Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 209
Año LXIX
Enero-Junio 2001
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

*DELITO DE HURTO Y ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS**

JUANA SANHUEZA ROMERO
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Concepción

Hoy nos ocupan los delitos de hurto y de robo. Para los efectos de exposición me voy a referir al delito de hurto y de robo con fuerza en las cosas.

En esta materia nuestro Código Penal tiene los más graves inconvenientes y por eso la doctrina desde hace muchos años viene levantando su voz para advertir que los más serios problemas que presenta el sistema penal chileno son, precisamente, en materia de hurto y robo.

Nuestro ordenamiento se caracteriza por contener penas extremadamente severas, estructuras típicas inadecuadas, considerando robos situaciones que deberían ser hurto, penas desproporcionadas, etc.

Es aquí donde nuestro Código Penal aparece como un gran infractor a los principios rectores que inspiran al Derecho Penal moderno. Por esa razón es que la doctrina ha solicitado reiteradamente una revisión profunda de estas materias, para así poder adherir efectivamente a un Estado democrático de derecho.

El legislador chileno en sus últimas innovaciones ha estado muy lejos de perfeccionar el sistema. Al contrario, ha aumentado más las dificultades ya existentes. Lo que ha hecho el legislador, en los últimos años, es simplemente legislar por impulsos del momento, por situaciones coyunturales, razones todas ajenas a lo que es la técnica y la política criminal.

Pensábamos, teníamos la esperanza, que con el nuevo sistema procesal penal se acordaran del Derecho Penal sustantivo porque la justicia penal se evalúa

* Charla dictada con motivo del curso de especialización de la Reforma Procesal Penal, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción. Año 2001.

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en su conjunto, no por partes y fraccionada, pero esas aspiraciones no se vieron cristalizadas y tenemos hoy lo que vamos a analizar.

Haremos un recorrido por los diversos elementos de estos delitos y nos vamos a detener en aquellos aspectos que nos presentan los mayores problemas tanto desde un punto de vista doctrinario, cuanto desde el punto de vista práctico.

Comenzaremos con la definición que nos da nuestro Código Penal en el artículo 432, acerca de lo que es hurto y el robo. Para ello, el legislador utiliza una sola disposición que nos dice "el que sin voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena, usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo. Si falta la violencia, la intimidación o la fuerza, el delito se califica de hurto".

Como se puede advertir, con esta sola definición no podemos trazar con nitidez la distinción entre el delito de hurto y robo. Por eso, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han ido elaborando criterios diferenciadores que nos permitan distinguir, en un caso concreto, cuándo vamos a estar en un delito de hurto y cuándo nos enfrentaremos a un delito de robo.

Pero vamos despejando nuestro camino y lo primero que tenemos que recalcar es que no siempre que se emplee fuerza en la apropiación de una cosa mueble estaremos en presencia de un delito de robo, sino sólo en aquellos casos en que se emplee fuerza de aquellas que están especialmente descritas por la ley. Si ello no es así, esa apropiación de cosa mueble será sólo un hurto.

Pensemos simplemente en una casa habitación. Un sujeto que ingresa a ella por la puerta y, cuando está en su interior, rompe las cerraduras de un mueble para apropiarse del dinero que en él se contiene. Sin duda que ahí hubo fuerza y venció un resguardo de que la cosa apropiada estaba protegida. Pero, en tal caso, es un hurto y no robo, porque la fractura interior no está contemplada en el tipo penal del artículo 440.

Por otra parte, nuestro Código Penal contempla como formas de fuerza situaciones que en sí no lo son, como sucede por ejemplo en el artículo 440 Nº 3 del Código Penal: "Cuando alguien ingresa al lugar habitado destinado a la habitación o en sus dependencias, mediante la seducción de algún doméstico a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad". Ello no es propiamente fuerza. Esa especie de robo, en la doctrina, se le denomina fraudulento. Ahí se ingresa por medios engañosos, por medios astutos.

De otro lado, el Código Penal en materia de robo con violencia o intimidación en las personas, consagra un concepto muy amplio en el cual se comprenden situaciones que tampoco son en sentido estricto ni violencia, ni intimidación. ¿Qué nos va quedando entonces?

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La figura de hurto es la figura base, subsidiaria, contiene elementos positivos, que son comunes tanto al hurto y al robo y un elemento negativo que es ausencia de violencia o intimidación o de ciertas formas de fuerza en las cosas. De manera entonces, que al hurto llegamos por descarte, cada vez que estemos en presencia de una apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse, sin que se haya empleado violencia o intimidación, ni ciertas formas de fuerza en las cosas, estaremos en presencia de un delito de hurto.

¿Cuál es el bien jurídico protegido?

El legislador protege aquí la propiedad. La ubicación de estos delitos, bajo el epígrafe "Crímenes o simples delitos contra la propiedad", nos lo está indicando, pero no aquella definición que todos conocemos del artículo 582 del Código Civil, sino que en un sentido más amplio, como está consagrado o concebido en nuestra Carta Fundamental. Entonces, comprende al dominio, a los otros derechos reales, los derechos personales o créditos, extendiéndose a la posesión y a la mera tenencia.

¿Cuáles son los elementos del delito de hurto?

Los elementos de este delito, que todos hemos estudiado en algún momento, son positivos y un elemento negativo (Vamos a seguir ese mismo orden sin perjuicio que al final haremos una recapitulación para ordenar estos elementos de la manera que corresponde, para saber cuáles integran el tipo objetivo y cuáles integran el tipo subjetivo).

Nuestro primer elemento –y aquí vamos a hacer la primera detención en este recorrido– es el verbo rector, es decir, la apropiación. Les pido aquí la mayor concentración, porque en estas materias que son complejas se asume siempre el riesgo de incurrir en un error, pero no en un error de tipo o de prohibición, sino que en uno de carácter comunicacional, cuya excusabilidad puede ser muy discutible.

¿Qué es la apropiación? Toda la literatura nos dice que éste es un concepto complejo. Tiene un elemento objetivo que es el apoderamiento material y uno de carácter subjetivo, que es el ánimo de señor y dueño. Eso lo sabemos todos. Pero a la hora de decirnos ¿qué contiene esta acción de apropiarse? ¿Cuáles son los ingredientes que ella debe contener? ¿Cuáles son todos los actos que debe realizar el sujeto activo para que ella esté completa? Ahí comienzan nuestras grandes dificultades.

