenas *contra la voluntad de su dueño*", pero el único artículo que integra ese párrafo, que es el 432, define el delito de hurto y robo, con las expresiones "el que *sin la voluntad de su dueño*...". Es evidente, como lo demuestran las actas de la Comisión Redactora,<sup>31</sup> que el sentido de los preceptos corresponde a un actuar sin voluntad del propietario y no conura su voluntad, que es una noción más restrictiva.

Es suficiente, por lo tanto, que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero, no es exigible que tome conocimiento de la sustracción en el momento en que ésta se lleva a cabo y, menos aun, que se haya opuesto. El apoderamiento en el delito de hurto es clandestino normalmente, realizado en ausencia del propietario o en su ignorancia (al sujeto que le sacan la billetera de su bolsillo subrepticamente, mientras camina por la vía pública); es suficiente que se obre sin su voluntad.

El *consentimiento de la víctima* en este caso pasa a ser una causal de atipicidad, pues el legislador establece como elemento del tipo objetivo que se actúe sin su voluntad. Pero para que se constituya en causal de atipicidad el consentimiento debe reunir un mínimo de condiciones: debe emanar de persona *capaz para darlo y existir antes o en el momento del apoderamiento*.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> En la sesión N° 91 de 5 de junio de 1872 se acordó el enunciado del párrafo empleando la preposición "contra", pero en la sesión siguiente, N° 92 de 7 del mes y año indicado, se hizo constar que "para darle mayor claridad a este artículo (el 419, hoy 432) se resolvió también emplear la frase *sin voluntad de su dueño* en vez de *contra la voluntad de su dueño*, porque con la segunda podían no comprenderse los casos de hurtos hechos sin noticia del dueño de la cosa hurtada". Resulta lógica la explicación de Etcheberry, en el sentido que la subsistencia en el subtítulo de las expresiones "en contra" se debe a un simple error (*D.P.*, t. III, p. 303).

<sup>32</sup> En la doctrina hay opiniones disidentes respecto de la naturaleza del consentimiento. Para Etcheberry es una causal de *justificación* (*D.P.*, t. III, p. 304), que mantiene la tipicidad de la acción, pero pensamos que cuando es la ley la que exige





Para que la voluntad de la víctima se considere para estos efectos, tiene que corresponder a la de una persona *capaz* de manifestarla. No se alude a la capacidad civil de la persona, sino a aquella que se requiere en las circunstancias concretas para que se considere voluntaria. La facultad de disposición del dueño de la especie tratándose del hurto es una noción normativa que el tribunal deberá apreciar respecto de cada individuo y en las situaciones que éste enfrenta. Siempre la voluntad ha de ser del *dueño* de la cosa objeto de la apropiación, y no de otra persona; ese dueño debe estar en condiciones de disponer del bien. Un menor tiene un ámbito de disponibilidad de sus cosas, del lápiz con que escribe en la escuela, de las pequeñas sumas de dinero que se le entregan para sus gastos, pero no puede disponer de su bicicleta; su consentimiento puede ser válido en relación a esos bienes, no así respecto de la bicicleta.

El consentimiento puede ser *expreso* o *tácito*, ambos son igualmente válidos; lo puede ser aun el otorgado por engaño. Una voluntad viciada por el error, puede excluir el delito de hurto, sin perjuicio de que en ese caso el hecho se desplace al delito de estafa o defraudación, cuando el delincuente obtiene el permiso para llevarse la especie recurriendo a maquinaciones o ardides que engañen al tenedor de la especie.<sup>33</sup>

Como todos los elementos del delito, la falta de consentimiento de la víctima debe ser objeto de establecimiento por el tribunal, no puede afirmarse que se presume por el solo hecho de estar acreditada la apropiación. Una tesis en ese sentido se encontraría en evidente contradicción con el principio de inocencia establecido en el art. 42 del C. de P.P. y en los arts. 3° y 4° del Código Procesal Penal. La ausencia de voluntad del dueño, como resulta obvio, muy excepcionalmente se podrá

como uno de los elementos del tipo esta clase de condición, como sucede en el art. 432, esa condición pasa a integrar el tipo penal.

<sup>33</sup> Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 40; T. S. Vives, op. cit., p. 817. Este último autor sostiene que en *todo caso* el consentimiento, aun el *inválido*, margina la tipicidad del delito de hurto, aunque sea expresado por quien carece de la facultad de disposición o fue otorgado mediante engaño o bajo cualquier otro supuesto, sin perjuicio de que la apropiación pueda constituir una estafa. Esta tesis la hace extensiva también al delito de robo, salvo el caso de violencia o intimidación.

acreditar con pruebas directas, de manera que en estos casos operarán las presunciones que se desprendan de los demás medios de acreditación que arroje el proceso. La apreciación se podrá hacer conforme a las normas sobre la valoración reglada o según los principios de libre apreciación o en conciencia según corresponda, lo que interesa resaltar es que la ausencia de voluntad del dueño constituye un elemento del tipo penal que debe establecerse previamente para determinar la existencia del delito.

### 83. EL TIPO SUBJETIVO. EL ÁNIMO DE LUCRO

El plano subjetivo del delito de hurto no es una materia pacífica en la doctrina; para su análisis en el sistema nacional es útil considerarla en el ámbito sistemático más que en el teórico. El delito de hurto, al igual que el de robo, está ubicado entre aquellos que atentan en contra de la *propiedad* y el art. 432, al definirlo, junto con exigir que el agente actúe con *ánimo de lucro*, determina la acción que debe realizar con las expresiones *se apropió*. Lo sancionado con el hurto, en consecuencia, es la conducta de *apropiarse con ánimo de lucro* de algo corporal, y por "apropiarse" no se puede entender el simple hecho de apoderarse de una cosa (que puede ser para dañarla o destruirla, como también para hacerse dueño de ella).

Apoderarse y apropiarse constituyen comportamientos distintos; la *apropiación* supone ánimo de señorío sobre la cosa, de hacerse dueño de facto de ella. El *dolo* del tipo penal hurto consiste, de consiguiente, en el *apoderamiento de una cosa ajena con el ánimo de hacerse dueño de ella* (*animus rem sibi habendi*), de arrogarse materialmente la facultad de disponer, lo que es inherente al derecho de dominio. Junto a ese elemento subjetivo, integrándolo, debe concurrir el *ánimo de lucro*,<sup>34</sup> que consiste en la *intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de índole patrimonial*, un beneficio para sí o para un tercero. De manera que el *dolo*, voluntad de apoderarse de la cosa para disponer de ella como

<sup>34</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 192; T. S. Vives, op. cit., p. 815; Bustos, op. cit., p. 196; Echeberry, D.P., t. III, p. 306.



señor y dueño, y el elemento subjetivo *ánimo de lucro*, han sido diferenciados por el legislador al emplear las palabras *apropiarse y ánimo de lucro*, y ambos deben concurrir conjuntamente para que se cumpla el tipo subjetivo.

No obstante lo comentado, hay criterios distintos sobre el punto. Es frecuente que sectores doctrinarios afirmen que la voluntad de apropiación es un derivado o componente del ánimo de lucro, porque este último estaría utilizado en sentido amplio, equivalente a incorporar la cosa al propio patrimonio.<sup>35</sup> Esta concepción implica que el ánimo de lucro comprende el de apropiarse de la cosa para incorporar-la al patrimonio del sujeto activo obteniendo una ventaja patrimonial, de modo que no habría distinción entre los ánimos de lucro y de dueño,<sup>36</sup> lo que *de lege ferenda* se podría compartir, pero dado el texto del art. 432 del Código nacional no resulta compatible con esa disposición.

El ánimo de lucrar no queda marginado por los fines de beneficencia que pueda tener el agente (donar la especie a un tercero necesitado), porque siempre logra el beneficio de permitirle donarla. Pero sí quedaría excluida la tendencia a lucrar en la alternativa de que el agente actúe con el *ánimo de hacerse pago con la cosa mueble*, pues en esta hipótesis, si bien se apropia de lo ajeno, no lucra, porque su patrimonio no aumenta al recuperar algo que le pertenece y, por otra parte, tampoco el patrimonio del deudor disminuye, porque su deuda queda cancelada. En hechos como el indicado no hay hurto porque el agente no actúa con ánimo de lucro,<sup>37</sup> sino de pagarse; esta conducta se proyecta a la *realización arbitraria del propio derecho*, institución objeto de serias reservas. En el ordenamiento penal, en todo caso, ese comportamiento no es punible, sin perjuicio de las consecuencias civiles que puede traer aparejadas. La impunidad de tales actos se desprende del art. 494 N° 20, que

<sup>35</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 43; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 106.

<sup>36</sup> En Chile, Labatut señala que el ánimo de lucro y el de apropiación "se encuentran vinculados por una relación de género a especie" (D.P., t. 2°, p. 216).

<sup>37</sup> Autores como Bajo Fernández sostienen que el ánimo de hacerse pago es una modalidad del ánimo de lucro, pero la razón que expresa para ello es poco convincente: "porque, en otro caso, habría que dejar impunes comportamientos que, sin embargo, el sentido común entiende como delitos contra la propiedad" (op. cit., p. 26).

califica de falta el apoderamiento del acreedor de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, *siempre que emplee violencia*, de lo que se colige que esa misma conducta realizada clandestinamente, esto es sin violencia, es atípica.

El agente tiene que actuar con intención de hacerse dueño de la cosa, de ejercer sobre ella las facultades de uso, goce y disposición, de modo que si el apoderamiento se lleva a efecto sin la referida tendencia, el dolo exigido por el hurto estaría ausente. Esta circunstancia permite —como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional— declarar no punible el denominado *hurto de uso*.

#### 84. EL HURTO DE USO

La característica de esta clase de hurto, es 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*. La jurisprudencia nacional permanente ha declarado la impunidad de esta conducta, por cuanto no hay tipo penal que la sancione, lo que no sucede en otras legislaciones, como en el Código español que la castiga expresamente en el art. 244 tratándose de la sustracción de vehículos a motor; también se castiga este hecho en el Código Penal argentino, art. 162.

Lo que caracteriza al delito de hurto es la voluntad del agente de apoderarse de una cosa para poder *disponer* de ella, o sea de darle un destino permanente o de enajenarla, intencionalidad que no se presenta en el llamado hurto de uso, por cuanto *usar* se identifica con servirse de la especie, no hacerse dueño, disponer de la misma<sup>38</sup> (el sujeto que toma la bicicleta ajena para dar un paseo y una vez terminado la restituye al lugar donde la tenía su dueño).

#### 85. ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO (AUSENCIA DE FUERZA O VIOLENCIA)

Se señaló que el delito de hurto exige que el medio empleado para el apoderamiento no conlleve el uso de *fuerza en las cosas*

<sup>38</sup> Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 428.

o de *violencia o intimidación en las personas*. No corresponde en esta oportunidad entrar en los detalles sobre cuál es la fuerza o la violencia a que alude el art. 432, porque ello se hará cuando se comente el delito de robo; pero en todo caso es necesario dejar establecido que no se excluye todo tipo de fuerza o violencia, la que muy frecuentemente se da en el delito de hurto; lo que se exige es que no se empleen las formas de ejecución que configuran los delitos de robo en sus diversas modalidades, modalidades que exigen especiales clases de fuerza o violencia que en el Código Penal casuísticamente enumera el legislador. Esa circunstancia permite sostener que el hurto es un delito de naturaleza residual, que es subsidiario al de robo.

#### 86. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN EL HURTO. EL HURTO FAMILÍCO

Es frecuente que en doctrina, parcialmente acogida por la jurisprudencia nacional, se plantee el problema del hurto motivado por un estado de necesidad del agente y destinado a satisfacer la urgencia apremiante de alimentos o abrigo, denominado como hurto famélico. En este hurto entran en colisión la vida o la salud por una parte y el derecho a la propiedad por la otra, y normalmente se opta por la protección de la vida y de la salud, por ser bienes preferentes valoricamente. Se sabe que el art. 10 N° 7 consagra como causal de justificación el estado de necesidad, que permite evitar un mal mayor sacrificando la propiedad ajena, este es el principio aplicable en el hurto famélico, pero para establecerlo en la realidad se plantean serias dificultades probatorias en cuanto al requisito de que no ha existido otro medio practicable y menos perjudicial de evitar el mal y, sobre todo, de que éste, o sea el peligro de la vida o de la salud, alcanzó la gravedad adecuada para hacer inevitable la apropiación de lo ajeno.

En el sistema nacional parece más apropiada la aplicación del estado de necesidad exculpante, vale decir la inexigibilidad de una conducta diferente del sujeto activo, que repercutiría, no en la antijuridicidad del hecho, sino en su culpabilidad, conforme al art. 10 N° 9, que podría ser excluida o, por lo menos, atenuada por haber obrado impulsado por una necesidad apremiante.



En la jurisprudencia internacional se ha dado un tratamiento semejante al señalado a los hurtos en que incurren los drogadictos.

#### 87. EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO EN EL DELITO DE HURTO

El *sujeto activo* de hurto puede ser cualquiera persona, con excepción del dueño de la cosa mueble materia del delito; se trata de un delito común. Como se indicó precedentemente, si el dueño del bien se apodera del mismo cuando un tercero lo tiene legítimamente (un arrendatario, un comodatario, entre otros), no comete delito de hurto, sino el descrito en el art. 471 N° 1, que se sanciona entre las estafas y otros engaños.

Cuando el sujeto activo es un pariente consanguíneo o afín, o cónyuge de la víctima, si bien el hurto existe como delito, no es posible castigar al cónyuge o pariente, porque lo favorece la excusa legal absoluta consagrada en el art. 489.<sup>39</sup>

El *sujeto pasivo* del hurto puede ser cualquiera persona, aun *las personas jurídicas*, pero necesariamente deben tener la calidad de *dueño o propietario* de la especie sustraída. Esta exigencia se desprende de la definición que da el art. 432, que señala que la apropiación tiene que ser *sin la voluntad de su dueño*, como de la circunstancia de que el hurto es una figura que atenta en contra del *derecho de propiedad*. El simple tenedor de la especie no es el sujeto pasivo del delito, sin perjuicio de que sea la persona sobre el cual se ejerce la acción, la víctima es el dueño y éste es el sujeto pasivo. Lo señalado no significa que para que haya delito necesariamente deba saberse quién es la persona que concretamente es el propietario, el requisito se cumple conociendo que la cosa tiene un dueño, aunque se ignore quién es; pues las cosas que carecen de dueño no son susceptibles de ser hurtadas o robadas.

#### 88. CONSUMACIÓN DEL HURTO. *ITER CRIMINIS*

A pesar que el delito de hurto es una de las figuras de más frecuente ejecución, por una concepción un tanto ambigua

<sup>39</sup> Véase infra, párrafo N° 114.



sobre los distintos grados de ejecución del delito (tentativa, frustración y consumación) no ha habido en nuestro medio una posición realista sobre lo que es tentativa y consumación, y generalmente la frustración ha quedado marginada en su aplicación judicial.

En el hurto —al igual que en el robo—, uno de los puntos que históricamente siempre ha sido debatido consiste en determinar en qué momento se produce la consumación del delito de hurto. Ha habido cuatro posiciones sobre el punto. Una, que es la más extrema, considera que es suficiente tomar la especie, y para algunos aun sólo tocarla, para que la apropiación se entienda consumada (*contractatio*). La segunda posición sostiene que el delito se consuma desde que el agente logra remover la cosa del lugar donde se encuentra, trasladándola a uno distinto (*amotio*). La tercera posición, que es la que ha contado hasta ahora con más adherentes,<sup>40</sup> estima que el apoderamiento se ha producido cuando no sólo se ha movido la especie del lugar donde la tenía su dueño, sino que ha sido sacada de la *esfera de custodia* de éste, del ámbito de su vigilancia (*ablatio*). La cuarta teoría, quizá la más extrema, sostenida por los prácticos, estima que se consuma el delito únicamente cuando la cosa ha sido llevada al lugar que los delincuentes le tenían destinado o donde pensaban utilizarla (*illatio*). 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 las cuales es fundamental, la de *disposición*. El delito, conforme a ese 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. De suerte que el sujeto que se apodera del dinero en la casa del comerciante y huye del lugar siendo perseguido por éste, no está*

<sup>40</sup> Autores como Maggioro, op. cit., t. V, p. 41; Fontán Balestra, op. cit., p. 416; Labatut, D.P., t. II, p. 213; Echeberry (D.P., t. III, pp. 296-297).

en condiciones de disponer del dinero y si es aprehendido, responde de hurto frustrado, y no de uno consumado aunque haya sacado el dinero del ámbito de custodia del comerciante.<sup>41</sup>

En caso de coautores o partícipes, es suficiente que uno de ellos haya logrado estar en posibilidad de disponer de la cosa hurtada para que el delito se consume, aunque los otros no lo hayan estado por haber sido sorprendidos.<sup>42</sup>

Cuando se hace referencia a que el agente se encuentre en condiciones de disponer de la cosa, no se alude a su posición subjetiva —que por lo demás queda integrada por el *animus rem sibi habendi*— sino a la situación de hecho, objetiva, o sea aquella en que materialmente se encuentre y que potencialmente le otorgue la posibilidad de ejercer tal facultad. Para que el delito se consuma debe el sujeto encontrarse, luego del apoderamiento, en condiciones fácticas de ejercer las facultades de dueño. No se trata —como se ha insinuado— de un criterio subjetivo que dependería de lo que entienda o sienta el delincuente (así lo ha afirmado Matus-Ramírez, criticando la posición. Opus cit. t. II, p. 310).

Respetables sectores de la doctrina nacional califican estos delitos como de mera actividad —y no materiales, como se sostiene en este libro—, sin duda influenciados por el pensamiento de penalistas europeos, pero para hacerlo tienen que sobrepasar la estructura que el Código Penal —bien o mal— le ha reconocido al delito de hurto. La modificación que la Ley N° 19.990 determinó para el delito de hurto falta es categórica en esta materia, pues hace expresa diferencia entre la tentativa propiamente tal y la frustración. A saber, el nuevo art. 494 bis, en su inciso segundo, de modo excepcional extiende la pena al hurto falta *frustrado*, excluyendo implícitamente la simple tentativa que, conforme al criterio general fijado por el art. 9, no es punible tratándose de faltas. Si en el hurto falta acepta y sanciona el grado de frustración, con mayor razón acepta tal alternativa en los simples delitos de hurto y robo.

<sup>41</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 193; Bajo Fernández, op. cit., p. 33; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 114; T. S. Vives, op. cit., p. 806; Bustos, op. cit., p. 196; Soler, op. cit., t. IV, p. 196; Frias Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, 1962, pp. 33 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 114.



La naturaleza de delito de resultado del hurto y del robo, por lo demás, se desprendería en el Código del contexto de la normativa que a ellos se refiere; suficiente es recordar disposiciones como el art. 450 que castiga como consumado algunos delitos de robo "desde que se encuentren en grado de tentativa", que emplea la expresión "desde", que importa un comienzo y sin limitar el alcance únicamente a la tentativa propiamente tal; los arts. 448 quáter y 454 que presumen autor de robo o hurto de una cosa a aquel en cuyo poder se encuentre; el art. 456 bis A, que en la recepción considera autor a aquel que "tenga en su poder" la cosa, disposiciones de las cuales se infiere que el legislador consideró que en estos tipos penales es necesario un resultado, o sea que las cosas estén en "poder" del agente y no sólo el mero "tenerlas", aunque sea con el ánimo de dueño, vale decir, que esté de hecho en condiciones de "poder" sobre la cosa, lo que supone facultad de disponer de ellas.

### 89. CONCURSO APARENTE, HURTO, ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y DAÑOS

Aunque conceptualmente el delito de hurto es diferenciable con el de apropiación indebida y el de daño, en la realidad de los hechos no siempre es fácil distinguirlos.

El hurto es un delito de apoderamiento, en tanto que la estafa es uno de defraudación, de engaño. En el hurto la especie es sustraída del poder de su dueño sin su voluntad, mientras que en la estafa la especie es entregada voluntariamente por la víctima al sujeto activo, al ser engañada por este último. En el delito de hurto hay sustracción, en la estafa hay entrega voluntaria; subjetivamente el hurto exige ánimo de lucro, la estafa no lo requiere.

La apropiación indebida es un delito de *apropiación*, en el que la cosa se encuentra en poder del agente a quien la víctima se la ha entregado legítimamente en forma previa al momento en que aquél se apropia de ella (ej.: el mecánico recibe el automóvil para repararlo, pero se apropia del mismo vendiéndolo). En el hurto es el sujeto activo quien realiza el acto material necesario para sustraer la especie, o sea la toma en forma ilegítima, en tanto que en la apropiación indebida el sujeto la recibe por medios lícitos, pero con la



obligación de restituirla, y en lugar de hacerlo se apropia de ella. Además, en el hurto debe concurrir subjetivamente ánimo de lucro, en tanto que éste no es necesario en la apropiación indebida.

Con el delito de daño podría suscitarse duda, por cuanto el que daña o destruye la cosa ajena estaría realizando un acto de disposición, de modo que la diferencia con el hurto incide en el tipo subjetivo, porque el delito de daño requiere, no la voluntad de apropiación y el ánimo de lucro que se exige en el hurto, sino la voluntad de destruir o deteriorar la cosa de que se trata (*animus nocendi*).

### 90. LA SANCIÓN EN EL DELITO DE HURTO

En el Código se ha determinado el castigo que corresponde al delito de hurto en el 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 *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".

Se ha criticado —y con razón— el sistema<sup>43</sup> de regular la sanción considerando el valor de la cosa materia del delito de hurto, aunque sectores de la doctrina justifican esa posición.<sup>44</sup> 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.

<sup>43</sup> Cfr. Labatut, *D.P.*, t. II, p. 227; Muñoz Conde, op. cit., pp. 195 y ss.

<sup>44</sup> Así lo estiman Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 183; Eicheberry, *D.P.*, t. III, p. 307.



Sustraer a un sujeto adinerado una determinada suma de dinero puede tener consecuencia muy secundaria para él, pero esa misma cantidad hurtada a una persona de limitados ingresos va aparejada de un drástico deterioro de su situación económica. Además, el camino adoptado por el legislador en estos últimos años de imponer, conjuntamente con la pena privativa de libertad, una de multa, es criticable, pues si no siempre, la mayor parte de los delitos de hurto son cometidos por personas pobres económicamente, de manera que en muchos casos esa multa deberá ser cumplida con el sistema sustitutivo de reclusión establecido en el art. 49, que en definitiva aumentará la duración de la sanción privativa de libertad.

Cuando el valor de lo sustraído no supera el monto de media *unidad tributaria mensual*, el delito de hurto debe castigarse como *falta*, de acuerdo a lo señalado por el art. 494 bis, con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales (véase párrafo 91.4).

#### 91. LAS DIVERSAS CLASES DE HURTO CONSIDERADAS EN EL CÓDIGO PENAL

Se acostumbraba distinguir tres tipos de delitos de hurto en el sistema nacional: el hurto *simple* (art. 446), el hurto *calificado* (art. 447) y el hurto de *hallazgo* (art. 448); pero en la actualidad debe agregarse un cuarto: el hurto *de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios* (art. 447 bis). No obstante lo señalado, la tendencia actual es simplificar y purificar esta figura penal; por ello, el llamado hurto de *hallazgo* se ha excluido del grupo de los hurtos en legislaciones como la española, y se ha ubicado entre las apropiaciones indebidas (art. 253).

##### 91.1. EL HURTO SIMPLE

El hurto simple constituye la figura base del hurto, y todo lo que se ha señalado en relación a este delito le es aplicable. La noción de hurto simple corresponde a la que se expresó en los párrafos precedentes. Se podría, para precisar su identidad, expresar que es la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, cuando en su ejecución no se



ha empleado fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas y, además, no concurre ninguna circunstancia de calificación y tampoco puede ser considerado hurto de hallazgo. Es un tipo penal particularmente subsidiario del delito de robo y de las figuras especiales de hurto, y como tal, es la figura donde normalmente se subsumen la mayor parte de las apropiaciones ilícitas, a las cuales se les deben imponer las sanciones prescritas en el art. 446, que rige en plenitud en esos casos.

##### 91.2. EL HURTO AGRAVADO

El Código Penal ha descrito en el art. 447 un conjunto de circunstancias que se alzan como posibles calificantes del hurto, cuya consecuencia es agravar la pena, dejando entregado al tribunal juzgador establecer si operan o no en cada caso concreto que se produzca en la realidad social. Es una norma que ha subsistido en el tiempo, pero que es sobradamente anacrónica.

El art. 447 expresa: "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 *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 o fonda.

4°. Cuando se cometiere por *patrón o comandante de buque, lanquero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero* en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc."

Del contexto de la disposición, y 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, pues Francisco Pacheco, el comentarista que tanto influyó en la Comisión Redactora, había expresado sobre esta materia: "el hurto doméstico es más grave



y más repugnante” y sostenía que este tipo de calificantes “son justas e inspiradas por el buen sentido”.<sup>45</sup> El legislador nacional antes de la promulgación del Código Penal, había establecido esas circunstancias de manera casi igual a la actualmente vigente en el art. 6° de la Ley de 7 de agosto de 1849,<sup>46</sup> disposición que fue recogida por la Comisión Redactora con modificaciones formales<sup>47</sup> para incorporarla al Proyecto de Código.

