

APUNTES DE DERECHO PENAL

Cátedra del profesor Carlos Künsemüller L.
Ayudante Andrés Valenzuela Donoso.

Nota: estos apuntes fueron preparados por el ayudante Andrés Valenzuela Donoso como una guía personal para la realización de las clases y por tanto NO constituyen apuntes de cátedra, no han sido revisados por el profesor ni resultan suficientes como bibliografía para el ramo.

Delitos contra el patrimonio

1.- Cuestiones preliminares y relativas al bien jurídico.

El título IX del libro 2º de nuestro Código Penal regula en un heterogéneo catálogo a los que se conocen como delitos contra la propiedad. Dentro de ellos cabe incluir el robo, el hurto, la receptación, la usurpación, defraudación, estafas y otros engaños, incendios y daños más ciertas normas comunes a todos estos delitos.

Lo primero que llama la atención es que cuesta determinar un patrón común respecto a todas estas figuras. Primero, podría decirse que lo único que difiere es la forma en la cual se afecta la propiedad (dañándola o apropiándose de ella), pero figuras como la receptación no hacen ni una ni otra cosa. También puede señalarse que lo que los hace diferentes es si en la apropiación se emplea o no violencia, lo cual podría trazar un patrón común pero la usurpación violenta de un bien inmueble resulta dudosa en estas categorías.

Y más aún. ¿Cuál es realmente el bien jurídico protegido en este tipo de delitos? ¿Es realmente la propiedad entendida como derecho de dominio en términos del artículo 582 del Código Civil? De buenas a primeras podría decirse que si y estaríamos en lo correcto de no ser porque el Código Penal sanciona al dueño de una cosa mueble que, con perjuicio de otro, la sustrajere de quien legítimamente la tiene en su poder. ¿Significa esto que el Código Penal desestima el dominio en pos de la mera tenencia?

La respuesta es que si y no.

De todo esto puede concluirse con un cierto grado de certeza, primero, que no es posible hacer una traslación desde el Código Civil al Código Penal del concepto de propiedad como derecho real llamado dominio que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona y que proporciona las facultades de *uti, frui y habere*.

En segundo lugar, y coherente con la ya indiscutida autonomía que tienen las Ciencias Penales respecto de otras ramas del Derecho, el concepto de

propiedad en el marco del Código Penal ha de ser algo más o algo menos, pero sin duda algo distinto, a lo que ofrece el derecho privado. Sin embargo, tampoco es posible construir normativamente un desmarque absoluto respecto del concepto propio del derecho civil clásico heredero de la tradición romana atendido que aun a pesar de la mencionada autonomía de las ciencias penales, el ordenamiento jurídico debe estar enlazado de una manera mínimamente sistemática por lo que un concepto de tal relevancia no puede diferir en forma absoluta saltando de un área del derecho a otra

¿Cómo solucionar el problema entonces?

Una primera solución pasa por señalar, tal como lo hace el profesor Mario Garrido Montt en su obra "Derecho Penal" al tratar el tema, que el bien jurídico lo componen, dependiendo de la figura que se trate, las facultades propias del dominio en distintas configuraciones y sería esto lo que conforma la noción de propiedad en el Código Penal: *"En realidad cada figura ampara algunos de esos aspectos y otras no, lo que sucede es que la voz propiedad que intitula este apartado se ha comprendido un conjunto de tipos penales con un muy amplio ámbito de protección, pero cada uno de ellos tiene por objeto un interés bien distinto, aunque enmarcado dentro de la amplia noción de su enunciado"*¹

La cita del renombrado profesor es más que clara y habla por si misma.

Ahora, una solución distinta al problema es aquella que plantea desechar la noción de delitos "contra la propiedad" y sustituirla por nociones relativas a figuras típicas que afecten el *patrimonio*.

En doctrina se ha tendido a reemplazar los delitos contra la propiedad por delitos que afectan el patrimonio, noción que parece ser algo más expresiva para representar la idea detrás del bien jurídico tutelado por estos delitos, solución que fue adoptada normativamente por el Código Penal español de 1995.

Sin embargo, optar por este camino no está exento de dificultades. El primer escollo con el cual se topa es que la noción de patrimonio tampoco es pacífica y depende de la naturaleza del mismo por la cual se prefiera.

Una primera concepción del patrimonio, conceptualizada en un comienzo por Binding, es la llamada concepción jurídica del patrimonio, la cual se traduce en la suma de todos los derechos y obligaciones patrimoniales de un sujeto de Derecho. Esta primera concepción de patrimonio fue la utilizada por el mismo Binding respecto del delito de estafa que para el lesiona derechos patrimoniales subjetivos cuya existencia, fundamento y contenido vienen previamente dados por el derecho civil. Para él, donde no hay un derecho patrimonial subjetivo ya incorporado previamente al patrimonio según las normas de derecho privado, no puede existir estafa.

¹ GARRIDO MONTT, Mario, "Derecho Penal" Tomo IV, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 3era edición, Marzo de 2005, Santiago, p. 141.

La noción de Binding, además, es una noción que concibe al patrimonio como un inventario de activos y pasivos y no como una unidad jurídica de valor propio.

Existen otras concepciones del patrimonio que consideran como patrimonio al conjunto de bienes y derechos susceptibles de valoración pecuniaria que un sujeto tiene en virtud de cualquier vinculación jurídica reconocida por el sistema donde caben la mera tenencia, la posesión y otras similares.