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Revisemos someramente la literatura nacional, porque es la única que nos sirve, toda vez que en la legislación extranjera no utilizan como acción del hurto el apropiarse, sino que usan otra terminología.

Alfredo Etcheberry nos dice en su obra que la apropiación consiste en "sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona con el ánimo de comportarse de hecho como propietaria de ella", y luego nos agrega que "uno de los grandes problemas que enfrenta la teoría del hurto es: '¿cuándo está consumado el hurto?, es decir, cuando está perfecta la apropiación'".

Aquí ya nos debe llamar algo la atención. El profesor Etcheberry hace sinónimo la consumación del delito de hurto con la perfección de la acción. Esa identidad, sabemos, solamente se da en los tipos de pura acción, de tal manera que, completada la acción, se consuma el delito. Pero cuando estamos en presencia de un delito de resultado, además de estar completa la acción, tiene que producirse la mutación en el mundo externo para que él se consume.

De manera que ya tenemos un primer indicio que nos dice que éste puede ser un delito de simple actividad. Y esto no es un asunto irrelevante. Cuidado. Si nosotros determinamos que el delito de hurto es de simple actividad o de pura acción, sólo puede concebirse la tentativa y la consumación. Por el contrario, si consideramos que es un delito de resultado, se pueden presentar todas las etapas externas del iter crimen, es decir, tentativa, frustración y consumación.

Por su parte, Mario Garrido nos dice que "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". Esto quiere decir entonces, de acuerdo a este concepto, que el sujeto, para completar su acción de apropiarse, debe realizar todos los actos que sean necesarios para quedar efectivamente en disposición de aquella especie. ¿Cuáles son las consecuencias de este concepto que nos da Mario Garrido?

Imaginemos, para los efectos de nuestro ejemplo, que la esfera de resguardo es una casa. Un individuo ingresa a ella por la puerta que está abierta, en su interior se dirige al bar a seleccionar los mejores licores (porque no crean ustedes que se llevan cualquier cosa), y cuando está seleccionando estos licores, es sorprendido y aprehendido. Su acción está incompleta, por tanto, es tentativa.

Seguimos avanzando, seleccionó ya estos licores (puras marcas exquisitas), cuando iba a salir de la casa es sorprendido. Su acción continúa incompleta, le falta uno más para su complemento, como dice el artículo 7, en materia de tentativa.

Imaginemos que el sujeto logró salir de la casa con estos licores, pero en ese mismo instante fue perseguido ininterrumpidamente y aprehendido, de tal

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

manera que nunca quedó en condiciones de poder disponer de esa especie. Todavía su acción está incompleta, le faltó uno o más para su complemento. Luego es tentativa.

Si el sujeto realizó todos los actos que les he indicado y quedó, en consecuencia, efectivamente en condiciones de poder disponer de la especie como si fuera el dueño sin serlo, su acción está completa y el delito consumado. La interrogante que Uds. se pueden formular es ¿y cuándo va a estar frustrado? Parece que nunca. Respuesta que a muchos les puede llamar la atención por cuanto en la realidad existen muchos autos de procesamiento y sentencias definitivas, cuya calificación es hurto frustrado o robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, en lugar no habitado en grado de frustrado.

Con el concepto que nos da don Mario Garrido ello no sería posible, pues de él se desprende que se trataría de un delito de pura acción. Esa afirmación que les he señalado es la que emana del concepto que nos proporciona acerca de la apropiación, pero estos mismos autores en sus obras nos dicen que el delito de hurto es de resultado externo, y muchos deben tenerlo así consignados en sus apuntes de clases, sólo que nunca se precisa en qué consistiría el resultado.

El propio profesor Garrido, después de conceptuar la apropiación, nos da un ejemplo de cuando estaría frustrado, y él dice: "Cuando el sujeto se apropia del dinero de la casa de un comerciante y es perseguido ininterrumpidamente por este individuo hasta aprehenderlo, en ese caso –dice don Mario– es hurto frustrado y no consumado".

Explicando su conclusión nos dice por qué: "No basta sacar las cosas de la esfera de resguardo, sino que el sujeto debe quedar en disposición de ella, y como aquí nunca quedó en disposición de ella, ni siquiera por un instante por una causa ajena a la voluntad de él, es frustrado".

Entonces, podría replicarse al profesor Garrido, porque la circunstancia que el sujeto quedara efectivamente en disposición de la cosa formaba parte del concepto de la acción de apropiarse que él mismo proporciona en su obra, y ahora al parecer lo extrae de tal concepto y lo ubica como resultado del delito.

Ese es el estado de nuestra literatura, y ha sido por muchos años así. Evidentemente que toda esta nebulosa tenía que traspasarse a la vida real, a la vida profesional, y por ello es que un mismo hecho es calificado, en algunos casos, como tentativa y en otros como frustración en materia de hurto y robo. Ahí está la causa de nuestros inconvenientes.

Pero no nos asustemos mucho, porque leía literatura argentina y en el Código Penal del vecino país la acción en el hurto es apoderarse y se han pasado años de su vida discutiendo si ello implica desapoderamiento con apoderamiento,

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

apoderamiento con disposición o apoderamiento sin disposición. Así es que parece ser que el problema de la acción en el hurto está globalizado.

Bueno, pero ustedes comprenderán que en esta mañana en tan pocos minutos no vamos a zanjar las dificultades. No, eso sería demasiado pretencioso, pero sí quería poner de manifiesto dónde está el origen de nuestros problemas, para así señalar algunos lineamientos que nos permitan tomar una u otra posición en algún momento en que nos pongamos de acuerdo.

Con lo que hemos dicho, aparece que tenemos dos posibles interpretaciones acerca de la acción de apropiarse. La primera de ellas sería entenderla como sustraer la cosa de la esfera de resguardo de una persona con ánimo de señor y dueño, satisfaciéndose este elemento subjetivo con el solo propósito de llegar a adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio. Es sutil la diferencia, lo sé. ¿Cuándo estaría ahí perfecta la apropiación? Desde el momento en que el sujeto la saca de la esfera de resguardo, en ese instante estaría perfecta. La circunstancia de que el sujeto quede en condiciones de poder disponer de la especie, eso constituiría el resultado, que se produciría a consecuencia del apoderamiento. Ahí tendríamos un tipo de resultado, en que podrían darse todas las etapas del iter crimen. De esta forma, si el sujeto no alcanza a sacar la especie de la esfera de resguardo, su acción es incompleta y es tentativa. Si el sujeto saca la especie de la esfera de resguardo pero nunca queda en condiciones de poder disponer de ella por un factor ajeno a su voluntad, la acción estaría completa pero faltaría el resultado, eso es característico precisamente de un delito frustrado.