Como se ha expresado, estos hurtos son considerados con mayor gravedad para efectos de su represión, porque en ellos —dadas sus características— aparece en juego la confianza depositada en el sujeto activo, de la cual éste se aprovecharía para cometer la sustracción. Hoy en día esos hechos han perdido la trascendencia social que se les reconocía en el pasado y, de facto, esta norma prácticamente carece de aplicación.

A continuación se hará un breve comentario de los diversos números transcritos precedentemente.

En el N° 1 se castiga el denominado *hurto doméstico (famulato)*, que presenta dos características: es un delito especial donde el lugar de comisión adquiere importancia. Es un delito especial porque exige que el autor sea una persona calificada, tiene que tratarse de un empleado doméstico, o sea al servicio de una casa, de manera permanente o con cierta continuidad, y el lugar en que comete la sustracción tiene que ser la casa donde presta sus servicios o donde ha sido llevado por su empleador, circunstancias que deberán ser apreciadas en el caso concreto por el tribunal en sentido restrictivo, puesto que lo facultan para agravar la pena.

El N° 2 plantea una situación semejante a la antes señalada, pero con la variante de que hace alusión al “obrero”, “oficial” o “aprendiz”, terminología que no puede aplicarse por analogía a otro tipo de trabajadores, porque sería una aplicación analógica *malam parte*, en otros términos, extender el tipo penal a casos no reglados por la ley —aunque semejantes— en perjuicio del inculpaado. Esas expresiones han de ser objeto de interpretación del tribunal en cada caso, ateniéndose a su sentido semántico

<sup>45</sup> Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 327.

<sup>46</sup> Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 186.

<sup>47</sup> Sesión N° 94, de 14 de junio de 1872.



y no jurídico —porque no lo tiene—, para establecer si el proceso se encuentra o no en la tal situación. Este número ofrece una diferencia con el anterior, comprende el llamado hurto “impropio”, o sea el cometido por el trabajador no permanente, pero sí “habitual”, esto es el que con frecuencia o normalmente presta los servicios en cuestión, lo que deberá valorarse en la situación concreta. La sustracción tiene que cometerse en la “casa”, “taller” o “almacén”, expresiones que han de aplicarse restrictivamente y no a cualquier establecimiento comercial o industrial, por cuanto estos últimos, en la mayor parte de los casos, exceden el sentido de las referidas expresiones, quedan fuera de esa nomenclatura conceptual, y no corresponde extender el tipo a situaciones no abarcadas por la norma.<sup>48</sup> 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, de consiguiente, resulta impropcedente en la mayor parte de los casos; su aplicación analógica debe descartarse por ser inconstitucional.

El N° 3 trata de los “fondistas”, “posaderos” y “cualquier persona que hospede gentes”, en relación a los objetos que llevar a la “posada” o “fonda”. Se reitera el comentario del número anterior sobre el alcance de las expresiones empleadas por el precepto y su aplicación restrictiva (una posada no es un hotel, una fonda no es una cafetería).

El N° 4, finalmente, sanciona el hurto cometido por el patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacén, carruajero, carretero o arriero, respecto de los bienes que se *hayan puesto bajo custodia de ellos*. Se limita, por lo tanto, la posibilidad de aplicar la norma a esos bienes y no a otros, como también únicamente a esas personas; de modo que, por vía ejemplar, sólo el comandante del buque, y no el resto de los marinos y servidores del mismo que están también en la posibilidad de sustraer esas especies; sin embargo, no les es aplicable la disposición.

<sup>48</sup> Opinión distinta planteada Ercheberry, que interpreta en sentido extensivo la referida disposición (*D.P.*, t. III, p. 310).



El art. 447 confiere una facultad al tribunal, que puede emplear prudencialmente. El precepto dice: “podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado”; no es obligatorio, por tanto, aumentar la sanción en un grado, salvo que el tribunal lo estime adecuado. Para evaluar esta posibilidad deberá considerarse si ha habido realmente un abuso de confianza, pues ése es el principio que inspira la disposición.

#### 91.3. HURTO DE COSAS QUE FORMAN PARTE DE REDES DE SUMINISTRO DE SERVICIOS

La Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, incorporó el art. 447 bis en el Código Penal, para crear esta nueva modalidad de hurto. Esta disposición expresa lo siguiente:

“El hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, la pena se aplicará en su grado máximo”.

El alcance de la norma se explica por sí mismo, en ella –aparte de la apropiación de cables de suministro de electricidad y servicios análogos o cañerías de agua potable, en esta época tan frecuente– reprime el apoderamiento de cualquier otro objeto mueble que integre la red de que se trate. Ha de repararse que la sustracción a que se refiere al art. 447 bis constituye el delito de hurto de las especies indicadas, o sea, se trata de una apropiación sin que concurran las circunstancias conformantes de fuerza en las cosas. En caso de concurrir esa fuerza el delito se desplaza al de robo sancionado en el art. 443.

La pena no se vincula con el valor de las cosas sustraídas, como sucede en el hurto simple, se trata de una sanción única: de presidio menor en su grado medio a máximo, que tampoco va acompañada de multa. El inciso final del art. 447 bis consagra una circunstancia de agravación, pues si con ocasión de realizar alguna de las conductas que describe el servicio que se



presta con los objetos sustraídos se interrumpe o interfiere, la pena privativa de libertad debe aplicarse en su grado máximo.

Por último, es conveniente considerar que al ejecutar con dolo directo (maliciosamente) el acto que interrumpe el servicio eléctrico y tal acto no queda comprendido en las conductas descritas como delito de hurto en el art. 447 bis, el mismo debe ser reprimido conforme al art. 213 de la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4 de 2007).

#### 91.4. HURTO DE HALLAZGO

Se mantiene en el sistema penal nacional esta figura, cuya calificación de hurto se discute en doctrina porque no concurren en la misma los elementos fundamentales inherentes a este tipo penal. En la actualidad otras legislaciones, como la de España, han separado este tipo penal de aquellos que se ocupan del hurto y lo han desplazado al de la “apropiación indebida”.

El Código Penal, en el art. 448 describe *dos situaciones*, y a ambas les da igual tratamiento como hurto de hallazgo: a) la primera se refiere al que se apropia de una especie *al parecer perdida* (inc. primero), y b) la segunda a especies perdidas o *abandonadas como consecuencia de una situación catastrófica* (inc. segundo). A continuación se comentarán separadamente.

##### 91.4.1. Apropiación de especie al parecer perdida

El inciso primero del art. 448 se refiere a este delito en los siguientes términos: “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, castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales”.

Esta disposición hay que relacionarla con los arts. 629 y 631 del Código Civil. El art. 629 inc. 1° expresa: “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". El art. 631 del mismo texto prescribe: "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*".

La Comisión Redactora consideró el hurto de hallazgo respetando las normas civiles, en particular las citadas. Debe observarse que, a pesar que ya en esa época se discutía la naturaleza de hurto del delito de hallazgo,<sup>49</sup> lo consagró como una modalidad del mismo porque el Código Civil prescribía que aquel que encontraba una especie y no cumplía con las obligaciones que esa legislación determinaba, quedaría sujeto a la pena de hurto. Atendida esa disposición y por indicación del miembro de la Comisión señor Ibáñez,<sup>50</sup> el miembro señor Renjifo redactó el texto del inciso primero del artículo 448 antes transcrito.<sup>51</sup> De manera que la disposición no tiene como fundamento una norma de origen español, como ocurre con la mayor parte de los otros artículos del Código; fue la Comisión Redactora la que creó su texto.

El tipo penal consiste en encontrar una cosa mueble al parecer perdida y no entregarla a la autoridad o su dueño. Se trata de un delito de acción y no de omisión, pues la figura requiere de dos comportamientos del sujeto activo, llevados a cabo uno en pos de otro, el primero consiste en apoderarse de una especie mueble perdida, y el segundo en no entregarla a quien corresponde. No es un delito de omisión —no restituir la especie— porque exige el doble comportamiento recién indicado.

La primera acción que conforma al tipo es *encontrary apoderarse* de una especie mueble, esa acción diferencia a este delito desde luego con el de hurto propiamente tal, pues el último exige que se traslade el bien de la esfera de resguardo del dueño al del agente,

<sup>49</sup> Suficiente para constatarlo es observar el comentario de Fuensalida, que a fines del siglo pasado citaba a Chaveau y Hélie afirmando que apropiarse de una cosa perdida constituía un fraude, pero no un hurto, por cuanto el que encontraba la especie se convertía en depositario, y al adueñarse de ella violaba ese depósito (op. cit., t. 3<sup>o</sup>, p. 189).

<sup>50</sup> Acta N° 96, de 19 de junio de 1872.

<sup>51</sup> Actas N° 87, de 21 de junio de 1872, y N° 165, de 4 de junio de 1873.

lo que normalmente se cumple mediante una *sustracción*, en tanto que en la situación en estudio sucede que la especie no está en la esfera de resguardo del dueño, sino fuera de ella, y el agente no la sustrae, sino que la *encuentra* y la recoge, se hace cargo de ella.

La acción tiene como *objeto material* una especie mueble al parecer perdida, y se reputa tal cuando está extraviada u olvidada.<sup>52</sup> No se trata de una cosa que carece de dueño (*res nullius*) o que ha sido abandonada por su propietario para que otro se haga dueño de la misma (*res derelictae*). Sobre este punto es de interés lo que dispone el art. 727 del Código Civil: "La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero". De manera que el desconocimiento del sujeto respecto del lugar donde está la cosa, no la convierte en una *res derelictae* en tanto se encuentre en la esfera de su protección.

La especie debe tratarse de una *cosa corporal y mueble*, con caso la ley exige una cosa más. Que tenga un valor determinado, y ese valor tiene que ser superior al de "una" unidad tributaria mensual. Si no excede del referido monto, el hecho pasa a ser reprimido como falta, conforme lo dispone el art. 494 N° 19.

El comportamiento antes indicado —encontrar la especie mueble y recogerla o tomarla— debe ir aparejado de otra conducta del mismo agente: la de no restituirla a su dueño o no entregarla a la autoridad. En consecuencia debe incurrir en una omisión, no restituir el bien a su dueño o no entregarla a la autoridad. En ambas alternativas el agente tiene que saber previamente quién es el dueño de la cosa perdida, como se explicará al comentar el tipo subjetivo.

El tipo *subjetivo* de este delito está constituido por el dolo, que se conforma con dos elementos: la voluntad de apropiación de la especie, de apoderarse de ella para hacerse dueño, o sea con voluntad de arrogarse la facultad de disponer de la misma. Además, debe tener conocimiento de que el bien mueble tiene un dueño, conocimiento que según el legislador ha de derivarse de hechos *coexistentes o posteriores al hallazgo*, pero que se

<sup>52</sup> Echeberry, D.P., t. III, p. 312.

<sup>53</sup> Véase supra, N° 82.



subnuntiende, con mayor razón, que se extiende también a los hechos anteriores a ese hallazgo. El dolo tiene que ser directo, pues el art. 448 expresa *siempre que le conste quien sea éste*. La mera suposición, la duda sobre si alguien puede ser el propietario, es insuficiente para la existencia del dolo, de manera que en su modalidad de *eventual* queda descartado. La historia del precepto ratifica esta tesis, pues en la *revisación* del Proyecto, la Comisión Redactora al comentar su inciso segundo, dejó constancia de que se suprime la expresión "presuntos" porque "un inventor (el que encuentra la especie) no puede proceder por simples presunciones a la entrega de la cosa, sino con entera certidumbre".<sup>54</sup>

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 se haya descrito en el párrafo correspondiente al hurto, lleva a la necesaria conclusión de que se exige el ánimo de señor y dueño, o sea la voluntad de apropiación.<sup>55</sup>

#### 91.4.2. Apropiación de cosas perdidas o abandonadas a consecuencia de una situación catastrófica

El inciso segundo del art. 448 se ocupa de esta clase de apropiación ilícita: "También será considerado procesado por *hurto* y 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 entregar a los dueños o a la autoridad en su defecto*".

Este inciso no existía en la primera redacción que la Comisión le dio al art. 448 (en el Proyecto de Código, art. 436), se incorporó a insinuación del miembro señor Renjifo<sup>56</sup> para

<sup>54</sup> Acta N° 165, de 4 de julio de 1873.

<sup>55</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 313.

<sup>56</sup> Acta N° 98, de 28 de junio de 1872.

ocuparse específicamente de las cosas que son encontradas a consecuencias de una catástrofe.

La acción, por lo tanto, tiene la misma característica de la que se comentó en el inciso primero, la modalidad que presenta y que la diferencia de aquélla, radica en el objeto sobre el cual recae esa acción, que si bien, al igual que en el caso anterior, es una especie mueble, pero además de aquellas que han sido *perdidas* por su dueño, se extiende a aquellas que han sido *abandonadas*, lo que se hace 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 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.

La disposición enumera situaciones tales como un naufragio, una inundación, un incendio, un terremoto y accidentes ferroviarios, pero la enumeración es enunciativa porque termina expresando "u otra causa análoga", lo que viene a constituir la regla general, ya que hace referencia a *cualquiera circunstancia que importe una catástrofe*.

La conducta, como se ha adelantado, es la misma que se sanciona en el inciso primero, o sea se integra por dos comportamientos, el primero consiste en encontrar y apoderarse de la especie y el segundo en no entregarla a su dueño o a la autoridad, de manera que no hay aquí desplazamiento del bien desde la esfera de protección de la víctima a la del delincuente. Este comportamiento debe diferenciarse de la apropiación cometida 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 N° 10, porque realizó el delito con ocasión de una catástrofe.



## 91.4.3. Sanción que corresponde a estos delitos

En las dos hipótesis que constituyen el llamado hurto de hallazgo, la sanción que corresponde aplicar es diferente de la que se impone al hurto simple y agravado que, según el art. 446, su gravedad se regula conforme al valor que tienen las especies sustraídas. En las figuras regladas en el art. 448 en estudio, la sanción no depende del valor de lo apropiado, pues siempre que excedan de una unidad tributaria mensual, cualquiera sea su monto, la pena es presidio menor en su grado mínimo más una multa de cinco unidades tributarias mensuales. Si el monto de las especies no supera el valor de una unidad tributaria mensual, el hecho se reprime como delito falta (art. 494 N° 19), con una sanción única de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, lo que es válido tanto para el hecho descrito en el inciso primero como para el sancionado en el inciso segundo del art. 448.

## 91.5. EL HURTO FALTA

La Ley N° 20.140 (30 de diciembre de 2006) fijó el nuevo texto del art. 494 bis, que regla en la actualidad el denominado hurto falta.

El tenor de los dos primeros incisos del referido artículo, que está ubicado en el Libro III entre las faltas, es el siguiente: "Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y con multa de cuatro unidades mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán de preferencia sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación



por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada".

El legislador, con confianza pueril en el efecto simbólico del derecho penal, sanciona el hurto falta con mayor rigor que el resto de las faltas que describe, las que sólo reprime con penas pecuniarias.

El hurto falta, o sea la apropiación subrepticia sin que medie violencia, intimidación o fuerza en las cosas, de una cosa que no tenga un valor superior a media unidad tributaria mensual, es sancionado, además de la multa aplicada a toda falta penal, con una privativa de libertad de prisión en su grado mínimo a medio (de un día a veinte días y de veintidós días a cuarenta).

El art. 494 bis se preocupa también de establecer algunas reglas especiales relativas a la participación, al *iter criminis* y a la reincidencia.

Repite la regla del art. 72 –inherente a los crímenes y simples delitos– en cuanto a la intervención de un mayor; al determinar que en los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a esos mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia aumentada en un grado, si se hubieren prevalido del menor o menores en la comisión de la falta.

En el inciso segundo del art. 494 bis, se modifica el principio establecido en el art. 9, que prescribe que los delitos falta se castigan únicamente cuando están consumados; en otros términos, se establece como regla general la no punición de la tentativa y de la frustración en esta clase de hechos.

Pues bien, la referida regla no rige en su integridad en la hipótesis del hurto falta, expresamente se prescribe que se castiga con una multa de cuatro unidades tributarias mensuales cuando alcanza el grado de frustrado; de consiguiente, sólo el hurto falta en grado de tentativa no es punible.

Duplica el monto de la multa en la alternativa de reincidencia, y precisa que se entiende que la hay cuando el responsable ha sido condenado por delito de la misma especie, sin atender a la entidad de la pena y su estado de cumplimiento. Si el sujeto ha reincidido dos o más veces, la multa aplicada se triplica. Se han modificado en el hurto falta las reglas generales sobre esta agravante.

La agravante de reincidencia, en todo caso, prescribe de acuerdo con los principios generales, o sea conforme al art. 104,



cuando el hecho anterior es crimen o simple delito, pero si se trata de una falta, dispone que prescribe en seis meses.

#### 91.6. HURTO DE EXPEDIENTE

La Ley N° 5.507, en su art. 4° se refiere a la sustracción de expedientes judiciales o administrativos, pero este hecho delictivo será comentado al tratar las reglas comunes porque la norma que en esa disposición se establece afecta tanto al hurto, al robo como a los daños de expedientes.<sup>57</sup>

#### *El delito de robo*

#### 92. GENERALIDADES

Estas figuras no tenían en el pasado una estructura muy definida. En España el Código de 1822 fue el primero que habría hecho una distinción más precisa entre hurto y robo, adhiriendo a la tradición germánica que diferenciaba ambas figuras, lo que el derecho romano no hizo en sus primeros tiempos. El Código español adhirió, a su vez, al sistema de la legislación francesa que consideraba separadamente el robo con fuerza en las cosas del robo con violencia en las personas, sistema que ha mantenido la legislación ibérica<sup>58</sup> y que, a su vez, fue recogido por las leyes nacionales.

El *robo*, como figura única, no existe en nuestra legislación. El Código describe dos grandes grupos de *robos*, según el medio que se emplee en su comisión: robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas. El legislador no hizo distinción en el plano conceptual entre esos dos grupos de delitos, ni entre éstos y el hurto, se limitó a determinar las características de todos ellos en conjunto, en el art. 432.

La referida circunstancia permite sostener que todos los elementos de índole genérica del delito de hurto, que se comentaron

<sup>57</sup> Véase infra, párrafo N° 123.

<sup>58</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 199.

en los párrafos anteriores, son aplicables y rigen para los delitos de robo. Así el bien jurídico protegido, la naturaleza y modalidades de la acción prohibida (la de apropiarse), la cosa material sobre la cual recae la acción (cosa corporal, mueble, ajena y valorable económicamente) y los aspectos subjetivos, como la voluntad de adueñarse de la especie y el ánimo de lucro, han de concurrir en estas figuras sin perjuicio de que la ley exija en determinados casos que, además de aquéllos, converjan otros particulares.

La estructura de estas figuras, al igual que la del hurto, han merecido críticas de todo orden, pero en el caso de los robos ha sido más dura. Es indudable que los tipos penales en la forma como están descritos adolecen de serios defectos sistemáticos, sin perjuicio de reconocer a su vez que obedecen a tradiciones y sentimientos sociales muy arraigados, que dejan un muy relativo margen a la posibilidad de que las inquietudes doctrinarias se puedan crear en una legislación distinta a la actual, si bien es urgente que por lo menos sean objeto de varias modificaciones.

En España el Código hace diferencia cualitativa entre el hurto y el robo, la que radica en la naturaleza de la acción, que en el delito de hurto se tipifica como *tomar* (art. 234) y en el de robo como *apoderarse* (art. 237). Las formas verbales empleadas permiten colegir una diferencia conceptual entre ambos comportamientos, con fundamento en la energía empleada para cometer la sustracción. En el hurto es suficiente aprehender la especie, en tanto que en el robo hay que vencer la resistencia del dueño o de las protecciones que la aseguran.<sup>59</sup>

Se sostiene también que el robo con fuerza no parece tener justificación como tipo penal con identidad propia, y debería considerarse como un hurto agravado, porque la fuerza que lo caracteriza afecta al mismo patrimonio que lesiona el apoderamiento, porque el daño causado con el escalamiento o efracción o la violación de morada cuando se penetra al lugar protegido, recae —al igual que el daño inferido en el delito de hurto por la sustracción— sobre un mismo y único derecho de dominio, que tiene como titular a la víctima. No se observa diferencia, además, en castigar con mayor rigor como autor de *robo* al que entra por

<sup>59</sup> T. S. Vives, op. cit., p. 802.



la ventana a una casa y se lleva el televisor, de aquel que entra por la puerta abierta a esa casa y se apodera del mismo televisor, que se castiga como *hurto*; en ambas situaciones hay violación de morada.<sup>60</sup>

En Chile participan de esas críticas autores como Jorge Mera, que afirma respecto de esta figura —el robo con fuerza en las cosas— 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”.<sup>61</sup>

No obstante las reservas de la doctrina, en legislaciones como la de España, donde se dictó una nueva codificación el año 1995, la figura del robo con fuerza en las cosas y con violencia e intimidación se han mantenido como tipos penales diversos al hurto.

A continuación se comentará el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y enseguida el robo con fuerza en las cosas, precisando que en el primero se incorporan en el Código Penal unas figuras que resulta discutible calificarlas de robo propiamente, como sucede con la *piratería* y la *extorsión*.

### *Delitos de robo con violencia o intimidación en las personas*

#### 93. CONCEPTO DEL DELITO Y SUS CLASES

Se adelantó en el párrafo anterior que el robo está definido junto con el hurto en nuestro sistema en el art. 432, que en relación al cometido con *violencia o intimidación en las personas*, se puede ofrecer la siguiente noción: “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*”. Las figuras de robo de este grupo están tratadas en el párrafo N° 2 del título IX, arts.

<sup>60</sup> Cfr. Bustos, op. cit., p. 200.

<sup>61</sup> Jorge Mera, *Delitos de hurto y robo, hacia una reforma legal*, edición a mimeógrafo, p. 150, año 1993.

433 y siguientes, donde se describen tres tipos distintos: el de robo con violencia o intimidación propiamente tal, el de piratería (art. 454) y el de extorsión (art. 438). Respecto de estos dos últimos la definición que se ha dado puede resultar insatisfactoria, como se señalará en su oportunidad.

Entre los *delitos de robo con violencia o intimidación propiamente tales*, se describen tres figuras distintas: el robo *simple* (art. 436 inc. 1°), el *calificado* (art. 433) y el *por sorpresa* (art. 436 inc. 2°).

Este conjunto de delitos se caracteriza porque cumplen, en general, con los elementos básicos de todo delito contra la propiedad por *apropiación por medios materiales*, pues en ellos la acción típica se dirige a apropiarse de bienes muebles ajenos, con ánimo de lucro. El punto a preguntarse radica en cuáles son sus diferencias con el delito de hurto y la razón que permite agruparlos en el párrafo segundo bajo el enunciado “del robo con violencia o intimidación en las personas”. La respuesta incide en el empleo de violencia física o de coacción en contra de las personas dirigida a posibilitar la apropiación; la acción no queda limitada, como sucede en el hurto, a sólo tomar o apoderarse del bien apetecido por el sujeto activo, sino que en el robo con violencia o intimidación hay ataque a la vida o integridad física de la víctima, o por lo menos peligro de que se lleve a cabo. Esa modalidad de ejecución es la que les da identidad a este grupo de hechos ilícitos.

Se señaló con anterioridad que se criticaba la estructura de estos hechos al diferenciar el hurto del robo, pero esas reservas se afincan con mayor dureza respecto del robo con fuerza en las cosas, no así tratándose del con violencia o intimidación, donde amplios sectores se inclinan por mantener su independencia en relación al delito de hurto y darle un tratamiento mucho más riguroso. Las críticas más bien se centran en el tratamiento del delito mismo y en la equiparación de las dos modalidades que comprende, esto es de la “violencia” y de la “intimidación”, para efectos de imponer la pena,<sup>62</sup> sin distinguir la forma en que los bienes jurídicos en juego aparecen afectados, en la primera con mayor intensidad que en la segunda.

<sup>62</sup> Mera, op. cit., pp. 209 y ss.



Todos estos delitos de robo, de consiguiente, deben cumplir con las características generales señaladas en el delito de hurto, en cuanto a la acción a realizar, el objeto sobre el cual recae la acción, los sujetos activo y pasivo.

A pesar de lo recién señalado, existen matices que marcan la diferencia e identidad de estas figuras; uno de ellos radicaría en parte en el bien jurídico protegido.

El bien jurídico objeto de los delitos de robo es la *propiedad*, como sucede con todos los delitos de apropiación, pero en este caso no es el único, aunque sí el primeramente protegido. El delito de robo con violencia o intimidación es una figura *pluriofensiva*, pues además de atender contra la propiedad, afecta otros bienes, como la libertad personal, la salud y aun la vida de las personas. Se sostiene que la propiedad es el bien que se ampara de modo *principal y sólo subsidiariamente* la vida, la integridad física o la libertad, como algo accesorio,<sup>63</sup> pero en la actualidad hay tendencia a estimar que estos delitos son *complejos* y que los bienes jurídicos en juego son amparados *directamente*; ninguno de ellos es un objeto secundario en cuanto a su protección.<sup>64</sup> Se debe recordar que delito complejo es aquel que está integrado por dos o más acciones claramente diferenciables, 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).<sup>65</sup> Aparte del hecho de tratarse de figuras pluriofensivas, lo que les da individualidad a estos tipos es el modo de comisión, el que puede ofrecer dos posibilidades: la violencia y la intimidación, formas de ejecución que se explicarán.

<sup>63</sup> Cfr. Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 314; Muñoz Conde, op. cit., p. 208; Bajo Fernández, op. cit., p. 55.