La segunda posibilidad de interpretación es sustraer la cosa de la esfera de resguardo de una persona, quedando efectivamente en condiciones de poder disponer de ella. A veces, con sólo sacar la cosa de la esfera de resguardo va a quedar en disposición aunque sea un instante, pero en otras ocasiones va a tener que actuar mucho más. Ahí sería un delito de pura acción o de simple actividad y en ese caso solamente podría darse la tentativa y la consumación.

Dejemos estas dos posibilidades de interpretación por un instante, porque vamos a volver sobre el tema al final de nuestra exposición cuando incorporemos los planteamientos del profesor Enrique Cury, quien sostiene categóricamente que en el delito de hurto y robo no es concebible la frustración y esos planteamientos se han ido traspasando a votos de minoría en fallos de la Corte Suprema. Cualquiera sea la tesis que en un momento adoptemos acerca del alcance de la expresión apropiarse, tenemos que saber o por lo menos intentar tener alguna regla para determinar qué es la esfera de resguardo o custodia.

Esta frase tienen que haberla escuchado ustedes cuando eran alumnos de Derecho Penal, porque fue incorporada por una de esas tantas teorías elaboradas

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

para saber cuándo está perfecta la apropiación. Basta recordar las teorías de la *contractatio, amotio, ablatio* e *illatio.*

La expresión esfera de resguardo o custodia fue incorporada por la teoría de la *ablatio.* Este es un concepto abstracto, aquí no podemos dar reglas precisas porque va a ser una situación de hecho que se tendrá que apreciar en cada caso. Como regla se puede afirmar que la esfera de resguardo se extiende al espacio hasta donde el detentador de la especie puede hacer efectivo su derecho o sus facultades de uso, goce y disposición. Entonces, la esfera de resguardo podrá ser un automóvil, una casa, un edificio, un bolsillo, etc.

Cuando el sujeto activo ingresa a la esfera de custodia con el objetivo de apropiarse de bienes muebles, ha principiado a ejecutar el delito, que es lo que caracteriza a la tentativa.

En relación a este tema me decía un día un señor que era jefe de un gran supermercado, que ellos tienen ubicadas las cajas en un sector determinado, pero después de ellas hay un espacio importante donde hay guardias y ellos creían que el delito ya estaba consumado por el solo hecho de pasar de las cajas sin pagar. No, ello no es correcto, por cuanto en ese otro espacio, aplicando nuestro principio, todavía el detentador de la especie puede hacer efectivo su derecho de usar, gozar o disponer de ella. De manera que será una cuestión de hecho que se determinará en cada caso.

La aprobación debe recaer sobre una cosa corporal mueble ajena y –para estos efectos– vamos a entender por mueble toda aquella que pueda transportarse de un lugar a otro con o sin detrimento. No recogemos aquí los conceptos dados por el Derecho Civil, no son en estricto sentido aplicables al Derecho Penal.

La cosa mueble debe ser ajena. Descartamos entonces inmediatamente la posibilidad de que pueda ser sujeto activo el propietario, no solamente por este elemento, sino que él no podría ejercer la acción de apropiarse si es jurídicamente el dueño. Pero cuidado, lo que sí puede ocurrir es que el dueño sustraiga la especie de quien la tenga legítimamente en su poder. En ese caso eso se denomina en doctrina hurto de posesión pero nuestro Código Penal lo sanciona como una figura de estafa en el artículo 471 número uno.

La palabra "ajena" tenemos que entenderla en el sentido que tiene que tener un dueño, no importa que se ignore quien se éste, ni que el dueño sea el que está detentando materialmente en ese momento la especie. También hay que tener cuidado porque si un individuo tiene la cosa ya en su poder, por un título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, y ejerce sobre ella actos propios del dominio, no comete hurto, sino apropiación indebida.

No son ajenas, entonces, las cosas comunes a todos los hombres, las que

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

son susceptibles de ser adquiridas por ocupación de acuerdo a las reglas civiles y las abandonadas para que las haga suyas el primer ocupante.

La apropiación debe efectuarse "sin la voluntad del dueño". Para que se configure este elemento basta que el dueño no haya dado el consentimiento para la apropiación. No se requiere que el dueño se oponga a ella. No podemos olvidar que el hurto se caracteriza por su clandestinidad, normalmente la apropiación se produce en ausencia del dueño o en ignorancia de él. Solamente puede otorgar este consentimiento, de manera expresa o tácita, el dueño, y debe hacerlo antes o en el momento de la apropiación.

Puede ocurrir que quien esté detentando la especie mueble no sea el dueño, sino un poseedor o mero tenedor, quien le dice al sujeto "te autorizo, aprópiate". Y después aparece el dueño sosteniendo que ha sido sin su voluntad.

Evidentemente que ese consentimiento que ha dado el detentador no es eficaz. Pero el sujeto activo puede defenderse argumentando que él creía que la persona que le dio el consentimiento era el dueño de la especie, porque siempre la vio en su poder, es decir, este sujeto activo incurrió en un error, pues creía que el detentador, es decir, la persona que le dio el consentimiento, era el verdadero dueño. La semana pasada el profesor Torres les explicó que si el sujeto activo no ha tenido un conocimiento real y actual de un elemento que integra el tipo objetivo, incurre en un error de tipo. Si no hay conocimiento, no hay dolo, no hay tipicidad y, por ende, no hay delito. De manera que ahí podemos tener perfectamente un error de tipo.

Otro elemento es el ánimo de lucro. Todos están de acuerdo en que es un elemento subjetivo del tipo, pero también la doctrina se ha pasado años discutiendo si es distinto del ánimo señor y dueño, o si forma parte de aquél. La mayoría de la doctrina hoy día sustenta la independencia de estos dos ánimos, y el ánimo de lucro se concibe como el propósito de obtener una ventaja patrimonial avaluable económicamente.

La autonomía de estos dos elementos subjetivos donde más la podemos visualizar es en el denominado hurto de uso, es decir, cuando un sujeto sustrae una cosa mueble ajena para servirse temporalmente de ella, restituyéndola inmediatamente después sin menoscabo para su titular. Pensemos en un sujeto que dice "tengo que hacer unas diligencias particulares, sustraigo una bicicleta, porque me puedo ahorrar el pasaje de movilización". En tal caso hay ánimo de lucro, pero no hay ánimo de señor y dueño.

Lo que no nos puede ocurrir es lo que sostuvo una sentencia en un juicio oral de un Tribunal de la Novena Región en el nuevo procedimiento. El proceso versaba sobre delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la habitación. El Tribunal absolvió al imputado, porque las pruebas que se acompañaron no eran suficientes para destruir la presunción de inocencia. Pero, a mayor abundamiento, se pronunció sobre el ánimo de lucro, y dijo: "Por último, tratándose del ánimo de lucro, éste tampoco se configura, lo que se desprende de las declaraciones de los testigos señores..., quienes son contestes en afirmar la falta de necesidades económicas del acusado por el hecho de contar con un trabajo remunerado según lo ya señalado en el motivo precedente". Los testigos habían declarado en el juicio que el acusado tenía una remuneración de $ 150.000.

De acuerdo a este predicado, para la mayoría de nosotros sería un delito imposible. Nótese que soy optimista, pues estoy pensando que aquí todos tenemos un trabajo remunerado. En este fallo existe una confusión entre el ánimo de lucro con las necesidades económicas. Si alguien se apropia de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse por imperiosas necesidades económicas, va a ver que revisar el artículo 10 Nº 7 del Código Penal, porque es posible que ahí esté actuando en un estado de necesidad justificante, qué hace que su conducta sea típica, pero que a la vez sea lícita, es decir, autorizada por el derecho.

Tratemos de encontrar un ejemplo en que existiendo ánimo de señor y dueño no hay ánimo de lucro. Imaginemos que dos personas rivales se disputan el amor de otra persona –pueden ser hombre o mujer, da lo mismo– y uno descubre que el otro mandó a confeccionar un lindo retrato de la persona amada en cuerpo completo, en un material muy valioso –para que no me vayan a decir que no tiene valor de cambio– a un artista de fama. Se lo apropia, es decir, se apodera materialmente para incorporarlo de hecho a su patrimonio, pero no con el propósito de obtener un beneficio avaluable económicamente, sino que para apreciar minuto a minuto el rostro y el cuerpo de la persona amada. Ahí tienen ustedes un ejemplo en que hay todos los elementos de la apropiación, pero no hay ánimo de lucro.

Otro aspecto que tiene que ser analizado es el valor de la cosa sustraída. No obstante que no se encuentra mencionado en el artículo 432 como elemento del hurto, debe concurrir porque éste se sanciona atendiendo al monto de la cosa sustraída. Sabemos que si excede de una unidad tributaria mensual se sanciona como simple delito; si no excede de dicha cantidad se castiga como falta y si no tiene valor de cambio, no recibe sanción.

La determinación del valor de cambio no presenta dificultades cuando el hurto se ha consumado y tampoco lo presentaría cuando ha quedado en estado de frustrado –para quienes sostienen que tal situación puede darse–, porque el artículo 455 de nuestro Código Penal nos dice que, cuando del proceso no

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, lo hará el tribunal prudencialmente.

El problema se presenta cuando queda en etapa de tentativa. La doctrina nos dice que en tal caso debe tomarse en consideración todos los antecedentes que demuestren inequívocamente que pretendía apropiarse de esa especie. Bonita frase. Pero llevándola a la vida real puede no ser susceptible de aplicación. Imaginemos que un sujeto va caminando y se encuentra frente a una bodega en que sabe que hay especies ahí adentro, ve la puerta abierta e ingresa y cuando está realizando una vista panorámica para apropiarse de algo, es aprehendido. ¿Cómo vamos a determinar ahí el valor de la especie sustraída? El juez le pregunta en su interrogatorio acerca de qué objeto pretendía apropiarse, el inculpado le responde: Sr. juez, aún no lo tenía decidido porque fui sorprendido cuando todavía estaba mirando y no alcancé a decidir acerca de qué objeto me iba a apoderar. El tribunal realiza una inspección personal para apreciar las especies que se encontraban en dicha bodega y se encuentra con una diversidad en que algunas tienen un valor de cambio de $ 100, otras $ 15.000, $ 20.000, $ 100.000, etc.

El problema que les he planteado no es irrelevante por cuanto se trata aquí de una tentativa de hurto y si el valor es menor a una unidad tributaria mensual no se sanciona, porque las faltas solamente se castigan cuando han sido consumadas, así es que aquí estamos jugándonos un resultado muy importante. Cuando excede de una unidad tributaria mensual también es trascendente el límite superior, porque el artículo 446 tiene distinta escala de penalidad. ¿Cómo vamos a concluir el valor de cambio? Más bien, ¿cómo lo vamos a sancionar? Creemos que en tales casos la prudencia nos dice que se debe aplicar el principio pro reo. Todo lo demás es entrar al campo de la arbitrariedad, de las suposiciones, de las conjeturas, conceptos todos que deben ser desterrados del Derecho Penal.

El elemento negativo lo vamos a estudiar más adelante, porque ahora les quiero decir dos palabras adicionales en cuanto a los elementos del tipo de hurto.

La semana pasada el profesor Marcelo Torres les hablaba de la tipicidad, y para que ella exista la conducta que el sujeto realiza en la vida real debe calzar exactamente en el tipo penal y éste tiene una parte objetiva y otra subjetiva.

La parte objetiva del tipo penal está integrada antes que nada por el aspecto objetivo de la acción, que aquí es el apoderamiento.

Dicha conducta recae sobre un objeto material que en este caso es una cosa mueble ajena y además el apoderamiento debe realizarse sin la voluntad del dueño. En la parte subjetiva, tendremos el dolo y separadamente el ánimo de lucro. El dolo es conocer y querer, lo que significa que el sujeto tiene que conocer los elementos que integran el tipo objetivo y además querer realizarlo. En otros términos,

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

debe saber que se está apoderando materialmente de una cosa que es ajena, que lo está haciendo sin el consentimiento del dueño y que lo hace con el objetivo de incorporarlo de hecho a su patrimonio, queriendo realizar todo ello.