<sup>64</sup> Cfr. Labatut, *D.P.*, t. II, p. 218; T.S. Vives, op. cit., p. 822.

<sup>65</sup> Opina en sentido contrario Bajo Fernández (op. cit., p. 55), o sea que el robo con violencia o intimidación no es un delito complejo, porque el solo hecho de que esté constituido por dos o más acciones, a su juicio es insuficiente. En respaldo de su tesis señalaba que conforme al criterio que crítica, la violación también debería ser considerada como un delito complejo, pero lo que este autor no explica es que si bien en la violación hay yacimiento y violencia, el yacimiento a solas no es un hecho típico, en tanto que el apoderamiento sin la voluntad de su dueño sí lo es.



#### 94. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN

La manera de concretar la actividad de apropiación —que en el hurto es subrepticia— es lo que da personalidad a los delitos de robo en estudio. Aquí se disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima y de que repela o evite la sustracción de bienes de su propiedad al verse agredida físicamente o atemorizada por el agente activo.<sup>66</sup>

Las modalidades de la acción pueden importar el empleo de la *violencia* o el de la *intimidación*; es útil precisar el sentido normativo de cada una de ellas. *Violencia* supone siempre el empleo de fuerza física, si bien el legislador extendió su alcance a otro extremo al que se aludirá más adelante. Lo que interesa en este momento es precisar de manera genérica qué se entiende por “violencia”, que 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 acometimientos físicos que constituyen violencia.

La *intimidación* es una noción distinta, también es un acometimiento, pero de índole psicológico, no material, dirigido a presionar la voluntad del sujeto pasivo (*vis compulsiva, coacción*).

##### 94.1. EL CONCEPTO LEGAL DE VIOLENCIA

En el sistema nacional, los arts. 433 y 439 hacen referencia expresa a la violencia y la parte final de la última disposición extiende el concepto al empleo de *medios engañosos*. El art. 433 se ocupa de calificar como violencia al homicidio, la violación, las lesiones y la retención de personas, pero es en el art. 439 donde se da una noción más general de ese concepto al señalar que son violencia “los malos tratamientos de obra”, expresión comprensiva de cualquier acometimiento físico en contra de una persona.

En doctrina se distingue entre violencia *propia e impropia*, la primera (*vis in corpore*) alude al acometimiento material que sufre una persona, acometimiento en relación al cual existe acuerdo

<sup>66</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 335.



que conforma la violencia inherente al delito de robo (sujetar a una persona, golpearla, lanzarla al suelo, hierirla, constituyen violencia para el delito de robo). Es la segunda, la *impropia*, la que se margina como hipótesis de robo, que consistiría en emplear medios que constriñen la mente de la víctima, que afectan a su voluntad, como los narcóticos, los estupefacientes, el hipnotismo y semejantes, siempre que al emplearlos no se haya recurrido a la fuerza física, alternativa donde habría por lo menos malos tratos de obra (el pasajero del automóvil de alquiler que gentilmente ofrece al conductor un chocolate —con narcótico— para apropiarse del vehículo una vez que se duerma, no emplearía violencia).

Se distingue tratándose de la violencia, entre la *directa* y la *indirecta*. La *directa* es la fuerza física dirigida de manera inmediata en contra de la persona, en tanto que la *indirecta* es aquella que se ejerce inmediatamente sobre las cosas, y que únicamente de manera mediata podrá afectar a la persona. La exclusión de esta última del concepto de “violencia” radica en que si hubiera sido esa la intención del legislador, habría sido innecesario hacer referencia a la “intimidación”, donde esa clase de coacción quedaría comprendida.

La violencia material puede ejercerse sobre el dueño de la cosa o sobre un tercero (la violencia que se ejerce sobre la criada de la casa para que indique el lugar donde la dueña guarda sus joyas).

El art. 439 amplía la noción de “violencia” a un extremo muy discutible, la última frase de la disposición expresa: “Hará también violencia el que para obtener la entrega o la manifestación (de la cosa) alegare *orden falsa* de alguna autoridad, o *la diere* por sí  *fingiéndose ministro de justicia o funcionario público*”. En la especie el legislador ha homologado el empleo de violencia a la simulación de ser autoridad —ministro de justicia o funcionario público— con una *orden falsa* o *dando él mismo la orden*. Esta forma de violencia está dirigida a engañar a la víctima para que proceda a entregar voluntariamente la cosa o para que manifieste dónde se encuentra. La referencia al *ministro de justicia* alude a los funcionarios judiciales que pueden disponer una incautación y respecto de los *funcionarios públicos* al fingimiento de alguno de aquellos que pueden disponer el retiro de especies o su incautación. Esta modalidad de ejecución que la ley penal asimila a la violencia, evidencia la particular posición del legislador sobre estas situa-



ciones, posición que volverá a mantener en el caso del robo con fuerza en las cosas en el art. 440 N° 3, donde califica a su vez como fuerza un comportamiento evidentemente engañoso.

Estas formas de violencia están destinadas a llevar a cabo la apropiación de la especie ajena, forzando la oposición de la víctima o engañándola, de manera que se calificará de tal cuando cumpla con la *idoneidad* adecuada en el caso concreto para lograr ese objetivo, teniendo en consideración las circunstancias del sujeto pasivo.

Fingir ser autoridad y falsificar una orden judicial son conductas que pueden ser objeto de castigo separadamente, pero en la hipótesis que se comenta integra el tipo penal de robo como uno de sus elementos y, en consecuencia, no se da una situación de concurso de delitos.

#### 94.2. QUÉ SE ENTIENDE POR INTIMIDACIÓN

La otra modalidad de comisión del robo en estudio es la *intimidación*, y no es simple ofrecer una noción —para efectos del robo— sobre lo que debe entenderse por tal, porque si bien corresponde a lo que se denomina como *vis compulsiva* o *síquica*, tiene ciertas modalidades que la diferencian de la que es inherente al delito de amenazas (arts. 296 y siguientes). “Intimidación” en el delito de robo es la *amenaza* dirigida a una persona, de que se le infligirá 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*. Esa amenaza debe poseer la *adecuada intensidad* para constreñir a la víctima para que se comporte en la forma recién indicada, 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 *inmediatez*. Otro tanto sucede con el apoderamiento de la cosa mueble por el sujeto activo, que debe llevarse a cabo en el momento de la amenaza, pues tiene que corresponder a ella, no a actividades realizadas en un tiempo posterior.

La diferencia de la violencia con la intimidación radica en que esta última consiste en una agresión física, en un aco-



metimiento material, en tanto que la intimidación no es una agresión material, sino una manera de afectar la libertad de decisión, de lesionar la libre formación de la voluntad de la víctima.<sup>67</sup> La intimidación puede realizarse mediante palabras (te mato si no me das tu dinero) o por hechos (poner la daga en el cuello del sujeto pasivo y pedirle el reloj de oro).

La *proximidad en el tiempo* (inmediatez) de la amenaza *en cuanto al mal* a provocar, como en cuanto *al apoderamiento* de la cosa que con ella se pretende obtener, es lo que marca la diferencia con el *delito de amenaza* descrito en el art. 296. En este delito el mal que se anuncia normalmente se causará en el futuro, no en el momento mismo de la amenaza, y cuando se persigue una prestación, tampoco se espera que sea inmediata. La distancia temporal del mal en el delito de amenazas, como de la prestación que a veces con ella se aspira, facilita al coaccionado a decidir sobre cómo protegerse, en tanto que en el robo la proximidad de la ocurrencia del mal y de la exigencia de la prestación, imposibilita una reacción adecuada. Son situaciones diferentes exigir al transeúnte la entrega de la billetera revólver en mano (robo), que llamar por teléfono a una persona exigiendo una suma de dinero que deberá dejar en un lugar determinado bajo comisión de que se incendiará su casa si no lo cumple (amenaza); en el primer caso no hay posibilidad de preparar una defensa, en el segundo sí la hay. Esa circunstancia justificaría la mayor rigurosidad de la reacción penal en el caso del robo.

#### 94.3. EN CONTRA DE QUIÉN DEBE EMPLEARSE LA VIOLENCIA O LA INTIMIDACIÓN

La legislación no precisa quién debe ser objeto de la violencia o de la intimidación, porque pueden ser víctimas de ella el titular del bien sustraído como terceros que se encuentren presentes (los clientes de la institución financiera asaltada); lo que interesa es que la violencia o la coacción en su caso, estén objetivamente relacionadas con la apropiación. El art. 456 bis N° 4 podría suscitar

<sup>67</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 57.



una duda, pues califica como agravante del delito de robo o hurto el hecho de ejercer violencia sobre las personas que intervengan en defensa de la víctima, sin excluir al robo con violencia o intimidación, pero ello resultaba innecesario al tenor de lo prescrito en el art. 63, que margina las agravantes que han sido comprendidas por la descripción del delito, o que le son muy inherentes.

#### 94.4. EN QUÉ MOMENTO DEBE EMPLEARSE LA FUERZA O LA INTIMIDACIÓN

El art. 433 expresa que hay diversos momentos en los cuales puede emplearse la violencia o la intimidación. El inciso primero de la disposición señala que el delito de robo existe: "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...".

La violencia contra las personas o la coacción procede en el robo antes de la ejecución, durante o después de ella; estas distintas oportunidades hay que vincularlas con la *apropiación*, y no con el *apoderamiento* material de la cosa sustraída, que no siempre coinciden. Al estudiar el delito de hurto se precisó que no era suficiente para que se consumara el delito sacar del ámbito de protección del propietario la especie sustraída (*amotio*), sino que lo estaba cuando el delincuente podía ejercer, potencialmente, las facultades inherentes a la apropiación, en particular la de disposición.<sup>68</sup> El empleo de la violencia debe considerarse en relación a ese momento, al de la *apropiación*, lo que es diferente a referirse a antes, durante o después del robo, porque emplear la violencia o intimidar a otro es estar cometiendo ese delito. Si el sujeto hace uso de la violencia cuando ya estaba en condiciones de usar, gozar y disponer del bien, quiere decir que la apropiación se había producido; de consiguiente, el uso de la violencia indicada no integra el tipo penal de robo, sin perjuicio de que pueda constituir otro delito sancionable independientemente.

<sup>68</sup> Véase supra, párrafo N° 88.





La violencia o la intimidación como elementos del delito de robo están circunscritas y determinadas por la noción de apropiación. Siempre que hayan estado dirigidas a concretar la apropiación, han de ser consideradas como elementos del tipo robo. El sujeto que ha recogido y guardado en su bolso las joyas que encontró en una casa y al salir del lugar es sorprendido por uno de los moradores, al que golpea logrando huir, es autor de robo; peor si este mismo sujeto ha salido pacíficamente de la casa y en ese instante es sorprendido por el propietario, que lo persigue y aprehende, responderá de robo frustrado, por cuanto si bien las cosas salieron del ámbito de protección del dueño, no estaba en condiciones de hacer efectiva la facultad de goce y de disposición de lo sustraído, en tanto era perseguido.

El acometimiento a la víctima o la coacción que el agente emplee en contra de la víctima o de un tercero, que tenga como objetivo facilitar el apoderamiento del bien ajeno (antes), o la que emplee para llevar a efecto el apoderamiento (durante), o con posterioridad al mismo para garantizar su impunidad (después), han de ser considerados como elementos del tipo robo con violencia e intimidación.

#### 94.5. REALIDAD E INTENSIDAD ADECUADA DE LA VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. IDONEIDAD DEL MEDIO

La violencia y la intimidación han de ser ciertas, efectivas y no imaginadas. Además los medios empleados para la apropiación tienen que tener el grado de intensidad adecuado<sup>69</sup> para vencer la oposición de la víctima, o para constreñirlo a manifestar dónde está la especie o no oponer resistencia para que la tome el delincuente, lo que sólo es dable determinar en cada caso. Esto se desprende del tenor de la frase que emplea el art. 439: "*cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega*". Pero no debe confundirse la intensidad de la violencia o intimidación empleada con su *idoneidad*; pueden ser inidóneas,

<sup>69</sup> Para Bustos debe "exigirse una determinada gravedad tanto de la violencia (como mínimo lesión falta del art. 582) como de la intimidación (sólo amenaza de aquellos hechos -delitos o falta- comprendidos en el art. 501)". Las citas corresponden al antiguo Código Penal español (op. cit., p. 208).



como un revólver de foguero, un artefacto explosivo simulado, pero que a la víctima le parezcan reales. Lo que interesa es que afecte a la *libertad del sujeto pasivo*, que le impida reaccionar en su defensa coaccionado por el medio.<sup>70</sup> Es suficiente que se trate de comportamientos 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.<sup>71</sup>

#### 95. LA PARTICIPACIÓN EN EL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

En esta clase de delito pueden darse todas las formas de participación criminal, las distintas clases de autoría, la complicidad y el encubrimiento, sin perjuicio de algunas reglas especiales que se comentarán al analizar las reglas comunes a estos hechos delictivos. El delito de robo calificado ofrece algunas modalidades que no son de resolución pacífica, pero que se estudiarán al comentar ese tipo penal.

#### 96. EL ÍTER CRIMINIS. CONSUMACIÓN

Los delitos de robo con violencia e intimidación son figuras de resultado o materiales, de modo que aceptan todas las formas imperfecciones. Para que se *consumen* tienen que concretarse todos los elementos *objetivos y subjetivos* del tipo, y como se trata de delitos complejos, lo señalado dice relación tanto con la acción de apropiación como de aquella que lesiona los otros bienes jurídicos amparados (vida, salud, libertad). Por ejemplo, en el robo con homicidio tendrán que darse todos los requisitos de las dos acciones que lo integran, vale decir la apropiación de la cosa ajena como el homicidio de la víctima.

<sup>70</sup> Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 59; T. S. Vives, op. cit., p. 825.

<sup>71</sup> No concuerda con el referido criterio —que es mayoritario— Jorge Mera, partiendo de la premisa de que el robo en estudio no es un delito de peligro en cuanto al atentado a la vida o a la integridad personal, bienes jurídicos que con los medios inidóneos indicados no han podido sufrir detrimento alguno. No le parece "que el simple hecho de la coacción sea suficiente —en cuanto afecta, en el caso de una apropiación no consentida, la autodeterminación de la víctima en relación con su patrimonio— para transformar el acto en la figura compleja de robo con violencia o intimidación en las personas" (op. cit., p. 207).



Cuando falta alguno de los actos del autor inherentes a cada uno de esos hechos o sólo a uno de ellos quedará en grado de tentativa. Si las acciones personales del agente, dirigidas a alcanzar ambos efectos se terminan, pero el resultado muerte o apropiación no sobrevino por causas independientes de la voluntad del actor, el delito quedará en el grado de frustrado. De suerte que si la apropiación se logra, pero el ataque a la libertad, a la vida o a la salud no se alcanza a concretar, o viceversa, no puede reputarse consumado el delito. Esta modalidad, por su naturaleza objetiva, es comunicable a todos los participantes, independientemente de que algunos hayan agotado la parcialidad de la acción que individualmente puede haberles correspondido realizar en la división del trabajo, en el caso de la coautoría. Lo mismo se aplica a los instigadores y a los cómplices.

Lo expuesto es sin perjuicio de tener en cuenta que para efectos de la punición de estos delitos rige el art. 450 inciso primero, que expresa: "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*". Esta disposición abarca *todas las formas de robo con violencia o intimidación en las personas*, y no puede menos de ser criticable porque su aplicación a los casos concretos da lugar a situaciones inaceptables desde una visión política criminal, al obligar imponer sanciones muy graves a comportamientos que no justifican tal reacción. Habría sido aconsejable entregar al tribunal la facultad de adoptar esa medida considerando la gravedad de las circunstancias concurrentes.

Se señaló que los delitos de robo con violencia o intimidación propiamente tales están integrados por tres tipos diferentes: el robo simple, el calificado y el cometido por sorpresa. En los párrafos siguientes se analizará cada uno de ellos.

## 97. EL DELITO DE ROBO SIMPLE CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

### 97.1. DESCRIPCIÓN DEL DELITO

Este delito es la forma *básica* del robo con violencia e intimidación, y está descrito por el inciso primero del art. 436: "*Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecuta-*



dos 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*".

La disposición es explícita en señalar que el delito de robo simple tiene un carácter subsidiario, que acepta todas las hipótesis de apropiación realizadas por medio de la violencia o intimidación, salvo aquellas que queden comprendidas en algunos de los tipos preferentes de este mismo delito sancionados en los arts. 433 (robo calificado) y 434 (piratería).

El *tipo objetivo* queda conformado por los elementos que se explicaron en el párrafo anterior, o sea una acción de apropiación y otra de atentado a la libertad, a la integridad física o síquica de una persona empleando violencia o intimidación, conceptos anteriormente explicitados.

La conducta consiste, de consiguiente, en apropiarse de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y empleando la amenaza o la fuerza física para atentar en contra de la integridad personal de la víctima, siempre que este último atentado no supere el límite de una lesión *leve o de mediana gravedad*. Si el agente sobrepasa la referida gravedad del ataque, el hecho se desplaza como delito al art. 433.

Los *bienes jurídicos* amparados son la *propiedad* y la *salud*; quedan excluidos los atentados a la vida y a la libertad por más de un día, pues de afectarse alguno de estos dos últimos el hecho constituye robo calificado que se analizará a continuación.

El *tipo subjetivo* requiere de dolo, que ha de entenderse a todos los extremos de la conducta; el sujeto tiene que querer apropiarse de lo ajeno y debe querer emplear la fuerza física en contra de la víctima o coaccionarla psicológicamente con motivo de ese apoderamiento. En el *terreno subjetivo*, el sujeto persigue primordialmente apoderarse de determinados bienes muebles, o sea la voluntad de apropiación es lo predominante, y la voluntad de atentar a la vida aparece como secundaria, como una consecuencia o circunstancia de la primera voluntad; esta situación no debe inducir a error en relación a la posición que tiene y debe tener el legislador, que al sancionar esta figura considera con igual interés —como bienes jurídicos dignos de protección— tanto la vida como la propiedad. Una cosa es la subjetividad del delincuente y otra distinta es la lesividad objetiva de su conducta.



La violencia o la intimidación han de estar relacionadas subjetivamente con la apropiación o con la impunidad del hecho, pues de no mediar esa conexión ideológica esas acciones podrían constituir dos delitos independientes: hurto y lesiones (el individuo que deja sin conocimiento a su contrincante durante una pendencia, y al verlo en ese estado aprovecha de sustraerle el dinero que lleva consigo, responde de lesiones y hurto, y no de robo). La violencia debe ser dolosa, de manera que no constituye robo con violencia en las personas el daño o lesión física que se cause a la víctima, cuando tal consecuencia es producto de un caso fortuito o de simple culpa de quien trata de apropiarse de una cosa ajena, sin perjuicio que por la culpa responda por el cuasidelito de lesiones separadamente; se daría un caso de concurso de delitos.

La pena determinada para el robo simple con violencia o intimidación es la de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, cualquiera sea el valor de las especies substraídas. La diferencia de criterio del legislador es ostensible al comparar la penalidad del delito de hurto con la del robo simple. Para determinar la de este último se desentendió del valor de los objetos materia de la sustracción y aumentó el rango de la privación de libertad a niveles discutibles, superiores al del homicidio simple (art. 391 N° 2). Suficiente es preguntarse si parece adecuada una sanción de cinco años y un día al sujeto que da un empujón al vendedor callejero de comestibles y le arrebató unos envases de leche, pena que también se le aplicaría si en lugar de la sustracción lo hubiera matado. 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 bis.

## 98. EL ROBO CALIFICADO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

### 98.1. NOCIONES GENERALES

El Código Penal describe esta figura en el art. 433, que expresa: "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:

1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado 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° 1.

2°. 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° 2 del artículo 397".

La descripción que hace el Código del robo calificado es demasiado amplia y un tanto barroca, pues distingue dos grupos de hechos (los del N° 1 y N° 2), y en cada uno de ellos describe diversas circunstancias que no siempre obedecen a una ideación central consistente: vida, libertad sexual, integridad física, libertad ambulatoria. En sistemas más modernos se describe el robo de manera más general y se sanciona separadamente la violencia o intimidación empleada como medio de ejecución.

Por lo elevado de las sanciones impuestas, el robo calificado (que puede llegar a presidio perpetuo calificado) es una de las figuras más graves en nuestro ordenamiento penal, aunque no todas las hipótesis que consideramos tienen la misma relevancia.

Para el estudio de las modalidades de esta clase de robos se comentará separadamente cada uno de los casos enumerados en los números 1 y 2 del art. 433, haciendo notar que se explicarán sus circunstancias particulares, porque todas han de cumplir con las exigencias objetivas y subjetivas del delito de hurto y las generales del delito de robo.

### 98.2. SITUACIONES DESCRITAS EN EL N° 1 DEL ART. 433

#### A. El robo con homicidio

El art. 433 en su N° 1 se refiere a este delito con las expresiones siguientes: "cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio". La descripción del hecho evidencia que se trata de un delito complejo, que exige la realización de dos hechos delictivos: el robo con violencia o intimidación y el homicidio de



una persona, los que, indudablemente, deben estar conectados ideológicamente.

El robo con homicidio no es un delito *calificado por el resultado*, sino un delito *complejo*, pues el legislador exige que además del robo se cometa otro hecho típico: un homicidio. De modo que es insuficiente que se *cause una muerte* durante el robo; de ser así, este delito sería calificado por el resultado. No es efectivo esto último porque el tipo en estudio exige que se cometa un homicidio, lo que es diverso al mero causar una muerte que, a veces, podría ser hasta fortuita.

El robo con homicidio plantea varias situaciones cuya solución es y ha sido discutible; nos ocuparemos de las siguientes: a) Alcance de las expresiones *con motivo o con ocasión del robo*; b) ¿Cualquiera muerte que tenga lugar durante la comisión del delito le da carácter de robo con homicidio?; c) Si se causa la muerte de más de una persona durante la ejecución del hecho, ¿quedan todas ellas abarcadas por el delito de robo con homicidio?; y d) Un parricidio, un homicidio calificado, ¿quedan o no subsumidos por el delito de robo con homicidio, o solo el homicidio simple?

A.1. *Alcance de las expresiones "con motivo o con ocasión del robo"*. Para precisar el alcance de estas expresiones hay que tener presente que la muerte a que se refiere el tipo penal es la causada dolosamente, como se expresará en el párrafo signado con la letra b); si no se comparte ese presupuesto la interpretación de esas expresiones puede ser distinta a la que se señalará. 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. Entendida la expresión con *motivo* en la forma indicada, es posible ampliar el ámbito de un homicidio como elemento del delito de robo, en relación a la ejecución material de éste, en lo 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).<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Bustos, op. cit., p. 211.



La expresión *con ocasión*, no obstante las dudas que puede suscitar, debe entenderse como los homicidios ejecutados no para concretar el robo, sino mientras se realizaba o inmediatamente de cumplida la apropiación y, en este 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.

De modo que las voces "con motivo" y "con ocasión" hacen referencia a una muerte dolosa, constitutiva de un homicidio realizado por el sujeto activo y conectado ideológicamente con el robo; "con motivo" corresponde a una *preordinación delictiva*, donde la muerte aparece programada por lo menos a título de dolo eventual, que no requiere *coetaneidad con el robo*,<sup>73</sup> en tanto que sí es necesaria esa coetaneidad en la alternativa "con ocasión", porque el homicidio se presenta como circunstancial a la actividad de apoderamiento, o también como medio de aseguramiento de la impunidad del hecho. Así sucede cuando en circunstancias de que ya se tienen los bienes muebles objeto de la acción, se priva de la vida a la víctima porque en esos instantes logró reconocer a uno de los asaltantes.

A.2. *¿Cualquier clase de muerte de una persona durante la comisión del delito califica el hecho como robo con homicidio?* El punto ha sido discutido desde hace mucho tiempo, con fundamento en concepciones objetivistas de la responsabilidad penal. Algunos sectores, sobre todo en el pasado, aplicaban el principio *del versari y estimaban* que el delincuente que cometa un robo recurriendo a la violencia, debía responder de todas las consecuencias materiales de su acción, entre ellas de la muerte, aunque no fuera atribuible a dolo. Las expresiones empleadas por la disposición, *con motivo u ocasión del robo*, en parte daban sustento a ese criterio; se afirmaba que era suficiente una muerte accidental para que se configurara el delito de robo con homicidio.<sup>74</sup> Con esa tesis esta figura se alzaba, en definitiva, como delito *calificado por el resultado*, que se sancionaba como tal, con independencia de la intención del agente.

<sup>73</sup> Bustos, op. cit., p. 211.

<sup>74</sup> En ese sentido, Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 820.



El referido criterio ha sido abandonado; Quintano Ripollés, entre otros, reaccionó precisando que el legislador exigía no una *muerte*, sino un *homicidio*, de manera que no correspondía mantener visiones objetivistas que aceptaban un deceso accidental o culposo como suficientes para conformar un robo con homicidio, pues este delito es *complejo*, o sea está integrado por dos tipos penales: un robo y un homicidio, y deben cumplirse los elementos de ambas figuras para darle existencia legal, lo que no sucede frente a muertes fortuitas o atribuibles a culpa.<sup>75</sup> La señalada es la doctrina que en la actualidad se sustenta por los tribunales, porque ofrece mejores soluciones en la práctica judicial.<sup>76</sup>

A.3. *Qué tratamiento corresponde dar al robo con resultado de muertes múltiples.* El robo con homicidio no ofrece problema cuando, junto con la apropiación, ha fallecido una sola persona, y el tipo queda satisfecho con ese resultado. Las dudas se suscitan cuando, con motivo u ocasión del robo, se causa la muerte de más de una persona, ¿todos esos decesos quedan consumidos por el delito único de robo, o es suficiente una de esas muertes para conformarlo y las restantes, cada una, constituye un delito de homicidio independiente? En este último caso se estaría ante un concurso material de delitos.