Separadamente y de manera independiente, para que exista tipicidad subjetiva en el hurto tiene que existir ánimo de lucro, es decir, el propósito de obtener una ventaja avaluable económicamente. Ahí tenemos nuestro tipo de hurto.

Si el sujeto no sabe que la cosa mueble es ajena o cree que se está apoderando de ella con el consentimiento del dueño, incurre en un error de tipo. Aquí no tiene importancia distinguir si dicho error era evitable o inevitable, porque para el evento que se determinara que era evitable, teóricamente subsiste la culpa, pero no es punible el hurto culposo.

Cuando en la apropiación de cosa mueble ajena se ha empleado determinadas formas de fuerza que describe el legislador, estaremos en presencia de un robo con fuerza en las cosas, cuya sanción ya no se gradúa atendiendo al valor de la cosa sustraída, sino que al lugar y a la forma de comisión.

Cuando aquí hablamos de fuerza, nos estamos refiriendo a aquella energía física destinada a vencer los resguardos de que la cosa apropiada está revestida, no a aquella que se puede ejercer sobre la cosa misma, pues sería imposible apropiarse de algo sin desplegar alguna energía física y ella debe emplearse al momento de la apropiación, específicamente para obtener el apoderamiento. Si es posterior, no es jurídicamente fuerza, de manera que ahí estaríamos en presencia de un hurto.

Aquí ustedes pueden visualizar la diferencia que existe con el robo con violencia o intimidación en las personas, porque ahí puede ser ejercida antes, durante o después, como se los va a explicar mi colega Nelson Villena.

El primer problema que nos presenta el delito de robo con fuerza en las cosas son los lugares en que se puede cometer. Los artículos 440, 442 y 443 del Código Penal nos permiten agruparlo en: lugar habitado y sus dependencias, lugar destinado a la habitación y sus dependencias, lugar no habitado, sitios no destinados a la habitación y, por último, bienes nacionales de uso público.

El único que no nos ofrece dificultad son los bienes nacionales de uso público, porque están definidos en el Código Civil y ésa es la definición que se adopta.

En cuanto al lugar habitado ha existido discrepancia en la doctrina y a lo largo de los años han existido dos grandes corrientes de interpretación, una tradicional y una más moderna. Esta última ha ido recibiendo la aprobación de fallos jurisprudenciales, de la doctrina y también –por qué no decirlo– de la cátedra.

La tesis más antigua es sustentada por Gustavo Labatut siguiendo a

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Raimundo del Río y nos dice que lugar habitado es todo aquel en que al momento del robo se encuentra una o más personas presentes, no importa cuál sea la finalidad, sólo que tiene que existir presencia de personas. Esta misma doctrina sostiene que lugar destinado a la habitación son lugares cuya finalidad es servir de morada. Y lugar no habitado es todo lugar cerrado, no destinado a la habitación, es decir, no destinado a servir de morada y, además, que en el momento del robo no existiera ninguna persona presente.

Entonces, en este momento este lugar en que nos encontramos, de acuerdo a la tesis de Gustavo Labatut, es un lugar habitado. Más tarde cuando todos nos hayamos marchado, éste será un lugar no habitado. Lo que nunca va a ser será un lugar destinado a la habitación, porque –que yo sepa– esto no tiene por finalidad servir de morada, hogar doméstico a nadie. No nos dice Gustavo Labatut qué es un sitio no destinado a la habitación.

La segunda interpretación a la cual nosotros adherimos es más moderna y es sustentada por Alfredo Etcheberry, desde hace varios años y paulatinamente se ha ido incorporando a fallos judiciales. De acuerdo con ella, lugar habitado y lugar destinado a la habitación tienen un factor o elemento común que es el de ser lugares que sirven de morada, de hogar doméstico a una o más personas al momento en que se comete el robo. Por eso es que el legislador los unificó aquí en el artículo 440 como una de las más graves hipótesis. ¿Y cuál es la diferencia? La diferencia está en que cuando esos moradores estén presentes en el momento del robo, será lugar habitado y si no estaban presentes, en ese mismo instante, será un lugar destinado a la habitación. Entonces para esta doctrina: lugar habitado significa morada con presencia física de personas al momento de cometerse el delito y lugar destinado a la habitación es morada sin presencia física de personas al momento de perpetrarse el delito.

De acuerdo a lo que venimos sosteniendo, este auditorium en el cual nos encontramos no podría ser jamás un lugar habitado o destinado a la habitación, porque él no sirve de morada a nadie.

Para esta misma doctrina, tratándose del lugar no habitado, de partida no puede servir de morada a nadie, pero tenemos un problema, porque el artículo 443 nos incorpora la frase "sitios no destinados a la habitación" y ¿cómo lo vamos a distinguir del lugar no habitado?

Lugar significa espacio cerrado con ciertas protecciones que impiden libre acceso. Sitios son espacios abiertos. ¿Y por qué decimos que son espacios abiertos o fundamentalmente abiertos? Porque están juntos en el artículo 443 con los bienes nacionales de uso público que, por su naturaleza, son espacios de libre acceso como son las plazas, los caminos, etc.

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para Alfredo Etcheberry será lugar no habitado todo lugar cerrado que al momento del robo no sirve de morada a nadie. Y sitio no destinado a la habitación son recintos abiertos de libre acceso y que tampoco sirven de morada a nadie al momento de cometerse el delito.

Lo importante sí, quiero ya precisarlo, es que nada de esto se puede calificar *a priori*. La calificación de un lugar debe hacerse en el momento de cometerse el delito, porque piensen ustedes en un sitio no destinado a la habitación, como por ejemplo, un sitio eriazo de un particular, basta que alguien instale ahí su casa rodante o su carpa y se quede usándolo como hogar doméstico y eso lo transforma inmediatamente en lugar habitado o destinado a la habitación, según el caso.

Imaginémonos una casa recién construida, si alguien rompe una ventana e ingresa a ella y se apropia de algunas especies que se encuentren ahí, eso sería un lugar no habitado porque en ese momento todavía no sirve de hogar doméstico a nadie, no obstante que es una casa habitación. Por ello, la calificación debe realizarse al momento del robo.

En un tiempo se discutió mucho la situación de las casas de veraneo. Gustavo Labatut decía que en la época invernal, cuando no se encontraban personas ahí, constituía un lugar destinado a la habitación, porque era morada. Posteriormente, con la tesis de Alfredo Etcheberry, se sostuvo que si en la época invernal sus propietarios la destinaran solamente a guardar enseres, lo que la transformaba en una verdadera bodega, con lo cual se producía una desafectación, entonces con ello dejaba de ser morada y en esas condiciones se trataría de un lugar no habitado. Y esto es muy importante, por la diferencia de penalidad entre el artículo 440 y el artículo 442 del Código Penal.

En este punto creemos que habrá que atender al caso concreto, porque en cuanto a las casas de veraneo hay algunas en que sus propietarios o sus amigos –más los amigos que los propietarios– las visitan constantemente en todas las épocas del año, encontrándose siempre en condiciones de habitarse, de manera que es perfectamente posible que pudiera ser calificada de un lugar habitado o destinado a la habitación, según el caso.

En lo referente a las dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación, son recintos subordinados a éstos, contiguos a la construcción principal en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo. Se indican como ejemplo los garajes, los patios, los jardines, etc. En esta materia, hay que tener presente que estos recintos que son subordinados al lugar principal, deben estar destinados a actividades secundarias del hogar doméstico. Esto es importante, porque a veces nos encontramos con que está la casa habitación, al ladito hay un almacén, está todo comunicado y atrás en el patio hay una bodega y en ella se

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

guardan mercaderías del almacén y el sujeto ingresa ahí. No se trataría de una dependencia de un lugar habitado o destinado a la habitación, aunque esté en ese lugar y aunque haya comunicación, porque no hay en ese caso ninguna actividad secundaria al hogar doméstico, a la morada. En esas condiciones existe una actividad secundaria a un establecimiento comercial. Por la misma razón no puede ser calificada de dependencia.

Dijimos anteriormente que cuando en la apropiación de cosa mueble ajena se empleaba alguna forma de fuerza, especialmente descrita por la ley, estábamos en presencia de un robo con fuerza en las cosas.

El artículo 440 del Código Penal, tratándose del robo con fuerza en las cosas, nos indica como primera modalidad cometer el delito con "escalamiento", entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto.

Evidentemente que la expresión escalamiento no está tomada en el sentido etimológico de usar escalas o de trepar para vencer obstáculos de gran altura y tampoco la frase "vía no destinada al efecto" puede ser interpretada de manera gramatical. Esto debe ser interpretado en un sentido normativo, porque el legislador lo que aquí quiere es sancionar con más drasticidad aquellos comportamientos que signifiquen un mayor esfuerzo del sujeto para vencer las esferas de resguardo. De manera que si alguien sólo levanta la pierna para saltar un pequeño cerco que está a muy poca dimensión del piso o una ventana que está abierta, creemos que ahí no hay escalamiento. Aun cuando reconocemos que el punto puede ser discutible, compartimos la doctrina del profesor Mario Garrido, quien señala como requisito que esta modalidad debe ser grave, porque se tiene que cotejar con la segunda parte que contiene el artículo 440 Nº 1, es decir, "por forado, con rompimiento de pared o techos, fracturas de puertas o ventanas". De manera que tratándose del escalamiento propiamente tal, tiene que tener alguna gravedad.

El escalamiento debe ser para entrar al lugar del robo, se excluye aquí el escalamiento interno y también aquél utilizado para salir del lugar del robo. El empleo del verbo "entrar" que utiliza nuestro Código exige que el sujeto debe ingresar materialmente al lugar, algunos sostienen con una parte importante del cuerpo. De manera que estirar el brazo para apoderarse de una especie cuando una ventana está abierta no sería entrar, tampoco lo sería utilizar un gancho u otro instrumento para sacar las cosas del interior.

El artículo 440 Nº 2 nos habla de "hacer uso de llaves falsas, verdaderas que hubieran sido sustraídas, ganzúas u otros instrumentos semejantes para ingresar al lugar del robo". Sólo quiero decirles que aquí en el concepto de "llaves" se incorporan las tarjetas informatizadas que permiten abrir mecánicamente ventanas y puertas.

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El artículo 440 Nº 3, "introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad". Aquí pueden constatar que esto no es una forma de fuerza, sino más bien un medio engañoso, astuto, para lograr el ingreso a lugar del robo.

En relación al robo con fuerza en las cosas, el sujeto que ingresa a un lugar habitado o destinado a la habitación, es decir, morada, sin emplear las formas de fuerza que nos ha indicado el legislador y que se apropia de bienes muebles, comete dos delitos en concurso, hurto y violación de morada. Este es uno de los casos más claros de cuando un delito es el medio necesario para cometer otro delito.

Otro aspecto que quiero precisarles es que el lugar en que se comete el robo es una circunstancia típica y está fundando una alta penalidad en el artículo 440, por ello el sujeto activo debe conocer, debe saber que está ingresando a un lugar habitado o destinado a la habitación. Somos categóricos en eso. Tiene que tener conocimiento porque si no, no tendría dolo de dicho tipo penal. Puede suceder que él crea que está ingresando –como muchas veces ocurre– a un lugar no habitado, existiendo objetivamente elementos que le hacen creer que es, por ejemplo, un local comercial. Fractura una puerta e ingresa, y cuando está en su interior se da cuenta que es utilizado como morada por alguna persona. No obstante ello, creemos que debe ser calificado como un lugar no habitado y aplicar las penas del artículo 442.

En cuanto al robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, tipificado en el artículo 442, también nos indica como modalidad el escalamiento, pero aquí, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 440, contempla una situación especial que es la "fractura de puerta interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados", esto es, un caso de fractura interior.

El Nº 3 del artículo 442 prescribe "haber hecho uso de llaves falsas o verdaderas que se hubieren substraído, ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo" y nos agrega "o abrir los muebles cerrados". Esta última parte no está considerada en el artículo 440.

Finalmente, en cuanto al robo con fuerza en las cosas en sitios no destinados a la habitación o en bienes nacionales de uso público, el Código contiene una larga descripción que en razón del tiempo no vamos a analizar en esta oportunidad.