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 entre los delitos contra la propiedad permite, para efectos de la reincidencia, considerar no sólo los atentados a la vida anteriores, sino también los delitos contra el patrimonio cometidos en el pasado por el autor.<sup>77</sup> El objetivo de unificar ambos hechos jurídicamente persigue imponer una

<sup>75</sup> Quintano Ripollés, op. cit., p. 316.

<sup>76</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 339; T. S. Vives, op. cit., pp. 836 y ss.; Bajo Fernández, op. cit., p. 6; Bustos, op. cit., p. 210.

<sup>77</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 69.

sanción más grave que la de un homicidio más un robo, cuando la muerte ha sido causada con ocasión de ese robo, porque esa conducta presenta un mayor injusto. De consiguiente, un único deceso constituye el presupuesto del tipo penal; si se provocan otros deben ser sancionados independientemente, como un concurso material entre un robo con homicidio y homicidio simple, calificado o parricidio, según las circunstancias; de no ser así el sujeto activo podría resultar favorecido, y no ha sido ése el espíritu de la norma.

Esta posición no es compartida por sectores doctrinarios nacionales, que estiman que la apropiación constituye el núcleo del delito, de manera que la pluralidad de homicidio es insuficiente para multiplicar el delito, y lo que hacen es confirmar el tipo penal,<sup>78</sup> se trataría de una tipicidad reforzada.

A.4. *¿El robo con homicidio consume el parricidio o el homicidio calificado cometido con motivo o con ocasión de aquel delito?* El señalado es otro punto complejo y donde las opiniones no son compartidas. La *ratio legis* del art. 433 no parece haber pretendido comprender el parricidio y el homicidio calificado como posibles hipótesis del robo con homicidio, sino limitarlo al *homicidio simple*. Como se ha expresado con anterioridad, la finalidad de la disposición es agravar la responsabilidad del autor más allá del homicidio mismo y del robo; eso explica la alta penalidad del tipo penal en referencia. Resulta evidente que el parricidio (art. 390) tiene una sanción extremadamente grave y otro tanto sucede con el homicidio calificado (art. 391 N° 1), muy distanciadas de la que corresponde al homicidio simple. Si se pretende comprender aquéllos en el tipo penal robo con homicidio podría el delincuente salir favorecido en definitiva, lo que no está en el sentido de los tipos en juego. Lo comentado inclina a sostener que sólo puede integrarse el delito de robo con homicidio simple, si con motivo u ocasión del apoderamiento se comete parricidio u homicidio calificado, se enfrenta una hipótesis de concurso real entre estos delitos y el de robo con violencia, que correspondería sancionar de acuerdo con el art. 75, siempre que se diera la relación de medio a fin allí señalada.

<sup>78</sup> Labatut, *D.P.*, t. II, p. 220; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 341.



En nuestro país hay opiniones disidentes sobre este punto, que se fundamentan en el hecho de que el legislador nacional no hizo diferencia en cuanto a la denominación de los delitos, entre parricidio, homicidio calificado y simple, porque todos fueron tratados en el párrafo "Del homicidio" (Título VIII, párrafo I) y por lo tanto todos quedarían abarcados por el robo con homicidio.<sup>79</sup> Dentro de esta postura hay variantes, como Etcheberry, que comparte la opinión recién señalada respecto del delito de homicidio calificado, considerando además que el art. 456 bis hace expresa aplicación al delito de robo de las agravantes de alevosía (N° 1 del art. 12) y premeditación (N° 5 del art. 12), que al ser dos de las calificantes del homicidio, marginaría el homicidio calificado, porque el desvalor de esta figura quedaría consumido por el robo con homicidio agravado, razonamiento que no resulta convincente. Este mismo autor concuerda en excluir el parricidio del robo con homicidio, para lo cual toma en cuenta que la penalidad del parricidio es más alta que la del homicidio y que la ley penal lo denominó expresamente con el nombre de parricidio, diverso entonces al de homicidio, y es a estos últimos a los que se refiere el art. 433.<sup>80</sup>

A.5. *Consideraciones sobre el tipo objetivo y subjetivo en el robo con homicidio.* Al iniciar el análisis sobre los delitos de robo se señaló que deben cumplir con las condiciones generales inherentes al delito de hurto, porque es un delito de apropiación; no obstante que eso es plenamente aplicable al de robo con homicidio, es conveniente precisar en qué consiste la acción, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

El tipo objetivo de esta figura penal, dada su naturaleza compleja, requiere de una actividad de apoderamiento de la cosa mueble ajena y de la provocación de la muerte de una persona con motivo u ocasión de ese apoderamiento. Esto significa que subjetivamente el sujeto activo debe actuar con *dolo*, que ha de extenderse tanto a la acción de apropiación como a la de homicidio, que en la alternativa de cometerse la muerte con *motivo* de la acción de robo, necesariamente supone una determinación pre-

<sup>79</sup> Esta tesis la sostiene Labatut, *D.P.*, t. II, p. 209.

<sup>80</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 340.

via, aunque sea condicionada (si encuentro un guardia lo mato), el dolo de homicidio generalmente deberá ser *directo*. El *eventual* normalmente podrá presentarse cuando el homicidio se produce con *ocasión* del robo. Hay que destacar, de consiguiente, que en este delito tiene que haber dolo de apropiarse de la especie, con iguales características a las señaladas para el delito de hurto, y dolo de matar, con las condiciones precisadas al comentar el delito de homicidio, y que entre ambos debe existir una relación ideológica: se comete la muerte para lograr la apropiación (con motivo), con oportunidad de la apropiación o para asegurar la impunidad (con ocasión), como sucede cuando el ladrón, después de arrebatar la especie a la víctima, la hiere mientras aquélla lo persigue. No existe esa conexión, por ejemplo, cuando el sujeto, impulsado por la ira, durante una discusión mata a su opositor, y cuando ya lo ha hecho repara en el reloj y anillo valiosos que éste tiene, y procede a llevárselos.<sup>81</sup>

Respecto de la *consumación* del delito y sus *grados imperfectos*, rigen los principios generales que se señalaron en el párrafo respectivo sobre el punto.<sup>82</sup>

A.6. *La participación en el robo con homicidio.* En el robo con homicidio puede intervenir más de una persona, caso en el cual procede preguntarse si todos responden de robo con homicidio cuando uno solo causó la muerte de la víctima, en la cual los restantes pueden no haber tenido intervención material. En realidad no puede resolverse este punto con fundamento en meros aspectos de orden naturalístico, porque el concepto de delito es normativo y las reglas que lo rigen también lo son.

Cuando el homicidio se ha cometido con motivo del robo, significa que ha mediado una *premeditación* en la perpetración del hecho; si éste se ha cometido en coautoría significa que todos actuaron concertados, de modo que la circunstancia de que uno solo de los coautores haya provocado la muerte no modifica la naturaleza colectiva de la actividad y, de consiguiente, todos responden de robo con homicidio. Si la muerte se concretó con *ocasión* del robo, las circunstancias pueden variar, porque en esta

<sup>81</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 213.

<sup>82</sup> Véase supra, párrafo N° 96.



alternativa no habría una voluntad en ninguno de los intervinientes de causar el dceso; en esta alternativa sólo responderían de robo con homicidio junto con aquellos que materialmente lo cometieron, los que subjetivamente también participaron en esa muerte, sea avalando tal acción o concurriendo a fortalecerla, no así el resto de los delincuentes, que responderán exclusivamente de robo con violencia. En síntesis, debe aplicarse el principio de que cada sujeto responderá de su propio dolo, de su culpabilidad.

### B. *El robo con violación*

Como segunda alternativa del robo calificado, el N° 1 del art. 433 considera al que además comete *violación*. Como el robo calificado es un delito complejo, el sujeto activo debe realizar dos acciones típicas, una apropiación con violencia o intimidación y una violación, y esta última tiene que ser un complemento o agregado a la acción de apropiación, y no al revés, el delincuente en esta figura penal debe perseguir adueñarse de una cosa ajena y con ocasión de esa apropiación cometer el delito de violación.

Respecto de esta figura es conveniente aclarar varios aspectos:

a) El art. 433 en su número primero señala que la violación puede cometerse *con motivo o con ocasión* del robo; pero dada la naturaleza del primer delito —la 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. Por esa razón, y sin perjuicio de las serias críticas que la doctrina hace a esta figura como tal, por carcer de justificación desde una perspectiva criminológica, en legislaciones como la española se hace referencia a la violación que *acompaña* al delito de robo,<sup>83</sup> pues no existe, ni puede existir, una conexión típica entre ambos hechos.

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

<sup>83</sup> T. S. Vives, op. cit., p. 842.

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.<sup>84</sup>

b) Para que se presente el tipo robo con violación deben cometerse ambos delitos, el robo y la violación, con todas sus exigencias típicas. En particular en lo referente a la fuerza o intimidación que deben concurrir tanto para efectos del apoderamiento de la cosa mueble como para abusar sexualmente de la víctima, salvo la hipótesis a la que se aludirá a continuación. Como no es posible que exista una conexión ideológica entre esos hechos en atención a su identidad y naturaleza, debe haber *coetaneidad* entre ambas ejecuciones en el *ámbito temporal*. Si bien la violación puede llevarse a efecto antes, durante o después de los actos de apropiación, necesariamente tiene que ser muy próxima a ésta para que el delito complejo se presente.

El acometimiento o coacción son *dobles* en este delito, porque en la apropiación del bien ajeno debe emplearse violencia o intimidación, y para tener el concubito con la persona afectada, sea o no el o la dueña de la especie, el delincuente tiene a su vez que recurrir a la violencia o intimidación.

De consiguiente, si no se emplea fuerza o intimidación en contra de una persona mayor de catorce años para mantener una vinculación carnal con ocasión de la comisión de un robo, sólo habrá delito de robo con violencia. Otro tanto sucede si la violación se ejecuta temporalmente alejada de la apropiación, cada hecho en ocasiones diferentes; en esta alternativa simplemente se está ante un concurso real de robo con violencia y violación.

c) Hasta hace poco tiempo en nuestro sistema sólo era posible violar a una mujer por vía vaginal, porque el delito de violación consistía en yacer con una mujer, y por tal se entendía el coito vaginal. Las modificaciones que se hicieron al Código Penal, a los delitos contra la libertad sexual por la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, cambiaron el referido sistema. En efecto, conforme a los arts. 361 y 362 pueden ser víctimas de un delito de violación una

<sup>84</sup> Bajo Fernández, op. cit., p. 82.



mujer o un hombre indistintamente, por vía anal, vaginal o bucal. Si la víctima es mayor de catorce años de edad debe concurrir alguna de las circunstancias indicadas en la primera disposición citada (fuerza o intimidación, privación de sentido o trastorno mental); si es menor de esa edad, no son necesarias esas circunstancias para que haya violación; hay delito aunque la relación sea voluntariamente aceptada por el menor. En la actualidad, por lo tanto, un varón puede ser víctima de un robo con violación.

d) 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.<sup>85</sup>

e) Si en el robo se cometen varias violaciones, la situación será semejante a la que se comentó con motivo del robo con homicidio. Al igual como se indicó en aquella oportunidad, con un solo abuso sexual se conforma el delito de robo con violación; las otras violaciones constituyen delitos independientes que deben ser castigados en concurso material o real con aquél.<sup>86</sup>

f) En caso de ser varios los que cometieron el robo y sólo uno o algunos de ellos la violación, responderá cada uno de su dolo, esto es de robo con violación el que realizó la actividad sexual forzada o ilícita y aquellos que física o moralmente colaboraron a esa ejecución. Los que no tuvieron ningún tipo de intervención en el abuso sexual serán responsables de robo con violencia exclusivamente.

### C. Robo con lesiones gravísimas o con mutilación

En el N° 1 del art. 433 se alude a dos situaciones, la primera a las lesiones denominadas gravísimas, que están descritas en el art. 397 N° 1 (demencia, inutilidad para el trabajo, privación de órgano importante, notablemente deforme) y que tiene una sanción semejante a la del homicidio. La segunda situación se refiere a las mutilaciones, tratadas en los arts. 395 (castración) y 396 (mutilación de miembro más y menos importante). La incorporación de las mutilaciones de miembro importante y menos importante dentro del N° 1 del art. 433 merece reservas;

<sup>85</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 344.

<sup>86</sup> Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 83.



parecería más apropiado haberlas ubicado en el N° 2, dejando sólo 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.

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 eventual.<sup>87</sup> 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 art. 433 a los arts. 395, 396 y 397 se está aludiendo a los delitos allí descritos que requieren de dolo, y no a los culposos descritos en el art. 490.

Las mutilaciones como las lesiones comprendidas en el N° 1 del art. 433 podrían cometerse tanto por acción como por omisión, porque la disposición al mencionar las lesiones alude al tipo penal respectivo, que puede perfeccionarse tanto por una acción como por una omisión.

### 98.3. PENA QUE CORRESPONDE AL ROBO CALIFICADO DESCRITO EN EL N° 1 DEL ART. 433

Las tres hipótesis comentadas en los párrafos anteriores conforman el delito de robo calificado que tiene la sanción más drástica entre los que protegen la propiedad. En efecto, el precepto establece la pena de presidio mayor en su grado medio a muerte.

### 98.4. SITUACIONES DE ROBO CALIFICADO DESCRITAS EN EL N° 2 DEL ART. 433

A continuación se comentarán los dos últimos casos de robo calificado, que están tratados en el N° 2 del art. 433, o sea el robo con retención de personas y el robo con lesiones del N° 2 del art. 397.

<sup>87</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 344.





### A. Robo con retención de personas

Constituye robo calificado aquel que se comete con retención de personas bajo rescate o por más de un día. 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.

La presente modalidad de robo constituye, como en las hipótesis analizadas con anterioridad, un delito complejo, por cuanto retener personas es privarlas de su libertad ambulatoria, y dejarlas sujetas a la voluntad de sus captores,<sup>88</sup> lo que en el hecho puede dar lugar a un delito de secuestro, de detención ilegítima y aun, tratándose de menores, de sustracción de menores. De modo que fuera del robo, debe privarse de libertad a una o más personas con motivo o a consecuencia de la acción de apoderamiento.

La retención puede ofrecer dos modalidades: a) privar de libertad a una o más personas exigiendo rescate o b) mantenerlo esa retención por más de un día. En general, este precepto alude a la frecuente práctica de tomar rehenes para asegurar la impunidad del hecho, lo que ha llevado al legislador a dar un tratamiento más estricto a esta forma de cometer el delito contra la propiedad.

La voz *rescate* tiene un alcance normativo: cualquier beneficio vinculado con el delito de robo, sean medios materiales para facilitar la huida, sumas de dinero, o beneficios de otro orden, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En todo caso, para que este tipo de robo se presente tiene que existir, de manera independiente a la exigencia de rescate, una apropiación de cosa mueble; al no existir esta última faltaría la actividad fundamental para la existencia del delito. Es suficiente que se retenga a una persona exigiendo el rescate, no es necesario que el delincuente alcance éxito en su pretensión, de modo que si no se paga lo que exige para la liberación del o de los rehenes, el tipo robo con retención opera.

La segunda hipótesis supone la retención de personas, pero es necesario que la privación de libertad a la que quedan sujetas

<sup>88</sup> T. S. Vives, op. cit., p. 845.



de más de un día. Esta exigencia se explica porque lo frecuente en estos delitos será que, por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material, pero mantenerlos en tales condiciones por más de un día es algo excesivo que motiva el agravamiento del hecho. En la alternativa de que el retenido fuese un menor, podría presentarse un problema de concurso con el delito de sustracción de menores, sancionado en el art. 142 con una pena más grave que la asignada al delito de robo con retención de persona, y cuyo desvalor no parece quedar comprendido en el N° 2 del art. 433.

### B. Delito de robo con lesiones simplemente graves

La segunda modalidad de robo calificado que considera el N° 2 del art. 433 se presenta cuando con motivo u ocasión del mismo se causan lesiones simplemente graves, que son aquellas que provocan una enfermedad o incapacidad para trabajar por un lapso superior a treinta días (art. 397 N° 2). Estas lesiones deben inferirse hiriendo, golpeando o maltratando de obra a la persona afectada, pero también comprende a aquellas que se inferían recurriendo a los medios señalados en el art. 398, o sea suministrando a sabiendas substancias o bebidas nocivas y aun abusando de su flaqueza de espíritu. Se hace alusión exclusiva a las lesiones dolosas, quedan marginadas las atribuibles a culpa, sin perjuicio de que se sancionen separadamente en concurso real con el robo.<sup>89</sup>

*Penas que corresponde al robo calificado descrito en el N° 2 del art. 433*

La sanción que el precepto determina es menos rigurosa que la señalada para el robo calificado en el N° 1 de la disposición citada; le corresponde la de presidio mayor en su grado medio a máximo. Como se puede observar, el grado base de la pena es igual en ambos casos —presidio menor en su grado medio—, pero el máximo sufre una evidente disminución. Sin perjuicio de lo anotado, la reacción penal en esta figura merece las mismas reservas que se insinuaron al tratar la situación del N° 1 del art. 433.<sup>90</sup>

<sup>89</sup> Cfr. Bustos, op. cit., p. 212; Etcheberry, D.P., t. III, p. 345.

<sup>90</sup> Véase supra, párrafo N° 93.1.



*El delito de robo por sorpresa*

## 99. DESCRIPCIÓN DEL DELITO

Este tipo penal se encuentra descrito por el art. 436, inciso segundo, en los siguientes términos: "Se *considerará* como *robo* y se castigará con la pena de prisión menor en sus grados medio a máximo, la *apropiación de dinero u otras especies* que los ofendidos *lleven consigo*, cuando se proceda por *sorpresa* o *aparentando riñas* en lugares de concurrencia o haciendo otras *maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión*".

La disposición crea un tipo penal que tiene características muy especiales; se trata de una figura intermedia entre el hurto y el robo, porque en su comisión no concurre la violencia en el concepto que de ella se tiene en el robo con violencia y, de otro lado, tampoco se da la clandestinidad normalmente inherente al hurto. Jurídicamente constituye un tipo puente entre esos dos extremos. Su mantención en el sistema penal resulta discutible desde una visión política criminal y aun sistemática. El legislador demostró cierta duda al establecerlo, al partir expresando que se *consideraba* robo la conducta allí descrita, lo que involucra que no reconoce que sea en realidad robo, sólo lo asimila a esa figura.

El tipo penal tiene que cumplir con todas las condiciones objetivas y subjetivas inherentes al delito de hurto, sin perjuicio de que presente modalidades especiales en dos aspectos: el objeto material de la acción y las modalidades de ejecución de esta última.

## 100. OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

Se debe recordar que el delito de robo, al igual que el de hurto, puede tener como objeto material sólo cosas muebles corporales de valor apreciable en dinero, y puede ser de cualquiera naturaleza y encontrarse en cualquier lugar; siempre que cumpla con los caracteres preindicados. En el delito de robo por sorpresa la acción sólo puede recaer sobre el dinero y demás especies muebles que *la víctima lleve consigo*. El robo por sorpresa se caracteriza entonces porque la acción expropiadora del agente se ejerce

directamente sobre la persona de la víctima, pues las especies sustraídas las debe tener consigo el sujeto pasivo.

Pero no es necesario que la víctima sujete o tenga en sus manos la cosa sustraída, es suficiente que la lleve sobre sí, o en sus ropas, o puede encontrarse a su disposición en condiciones de que en cualquier momento las vuelva a tomar; como sucede con el que deja su sombrero en el mesón de la oficina del banco para firmar un cheque, circunstancia que aprovecha el delincuente para sorprenderlo llevándosele. Como bien señala Etcheberry, *llevar consigo puede consistir en tener algo puesto*, como la ropa, o guardarlo sobre la propia persona o en los bolsillos de la ropa, o tenerlo cogido, como un portadocumentos o una maleta.<sup>91</sup>

## 101. MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN

La actividad de apoderamiento de la cosa ajena, para que quede subsumida en el tipo robo por sorpresa, debe adoptar determinadas modalidades que el art. 436 describe taxativamente. La acción de sustracción, como se adelantó, es semejante a la del hurto —si bien no es totalmente clandestina— y puede acercarse a la violencia propia del robo, aunque no alcance la intensidad necesaria para constituirla. Por ello se considera que es un tipo que está en el límite superior del hurto y en el inferior del robo.

Las modalidades de las conductas descritas por el inciso segundo del art. 436 cumplen con las modalidades anotadas, y son las siguientes: a) por sorpresa, b) aparentando riña en lugares de concurrencia y c) haciendo otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión.

A. *La sorpresa*

Consiste en obrar sobre la víctima cuando está desprevenida, de manera que no logre reaccionar con la rapidez que la situación amerita. (La mujer que, con su cartera al brazo, distraídamente lee un diario mural, circunstancia que aprovecha el ladrón para arrebatarse el bolso que lleva y darse a la fuga.) El delincuente, en

<sup>91</sup> Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 346.



estas hipótesis, sobrepasa en su actividad el límite de clandestinidad propia del delito de hurto cuando realiza el apoderamiento, pero su actuar no alcanza la intensidad de la violencia requerida por el delito de robo con violencia. Hay uso de cierta fuerza, pero no aquella necesaria para calificarla como agresión física en su alcance normativo. Lo mismo sucede con el tirón necesario para arrancar el collar del cuello de la víctima o el maletín desde su brazo.

La sorpresa radica en la posición de desaprensión en que se encuentra la persona objeto del delito, que le impide proteger sus pertenencias en el momento en que le son arrebatadas, posición que el delincuente simplemente se limita a aprovechar y que otras veces él mismo promueve (el individuo que simula un desmayo y cuando la víctima se acerca para auxiliario le arrebatada los anteojos que usa).

#### B. *Apantando riñas en lugares de concurrencia*

La señalada es otra forma de cometer el delito de robo por sorpresa. Consiste en simular el delincuente una riña —que en realidad no existe— en un lugar donde haya posibilidad de público que la observe o preste atención, circunstancia que aprovecha otro delincuente para sustraer especies de las cosas que lleve 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 en este caso debe ser *simulada*; esto último es fundamental para que el hecho pueda adecuarse al delito de robo. Si el ladrón se limita a sustraer especies de las personas que observan una riña real, comete simplemente hurto y no robo.

Las características de esta clase de robo, que a su vez lo diferencian de la hipótesis comentada en la letra a), son las siguientes: primero, el delito tiene que ser cometido por más de una persona en coautoría, pues unas deben aparentar que están peleando en tanto otra u otras se apoderan de las especies de los que los observan. Segundo, la sustracción de las especies a los transeúntes es clandestina, no se recurre a fuerza de ninguna clase, tampoco a la sorpresa, sino que se aprovecha la distracción de las víctimas, se emplea el esfuerzo mínimo necesario para sacar o tomar las cosas que éstas llevan consigo sin que se den cuenta de ello.

#### C. *Haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión*

La tercera manera de cometer el delito de robo por sorpresa tiene cierta semejanza con la situación expuesta en la letra b). Normalmente requerirá la intervención de varios sujetos previamente concertados, aunque podría, de manera excepcional, ser un delincuente solitario. Se trata 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 consigo. El agolpamiento puede ser simulado o verdaderamente creado por el autor. Como en el caso anterior, no comete robo el sujeto que aprovechándose de una situación de real confusión —no creada por él— procede a apoderarse de lo ajeno; en este caso sólo responderá de hurto.

#### 102. SANCIÓN QUE CORRESPONDE AL ROBO POR SORPRESA

Esta figura se presenta como intermedia entre el hurto y el robo con violencia; sin embargo, el legislador la trató entre las de robo. Es probable que por esa razón no haya seguido el criterio que tuvo para castigar el delito de hurto que, como se recordará, la determinación de su pena depende del valor de las especies que se sustrajeron. En el robo por sorpresa la pena está establecida sin considerar la cuantía del perjuicio causado a la víctima; cualquiera sea el monto afectado, corresponde imponer la pena única de presidio menor en su grado medio a máximo, sin multa, a diferencia del delito de hurto, que aunque de menor gravedad sí la tiene.

#### 103. FIGURAS ESPECIALES DESCRITAS ENTRE LOS DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

##### 103.1. LA PIRATERÍA

Es el art. 434 el que la describe: "Los que cometieren *actos de piratería* serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo".