Habíamos dejado nosotros una tarea pendiente relativa a las dos posibilidades de interpretación de la acción de apropiarse. La primera de ellas era sustraer la cosa de la esfera de resguardo de una persona con ánimo de señor y dueño. Eso significaba, con el sólo propósito de llegar a adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio, y la exigencia que el sujeto quedara en disposición

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de la especie, constituía el resultado. La segunda interpretación era sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona quedando efectivamente en condiciones de poder disponer de ella. Ahora debemos agregar algo más.

El profesor Enrique Cury, hace unos años, específicamente el año 1992, escribió un artículo en la *Revista de Ciencias Penales,* la número 40, que tituló "De la contribución a la distinción de los delitos de resultado y de simple actividad", texto que resulta poco conocido y la importancia que tiene es que en él se afirma la inexistencia del delito frustrado en el hurto y robo. Lo trascendente de estos planteamientos es que en la actualidad ellos se están plasmando en votos de minoría en sentencias dictadas por la Excma. Corte Suprema, y en algunos casos han compartido el criterio del ministro Cury otros miembros de la Corte Suprema.

El profesor Cury descarta absolutamente que el delito de hurto y robo se presente en grado de frustrado. Para él es inconcebible dicha posibilidad, porque los delitos de resultado para que se consumen es necesario un cambio en el mundo exterior, que tiene que producirse a consecuencia de la acción, pero con independencia de ella. De tal manera que completada su acción se produce el resultado sin que el sujeto activo tenga alguna injerencia en la producción de él. Y eso no se da en el hurto y robo, porque serían delitos de simple actividad.

Realiza un parangón con el delito de homicidio. En este último, el sujeto que quiere matar a otro con un tiro de revólver domina con su acción la sacada del revólver, el apuntar y el gatillar, pero la trayectoria del proyectil y la muerte queda fuera de su acción, fuera de su injerencia inmediata. Tal situación, sostiene el profesor Cury, no se advierte en el hurto y el robo, porque éstos se consuman cuando se sustrae la cosa de la esfera de resguardo de una persona y esto en la práctica se traduce en que el sujeto tiene que quedar en disposición de la especie. Y agrega, lo que obliga a seguir actuando constantemente hasta quedar en disposición de ella.

Si alguien sustrae cosas de una casa tiene que actuar para sacarlas y luego tiene que seguir actuando hasta quedar en situación de poder disponer de la especie. Luego, dice, nunca se ve aquí un cambio en el mundo externo en el cual ya no tenga una injerencia directa el sujeto activo.

Creemos que en el fondo lo que está haciendo el profesor Cury es aceptar la segunda interpretación que dimos del concepto de la ación de apropiarse, aun cuando no lo indica expresamente.

El razonamiento del profesor Enrique Cury nos lleva a entender que para él la acción de apropiarse significaría sustraer la cosa de la esfera de resguardo de una persona, quedando en condiciones de disponer de ella. Así, el sujeto debe realizar todos esos actos que lo conduzcan a quedar en tal situación, cuando así

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ocurre la acción de apropiarse está completa y el delito consumado. Por el contrario, si es interrumpido en alguno de esos actos, la acción de apropiarse está incompleta, luego es tentativa.

Si ustedes me preguntan mi opinión personal, la verdad es que todavía no tengo un absoluto convencimiento, porque, en la gran mayoría, cuando el sujeto saca la cosa de la esfera de resguardo queda en disposición de la especie aunque sea por un instante. No visualizo la exigencia de que el sujeto siempre tiene que seguir actuando después de sacar la cosa de la esfera de resguardo para quedar en disposición de ella.

Creemos que el punto todavía está abierto y continuará siendo objeto de debate, pero en algún momento habrá que decidirse por alguna de las dos tesis y, adoptada alguna de ellas, seguirla hasta las últimas consecuencias.

Por último, quiero referirme al inciso primero del artículo 450 del Código Penal, que nos dice que en los delitos a que se refiere el párrafo segundo "robo con violencia e intimidación en las personas" y el artículo 440 del párrafo tercero, es decir, "el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, se castigan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa".

Esta disposición ha sido objeto de críticas, porque conduce a exageraciones prácticas. Así, por ejemplo, saltar una reja para apropiarse de una bicicleta que se encuentra en el patio de una casa habitación y el sujeto es sorprendido, enfrenta una pena de cinco años y un día a diez años. Cuando se explica esta consecuencia a los ciudadanos que no conocen dicha disposición legal, suelen preguntar: ¿a quién mató? Pues les parece una desproporción tomando en cuenta la conducta que ejecutó el sujeto.

Las exageraciones prácticas en materia penal se transforman simplemente en injusticias y si cotejamos o relacionamos el artículo 450 con el artículo 444 que presume tentativa de robo "al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o verdadera substraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias", entonces esta exageración se transforma en una aberración. Porque primero le presume la tentativa del robo del 440, por ingresar de alguna de las formas que menciona dicha disposición a estos lugares. Y, luego, de acuerdo al artículo 450, lo castiga como consumado desde que está en grado de tentativa.

En el fondo, el legislador está presumiendo la consumación de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación en sus dependencias, por el solo hecho de ingresar al lugar en alguna de las formas que indica el artículo 444. Se resiente nuestro orden constitucional y son innu-

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

merables los principios que infringe esta disposición, lo que no se compadece con un estado de derecho.

Nuestros Tribunales de Justicia han constatado las consecuencias dañinas que se derivan de esta normativa y han realizado esfuerzos tendientes a negar aplicación al artículo 450. Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel en un par de fallos sostuvo que el artículo 450 inciso primero del Código Penal se encontraba tácitamente derogado por la Constitución Política del Estado y por los tratados internacionales vigentes en Chile.

La Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo de este año, en voto de mayoría, no le dio aplicación al artículo 450, sosteniendo que infringía la norma constitucional porque estaba presumiendo de derecho la responsabilidad penal. Y, además, se sostuvo que la tentativa y el delito frustrado de robo no se encuentra descrito en la ley, de manera que no se estaba cumpliendo con lo que dispone el artículo 19 Nº 3 inciso 8º de la Constitución Política, en el sentido de que "la ley no podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella". En el fondo, el fallo sostenía que no estaba descrito en la ley el tipo penal de tentativa o frustración de robo. La mencionada sentencia consignó un voto de minoría que mantenía la aplicación del artículo 450.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación por parte de la señora fiscal.

La Excma. Corte Suprema absolvió al procesado por otras razones, que no es del caso analizar, pero se pronunció sobre los fundamentos que se estaban esgrimiendo para negar la aplicación del artículo 450 y afirmó que en dicha disposición legal no existe ninguna presunción de derecho, pues sólo contiene una regla para aplicar la pena y en cuanto a la conducta de tentativa o frustración, para determinarla basta con relacionar el artículo 7º del Código Penal, con el respectivo tipo de consumación.

Así, el máximo Tribunal cerró abruptamente la posibilidad de no aplicar este artículo 450. Podemos compartir o no los fundamentos, pero quiero leerles un considerando que dejó establecido en la sentencia: "Que ciertamente, el artículo 450 inciso 1º del Código Penal, suele conducir a consecuencias prácticas exageradas y debe reconocerse la sentencia recurrida el laudable propósito perseguido al tratar de moderar esos resultados indeseables. Pero ése es en verdad un cometido que sólo compete al legislador. Los tribunales no pueden asumirlo desconociendo el tenor literal del precepto en cuestión, sin arriesgarse a crear un espacio de inseguridad jurídica que, como es bien sabido, atenta también contra la justicia entendida en un sentido integral".

Leer este considerando me produjo sentimientos encontrados. En su primera parte es confortable que el máximo Tribunal le reconozca, por escrito,

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los esfuerzos desplegados a un tribunal inferior cuando se trata de mitigar efectos dañinos, pero la segunda parte me produjo la sensación de que se eligió el camino de la pasividad, lo que no nos trae buenos recuerdos.

La gran interrogante que me surgió fue, ¿o sea, que no queda nada más que esperar que en un acto de buena voluntad del Poder Legislativo se haga un espacio en su agitada agenda para revisar estas disposiciones que conducen a penas injustas y en que están comprometidas las garantías ciudadanas? Modestamente creo que no.

La ley es sólo una parte del derecho y el fin último de éste siempre será alcanzar la justicia. La justicia, como todos los seres humanos o los ciudadanos la entendemos, en su acepción más tradicional, más clásica, como dar a cada uno lo suyo y quien tiene que dar a cada uno lo suyo de manera privativa, pero también ineludible, son los Tribunales de Justicia. Para ello deben hacer uso de todos los elementos que el ordenamiento jurídico y el Derecho en general les proporciona, teniendo siempre como horizonte el fin de alcanzar la justicia.

No estoy sosteniendo con esto una abierta infracción de la ley, pero creo que tampoco es admisible, en los tiempos actuales, una interpretación extremadamente exegética, a sabiendas que ello puede conducir a consecuencias muy dañinas en que están comprometidas las garantías ciudadanas.

Yo creo que este artículo 450 puede no recibir aplicación y voy a hacer un pequeño ejercicio mental, muy básico, muy general, pero en el cual queda en evidencia la fragilidad de esta disposición legal.

Preguntémonos ¿por qué el artículo 440 del Código Penal tiene tan alta penalidad? La respuesta es porque se lesiona el derecho de propiedad, se afecta la inviolabilidad de la morada y por el peligro que puede significar para las personas que pudieren estar ahí en ese momento. Esa es la razón. Ese desvalor lo tomó en cuenta el legislador al momento de incriminar la conducta y asignarle la pena. Y cuando el legislador incrimina una conducta y le asigna la pena, lo hace siempre para el autor de un delito consumado.

Cuando queremos determinar cuál es la pena que el legislador le indica al autor de un delito frustrado o tentado, tenemos que ir a los artículos 51 y 52 del Código Penal y nos dice: la pena que yo le asigno al autor de este delito frustrado es un grado menos y la pena de un autor de una tentativa es dos grados menos.

Cuando el legislador eleva la penalidad, siempre tiene que hacerlo sobre la base de un hecho distinto de aquel que ya consideró al incriminar la conducta. Luego cabe preguntarse: ¿cuál es el hecho distinto en que se funda el artículo 450 para elevar la penalidad al autor de tentativa o delito frustrado? No existe el hecho distinto. Lo que aquí ha realizado el legislador es volver a considerar la

Artículo: Delito de hurto y robo con fuerza en las cosas
Revista: Nº209, año LXIX (En-Jun, 2001)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

gravedad del delito y ello constituye una infracción al principio *non bis in idem,* que nos dice que cuando un hecho fue tomado en cuenta para fundar una incriminación y asignarle una determinada pena no puede ser considerado nuevamente para agravar la sanción, que es lo que en el fondo ocurre cuando se eleva la penalidad de un delito frustrado o tentado. No nos olvidemos que aquí el legislador altera la regla normal de penalidad de estas etapas del *iter criminis.*

El principio *non bis in idem* tiene reconocimiento en nuestra legislación a través del artículo 63 del Código Penal y además es un elemento auxiliar de interpretación por todos aceptado. Y cada vez que se constata una vulneración, esa disposición legal no se aplica. Esto no es nuevo para nosotros.

Hace unos años, los Tribunales de Justicia se dieron cuenta que había una disposición legal que infringía el principio *non bis in idem* y lisa y llanamente dijeron: no más aplicación.

Me refiero a la agravante contemplada en el artículo 12 Nº 14, segunda parte del Código Penal, relativa a la reincidencia, "cuando el sujeto comete un delito después de haber quebrantado una condena". Los tribunales en su mayoría han decidido negar aplicación a aquella agravante, porque el quebrantamiento de condena tiene ya una sanción y no puede por ese mismo hecho agravarle la responsabilidad penal. Dicha doctrina ha recibido la mayor aceptación.

Al finalizar mi exposición, quiero decirles que la aplicación de esta disposición legal y el mantenimiento de muchas otras, principalmente en materia de hurto y robo, nos obliga a hacer una afirmación y ella es que en verdad la nueva justicia penal que hoy se le ofrece al país garantiza –al menos en el plano teórico– el respeto a un debido proceso, la transparencia y rapidez de ellos, pero no les garantiza que los juicios culminen con una pena justa. Creo que no decírselos constituye una grave omisión.

Muchas gracias.