Es una figura que tiene un carácter histórico y que en otras legislaciones ha sido eliminada de los delitos que afectan a la propiedad. La Comisión Redactora en un comienzo consideró, a iniciativa de Alejandro Reyes, miembro de la misma, que este delito debía reglarse entre aquellos que atentan contra la seguridad pública del Estado.<sup>92</sup>

En definitiva, la Comisión Redactora lo ubicó entre los tipos de robo, en el párrafo 2º, “considerando que este delito no es por lo general sino una especie de robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra”. En ese entendido, en el art. 437 del Proyecto de la Comisión, hizo aplicable la pena del delito de robo “en todo caso a los piratas”.<sup>93</sup>

No es fácil precisar la noción de este delito, y no deja de ser curioso que la Comisión prefirió castigar al pirata, por ser tal y no por los actos que comete, pero felizmente la Ley N° 13.303, de 31 de marzo de 1959, modificó el texto del art. 434 y volvió al camino acertado de reprimir las *acciones de piratería* y no a las personas por el hecho de dedicarse a esa actividad ilícita. En el sistema nacional la piratería, que era un delito de peligro, en virtud de la modificación pasó a convertirse en delito de lesión o resultado.<sup>94</sup>

El problema se suscita en precisar qué es lo que para los efectos normativos represivos ha de entenderse por “actos de piratería”; no es una noción que se encuentre determinada en su alcance en el art. 434, y tampoco se suministran criterios para establecerlo. Carrara sostuvo que la piratería depende de los criterios político-criminales que se tengan. Si se producían muertes se estaría ante un latrocinio; observado desde el derecho de gentes la piratería se consumaba por el solo hecho de artillar una nave para dedicarla a esos actos depreñados; pero también podría considerarse como un hurto calificado por el medio o lugar de ejecución (el mar).<sup>95</sup> En este último caso, como bien expresa Soler, el sujeto que sustrae en un buque el reloj a un pasajero, sin más violencia que las propias al robo común cometería piratería, cuando en realidad se trata de un robo; por ello concluye que

<sup>92</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 26, de 27 de marzo de 1871.

<sup>93</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 164, de 2 de julio de 1873.

<sup>94</sup> Cfr. Ercheberry, *D.P.*, t. III, p. 349.

<sup>95</sup> Carrara, op. cit., t. 6º, p. 185, párrafo 2149.



pirata es aquel que recorre los mares en un bajel armado para cometer actos de depredación o violencia por propia autoridad.<sup>96</sup> Quintano Ripollés, siguiendo a Travers, califica como piratería el acto de violencia perpetrado a mano armada en el mar por expediciones provenientes del mar.<sup>97</sup> Labatut estima que son “ladrones de mar, que salen en buque armado y sin bandera a asaltar otros buques o pueblos costeros”.<sup>98</sup>

Si bien en la actualidad ofrece poco interés, conviene diferenciar al pirata del corsario, porque así se precisa el alcance de la norma. Este último es el sujeto que con una nave realiza actos de piratería en favor de un país determinado, facultado expresamente por ese Estado, generalmente en casos de conflicto bélico con otras naciones; en tanto que el pirata realiza esa actividad por cuenta y beneficio propio. El corsario como actividad ha sido abandonado en nuestra época y carece de reconocimiento en el derecho internacional.

La pena que corresponde a los actos de piratería es elevada –presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo–, pero es inferior a la del robo calificado.

### 103.2. DELITO DE EXTORSIÓN

#### a) Concepto del delito. Bien jurídico protegido

Esta figura especial se describe en el art. 438, que expresa: “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*”.

El delito de extorsión, en la forma como está descrito en el Código, suscita dudas en cuanto a su ubicación entre los robos; su enunciado comienza señalando que lo perseguido por el agente es *defraudar*, lo que podría proyectar el hecho al campo

<sup>96</sup> Soler, op. cit., t. IV, p. 580.

<sup>97</sup> Quintano Ripollés, op. cit., t. 2º, p. 13.

<sup>98</sup> Labatut, *D.P.*, t. II, p. 222.



de los fraudes. Pero cualquiera sea el criterio que se tenga sobre el punto, lo concreto es que el legislador lo calificó como una modalidad de los delitos de robo.

Sectores de la doctrina estiman que también presentan diferencia, en cuanto al bien jurídico que protegen, los delitos de robo y hurto. Se afirma que si bien la extorsión ampara la propiedad, no es en relación al derecho referido a un bien determinado mueble, sino de actos que atentan al patrimonio en general, como el reconocimiento de una deuda, o la extinción de ella.<sup>99</sup> Además, a diferencia del robo y el hurto, en la extorsión pueden resultar comprometidos no sólo bienes muebles, sino también inmuebles,<sup>100</sup> según sea la naturaleza del contenido del documento objeto material del delito, por cuanto el documento en sí mismo carece de valor o tiene uno que es mínimo.

#### b) El tipo objetivo del delito

La conducta prohibida consiste en obligar a otra persona mediante la violencia o la intimidación a que *suscriba, otorgue o entregue* un documento. El documento puede ser *público o privado*, pero en todo caso ha de importar una *obligación* estimable en *dinero*.

Es útil comentar cada uno de estos elementos del tipo objetivo. El sujeto activo, que puede ser cualquiera persona, porque la extorsión es un delito *común*, obliga a la víctima a que realice alguna de las tres acciones antes indicadas. *Suscribir* un documento supone que el delincuente le presenta al extorsionado un instrumento *escrito*; la voz *instrumento* hace referencia a algo escrito, manera que generalmente se constituyen las obligaciones; la víctima se limitará a suscribirlo. *Otorgarlo* es una forma distinta de actuar; en este caso el extorsionado debe él mismo extender el documento según las instrucciones que le dé el delincuente. *Entregar* un instrumento significa que éste tiene existencia previa en su integridad, y lo único que persigue el agente es apoderarse del mismo; esta modalidad presenta más similitud con el robo que las otras formas de extorsionar; lo perseguido en este caso es exactamente el apoderamiento de una cosa ajena, lo que no

<sup>99</sup> Bustos, op. cit., p. 215.

<sup>100</sup> Muñoz Conde, op. cit., p. 223.

sucede en las otras dos alternativas que se dirigen a lograr la creación de un documento inexistente hasta ese momento o, por lo menos, a completarlo; en estos dos casos la diferencia de este delito con el robo es más notoria.

El *objeto material de la acción* necesariamente tiene que ser un *instrumento*, la actividad del extorsionador, como objetivo inmediato persigue la entrega del instrumento preexistente o la confección de uno inexistente y su entrega posterior. No se trata de cualquier documento, sino de uno que importe una *obligación apreciable en dinero*, como podría ser un pagaré o el finiquito de una deuda. De manera que la entrega de una carta privada, de una poesía, de un pensamiento, o la suscripción de un autógrafo, aunque sean obtenidos con violencia, no constituyen extorsión, sin perjuicio de que puedan conformar otro tipo penal. Como se señaló precedentemente, existe la posibilidad de comprometer un inmueble en la extorsión, porque el documento puede consistir en una escritura pública donde se transfiera un bien raíz. La extorsión se extiende a los documentos *públicos y a los privados*, ambas categorías quedan comprendidas por el art. 438; el alcance que se debe otorgar a esas expresiones es el que se señaló al comentar los delitos de falsedad.<sup>101</sup>

La acción del extorsionador se caracteriza por la exigencia de que se le entregue o extienda un documento ejerciendo la *violencia o la intimidación* en contra de una persona. Ambos medios han sido explicados ampliamente al comentar el delito de robo en los párrafos precedentes, los que aquí se dan por reproducidos.

#### c) El tipo subjetivo

La extorsión requiere de dolo, que por la naturaleza del delito debe ser directo, porque tiene que abarcar todos los extremos del tipo objetivo antes descrito, esta exigencia margina en la extorsión la posibilidad de dolo eventual. Además requiere de un elemento subjetivo, el móvil de *defraudar*; es necesario que el agente al accionar en contra de la víctima, lo haga con el ánimo de causar un perjuicio en el patrimonio de aquella. Es suficiente que el autor actúe con ese móvil, pero no se requiere para la con-

<sup>101</sup> Véase supra párrafos N° 27 y 28.



sumación del delito que ese perjuicio se concrete, el tipo penal establece que debe actuarse con ánimo de defraudar, no que el perjuicio se materialice.<sup>102</sup>

Sectores de la doctrina sostienen, con razón, que debe mediar subjetivamente, además del dolo y el ánimo de defraudar, el *ánimo de lucrar* en el agente, porque el art. 438 asimila esta figura al robo y la describe entre esos delitos, en consecuencia, la exigencia del art. 432 en el sentido indicado es aplicable también a la extorsión, de manera que quien pretende extorsionar a otro debe hacerlo con el móvil de obtener un beneficio de orden patrimonial para sí o para un tercero,<sup>103</sup> además de perjudicar a la víctima.

#### d) Consumación del delito, etapas de ejecución

La extorsión se perfecciona cuando el sujeto pasivo entrega el documento reclamado, sea que lo haya extendido o suscrito o se encuentre previamente confeccionado. Con ese acto el tipo queda consumado, sin que sea necesario que la víctima sufra un perjuicio en su patrimonio, porque como se anotó precedentemente, es suficiente el ánimo de defraudar, no que la defraudación se materialice. De consiguiente, la extorsión es un delito de peligro concreto y no de resultado;<sup>104</sup> queda descartada, por lo tanto, la etapa de frustración. Sin embargo, como su desarrollo hace necesaria la ejecución de varios actos es posible la tentativa.

#### e) Concurso

El delito consiste en extender, suscribir o entregar un documento público o privado, de suerte que si se trata de destruirlo o inutilizarlo, esa conducta no constituye el tipo en estudio, sino la figura de estafa descrita en el art. 470 N° 5, siempre que se den los presupuestos de la referida figura, donde el perjuicio es uno de sus elementos. La simple firma de un papel en blanco tampoco lo es, porque el mismo no contiene ninguna obligación

<sup>102</sup> Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 177. En sentido contrario opina Bustos (op. cit., p. 216).

<sup>103</sup> Cfr. Bustos, op. cit., p. 216.

<sup>104</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 351. Opina de modo diverso Bustos, quien afirma que la extorsión es un delito material que se perfecciona cuando se causa realmente el perjuicio (op. cit., p. 216).

en dinero, si bien se piensa que podría constituir una tentativa cuando el autor lo exige para llenarlo posteriormente con una obligación con significación económica.

### *El delito de robo con fuerza en las cosas*

#### 104. ASPECTOS GENERALES

En la frondosidad de alternativas que ha considerado el Código al tratar los delitos contra la propiedad, se encuentra la de esta clase de robos, que tampoco es una figura única, sino una variedad de ellas más extensa aun que la que establece para los delitos de robo con violencia en las personas.

La Comisión Redactora recogió el antiguo sistema español que, como bien señala Quintano Ripollés, le otorgaba al robo una amplitud desmesurada frente a la visión que de él tenían otros ordenamientos jurídicos<sup>105</sup> y, desgraciadamente, las modificaciones que en relación a este delito se han ido haciendo en el país hasta nuestros días, en lugar de corregir esa anomalía, la agrava. No obstante, la tendencia doctrinaria dominante es suprimir esta modalidad de robo y considerar algunas de las circunstancias que lo conforman como agravantes del delito de hurto.<sup>106</sup>

Es útil recordar lo que manifestó Osvaldo Renjifo en la Comisión cuando se preparaba la redacción del párrafo sobre estos delitos: "que había encontrado serias dificultades para redactar el proyecto que se le encomendó en la sesión precedente. Según la ley patria sobre hurtos y robos, la diferencia esencial entre uno y otro conjunto de figuras consiste en la violencia que se ejerce sobre las personas, que caracteriza al segundo grupo. En el sistema del Código español y de otros códigos extranjeros, para que haya robo basta la fuerza contra las cosas, aun cuando no afecta a las personas. Entre esas dos posiciones se prefiere la primera, más conforme con el significado jurídico de las palabras hurto

<sup>105</sup> Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 310.

<sup>106</sup> Léase sobre este punto el interesante trabajo de Jorge Mera, que se cita en la bibliografía.



y robo".<sup>107</sup> La Comisión tomó en esa oportunidad el acuerdo de mantener el criterio del Código español, de considerar como delitos distintos el hurto y el robo y rechazar la idea de que este último era una especie del *género* hurto.

#### 105. CONCEPTO DEL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Estos delitos están descritos en el párrafo N° 3 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal; no constituyen una sola figura, sino varias y, en general, tienen sanciones menos rigurosas que los delitos de robo con violencia en las personas, pero más graves que las del hurto. Dadas sus características y la sanción que les corresponde constituyen un tipo penal intermedio entre el hurto y el robo con violencia.

Las diferencias más ostensibles que tienen con el delito de hurto inciden en que en éste se lesiona un solo bien jurídico, la propiedad, en tanto que en los de robo —además de ese bien— se lesionan la vida humana, la integridad física o la libertad, en el caso del robo con violencia o intimidación, y cuando se trata del robo con fuerza en las cosas la morada o la privacidad. Se controvierte, sin embargo, que esta última circunstancia sea suficiente para establecer como tipo independiente el robo con fuerza, porque no se extiende a todos los casos de fuerza material que se emplean en la comisión de una sustracción, como se verá al analizar lo que normativamente es fuerza para estos efectos.

La definición del delito de robo se da en el art. 432, que sanciona al que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de fuerza en las cosas, y sin emplear violencia o intimidación en las personas. El delito de robo en estudio, al igual que el de hurto, tiene elementos positivos y uno negativo: no ejercer violencia o coacción en contra de las personas. Aunque se dé la situación de fuerza necesaria para el delito de robo con fuerza en las cosas, si ha habido además violencia o intimidación, prefiere el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas (art. 453).

<sup>107</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 92, de 7 de junio de 1872.

Las diferencias y semejanzas del delito en estudio con el hurto son claras y fluyen del concepto antes anotado. Tienen como elementos comunes el obrar sin la voluntad del dueño, tener ánimo de lucrar y de apropiarse de una cosa mueble ajena. Los diferencia el empleo de *fuerza en las cosas*, que no se debe usar en el hurto, pero sí en el robo. En el hecho, es la única diferencia que los separa.

En el Código se describen distintas formas de robo con fuerza: a) en lugar habitado, o destinado a la habitación o en sus dependencias (art. 440); b) en lugar no habitado (art. 442); c) en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación (art. 443), y d) robo de alambres de tendido eléctrico, cables telefónicos y análogos (art. 443 inciso 2°).

#### 106. ELEMENTOS GENERALES DEL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. QUÉ CONSTITUYE FUERZA

Se ha adelantado en los párrafos precedentes que la única diferencia del hurto con el delito en estudio es el medio de comisión, esto es, el empleo de fuerza en las cosas. De lo dicho se desprende, a su vez, que los elementos típicos tanto objetivos como subjetivos de ambos son iguales, de modo que lo que se ha expuesto sobre ellos en el hurto es aplicable al robo con fuerza y se da por reproducido.

Es la *fuerza* en las cosas empleada la que le da identidad a estos delitos de robo; todos constituyen apoderamiento de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrar, pero se distinguen por la modalidad de fuerza empleada por el autor al realizar la acción de apropiación, como las circunstancias en que se ejerza y sus características. Cada tipo de robo requiere de una modalidad determinada de fuerza, lo que hace imperativo para comentarlas examinar las diversas figuras descritas por la ley penal.

Sin perjuicio de lo anotado, hay condiciones o características que son comunes a todas las modalidades de fuerza reconocidas como tales por el Código, las que se explicarán a continuación.

I. En principio, por "fuerza" para estos efectos ha de entenderse la de naturaleza física empleada para vencer resistencias



u obstáculos materiales que impiden el apoderamiento de la cosa ajena. Si bien esta es la regla general, el legislador asimiló al uso de la fuerza ciertos medios engañosos que no quedarían semánticamente comprendidos en aquella expresión y que describe en el art. 440 N° 3, que más bien son medios destinados a ganar la confianza de la víctima para facilitar el apoderamiento posterior (v. gr., emplear nombres supuestos o simular autoridad).

II. A la voz *fuerza* no puede asignársele el alcance que tiene en el lenguaje corriente, porque el legislador la usa con un sentido normativo. Siempre hay que realizar un esfuerzo físico, por pequeño que sea, para llevar a término el apoderamiento de un bien, aun para el simple hecho de tomarlo. Desde este punto de vista también habría que emplear fuerza material para concretar el delito de hurto. Pero no es ese el punto; la fuerza en el robo requiere de ciertas modalidades especiales que han sido señaladas expresamente por la ley, y en consecuencia no siempre que se emplee fuerza en una sustracción hay robo. Trepár un muro por el exterior de una casa y descolgar desde uno de sus balcones la jaula con finas aves que hay en él, es hurto y no robo porque no entró al lugar habitado; arrancar violentamente una cerca de madera en un camino para usarla como leña es hurto y no robo. La ley, en casos específicos, ha ido señalando qué entiende por fuerza, porque el Código no ha dado un concepto genérico de lo que la constituye; como lo ha hecho con demasiada frecuencia, prefiere incurrir en una casuística detallada.

III. La fuerza en el delito de robo no tiene como objetivo tomar la cosa misma, sino vencer o superar los *medios de protección de esa cosa*. La fuerza sancionada en el robo está dirigida a violentar los dispositivos de resguardo del bien ajeno con el fin de apoderarse del mismo, no es fuerza para la ley la que se emplea para tomar ese bien; esto explica que arrancar un árbol o un poste en un camino público sea hurto y no robo. Por otra parte, constituye fuerza en *las cosas* entrar a un lugar cerrado fracturando techos, saltando muros, haciendo forados, porque esos techos y muros son los medios de protección de lo que se guarda en el interior de ese lugar, y esos bienes que están guardados son los que le interesan al ladrón. Una de las críticas que se hace a la sobrevi-

vencia del delito de robo radica en esos aspectos, no se visualiza una razón jurídicamente valedera para castigar como autor de robo con fuerza en las cosas al sujeto que entra por la ventana abierta a la casa desde donde sustrae un televisor, y sin embargo se castiga como autor de hurto si se lleva el televisor de la misma casa cuando entra por la puerta que se encontraba abierta.<sup>108</sup> En ambos casos, además de la propiedad, se ha atentado a la intimidad de la morada.

IV. En el delito de robo la fuerza en las cosas necesariamente debe ser empleada para superar o vencer los medios de protección de la cosa, de manera que se ha de usar con motivo del apoderamiento, para facilitar la acción posterior de tomar el objeto mueble ajeno. Por lo tanto, la fuerza que emplee el autor con posterioridad al apoderamiento del bien, jurídicamente no constituye fuerza, aunque materialmente lo sea. Así, el ladrón que entró por la puerta de la casa y luego de haberse apoderado de las joyas de los dueños huye forzando una ventana, responde de un hurto y no de robo. Otro tanto sucede con el que sustrae la caja de fondos de un comerciante, y después en su propia morada procede a forzarla. La modalidad indicada del empleo de la fuerza constituye una diferencia de esta clase de robo con el robo con violencia o intimidación en las personas, donde la violencia puede usarse con motivo o con ocasión del delito, esto es antes, durante y después de la apropiación, en tanto que en el robo con fuerza en las cosas necesariamente debe usarse antes, precisamente para lograr el acceso al lugar donde se encuentra la cosa ajena, nunca con posterioridad.

En los párrafos siguientes se analizarán las distintas clases de robo con fuerza en las cosas sancionadas por el Código Penal; esto es el cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, el cometido en lugar no habitado, el perpetrado en lugares nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación y, finalmente, el robo de cables de tendidos eléctricos, telefónicos y semejantes.

<sup>108</sup> Bustos, op. cit., p. 200.





## 107. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN O EN SUS DEPENDENCIAS

### 107.1. CONCEPTO DEL DELITO

El art. 440 se refiere a este delito en los siguientes términos: "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:

1°. Con *escalamiento*, entendiéndose 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*.

2°. Haciendo uso de *llaves falsas*, o *verdadera que hubiere sido sustraída*, de *ganzuas* u otros *instrumentos semejantes para entrar en el 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 el tiempo y, en general, corresponde al texto que aprobó la Comisión Redactora cuando por primera vez analizó este delito, si bien sin la exigencia de que debía portar armas el delincuente y suprimiendo la cuarta alternativa que en esa época se había incorporado: cometerlo en desdoblado y en cuadrilla,<sup>109</sup> circunstancias ambas que con posterioridad fueron suprimidas.

El sistema seguido por el Código no es recomendable, por que no entrega un concepto general de lo que debería entenderse por fuerza en las cosas, simplemente hace una minuciosa enumeración de los casos en que considera que la hay, dejando fuera a diversas hipótesis a las cuales debería haberse extendido el concepto de fuerza, y viceversa, lo que se ha traducido en su aplicación práctica, en situaciones claramente inadecuadas. Se deben sancionar como robos comportamientos evidentemente menos graves que otros que sólo son encuadrados como delitos de hurto, a pesar de emplearse medios de comisión de mayor trascendencia en cuanto a su peligrosidad.

<sup>109</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 92, de 7 de junio de 1872.



## 107.2. QUÉ SE ENTIENDE POR LUGAR HABITADO, DESTINADO A LA HABITACIÓN Y SUS DEPENDENCIAS

El Código Penal no ha sido explícito al hacer referencia a los conceptos del enunciado; para determinar su alcance ha de estarse al que se les dio en esa época a las expresiones y, sobre todo, a las circunstancias que motivaron su establecimiento, al contexto de los preceptos legales, como asimismo a la aplicación práctica que los tribunales les han dado.

Con fundamento en lo señalado, se puede asignar el significado significado a cada una de las expresiones indicadas en el subtítulo.

*Lugar habitado* es aquel recinto cerrado o no, pero que está en alguna forma delimitado, y que una persona o un 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. Lugar habitado en materia de robo equivale al concepto civil de morada, o sea, el lugar en que una persona habita, descansa, duerme y desarrolla su vida íntima, además, requiere también para serlo que en el instante de llevarse a cabo la apropiación por el delincuente se encuentren allí personas, que en ese momento esté físicamente habitado. Normalmente será una casa habitación, pero no necesariamente; puede comprender cualquier recinto que una persona haya destinado y ocupe para los efectos recién indicados, aunque se trate de una porción de un terreno abierto (un departamento en un condominio, una carpa en un bosque, una casa rodante, etc.).

El concepto a que se ha hecho referencia se desprende de los arts. 442 y 443, el primero de los cuales alude a *lugares no habitados* y el segundo a *sitios no destinados a la habitación*. La disposición legal se refiere a "sitios" no destinados a la habitación, lo que supone a su vez que hay "sitios" destinados a la habitación los que entonces entendiéndose que quedaban comprendidos entre los "lugares" habitados, de manera que esa expresión abarca tanto los recintos protegidos y construidos para ese objetivo, como cualquier lugar que de hecho se ocupe con tal finalidad, aunque se trate de un mero sitio donde alguien instale su habitación, que more allí y que en el momento en que el delito se comete se encuentre presente.



*Lugar destinado a la habitación* es aquel que cumple con las condiciones antes indicadas, o sea se trata de un lugar ocupado como morada, pero que en los instantes en que el robo se comete sus moradores se encuentran ausentes, no están circunstancialmente en el lugar.

Por lo tanto, lugar habitado y destinado a la habitación son una misma cosa, con la diferencia que en el primero hay personas presentes cuando el robo se está realizando y en el segundo están ausentes.

El alcance indicado fluye al comparar el art. 440 con el art. 442, que trata de los robos cometidos en *lugares no habitados*, que como se explicará más adelante, se refiere a las construcciones que se hicieron, sea para ser dedicadas a la habitación o con otra finalidad distinta, pero que en el momento de perpetrarse la sustracción no han sido en el hecho ocupadas por nadie como morada (una industria, un local comercial, una casa habitación recién construida y aún no ocupada como tal, un teatro).

### 107.3. DEPENDENCIAS DE UN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN

Son aquellos recintos *subordinados* al lugar habitado, “como los patios, jardines, garajes, y demás sitios y edificios *contiguos* a la construcción principal, en *comunicación interior* con ella y con la cual *forman un solo todo*”,<sup>110</sup> de suerte que subordinación, contigüidad, comunicación y la idea de conjunto son las características de las dependencias.<sup>111</sup> Los sitios destinados a huertas o cultivos en general y a labores productivas no quedan comprendidos en la noción de dependencia, aunque en ellos se encuentre un recinto habitado.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> Labatut, *D.P.*, t. II, p. 224.

<sup>111</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 322.

<sup>112</sup> Respecto de los conceptos de lugar habitado, destinado a la habitación y sus dependencias, los amplios razonamientos de Etcheberry (*D.P.*, t. III, pp. 321 y ss.) sobre el punto son los que aparecen como más ajustados a la voluntad de la ley y a los antecedentes de su establecimiento, y también con los fines de política criminal que se tuvieron en vista, aunque hoy resulten discutibles y merezcan una urgente revisión. Como bien señala el referido autor, las otras disposiciones del Código que a veces hacen referencia a esta materia no aclaran mayormente el



### 107.4. MODALIDADES DE LA ACCIÓN

Se hizo notar que la acción de apropiación en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado no ofrece características que lo diferencien de la acción inherente a los demás delitos de apropiación por medios materiales, salvo en cuanto a la naturaleza de la fuerza empleada, que se encuentra taxativamente descrita en el art. 440, que se analizará a continuación. Se debe insistir que todos los medios para cometer el delito a que alude la disposición y que califica como constitutivos de fuerza, tienen como objetivo *entrar al lugar habitado* o a sus dependencias, y subjetivamente han de estar dirigidos a permitir el acceso al lugar donde se encuentre la cosa mueble que será objeto de la apropiación. Si el autor se introduce al recinto habitado empleando alguna de las maneras que se describen en la disposición citada, pero con objetivos diversos al de apoderarse de alguna cosa, como sería el caso de visitar clandestinamente a uno de los moradores con quien mantiene una relación sentimental, y ya en el interior al ver un cuadro que le interesa lo sustrae, comete hurto pero no robo, porque la forma irregular de entrar a la casa no fue *para* robar, sino juntarse con una persona.

### 107.5. ESCALAMIENTO

La primera forma de fuerza que menciona el art. 440 es el escalamiento, y junto con considerarla se preocupó de dar una noción sobre lo que debía entenderse por tal; en el N° I expresa: “entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto”, pero a continuación agregó: “por forado o con rompimiento de pared o de techos, o fractura de puertas o ventanas”. La primera parte transcrita es el concepto estricto de escalamiento; la segunda hace referencia a lo que se denomina *efracción*, pero que la ley asimila al escalamiento.

problema interpretativo, pero por lo menos dejan en claro que no es lo mismo “habitar” que estar físicamente en el lugar; así, en el delito de incendio el art. 475 N° I se refiere al que se ejecutare en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados. El art. 476 N° I castiga al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado, y otro tanto hace en su N° 2 respecto del que dentro de un poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aunque no estuviere destinado ordinariamente a la habitación.



El escalamiento en sentido estricto consiste en emplear, para *entrar* al lugar habitado, una vía que no ha sido destinada por sus moradores a ese efecto. Esta noción no debe entenderse en su sentido gramatical o naturalista, sino normativo, porque lo que el legislador ha pretendido es sancionar con más drasticidad aquellos comportamientos que evidencian que el delincuente emplea un mayor esfuerzo o destreza para vencer los medios de protección de la cosa ajena, en los que hay una mayor audacia de su parte porque no sólo se apropia de la especie, sino que, a su vez, infringe los resguardos de la privacidad de la víctima. Saltar un muro o una reja para penetrar al lugar es una vía no destinada al efecto en el sentido de la ley, pero no lo es levantar la pierna para traspasar el cerco de muy baja dimensión que rodea la vivienda, o penetrar por la ventana abierta, ubicada a muy poca altura del piso,<sup>113</sup> o hacerlo por los orificios preexistentes en el muro protector,<sup>114</sup> que en esas condiciones ya ha dejado de serlo. Los ejemplos que se señalan en la efracción son demostrativos de esa voluntad de la ley, en el sentido que el escalamiento debe tener cierta gravedad, y no consistir en cualquier acto que formalmente calce en el enunciado del N° 1° del art. 440.<sup>115</sup>

La vía no destinada al efecto en que consiste el escalamiento tiene por objeto *entrar* al lugar cerrado, de manera que si ya en el interior de una casa el delincuente procede a introducirse a una de sus dependencias por la claraboya o por cualquier medio que no sea el acceso normal de esa dependencia, para los efectos del delito de robo no hay escalamiento,<sup>116</sup> tampoco lo hay si para *salir* se emplea una vía que no es la destinada a ese fin.<sup>117</sup>

No constituye escalamiento el solo hecho de usar escalas o trepar por el exterior del edificio, salvo que se emplee como una forma de penetrar al lugar por un medio distinto al autorizado. Sin embargo se puede entrar por la puerta habilitada y existir

<sup>113</sup> Bustos, op. cit., p. 201.

<sup>114</sup> Echeberry, *D.P.*, t. III, p. 324.

<sup>115</sup> Opinán en sentido diverso al señalado Quintano Ripollés (op. cit., t. II, p. 319); Echeberry (*D.P.*, t. III, p. 324).

<sup>116</sup> Cfr. Labatut, *D.P.*, t. II, p. 224.

<sup>117</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 203; Bajo Fernández, op. cit., p. 89; Echeberry, *D.P.*, t. III, p. 323.



escalamiento, como sucede cuando el acceso normal a esa puerta es una escala que los moradores recogen una vez que la han usado, dejando la puerta abierta; si los delincuentes trepan a la misma mediante cuerdas con ganchos están empleando una vía no destinada al efecto, que sólo la constituye la escala.<sup>118</sup> La esencia del escalamiento radica en forzar los medios de protección del lugar habitado.

Otro aspecto discutido en el escalamiento incide en si es suficiente sacar la cosa ajena por las vías no autorizadas por el dueño o morador del lugar habitado, como ser introduciendo un brazo o mediante un dispositivo especial (un gancho), o es necesario que el delincuente viole físicamente la intimidad de la morada, que introduzca todo su cuerpo. Mayoritariamente se estima que el escalamiento exige que el delincuente entre materialmente al lugar, porque consiste precisamente en "entrar" por vía no destinada al efecto; introducir un brazo o parte del cuerpo o un gancho no es entrar al lugar.

La *efracción* o *fractura* técnicamente es un medio distinto al escalamiento, pero normativamente no lo es. Consiste en *entrar* por *forado*, que supone hacer orificios en los muros, techos y cualquier defensa del lugar, en tal forma que por él se pueda introducir al interior; o con *rompimiento de pared o techos*, que comprende cualquier modo de destruir los mismos, sea violentamente o removiéndolos (mover las tejas de un techo); o *fracturando puertas o ventanas*, que es romper parte de ellas o sacarlas, sea violentamente o por medios más diestros, como desatormillarlas o librarlas de sus soportes.<sup>119</sup> Los medios indicados deben cumplir con las condiciones señaladas para el escalamiento estricto, han de emplearse para *entrar* al lugar, no para salir. Si se emplean en el interior del recinto habitado para pasar de una dependencia a otra, por ejemplo, no constituyen efracción.

<sup>118</sup> Bustos, op. cit., p. 202.

<sup>119</sup> No concuerda con esto último Echeberry, quien identifica fractura con violencia, pero aquí se estima que escalamiento —en este caso fractura— importa forzar los resguardos del lugar habitado y que obliguen al autor a emplear fuerza o destreza, lo que en la especie sucede (*D.P.*, t. III, p. 325).



### 107.6. HACIENDO USO DE LLAVE FALSA, VERDADERA SUSTRÁIDA, DE GANZÚAS U OTROS INSTRUMENTOS SEMEJANTES (ART. 440 N° 2)

En este número se mencionan tres tipos de instrumentos que se emplearían para entrar en el lugar habitado: llaves, ganzúas y otros instrumentos análogos. Todos son artefactos destinados a forzar en alguna forma los medios de protección del lugar, no mediante la aplicación directa de la fuerza material, sino a través de usar los referidos instrumentos como medio de abrir las puertas que permitan el acceso. Cada uno de ellos merece una breve explicación.

El primer instrumento que menciona en el N° 2 es la *llave*, especie cuyo fin específico es abrir o 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. La llave es el instrumento hábil para hacer funcionar la cerradura, sea para abrirla y permitir el acceso, o para cerrarla e impedir la entrada. Dentro del concepto llave, en la actualidad se comprenden las tarjetas informatizadas que permiten abrir cierros electrónicos de puertas y ventanas,<sup>120</sup> porque no interesa la forma que tenga, sino la función que el instrumento presta, en este caso abrir o cerrar una cerradura, sin dañarla o romperla. Si se emplea un instrumento como un cortafío, o un soplete, puede abrirse una puerta, pero previa destrucción del cierre mecánico y por ello escapan al calificativo de llaves.

El Código distingue entre llave *verdadera* y llave *falsa*, la primera –la verdadera– es aquella o aquellas que el dueño destina para su uso. Habrá tantas llaves verdaderas como las autorizadas por el dueño (generalmente en una casa varias personas tienen llaves, porque el jefe de hogar las ha entregado a los diversos miembros de la familia; todas son verdaderas para estos efectos).

Llave *falsa*, en consecuencia, es la que se usa sin autorización del titular, la que excede al número de las permitidas por aquél (llave supernumeraria). Entre las falsas se encuentra la llave perdida por su propietario, la llave retenida por quien estaba autorizado, y que usa después que le fue retirado ese permiso, lo son a su vez los duplicados obtenidos sin autorización.

Llave *sustráida* es aquella verdadera, o sea de las autorizadas, que ha sido sacada subrepticamente por un tercero que carece

<sup>120</sup> T. S. Vives, op. cit., p. 851.

de derecho para usarla. Nótese que se hace referencia a una llave *sustráida* y no a una *hurtada*, y ello porque el tercero puede pretender usar la llave únicamente, pero no apropiársela, aun puede devolverla después de que se ha servido de la misma, para disimular u ocultar su acción. Queda comprendido en la expresión *sustráida* el hurto de la llave, pero su alcance se extiende a extremos más amplios que el delito de hurto.

Puede ofrecer duda si la llave de un candado queda o no comprendida entre aquellas a las cuales hace alusión el número dos del art. 440. La respuesta es positiva, porque un candado puede calificarse de cerradura: es posible emplearlo para abrir o cerrar una puerta o una ventana.<sup>121</sup> No constituyen cerradura para estos efectos los picaportes y los cerrojos, porque no requieren de llaves para manipularlos.

Si el tenedor de una llave verdadera (autorizada por el titular) procede a sustraer empleando para entrar al lugar cerrado esa llave, no comete robo, pero sí hurto.<sup>122</sup>

El uso de *ganzúas* para entrar al lugar habitado constituye robo. La palabra ganzúa se debe entender en su alcance corriente, esto es “alambre fuerte y doblado en una punta, a modo de garfio, que a falta de llave puede correr los pestillos de las cerraduras”.<sup>123</sup> La ganzúa permite suplir la falta de una llave verdadera o falsa para abrir la cerradura de una puerta o ventana con el objetivo de entrar al lugar habitado.

Finalmente, el N° 2 en estudio menciona *otros instrumentos semejantes* a las ganzúas, expresión amplia que no debe entenderse en cuanto a que posea una forma análoga, sino en cuanto puede tener un uso adecuado para forzar las cerraduras. De consiguiente, comprende las llaves de otras cerraduras –que no pueden calificarse de tales cuando no corresponden a la cerradura para la cual fueron confeccionadas–, como también la llave maestra,<sup>124</sup> un punzón y cualquier artefacto que permita manipular un cierre mecánico.

<sup>121</sup> Cfr. Eicheberry, *D.P.*, t. III, p. 326.

<sup>122</sup> Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 204.

<sup>123</sup> Labattut, *D.P.*, t. II, p. 225.

<sup>124</sup> Opina en sentido contrario Eicheberry (*D.P.*, t. III, p. 328), que califica tales instrumentos como llaves falsas, criterio que no se comparte porque la noción de falsedad se vincula con algo semejante o imitado a lo verdadero, lo que en las hipótesis cuestionadas no se da.



No está de más abundar en el sentido de que los medios antes señalados son constitutivos de modalidades de robo siempre que hayan sido empleados para *entrar al lugar habitado*, si ya en el interior se hace uso de los mismos para forzar puertas o armarios, esos actos no importan robo. Si el delincuente entra a la casa habitación por la puerta que por descuido quedó abierta, y ya en el interior fuerza la puerta de la pieza escritorio con una ganzúa, no comete delito de robo, sino de hurto.

#### 107.7. INTRODUCIÉNDOSE AL LUGAR HABITADO O EN SUS DEPENDENCIAS MEDIANTE ENGAÑO

El N° 3 del art. 440 se refiere a esta forma *astuta* de introducción que califica como fuerza, y que presenta tres alternativas: a) *seduciendo* a algún doméstico, b) a favor de nombre supuesto, y c) *simulando* autoridad. Todos los recursos señalados tienen por objetivo penetrar al lugar habitado, de manera que si se emplean con otro objetivo, como facilitar la salida del lugar, o lograr la manifestación de la cosa ajena pretendida, no constituyen la fuerza requerida por el tipo penal.

Obvio es decirlo, en sentido estricto ninguno de estos recursos constituye fuerza, son simples medios engañosos empleados por el delincuente, que el legislador asimiló a la fuerza inherente al robo.

a) *Seduciendo a un doméstico*. El Código fue muy restrictivo al establecer esta modalidad de la acción, la limita a los *domésticos*, y por ellos han de entenderse a los 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, jardineros, cocineros y todo el que desarrolle funciones análogas. *Seducir* es una expresión que debe entenderse en su sentido vulgar, o sea persuadir o engañar con astucia, y no con el sentido que en otras disposiciones a veces la ley la ha usado, como sucede en el art. 233 N° 3 que refiriéndose a la prevaricación, considera autor de ese delito al que *seduzca* o solicite a una mujer.

El delincuente debe proceder a engañar a un empleado doméstico en una casa, sea hombre o mujer; a ganarse la confianza

del mismo con el objetivo de que lo deje entrar para apropiarse, una vez en el interior, de algún objeto valioso que allí encuentre. Si se gana la confianza del dueño o de la dueña de casa, o de alguno de sus moradores, no opera la circunstancia en referencia, porque el tipo exige que se trate de personal doméstico.

b) *Usar nombre supuesto*. Esta forma empleada por el autor para que se le permita la entrada en el recinto habitado, no consiste en que el sujeto use un nombre distinto al que realmente tiene o que corresponda a otra persona, porque esa situación no tiene incidencia relevante alguna en la comisión del delito; a la víctima le es indiferente que el sujeto diga llamarse Juan cuando su nombre real es Pedro. La hipótesis consiste en usar una identidad que induzca a los moradores a permitirle el ingreso a la casa, a provocarles un error en ese sentido; así sucedería si invoca la calidad de inspector sanitario o de funcionario de la empresa que suministra la electricidad, o de pariente.

c) *Simulación de autoridad*. Lo antes comentado se extiende a esta forma de cometer el delito de robo; el sujeto activo debe aparentar ser una autoridad, de aquellas que tienen poder para entrar en una casa o morada, tal como un receptor judicial o un agente policial con orden competente. El precepto establece que debe haber *simulación*, que es algo más que la mera afirmación de que se es autoridad; simular involucra un fingimiento, o sea el autor debe recurrir a medios que induzcan a error en cuanto a su aparente función, como emplear uniforme cuando se dice policía, o una credencial que respalde su presunta función.

#### 107.8. SANCIÓN QUE CORRESPONDE AL DELITO DE ROBO EN LUGAR HABITADO

El art. 440 establece una sanción única privativa de libertad para este delito, con independencia del valor de los objetos sustraídos, que es la de presidio mayor en su grado mínimo. La pena no guarda siempre relación con la gravedad del hecho y frecuentemente en la práctica judicial puede resultar excesiva.



## 108. EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR NO HABITADO

### 108.1. CONCEPTO DEL DELITO

Esta figura penal está descrita en el art. 442, que expresa: "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 hubiere substraído, de *ganizas* u otros instrumentos semejantes para *entrar en el lugar* del robo o *abrir los muebles cerrados*".

El delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado debe cumplir con todas las condiciones señaladas para el tipo objetivo y subjetivo en el caso del hurto, sin perjuicio de que en cuanto a su forma de ejecución y a los lugares donde debe llevarse a cabo la sustracción de la especie ajena ofrezca características que le son propias. De consiguiente, en este párrafo sólo se aludirá a los aspectos particulares que lo individualizan y que se describen en el artículo transcrito.

La disposición plantea un primer problema, que incide en determinar el alcance de las palabras *lugar no habitado*. Como se precisó al comentar el delito en lugar habitado, 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. De suerte que se considera como lugar *no habitado*, en principio, aquel que no está destinado a ser morada de una persona en el momento en que el delito se comete. Pero esa noción debe perfeccionarse teniendo en cuenta que en el art. 443 se hace referencia a *sitios no destinados a la habitación*, lo que permite establecer en cuanto a los recintos no habitados una diferencia entre los que son *lugares* y los que son *sitios*. Lugares son, en consecuencia, 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, que además en el momento

de comisión del delito no está sirviendo de morada a ninguna persona, sea que al constituirlo o demarcarlo se haya pensado en dedicarlo a la habitación (una casa o un departamento recién construido pero que aun nadie lo ha ocupado para vivir) o haya sido construido para fines de otro orden (un galpón, una bodega).<sup>125</sup>

Precisado el recinto o espacio físico en que se debe cometer el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, es necesario analizar las diversas modalidades de fuerza descritas por el art. 442 en sus tres números.

### 108.2. EL ESCALAMIENTO (N° 1)

El Código Penal dio una definición de lo que entiende por *escalamiento* en el art. 440 N° 1 al describir el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación que, como se señaló en su oportunidad, incorpora también a la efracción. Esa noción entendida en el sentido global antes indicado, esto es incluyendo la fractura, rige también para el robo en lugar no habitado, en atención a lo cual se da por reproducido lo que allí se comentó. Al igual que sucede en el robo en lugar habitado, el *escalamiento* constituye fuerza únicamente cuando se realiza para *entrar* al recinto no habitado.

### 108.3. FRACTURA DE PUERTAS Y PROTECCIONES INTERIORES (N° 2)

A diferencia de lo que sucede en el robo en lugar habitado, en este caso la fractura de puertas *interiores*, como de armarios, arca y cualquier mueble cerrado o sellado ubicado en el lugar no habitado, constituye fuerza. Por lo tanto, la rotura de cajones de un escritorio, de un estante cerrado, de la rotura de una pieza interior de una bodega u oficina, constituyen fuerza para estos efectos. En esta clase de robo se extendió el concepto de fuerza además de las puertas o ventanas exteriores que pueden permitir el acceso al lugar, a las puertas interiores, a los armarios y en

<sup>125</sup> Eicheberry, *D.P.*, t. III, p. 320.



general a los objetos sellados o cerrados. No se dejó constancia de la razón por la cual no se hizo otro tanto en relación al lugar habitado y, lo que no deja de ser sorprendente, a pesar de las modificaciones que se han efectuado al Código, esta situación se ha mantenido.

#### 108.4. HACER USO DE LLAVES FALSAS O VERDADERA SUSTRÁIDA, DE GANZÚAS O INSTRUMENTOS SEMEJANTES (N° 3)

El N° 3 del art. 442 presenta cierta diferencia con el N° 2 del art. 440, que se refiere a hacer uso de llaves falsas o sustraídas en lugar habitado, en particular porque en la hipótesis en estudio se considera el uso de llaves o ganzúas tanto para *entrar* al lugar no habitado como para “abrir los muebles cerrados” que se encuentren *dentro de él*, lo que no sucede en el primer caso. El delincuente que usa, en consecuencia, llaves o ganzúas, emplea fuerza en las cosas tanto si se vale de ellas para entrar al lugar no habitado, como cuando habiendo ingresado sin emplearlas, recurre a esos instrumentos para abrir en el interior muebles cerrados (estantes, baúles, cajones de escritorio).

Los conceptos de llaves falsas, verdadera sustraída, de ganzúas y de otros instrumentos semejantes, se precisaron cuando se comentó el robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Lo allí explicado vale igualmente en esta oportunidad.

La disposición se refiere a *muebles cerrados*, expresiones que deben entenderse en sentido amplio, o sea de cualquier objeto, de madera o de otro material, cuyo acceso a su interior se proteja con una cerradura que requiera de llave para abrirla. En el N° 2 del artículo en estudio se mencionan, aparte de los *muebles*, objetos cerrados o sellados (productos ensacados, o guardados en cajas de cartón o de madera), que en este N° 3 se omiten, pero su exclusión se justifica plenamente porque esas protecciones carecen de cerradura que requieran de llave. Si se abren violentamente esos objetos cerrados, tal acción constituye fuerza, pero no por lo dispuesto en el N° 3, sino que conforme al N° 2, que considera fuerza la fractura de objetos cerrados o sellados.



#### 108.5. PENA QUE CORRESPONDE AL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR NO HABITADO

La pena que se asignó a este delito es menos grave que la señalada al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, y al igual que éste, no considera el valor de las especies sustraídas para regularla. Se trata de una pena privativa de libertad que tiene dos grados, presidio menor en sus grados medio a máximo, equivalente a la que el N° 1 del art. 446 regula para el hurto de especies de valor superior a 40 unidades tributarias mensuales, pero sin la multa que se agrega en el caso de hurto. Curiosa y anómalamente, si se roban especies por el valor indicado, a pesar de haberse empleado medios constitutivos de un mayor injusto, la pena es menos rigurosa que si simplemente se hurtan esas mismas especies, porque la privativa de libertad no va aparejada de la de multa.

#### 109. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO O EN SITIOS NO DESTINADOS A LA HABITACIÓN

##### 109.1. CARACTERÍSTICAS DE ESTE DELITO

El art. 443, inciso primero, expresa lo siguiente respecto de esta figura 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 *sitio no destinado a la habitación* si el autor hace uso de *llaves falsas* o *verdaderas que se hayan sustraído*, de *ganzúas* o *instrumentos semejantes* o si se procede, mediante *fractura* de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si utilizan *medios de tracción*.”

Como sucede con las otras figuras de robo con fuerza en las cosas comentadas en los párrafos precedentes, lo que da individualidad a esta figura es el lugar donde se comete la sustracción. Las anteriores se referían a los lugares habitados y a los no habitados; la que se está analizando requiere que el robo se cometa en *bienes nacionales de uso público* o en *sitios no destinados a la habitación*.

Para precisar en qué consisten los aludidos lugares, hay que recurrir al Código Civil, cuyo art. 589 inciso primero, expresa:



“Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda”, y agrega el inciso segundo: “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*”.

El concepto de bien nacional de uso público no merece dudas, se extiende a aquellos que pertenecen a toda la nación y cuyo uso puede ser ejercido libremente por todos sus habitantes. La noción de *sitio no destinado a la habitación* ofrece mayores dificultades, pero como se expresó al analizar el concepto de *lugar no habitado*, 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. De modo que la diferencia entre *sitio* y *lugar* no habitado consiste en que estos últimos son recintos protegidos, con resguardos que impiden su libre acceso, en tanto que el sitio carece de esa protección (no tiene cercos, muros, techo), lo que se desprende, además, de la misma disposición que los consideró junto con las calles, las plazas y los puentes. Por otra parte, si una persona instala su morada en un sitio de los descritos, donde pernocta y descansa, para estos efectos pasa a ser un lugar habitado. Si de allí un sujeto sustrae una especie se comete robo en lugar habitado o destinado a la habitación, siempre que se cometa con alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 440.

Para que en un bien nacional de uso público o en un sitio no habitado se cometa el delito de robo debe mediar cualquiera de las diversas clases de fuerza en las cosas que enuncia el art. 443 y que se explicarán a continuación.

#### 110. USO DE LLAVES FALSAS O VERDADERAS QUE SE HAYAN SUBTRAÍDO, DE GANZUAS U OTROS INSTRUMENTOS SEMEJANTES

Se ha explicado en los párrafos anteriores el alcance de las expresiones empleadas por el legislador, tanto respecto de las llaves como de las ganzúas. Es frecuente que en las calles se amarren con cadena y un candado determinados efectos, como triciclos de reparto, escaleras empleadas para arreglos de alumbrado



público, o que en las plazas existan recintos cerrados, a veces subterráneos, que se aseguran con cerraduras, donde se guardan implementos de trabajo; esas cerraduras pueden ser forzadas con las llaves o ganzúas aludidas para apoderarse de los objetos allí protegidos. La ejecución de hechos como los recién señalados constituye robo con fuerza.

Las llaves o ganzúas pueden ser usadas tanto para *entrar*, si se trata de lugar cerrado, como para abrir estantes o cajones en el *interior* o *exterior del recinto*; la ley no hizo distinción en ese aspecto:

#### 111. FRACTURA DE PUERTAS, VIDRIOS, CIERROS, CANDADOS U OTROS DISPOSITIVOS DE PROTECCIÓN

Esta forma de fuerza también ha sido tratada al analizar el robo con fuerza en lugar no habitado, pero refiriéndola a los muebles u objetos cerrados o sellados *interiores*, en tanto que en el presente caso no distingue si son interiores o exteriores, de modo que comprende a ambos, y además hace referencia a vidrios, aludiendo a las vitrinas o escaparates, como también a las puertas y, en general, a cualquier *dispositivo de protección* que 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. Se incluyen estas últimas porque si bien no existirían cuando se redactó la disposición, constituyen por esencia dispositivos de protección, y el precepto menciona a estas últimas al final de la enumeración para comprender cualquier sistema de seguridad. En consecuencia los medios que enumera, tales como los cierros y candados, no pueden considerarse indicadores del sentido de las expresiones *dispositivos de protección*, y restringirlos sólo a los análogos a aquellos que allí se mencionan expresamente, como sectores de la doctrina lo han entendido.<sup>126</sup>

En este N° 3 del art. 442 por primera vez se señala una forma de fuerza en las cosas que en los demás tipos de robo no se había indicado. Se trata de los *medios de tracción*, que son los que permiten arrastrar una cosa para llevársela. Tiene razón Labatut cuando

<sup>126</sup> Ercheberry estima que las alarmas automáticas no quedan comprendidas (D.P., t. III, p. 332).





señala que en este número no siempre la fuerza es ejercida sobre la protección de la cosa; bien puede a veces ejercerse directamente sobre esta última.<sup>127</sup> Eso sucede cuando se usa la tracción, por ejemplo, para remolcar un vehículo estacionado en la vía pública.

Se ha pretendido limitar la expresión medio de tracción exclusivamente a aquellos medios que aumentan la fuerza física del sujeto activo,<sup>128</sup> pero esta restricción no parece tener respaldo dogmático, por cuanto una cuerda que permite arrastrar un objeto constituye un medio de tracción; esta palabra significa arrastrar, y para hacerlo cualquier medio ajeno al cuerpo mismo es suficiente, así una cuerda, una cadena, un tractor.

La *pena* que el Código determina para este delito es igual a la que se fija para el robo en lugar no habitado, o sea presidio menor en sus grados medio a máximo, y merece la misma crítica que se expresó en la oportunidad en que se comentó aquel delito.

#### 112. AGRAVANTE ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD EN EL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS DESCRITO EN EL ART. 443: INTERRUPCIÓN O INTERFERENCIA DE SERVICIO PÚBLICO O DOMICILIARIO

En el inc. 2° del art. 443 se establece una circunstancia agravante de responsabilidad del autor de un delito de robo con fuerza de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación. El texto del referido inciso es el siguiente:

“Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo”.

La Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, sustituyó el primitivo texto del art. 443, que en su inciso segundo sancionaba expresamente el robo de alambres de tendidos eléctricos y cosas semejantes, con una redacción extremadamente casuística; pero

<sup>127</sup> Labatut, *D.P.*, t. II, p. 226.

<sup>128</sup> Así lo afirma Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 332.



junto con eliminar esa disposición, creó en el actual art. 447 bis un tipo especial de hurto cuyo objeto material son “cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios”. De suerte que si en el apoderamiento de tales objetos concurre alguno de los medios de fuerza propios del robo descritos en el art. 443, tal hecho queda reprimido por esta última norma y no como hurto, agravándose la sanción en la forma que se expresa en el inciso transcrito en el inicio, si con ocasión de la ejecución del delito se interrumpe o interfiere el suministro del servicio de que se trate. La pena señalada al delito, de consiguiente, ha de imponerse al autor en su grado máximo. Es útil señalar que no se trata de establecer una responsabilidad por la mera concreción de tal efecto, el mismo debe quedar abarcado por el dolo del agente.

#### 113. TIPOS ESPECIALES VINCULADOS CON EL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

##### 113.1. GENERALIDADES

En los arts. 444 y 445, respectivamente, se hace referencia a dos situaciones muy particulares, una referente a la tentativa de robo, y la otra a la fabricación de instrumentos destinados a la comisión de esos delitos. Estas figuras —si pueden denominarse tales— fueron aprobadas por la Comisión Redactora<sup>129</sup> sin comentarios especiales sobre su establecimiento o las razones que las respaldaban. La primera de ellas originalmente tenía un tenor un poco diferente, pero durante la revisión del proyecto, en sesión posterior, se modificó su texto en la forma como se lee en la actualidad.<sup>130</sup>

##### 113.2. PRESUNCIÓN DE TENTATIVA DE ROBO

El art. 444 expresa lo siguiente: “Se presume *autor de tentativa* de robo al que se *introdujere* con forado, fractura, escalamiento,

<sup>129</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 93, de 12 de junio de 1872.

<sup>130</sup> Acta de la Comisión Redactora N° 164, de 2 de julio de 1873.



uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganza en algún aposento, casa, edificio *habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias*".

Este precepto estableció, a iniciativa del miembro de la Comisión señor Gandarillas, una *presunción legal de tentativa de robo en lugar habitado*, que presenta las siguientes características:

- a) Se trata de una presunción legal; de consiguiente puede desvirtuarse rindiendo prueba en contrario;
- b) Sólo opera tratándose de lugares habitados o destinados a la habitación, y las dependencias de éstos, que corresponde calificarlos de tales según los criterios que se indicaron en los párrafos precedentes, relativos al alcance de las expresiones lugar habitado o destinado a la habitación y no habitados. Quedan fuera de esta presunción los lugares no habitados, los sitios no destinados a la habitación y los bienes nacionales de uso público;
- c) La presunción, según las circunstancias concretas del hecho, se refiere a los delitos de robo con fuerza en las cosas descritos en el art. 440 exclusivamente, no podrá presumirse una tentativa de delito de robo con violencia en las personas, no obstante tratarse de lugares habitados. También quedan excluidos los robos en lugares no habitados o en bienes nacionales de uso público;
- d) 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, que puede ser un aposento, una casa, un edificio o en sus dependencias, y
- e) Para introducirse al lugar debe haber empleado alguno de los siguientes medios de ejecución: forado, escalamiento, fractura, llaves falsas o verdadera sustraída o ganzas.

Si el inculpaado no logra desvirtuar la presunción que obra en su contra, procede que se le condene como autor de tentativa de robo, pero no es aplicable en este caso el inciso primero del art. 450, que establece que la tentativa en algunos tipos de robo, entre ellos el descrito en el art. 440, se castigará como delito consumado. Los hechos indicados en el art. 444 en estudio dan origen a una presunción, lo que ya es algo excepcional, de modo que esos hechos imperativamente han de ser tratados como *tentativa* para todos los efectos legales, entre ellos lo relativo a su penalidad.

### 113.3. TENENCIA O FABRICACIÓN DE IMPLEMENTOS APTOS PARA ROBAR

El art. 445 se refiere a esta materia: "El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo".

El precepto transcrito tiene una norma desfasada en el tiempo, que corresponde a reglas que existían en legislaciones de otras épocas, pero que nuestro país mantiene por un conservadurismo legislativo criticable.

La fabricación y tenencia de esos utensilios no son actos preparatorios ni menos ejecutivos del delito de robo; simplemente se describe una figura penal independiente, de *delicto abstracto*.<sup>131</sup> Lo que se prohíbe, de hecho, es la existencia de instrumentos que por naturaleza sirven para cometer delitos de robo, que tienen ese destino. Por ello se prohíbe fabricarlos, expendierlos (distribuirlos) o tenerlos,<sup>132</sup> aunque se ignore si van o no a ser usados para perpetrar un delito. Entre esos implementos peligrosos se mencionan, por vía ejemplar, las llaves falsas y las ganzas, cuyo alcance y sentido se ha explicado con anterioridad.

Para liberarse de la sanción, el inculpaado debe dar *explicaciones suficientes* (descargos) sobre la fabricación, expendición, adquisición o conservación; la suficiencia debe ser apreciada por el tribunal. Si alguno de esos implementos es empleado efectivamente para cometer un robo, se estaría en el caso de la *fabricación o expendición* ante un concurso material de delitos, siempre que el fabricante o el vendedor sea una persona diferente al autor del robo, porque este último hecho no consumiría la tenencia o fabricación que constituyen conductas ilícitas autónomas.

<sup>131</sup> Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 859.

<sup>132</sup> Algunos autores estiman que este delito es de peligro concreto, porque los implementos deben ser elaborados o se tienen *para cometer delitos determinados* específicamente, lo que se desprendería de la palabra "conocidamente" empleada por la disposición (Eicheberry, *D.P.*, t. III, p. 335). Si se acepta esa tesis, la tenencia o la fabricación de los implementos constituirían actos preparatorios, los que en caso de comisión del robo quedarían consumidos por éste (Bajo Fernández, op. cit., p. 103; Muñoz Conde, op. cit., p. 227).



La *pena* señalada para este delito es presidio menor en su grado mínimo. La independencia y benignidad de ella en relación a la pena del delito de robo, confirma la naturaleza de delito de peligro abstracto de esta figura.

*El abigeato y otras figuras caracterizadas por el objeto sobre el cual recae la acción de apropiación*

#### 114. GENERALIDADES

La Ley N° 20.090, de 11 de enero de 2006, incorporó el párrafo cuarto bis en el Título IX, bajo el epígrafe "Del abigeato", que no existía como figura específica con anterioridad. Primitivamente la sustracción de animales era considerada como una posible causal de calificación del delito, posibilidad que quedaba entregada al criterio del tribunal; en la actualidad el legislador ha expresado su voluntad de dar un tratamiento especial a las apropiaciones de ciertos animales, o sea de ganado, y creó el delito de "abigeato". En el sistema se ha mantenido el criterio de agravar la pena de apropiaciones que recaen sobre determinados objetos materiales, como los vehículos o —en otros casos— se atenúa; así sucede con la sustracción o destrucción de expedientes administrativos o judiciales, como se observará en los párrafos siguientes.

A continuación se analizará el abigeato, en seguida el hurto o robo de vehículos y, finalmente, la sustracción de expedientes.

#### 115. EL ABIGEATO

En el párrafo cuarto del título noveno, arts. 448 bis a 448 quinquies, se tratan varias situaciones. Primeramente, se sanciona como figura independiente el delito de abigeato en los arts. 448 bis y 448 ter, que se extiende a tres órdenes de comportamientos prohibidos: la apropiación de animales ajenos, el beneficio o destrucción de un animal para apropiarse de partes de su cuerpo y, por último, el hallazgo de animales y su no entrega a la autoridad o a sus dueños. Además, se castiga el porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente usados en estas

faenas (art. 448 quáter, inciso primero parte final) y la apropiación de plumas, crines, cerdas y pelos de animales (art. 448 quinquies). Se establecen ciertas presunciones de autoría y de dominio, como también algunas reglas referentes al transporte de ganado (art. 448 quáter). Se trata de una miscelánea de situaciones vinculadas específicamente con el ganado, que —no deja de sorprender— han sido materia de preocupación especial del legislador penal.

#### 116. EL COMPORTAMIENTO PROHIBIDO

Como se anunció en el párrafo precedente, las conductas sancionadas como abigeato son varias:

a) *Apropiación de animales por medios subrepticios o violentos*. En el art. 448 bis se expresa: "El que robe o hurte uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor o porcino, comete abigeato y será castigado con las penas señaladas en los párrafos 2, 3 y 4".

Ha sido tradicional en el país la protección de la actividad agrícola y ganadera en siglos pasados porque tanto el transporte como la explotación agrícola se hacía con el empleo de animales y, hoy en día, por el importante desarrollo económico que ha alcanzado la industria ganadera y, en general, la crianza de animales. El incremento evidente de la actividad ganadera se ha traído, a su vez, en una mayor ocurrencia de delitos vinculados a esa área, sobre todo la sustracción de ganado, lo que inclinó al legislador a establecer una figura especial con una pena más rigurosa, posición esta última que puede ser objeto de seria reserva en atención a qué medidas de esta índole carecen de verdadera efectividad como prevención general o especial.

La sustracción de ganado ha recibido tradicionalmente el nombre de abigeato, que se caracteriza porque la acción tiene como objeto material animales vivos, en particular los cuadrúpedos.

El origen de la expresión se encuentra en el Derecho Romano, del latín *abactatio*, que significa echar las bestias por delante, para conducir las arriándolas.<sup>133</sup>

<sup>133</sup> Soler, op. cit., t. IV, p. 229.



El primitivo art. 449, con una redacción evidentemente deficiente, enumeraba como posibles objetos de la acción delictiva a los caballos o bestias de silla o carga (o sea que transportan personas o cosas), de ganado mayor, menor o porcino. *Ganado*, como su alcance semántico lo señala, es un conjunto de bestias mansas de la misma especie, que sirve para el trabajo o la alimentación, y aun para la industria; se trata, por lo tanto, de un rebaño de cuadrúpedos de cierta talla.<sup>134</sup> El ganado mayor está compuesto por vacas, caballos, mulas o burros; el menor por camélidos, cabríos, ovejas o cerdos; la designación particular que hace el artículo respecto de estos últimos, si bien no es adecuada, se hizo para evitar la duda que podría suscitarse sobre si estaban incluidos en el ganado menor. Quedaron excluidos los animales domésticos, como perros o gatos, los animales no domesticados como los conejos, y los usados en laboratorios (ratones y análogos).

El art. 448 bis, en su redacción actual, mejoró parcialmente el primitivo tenor del art. 449 antes aludido, pues expresamente hizo referencia a la sustracción de un animal, toda vez que al hablarse de "ganado" únicamente, se habían suscitado dudas al respecto, y se pensaba que en el abigeato era necesario que lo sustraído fueren varios animales; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia habían concluido que el delito comprendía la apropiación de una unidad. Con el texto actualmente vigente se descartó todo equívoco, de manera que la acción en el abigeato puede recaer tanto en una unidad como en una pluralidad de animales.

b) *Beneficio o destrucción de animales para apropiarse de todo o parte de ellos*. El inciso cuarto del art. 448 ter dispone: "Será castigado como culpable de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes". Se sanciona como delito de abigeato la acción de privar de la vida a un animal o destruirlo, siempre que se tenga como finalidad apropiarse del mismo o de alguna de sus piezas o partes. Se trata —en realidad— de un delito de daños, de la destrucción o muerte de un animal; que requiere para su existencia de un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente: apropiarse de todo o parte de los restos del

<sup>134</sup> *Ibidem*.

cuadrúpedo. No se exige que el agente alcance o concrete su objetivo de apropiarse, el delito se consuma con la muerte o destrucción del animal, siempre que tales acciones hayan tenido como objetivo la apropiación del todo o parte de los restos.

Los verbos rectores son *destruir* o *matar*; conceptos que no son sinónimos. Por *matar* debe entenderse la privación de la vida del animal, en la noción *destruir* se comprende dejarlo incompleto, inútil o inepto para el servicio a los cuales por su naturaleza se le destina. La pena puede corresponder a la del delito de hurto, robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, según la modalidad que se haya empleado para su ejecución, más el aumento de grado inherente al abigeato.

Si la muerte o destrucción no va aparejada del elemento subjetivo *apropiarse de los restos*, esos comportamientos no se subsumen en el art. 448 ter, sin perjuicio de que puedan encuadrarse en el delito *daños* (arts. 484 y siguientes) y, por consiguiente, serán las sanciones señaladas por esta figura las aplicables, sin el aumento de grado establecido para el abigeato.

#### 117. LA PENALIDAD DE LAS DOS FIGURAS DE ABIGEATO RECIENTE COMENTADAS Y FORMA DE DETERMINARLA

El art. 448 bis expresa que la pena que corresponde a la apropiación de animales, es la misma sanción que corresponde —según la forma de comisión del hecho— al delito de hurto, de robo con fuerza en las cosas o de robo con violencia o intimidación en las personas. Pero de inmediato el art. 448 ter agrega: "Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes, el juez *deberá aumentarla en un grado*". En el inciso tercero del artículo citado se hace notar que cuando la pena consta de dos o más grados, el aumento en cuestión se hará después que se haya determinado la pena que le habría correspondido al imputado, sin considerar la circunstancia de tratarse de sustracción de animales. De suerte que las penas señaladas para los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimidación en las personas



son las aplicables en la especie, con el aumento de grado a que se ha hecho referencia.

Con respecto de la sanción en el caso del hurto de animales pueden suscitarse algunas dudas. Es sabido que la pena privativa de libertad del delito de hurto, como lo indica el art. 446, va aparejada de una pena de multa que se regula conforme a la cuantía de las especies sustraídas, pero no así en los delitos de robo con fuerza en las cosas y con violencia, donde no rige la referida sanción pecuniaria. No obstante, tratándose del abigeato esa regla sufre una modificación, pues el inciso segundo del art. 448 ter establece que tanto en los delitos hurtos como en los de robo de animales, si éstos tienen un valor que excede a cinco unidades tributarias mensuales, el juez debe aplicar, además de la pena privativa de libertad calculada de la manera antes indicada, una pena accesoria de multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales. Debe concluirse, de consiguiente, que en la forma señalada se ha modificado el art. 446 en relación al hurto de animales, en cuanto a esta pena accesoria y que, por el carácter especial que tiene el art. 448 ter para el abigeato, su aplicación ha de ser preferente con respecto de la multa a que se refiere el art. 446. Ha de descartarse, obvio es decirlo, la posibilidad de que puedan imponerse ambas penas de multa simultáneamente, porque sin perjuicio de lo recién aseverado, se violaría también el principio *non bis in idem*.

#### 118. ABIGEATO DE HALLAZGO

El inciso final del art. 448 ter sanciona lo que podría denominarse como abigeato de hallazgo, por cuanto se refiere a los animales perdidos o abandonados que no son entregados a sus propietarios o a la autoridad. El referido inciso expresa lo siguiente: "La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales comprendidos en el artículo anterior".

Por consiguiente, aquel que encontrare uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino, perdidos o abandonados cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual, constándole quien es su dueño y no lo entre-



gare a éste o a la autoridad, se le debe imponer la pena privativa de libertad señalada en el art. 448 aumentada en la forma que se indicará más adelante. Es útil precisar que en este caso la multa a imponer como pena accesoria es la determinada en el art. 448 —o sea, la que se especifica para las especies al parecer perdidas— y no así la del artículo 448 ter, inciso segundo —que es la que corresponde al abigeato—, pues sólo le es aplicable el inciso primero de esta última disposición, y no así el inciso segundo.

#### 118 BIS. APROPIACIÓN DE PLUMAS, PELOS, CRINES, CERDAS O CUALQUIER ELEMENTO DEL PELAJE DE ANIMALES AJENOS

El art. 448 quinquies dispone: "El que se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio".

La conducta prohibida es la "apropiación" —o sea debe concurrir el *animus rem sibi habendi* de parte del agente—, pero en relación de especies determinadas. El objeto material de la acción es "cualquier elemento del pelaje de animales ajenos", y por vía ejemplar se enumeran los pelos, las crines o cerdas, que guardan relación con los animales que pueden ser objeto de abigeato; pero la disposición extiende el concepto mencionando también a las plumas, de manera que las aves —como las gallinas, los avestruces y otras— quedan comprendidas; otro tanto sucede con los animales domésticos, respecto de su pelaje o plumaje. Tampoco tiene importancia el valor de las especies de que se trate.

La forma de apropiarse del pelaje o plumaje puede ser cualquiera, como claramente lo indica la disposición, sea que se arranquen, corten o esquilen —como sucede con la lana de las ovejas— o simplemente se sustraigan una vez que se encuentren almacenadas o embaladas. Cuando directamente se separan del animal, éste no debe sufrir detrimento o perder la vida, pues en esta alternativa priman las figuras antes comentadas. La expresión "por cualquier medio que ello se realice", margina que esta clase de apropiación, si se emplea fuerza, violencia o intimidación,



ción, se desplace al delito de robo con fuerza o con violencia, como se sostiene por sectores de la doctrina, sin perjuicio de que se pueda presentar un concurso material entre la figura del art. 448 quinquies con un posible delito de daños, de lesiones y aun de homicidio, que deberían sancionarse separadamente (opina en contra Bullemore-MacKinnon, t. IV, p. 60).

La cantidad de animales afectados o su clase —se apropie de plumas de aves y coetáneamente se corten crines de un caballo— no afecta a la unidad del delito; para establecer si se trata de uno o más delitos ha de estarse “a la continuidad espacio temporal de los hechos” y no a la variedad de las especies comprometidas ni al número de animales (Matus-Ramírez, t. I, p. 319).

La pena que corresponde al delito es presidio menor en sus grados mínimo a medio, sin considerar el valor de los objetos materia de la apropiación, la pena es única.

#### 119. PRESUNCIONES SOBRE EL DOMINIO DE LOS ANIMALES Y SOBRE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN DE ANIMALES

El art. 448 quáter en su inciso segundo dispone que “las marcas registradas, señales conocidas, dispositivos de identificación oficial registrados ante el Servicio Agrícola Ganadero u otras de carácter electrónico o tecnológico puestas sobre el animal, constituyen presunción de dominio a favor del dueño de la marca o señal”. Esta presunción de dominio es de naturaleza legal y, por consiguiente, admite prueba en contrario.

El mismo artículo, en su inciso primero, establece dos presunciones de autoría de delito de abigeato: a) para aquel “en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos, referidos en este párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia”, y b) “al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivos, inmovilizados o maniatados dichas especies animales”.

En la hipótesis de la letra a) podría estimarse que la presunción está establecida con demasiada amplitud, pues parece comprensible cuando los restos son encontrados en poder de una sola persona; pero cuando lo son en poder de distintas personas no vinculadas



la situación es más compleja. En todo caso, esta presunción puede descartarse acreditando la legítima adquisición de las especies.

La segunda presunción requiere que el agente sea sorprendido en predio *ajeno*, expresión que ha de entenderse en el sentido de que no se tiene derecho a facultad para estar en él. Pero el mero estar en predio ajeno necesariamente debe ir aparejado de cualquiera de las siguientes circunstancias: arriando animales también ajenos (que no sean del sorprendido), transportándolos, manteniéndolos cautivos, inmovilizados o maniatados.

*Porte de armas.* En el referido inciso primero del art. 448 quáter se sanciona como delito independiente, además, “el porte en dichas circunstancias (las anotadas en el párrafo anterior) de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados en estas faenas”; agrega que se castigará conforme lo establecido en el art. 445, o sea a la fabricación o tenencia de ganzúas y utensilios generalmente usados para cometer delitos de robo, esto es, presidio menor en su grado mínimo. Del precepto se desprende que el legislador consagra el porte de armas o instrumentos en cuestión como una figura independiente al abigeato que presume cometido por el sujeto portador de los mismos, debiendo imponérsele las dos penas, vale decir la correspondiente a cada delito en concurso material. Aparece como excesivo el rigor empleado por el legislador en esta clase de apropiaciones, sin que se observe una justificación que en este caso respalde tal posición.

*Traslado de animales o partes de ellos en vehículos de transporte de carga.* El Código Penal, con el fin de precisar las presunciones de autoría del inciso primero del art. 448 quáter, en su último inciso se ocupa de establecer reglas sobre el transporte de animales o partes de ellos en vehículos de transporte de carga, imponiendo a Carabineros de Chile la obligación de exigir factura o guía de despacho de los mismos que acrediten su propiedad, posesión o legítima tenencia. Si no se comprueban las referidas circunstancias o los afectados se niegan a exhibir los documentos ya señalados, Carabineros debe incautarse no sólo de los animales o sus partes, sino también del vehículo de transporte. Además debe dar aviso a la Fiscalía para que se inicie la investigación que corresponda y al Servicio de Impuestos Internos para que indague sobre el posible delito tributario.



*Disposiciones comunes a los delitos de hurto, robo y abigeato*

## 120. ASPECTOS GENERALES

El párrafo N° 5 del Título IX, del Libro Segundo, presenta un conjunto de disposiciones sobre una diversidad de materias, dirigidas a reglar algunas situaciones inherentes a estos delitos, las que se pueden agrupar en aquellas que se refieren al objeto material sobre la cual recae la acción, a la forma de castigar la tentativa en algunos robos y el concurso de calificantes en un mismo delito, a la autoría y a la devolución de lo sustraído, como a las circunstancias modificatorias.

## 121. SUSTRACCIÓN DE VEHÍCULOS

El art. 449 se ocupa en particular de la apropiación de vehículos. Expresa: "En los casos de robos o hurtos de vehículos, podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores, las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido.

Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinar la pena que habría correspondido al condenado con prescindencia de la expresada circunstancia.

Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de parte de ella".

El Código se ha ocupado de reprimir dos clases de comportamientos: a) la apropiación del vehículo mismo, y b) la destrucción del vehículo para apropiarse de parte o partes del mismo. Se han limitado estas figuras penales a los tipos de apropiación por medios materiales, robos y hurtos, por consiguiente quedan descartadas las apropiaciones realizadas por medio de engaño o abuso de confianza (estafas o apropiaciones indebidas).

El objeto material sobre el cual debe recaer la acción son los *vehículos*, y por tales han de entenderse todos los medios de transporte de personas o cosas, conforme al alcance corriente

de la referida palabra. La fuerza que mueva al vehículo puede ser un motor u otro ingenio mecánico, comprende también los tradicionales sistemas de fuerza animal, sean caballares, vacunos o de otra especie. El concepto de vehículo ha sido usado en sentido normativo, restringiéndolo a los *terrestres*, lo que se desprende de la ubicación que se da a estos hurtos o robos, junto con el de ganado. No parece aplicable la voz vehículo a una nave aérea o marítima, de modo que quedan excluidos los aviones, los helicópteros, los buques; sí se comprenden las carretas, lós automóviles, las motocicletas, una locomotora.

Se duda si los vehículos impulsados por la fuerza física de quien los guía quedan o no abarcados por la norma. Se sostiene, y parece ser lo correcto, que aquellos que responden a la fuerza física de la propia persona (un carretón de mano) quedarían excluidos, salvo si aumenta la potencia que para impulsarlo se emplea (una bicicleta).<sup>135</sup>

Hasta que se dictó la Ley N° 20.090, de 2006, que modificó el Código, la sustracción de partes del vehículo no era motivo para agravar la pena; pero esta situación varió conforme al texto del actual inciso segundo del art. 449, la apropiación de parte o partes de un vehículo obliga a aumentar la pena señalada al delito cometido, pero con una limitación, únicamente cuando se ha requerido *destruido*. Esta noción debe apreciarse por el tribunal en el sentido de un grave detrimento sufrido por la especie cuando se le han separado parte o partes de ella. Pues destruir equivale a deshacer, desmantelar, arruinar una cosa material; de suerte que la apropiación llevada a cabo de una marca o símbolo del vehículo, un espejo retrovisor, un farol o una antena, no queda comprendida en el inciso segundo del art. 449 y no corresponde aumentar la pena del hurto o robo a que dé origen.

*Aumento de la pena.* La pena al delito de hurto o robo debe aumentarse en un grado necesariamente en los casos en estudio, pero al igual que en la hipótesis del abigeato, si la señalada por la ley es de dos o más grados, el aumento debe hacerse en relación a la sanción que se determine para el delito sin considerar que se trata de la sustracción de un vehículo o parte de él.

<sup>135</sup> Ibidem.



Se ha sostenido, aludiendo al primitivo texto del art. 449 y el tenor del art. 443, que el aumento de pena de la primera disposición citada podría no aplicarse por el principio de *inherencia* inspirador del art. 63, que establece que aquellas agravantes tan inherentes al delito no pueden considerarse de tales. El referido criterio parte del supuesto que la agravación de la sanción del primitivo texto del art. 449, sería la misma que fluye del art. 443, o sea la facilidad que existiría para llevar a cabo apropiaciones de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, lugares donde normalmente se encuentran los vehículos (Matus-Ramírez, opus cit., t. II, p. 390). Es difícil aceptar esa interpretación por cuanto el aumento de pena en la apropiación de vehículos no puede considerarse como una agravante, atendido su naturaleza de calificante objetiva y especial del delito de robo o hurto que tiene fundamento en el objeto material sobre el cual recae la acción: un vehículo, y no así en la facilidad de la ejecución del hecho. La aplicación analógica del art. 63 en beneficio del agente en esta clase de apropiaciones no parece posible.

#### 122. VALOR DE LA ESPECIE SUSTRÁIDA

Se ha visto que en los delitos de apropiación no siempre el valor de la especie sustraída ofrece particular interés, salvo para la determinación del daño inferido con su comisión, que a su vez puede ser considerado para la regulación definitiva de la pena (art. 69). Donde tiene importancia ese valor es en el delito de hurto, porque la sanción depende del valor de las cosas conforme lo dispone el art. 446. Esto hace necesario que el tribunal, durante el proceso trate de determinar ese valor, lo que generalmente se hace mediante informe pericial.

El art. 455 se dirige precisamente a determinar cómo debe obrar el tribunal si no se ha logrado fijar el valor. Dice lo siguiente: "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*".



#### 123. DESTRUCCIÓN O SUSTRACIÓN DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES

Para sancionar la destrucción o sustracción de procesos como los indicados, se dictó la Ley N° 5.507, de 9 de noviembre de 1934, que en su art. 4 expresa: "Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de E° 0.20 a E° 2, el que *sustrajere, hurtare, robare o destruyere un expediente administrativo o judicial*, que estuviere en tramitación o afinado. En la subsanciación y fallo de los procesos por la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia".

El precepto resulta curioso, porque fuera de que la cuantía de la multa en la actualidad prácticamente carece de equivalencia, homologa para efectos de la penalidad distintos comportamientos que repetidamente la ley en otros textos mensura con cartabones distintos. Resulta particularmente grave que el *robo* de un expediente, que supone fuerza en las cosas o violencia en las personas, lo considere igual que una simple sustracción, con una pena privativa de libertad tan benigna como la de reclusión menor en su grado mínimo.

Puede darse una situación de concurso aparente con el tipo penal descrito como estafa en el art. 470 N° 5, que sanciona como tal al que defraudare a otro sustrayendo, ocultando o destruyendo, en todo o parte, un proceso o expediente. Para que se dé esta figura, el autor tiene que obrar con dolo de *defraudar* y objetivamente para consumarse debe causar un perjuicio a la víctima. Si en un hecho se cumplen esas condiciones el art. 470 N° 5 prefiere en su aplicación, por el principio de especialidad, al tipo penal descrito en la ley antes citada, que no exige esa voluntariedad y tampoco que materialmente se cause un perjuicio.

#### *Reglas sobre la forma de castigar la tentativa de robo y el concurso de calificantes*

#### 124. PRECEPTO SOBRE CÓMO SANCIONAR LA TENTATIVA EN ALGUNOS TIPOS DE ROBO

El art. 450, en su inciso primero, contiene una regla particular para los delitos de robo con violencia o intimidación en





las personas y para el robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Ese precepto expresa: "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".

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. De otro lado, su aplicación práctica trae aparejadas situaciones de evidente desequilibrio en cuanto a las sanciones; 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.

Los delitos de robo con violencia e intimidación (comprendiendo además entre ellos al robo por sorpresa, a la piratería y a la extorsión), como también el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación y sus dependencias, conforme lo señala el precepto, desde que se encuentran en estado de tentativa, deben ser condenados como consumados. En el hecho, en esos delitos las fases de tentativa propiamente tal y de frustración desaparecen para efectos de su sanción. Escapan a la aplicación de ese precepto los hurtos y los robos con fuerza en las cosas en lugar no habitado y los cometidos en bienes nacionales de uso público.

#### 125. CONCURSO DE CALIFICANTE

El art. 453 se ocupa de esta materia en los siguientes términos: "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".

La disposición, atinadamente, plantea la alternativa de que en un hecho delictivo concurren coetáneamente diversas circunstancias calificantes, v. gr., se realiza con escalamiento de una casa habitación (fuerza en las cosas) y además lesionando a su propietario (violencia en las personas). En hipótesis como la



señalada, de acuerdo al art. 453, se prefiere la última -violencia en las personas- porque tiene asignada una pena más alta, la que a su vez se puede aumentar en un grado.

#### *Presunción de autoría y devolución de la especie*

##### 126. PRESUNCIÓN DE AUTORÍA

El art. 454, expresa: "Se presumirá autor del 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".

Esta disposición consagra una presunción *legal de autoría* en contra de la persona en cuyo poder se encuentre materialmente la especie sustraída. No obstante, la misma disposición reconoce que esa 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 art. 11 N° 6.

##### 127. DEVOLUCIÓN DE LA ESPECIE SUSTRÁIDA (EL ARREPENTIMIENTO)

El autor de la apropiación ilícita puede devolver la especie sustraída a su dueño; si esa acción se lleva a cabo en determinadas condiciones puede reportarle un beneficio con trascendencia penal, que se señala en el art. 456: "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 grado* a la señalada para el delito".

La ley penal establece en esta disposición un reconocimiento especial al hecho de que el delincuente, con posterioridad a la apropiación del bien ajeno, lo devuelve a su dueño. Para establecer este beneficio, el legislador consideró aspectos de política criminal, como es la posibilidad de que la víctima recupere



el objeto del cual había sido despojada; la rebaja de la sanción incentiva esa devolución.

Sectores de la doctrina, equivocadamente, han denominado a esta institución como *arrepentimiento*,<sup>136</sup> pero en realidad no hay tal, porque arrepentirse involucra una posición subjetiva de parte del delincuente en relación a su acto, que sienta haberlo realizado, posición subjetiva que no se exige en este caso; es suficiente, según el precepto, que el autor devuelva las cosas de que se había apropiado, sea por haberse arrepentido o por cualquier otro motivo menos altruista; se trata de un acto objetivamente considerado.<sup>137</sup>

Para que opere esta circunstancia debe cumplirse un conjunto de condiciones que no la hacen fácil. En efecto, se exige —como requisitos positivos— que sea el delincuente quien *haga devolución* de la cosa hurtada o robada, que ese acto sea *voluntario de su parte*, y que lo lleve a efecto *antes de ser perseguido judicialmente* o de que se *decrete su prisión*. Como condiciones negativas, los hechos no deben constituir los delitos de *robo con violencia en las personas calificado* (art. 433) o *piratería* (art. 434).

La rebaja de pena procede tanto en el delito de robo (salvo las dos excepciones antes indicadas) como en el de hurto. En ambas alternativas el sujeto activo debe *devolver* las cosas de que se apropió a su dueño, sea que lo haga personalmente o por medio de otra persona, o que con ese objetivo las ponga a disposición de la autoridad.

La devolución debe hacerla *voluntariamente*, lo que no significa que la realice por objetivos moralmente positivos. Las razones que lo lleven a esa devolución no interesan para estos efectos, salvo que lo haga *coaccionado* por la fuerza o la intimidación, porque la restitución tiene que ser voluntaria. Subjetivamente es necesario que el ladrón *sepa* que está restituyendo aquello de que se apropió y tiene que *querer hacerlo*; una devolución hecha por error carece de valor.

El momento en que se lleva a cabo la devolución no tiene relevancia, siempre que lo haga antes de que sea *sometido a proceso judicial* por ese delito, o sea, que se dicte la resolución a que se

<sup>136</sup> Es la posición que ha tenido Echeberry (D.P., t. III, p. 358).

<sup>137</sup> Aunque no se pronuncia expresamente sobre el punto, Labatut parece compartir este criterio (D.P., t. II, p. 234).



refiere el art. 274 del C. de P.P. (a esa resolución hace referencia la disposición cuando expresa “antes de ser perseguido judicialmente”), o antes de ser *sometido a prisión preventiva* (que es el “decreto de prisión” que se menciona en el artículo).

En el nuevo procedimiento penal, conforme al proyecto del Código Procesal Penal, las expresiones antes comentadas han de asimilarse a la “formalización de la investigación”, que deben hacer los fiscales ante el juez de garantía y al decreto de prisión que este último puede dictar a petición del ministerio público.

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.

### *Disposiciones especiales sobre los concursos de delitos y sobre las circunstancias modificatorias*

#### 128. GENERALIDADES

El Código Penal, con su tendencia a regular minuciosamente casos particulares, consagra un conjunto de preceptos relativos al concurso material de delitos, sobre el uso de armas y sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad, las que se analizarán a continuación.

#### 129. REITERACIÓN DE HURTOS EN CONTRA DE UNA MISMA PERSONA O EN UN MISMO LUGAR O RECINTO A DISTINTAS PERSONAS

El art. 451 se refiere a esta situación. “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 impondrán al delincuente en su *grado superior*.

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447.

El Código establece esta modalidad particular de regular la pena en caso de reiteración de delitos *de hurto* solamente; en consecuencia, no se comprenden los de robo. Se regla la *reiteración* del delito, no un delito continuado, que es una institución claramente distinta. La disposición hace referencia a delitos de hurto *reiterados*, o sea varios hechos independientes, que no conforman una unidad jurídica como sucede en el delito continuado.

La regla consiste en que por esa pluralidad de hurtos el tribunal debe imponer una pena *única* para el *conjunto de ellos*, que debe determinar *sumando el valor de todas las especies muebles sustraídas en los diferentes hurtos cometidos* (recuérdese que la pena en el delito de hurto se regula según el valor de las cosas objeto del apoderamiento, art. 446), y la pena así determinada, si tiene más de un grado, deberá imponerse en el superior, o sea en su parte más alta. De conformidad con el inciso final, si se trata de alguno de los hurtos señalados en el art. 447 (los agravados por abuso de confianza), se mantiene la facultad que esta disposición establece, de carácter facultativo para el tribunal, de aumentar la pena antes mencionada en un grado.

Para que pueda imponerse la pena única en la forma recién indicada, deben cumplirse los presupuestos descritos en el art. 451, en sus dos alternativas: a) que el autor haya hurtado más de una vez a una misma persona, *sin que tenga interés la ocasión o lugar* donde los cometió, y b) que las víctimas sean distintas personas (más de una), y que los hurtos de que fueron objeto se hayan cometido en un *mismo recinto o lugar, no importa su naturaleza o características*, pues sólo por vía ejemplar la disposición indica una casa, un establecimiento comercial, un centro comercial y una feria.



### 130. PENAS ACCESORIAS PARA EL REINCIDENTE EN DELITOS DE ROBO O HURTO

El art. 452 expresa: "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 faculta al tribunal para imponer al condenado como responsable de un delito de hurto o de robo —indistintamente— una pena accesoria: que quede sujeto a la vigilancia de la autoridad por un período que determinará conforme al art. 25 inciso 4° (de sesenta y un días a cinco años). Esta sanción no es imperativa, el tribunal *puede imponerla* según las circunstancias, y afectar tanto al autor, al cómplice como al encubridor.

La sanción de vigilancia no se dispone para los casos de *reiteración* que, como se recordará, es la comisión en el tiempo de varios delitos —en este caso de robo o hurto y siempre más de uno— sin que se haya castigado al responsable por ninguno de ellos. La disposición se refiere específicamente a los *reincidentes*, que son aquellos que habiendo sufrido y cumplido una condena por uno de estos delitos, vuelve con posterioridad a cometer uno o varios de la misma especie (art. 12 N°s 14 y 15, en relación con el art. 92).

Para aplicar esta pena accesoria no importa que haya transcurrido el plazo de prescripción que señala el art. 104, porque esta disposición se refiere exclusivamente a las agravantes del art. 12 N°s 14 y 15, y no así a lo dispuesto en el art. 452.

### 131. USO O PORTE DE ARMAS EN LA COMISIÓN DE UN DELITO DE HURTO O ROBO

Los incisos segundo, tercero y cuarto o final del art. 450 reglan esta materia: "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, fueron 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<sup>138</sup>.

Se ha sostenido que en este artículo, en su primitiva redacción, se consagraba una figura especial,<sup>138</sup> pero en realidad es una circunstancia de calificación<sup>139</sup>, sobre todo respecto del hurto. Este artículo fue modificado en su texto por la Ley N° 19.975 (5 de octubre de 2004), que reemplazó su inciso segundo por el antes transcrito. El texto primitivo disponía que al portador de un arma al cometer un hurto o robo, como también si hacía uso de ella, se le castigaría con presidio mayor en su grado máximo, sanción de excepcional drasticidad desde una perspectiva política-criminal y difícil de explicar en el plano sistemático.

Es suficiente *llevar* un arma durante la comisión de un delito de hurto o de robo para que la pena deba ser aumentada en un grado, porque la norma homóloga llevar un arma y usar la misma. Respecto del robo, en el que debe 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 robo.

Se considera como arma, en esta hipótesis, los objetos que menciona como tales el art. 132: "toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear", noción de gran amplitud, donde una cuerda, un madero, una botella, se constituyen en armas. Para el delito de *hurto* se dan reglas especiales sobre lo que es arma; se deberán calificar como tales las de fuego, cortantes y punzantes, las demás —como un bastón, una cadena— no lo serán si a *juicio del tribunal* eran llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.

<sup>138</sup> Lo estima así Labatut, que expresa que constituye un "delito independiente" (*D.P.*, t. II, p. 232).

<sup>139</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 363.

### 132. REGLAS SOBRE LA REPARACIÓN CON CELO DEL MAL CAUSADO O DE IMPEDIR SUS CONSECUENCIAS

Con el discutible criterio de que con leyes se puede restringir la comisión de delitos contra la propiedad, el legislador ha dictado una serie de reglas que si bien han endurecido el tratamiento de los delincuentes que resultan responsables de acentado en contra de ese bien jurídico, desde una perspectiva disuasiva no han tenido ningún resultado y, por otra parte, no ayudan tampoco a las víctimas de tales hechos. Un evidente ejemplo de esa equivocada política lo constituyen las normas que han limitado la aplicación de la atenuante del art. 11, N° 7, que califica como atenuante de responsabilidad en favor del delincuente "si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".

Entre esas no siempre felices normas se pueden mencionar las siguientes:

a) El art. 450 bis: "En el robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante de responsabilidad penal contenida en el art. 11 N° 7". Con este precepto desincentiva al delincuente de la posibilidad de devolver las especies al afectado o a prestarle auxilio con posterioridad al hecho.

b) El Código, además de excluir en los delitos de robo antes referidos la atenuante de reparación del mal, restringió su aplicación en los otros delitos de robo y hurto donde puede hacerse valer dicha circunstancia. En efecto, el art. 456 bis, en su inciso final expresa: "En estos delitos (robo y hurto) 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". En otros términos, aunque el delincuente restituya las cosas hurtadas o robadas, ese comportamiento no puede reputarse como reparación en el alcance que se establece en el N° 7 del art. 11, y si junto con esa restitución trata por otros medios de reparar a la víctima, tampoco ello es suficiente a menos que el tribunal considere que el delincuente ha justificado en el proceso que ha obrado con celo. Le corresponderá acreditar entonces las dificultades que tuvo para hacerlo y el esfuerzo que debió emplear, atendidas sus particulares condiciones. En un delito de homicidio o en uno de mutilaciones,



el legislador no hace tales exigencias, pero sí las establece para reparar la sustracción de una billetera y hechos análogos.

c) Se comentó con anterioridad que conforme a lo dispuesto por el art. 456, la devolución voluntaria de las cosas substraídas permitía rebajar la pena en un grado, pero siempre que no se trate de los delitos de robo con *violencia o intimidación en las personas calificadas* o piratería.

### 133. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN

Por las mismas razones señaladas en el párrafo precedente, el Código ha establecido un conjunto de agravantes que afectan de manera particular a los delitos de *robo y de hurto*. Estas agravantes están descritas en el art. 456 bis, el que se transcribirá en sus cinco números a medida que se vaya comentando cada uno de ellos.

El art. 456 bis expresa: "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".

Esta agravante explica su verdadero sentido en su frase final, cometer la sustracción en cualquier sitio o lugar en condiciones que *quede favorecido el delincuente en cuanto a que no será descubierto*. La enumeración de situaciones tales como obscuridad, falta de vigilancia, sitios solitarios o sin tránsito, fija el marco de aplicación de la noción "condición que favorezcan la impunidad", que está vinculada con el *lugar de ejecución del delito*<sup>140</sup> y no con modalidades de la acción.

La agravante general del art. 12 N° 12, que considera tal cometer el hecho de noche o en despoblado, por su naturaleza queda subsumida en la del N° 1 del art. 456 bis, de contenido más amplio, que obedece a la misma finalidad.

<sup>140</sup> Comentando esta circunstancia, Jorge Mera afirma que no procede en el caso del robo con violencia o intimidación calificado, porque la gravedad de la pena consume el desvalor del lugar donde el hecho se realiza; por otra parte, estima que no es la indefensión de la víctima la razón de ser de la misma, sino el sentimiento de tranquilidad y seguridad, y tendría vigencia sólo para el hurto y el robo por sorpresa (op. cit., pp. 271 y ss.).



"2°. Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en *manifiesto estado de inferioridad física*."

La agravante —al igual que en el caso anterior— está determinada en la frase final: "*manifiesto estado de inferioridad física*" de la víctima en relación al sujeto activo. Siempre que se dé una circunstancia que haga difícil al sujeto pasivo proteger su patrimonio, por estar en condiciones de inferioridad física respecto del autor, y de que ésta sea ostensible (*manifiesta*), opera la agravante tanto en el robo como en el hurto. Las referencias a un *niño* y a un *anciano*, como también a un *inválido*, han de ser consideradas como criterios relativos, pues se alude a personas de pocos años o de muchos y a imposibilitados (la ley no determina quién es niño o anciano, como tampoco qué se entiende por inválido). Han de ser calificadas de tales según las circunstancias concretas que presente cada hecho en torno a las condiciones personales de víctima y victimario y de la noción de inferioridad física. En todo caso esta circunstancia agravante opera exclusivamente cuando esa inferioridad tiene trascendencia en la comisión del delito, lo que sucederá cuando haya un aprovechamiento o, por lo menos, la posibilidad de ello. Normalmente esta circunstancia se presentará en los robos con violencia o intimidación, pero no se ve qué rol podría tener en la hipótesis de un hurto. En otros términos, no se trata de una circunstancia *objetiva*, sino que debe ser apreciada en cada caso según las circunstancias.

Esta agravante se vincula con la general establecida en el N° 6 del art. 12, que exige abuso de parte del delincuente de la superioridad en que se encuentra en relación a la víctima, que priva a esta última de la posibilidad de defenderse, pero la establecida en el art. 456 bis prefiere en su aplicación respecto del robo y del hurto.

"3°. Ser dos o más los malhechores."

Esta agravante fue objeto de controversia y aun ahora hay opiniones divergentes sobre su alcance. La discusión se ha planteado en torno a la expresión *malhechores*; mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia han entendido que está empleada haciendo referencia a que sea más de una persona la que cometa el hurto o el robo, sea que hayan o no delinquido con anterioridad. Según esta opinión, malhechores sería equivalente a agre-



sores, y no tendría relación con el historial personal del pasado de los mismos.

Otro sector estima que la ley usa la voz *malhechores* para hacer referencia a más de un sujeto, pero no a cualquiera, sino a aquellos que han delinquido en el pasado, que han intervenido en la ejecución de crímenes o simples delitos; por eso los califica de malhechores, porque quien no los ha cometido todavía no es malhechor. Esta opinión, se sostiene, tendría respaldo en el N° 4 del art. 17, del que se desprendería ese alcance.

El punto es dudoso, pero son insuficientes para aclararlo los aspectos semánticos; más importantes son los sistemáticos y la *ratio legis*. Esta agravante vino a reemplazar a aquella que primitivamente existía para estos hechos, y que consistía en la intervención de más de tres individuos —la cuadrilla—, que tenía como fundamento la circunstancia de que frente a varios agresores las posibilidades de defensa de la víctima quedaban seriamente limitadas y aun eliminadas,<sup>141</sup> al igual de lo que sucede con la circunstancia general de agravación del art. 12 N° 11, que tiene la misma razón, o sea asegurar al autor la comisión del hecho y su impunidad, y que consiste en atacar con gente armada o que proporcionen impunidad. El actual N° 3 del art. 456 bis obedece a esos presupuestos, de manera que para el legislador lo trascendente es la circunstancia de que sean dos o más los agresores, siendo irrelevante si han o no cometido delitos con anterioridad; no se divisa, en el contexto de las agravantes del art. 456 bis, que los antecedentes anteriores de los realizadores del hurto o robo puedan tener valor agravatorio, y de ser así, qué razón habría para reconocerlo únicamente cuando son dos o más los que intervienen, y no así cuando lo hace solamente uno.

Por lo comentado, se concluye que la agravante se aplica siempre que sea más de uno el que intervenga en el delito, haya o no cometido hechos delictivos con anterioridad. Es necesario, en todo caso, que *materialmente actúen en el momento de la apropiación*.

<sup>141</sup> Sectores de la doctrina estiman que no es éste el fundamento de la agravante, sino la afectación del sentimiento de tranquilidad y de seguridad que se produciría cuando la apropiación violenta se lleva a cabo por dos o más malhechores, circunstancia que debería establecerse en cada caso conforme a las características del hecho (Jorge Mera, op. cit., p. 306).



*ción*,<sup>142</sup> aunque sea con su simple presencia, pues como se ha señalado, la agravación se refiere a la limitación o impedimento de la víctima para protegerse. En consecuencia, 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, y no así los restantes que ni presencian su ejecución, no rige la agravante (caso del inductor).

"4°. Ejercer la *violencia en las personas* que intervengan en *defensa* de la víctima, salvo que ese hecho importe otro delito."

Esta agravante concurre si durante la comisión del delito de robo o de hurto terceros procedan a defender a la víctima, y sólo si esos terceros son objeto de violencia, a menos que esa violencia constituya otro delito (lesiones u homicidio), caso este último en que se estaría ante un concurso material de delitos. Cuando la violencia empleada en contra de esos terceros no configura otro delito, puede constituir la agravante en cuestión.

"5°. Actuar con personas *exentas de responsabilidad criminal*, según el número 1° del artículo 10."

La circunstancia de agravación procede tanto en el delito de robo como en el hurto y requiere que se *actúe* con personas exentas de responsabilidad penal. No es necesario que el sujeto se prevalezca del inimputable,<sup>143</sup> como sí lo es en la hipótesis del inciso segundo del art. 72 tratándose de un menor. 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. Los casos referidos quedan abarcados por la agravante, pero también lo quedan 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 la comisión del hurto o del robo.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 365.

<sup>143</sup> Así lo sostienen Labattut (*D.P.*, t. II, p. 235) y Etcheberry (*D.P.*, t. III, p. 366).

<sup>144</sup> En relación a la autoría mediata, Jorge Mera discrepa de la posibilidad de que opere esta causal de agravación fundamentado en el principio *non bis in idem*, porque se estaría considerando doblemente la privación de razón, una para establecer la autoría mediata y otra para la agravante (op. cit., p. 309), tesis que no se puede compartir porque la autoría mediata no está vinculada por naturaleza a la falta de razón del instrumento humano; se puede instrumentalizar tanto a un *loco o demente* como a una persona normal, y tampoco siempre que se actúe con un privado de razón hay autoría mediata.



La agravante está limitada a determinados inimputables, a los del N° 1 del art. 10, o sea al *loco o demente* y al *privado totalmente de razón por causas independientes de su voluntad*; los menores, de consiguiente, quedan excluidos.

Esta causal de agravación resulta incompatible con la del N° 3 del art. 456 bis, que consiste en ser dos o más los malhechores, pues en la hipótesis de la intervención de inimputable se supone que esa condición se presenta y, por lo tanto, prefiere a aquella otra.

#### 134. LA ALEVOSÍA Y LA PREMEDITACIÓN EN EL ROBO Y EL HURTO (INCISO PENÚLTIMO DEL ART. 456 BIS)

El art. 456 bis en su inciso penúltimo señala lo siguiente: "Las circunstancias *aggravantes* de los números 1° y 5° del artículo 12 *serán aplicables* en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas".

Se sabe que la agravante del art. 12 N° 1, o sea la *alevosía*, y la del N° 5, *premeditación conocida*, afectan única y exclusivamente a los delitos *contra las personas*, y que el robo y el hurto son *contra la propiedad*, de manera que no les serían aplicables, a menos que hubiera norma expresa en sentido contrario, como sucede en la especie. De consiguiente, estas agravantes operan en el robo y el hurto<sup>145</sup> porque el art. 456 bis lo dispone expresamente, exigiendo si para ello que se ejerza *violencia por los delinquentes sobre las personas*. Como la mención que se hace de las *personas* es genérica, no se limita a las víctimas, se extiende a su vez a los terceros que pueden intervenir.

#### 135. EL DELITO DE RECEPCIÓN

##### 135.1. ANTECEDENTES DE SU ESTABLECIMIENTO

La Ley N° 19.413, de 20 de septiembre de 1995, que modificó al Código Penal, agregó en el Título IX del Libro Segundo un

<sup>145</sup> Hay opiniones discrepantes sobre este punto. Jorge Mera sostiene que estas agravantes sólo proceden en el delito de hurto, no así en los de robo con violencia o intimidación, porque la elevada pena establecida por estas figuras absorbería la alevosía o premeditación que pudiere concurrir (op. cit., p. 313).