Y frente a eso, se han erigido posiciones contrarias a la noción de patrimonio pues consideran que en buena parte de las figuras lo que se afecta no es el patrimonio sino que la propiedad en sí como entidad jurídica (como en los robos y hurtos)

En fin, como se ve, la solución no es única y se opte por una u otra noción, aunque, como ya se dijo, en doctrina la tendencia es a abrazar la tesis del patrimonio por sobre "la propiedad", cada cual ofrece dificultades dogmáticas en su aplicación.

2.- Clasificación de los delitos contra la propiedad.

Se distinguen dos clasificaciones respecto de este tipo de delitos.

1) *Enriquecimiento v/s Sin Enriquecimiento*

Los de enriquecimiento implican que el agente actúa con ánimo de lucrarse y se subdividen en:

- Apoderamiento: Requiere un acto material del agente para hacerse con el bien (hurto, robo)
- Defraudaciones: El medio para hacerse del bien es el engaño o abuso de confianza.

Los sin enriquecimiento afectan la propiedad sin ánimo de lucro para el agente sino que buscan el perjuicio material de la víctima. Incluyen:

- Daños
- Estragos
- Incendio

2) Clasificación del profesor Etcheberry. Es la más recurrida en Chile para efectos didácticos. Distingue entre delitos de *apoderamiento* y de *destrucción*

Los de apoderamiento implican tomar o quedarse con una cosa ajena, mueble o inmueble, y pueden ser por a su vez:

- Por medios materiales: el autor toma físicamente el bien (robos y hurtos)

-Por medios inmateriales: consiste en quedarse con un bien previamente entregado al sujeto activo que ha recurrido a medios engañosos o ha abusado de la confianza de la víctima para lograrlo según sea el hecho respectivo (estafa, apropiación indebida, usura)

Los de destrucción son aquellos donde la actividad del sujeto pasivo no persigue un traslado en la propiedad sino que se dirige derechamente a la destrucción o desmejoramiento de la misma. Acá caben los delitos de daños, incendio, etc.

En la cátedra el estudio se centrará principalmente en los delitos por apoderamiento, y en particular en los de apoderamiento por medios materiales, atendido que son las formas de presentación más típica de los delitos contra la propiedad. Dentro de estas figuras punibles están

-Hurtos (Hurto simple, hurto falta, hurtos agravados, hurto de hallazgo, hurto de uso)

-Robos (Robo con homicidio, robo con violación, robo con violencia calificado, robo con violencia o intimidación, robo por sorpresa, robo en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, robo en lugar no habitado o no destinado a la habitación, robo en bienes nacionales de uso público)

3.- Delitos de Apoderamiento por medios materiales.

Como ya se mencionó, se refiere a los delitos en donde existe una apropiación, una traslación de la propiedad, de un sujeto a otro y esto se produce mediante un acto material del agente que toma el objeto y se apodera de él.

Las figuras más típicas de esta clasificación de delitos, como ya se puntualizó, son el robo y el hurto.

En la antigüedad, el furtum implicaba apropiación de una cosa ajena sin distinción de violencia o clandestinidad. Posteriormente el concepto evolucionó a dos figuras bases: el furtum y la rapiña, que se asemeja al concepto actual del robo.

Finalmente, el Código Penal español de 1822 hizo la distinción definitiva entre robo y hurto que sirvió de base a nuestra "actual" regulación sobre el tema.

En el presente, muchas de las figuras del catálogo de aquellas de apoderamiento son objeto de muchas críticas. En particular las figuras de robo por sorpresa y robo en lugar habitado (con pena de crimen) no se justifican como figuras punibles especiales y el mismo hurto, sobretodo en sus figuras agravadas, parece absolutamente antediluviano frente a los tiempos que corren. Además, ciertas figuras más bien actuales han

demostrado que político-criminalmente no son del todo adecuadas, al menos como delito de acción penal privada (el hurto falta).

Sobre el bien jurídico protegido esta es la propiedad o el patrimonio, según la posición que se abrace atendida la discusión ya planteada por lo que para poder estar en presencia de un delito de esta clase, debe tratarse e cosas que tengan dueño, lo que se desprende del enunciado "sin la voluntad de su dueño" presente en el artículo 432 del Código Penal.

3.- Concepto de hurto y robo. Artículo 432 del Código Penal.

Nuestro Código Penal parte definiendo conjuntamente el hurto y el robo en la misma norma contenida en el artículo 432 del Código Penal. Ahí se señala que el que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando violencia o intimidación, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto.

De esta definición se desprende que la figura del hurto base y a la vez subsidiaria de los delitos de apropiación material lo que quiere decir que si existe una figura en donde se dan los presupuestos generales de estos delitos, si el delito no es subsumible dentro de algún robo, deberá sancionarse como hurto, eso sin perjuicio de la posición que toma como la figura base más general a la apropiación indebida.

Entonces, coherente con lo anterior, el hurto sería la figura más genérica dentro de los delitos contra la propiedad por apoderamiento material toda vez que es la más sencilla y con menos requisitos de todas las que existen.

4.- Delito de Hurto

4.1.- Tipo objetivo.

Usualmente se ha definido este delito como el apoderamiento material de una cosa por medios subrepticios o clandestinos, a diferencia del robo requiere para su configuración violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas en las particulares formas descritas en la ley (si se dan formas distintas de la violencia o fuerza de las descritas en la ley, como cortar con una sierra un árbol y llevárselo, sigue siendo hurto).

Por tanto, en fin, puede definirse al hurto como *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 fuerza en las cosas.*

El núcleo fáctico de la conducta radica en la apropiación de una cosa mueble ajena lo cual no quiere decir que haya una traslación del derecho real de dominio (que permanece en su dueño) sino que hay un apoderamiento material y de hecho. La apropiación, por tanto, ha de dirigirse a desplazar al bien desde el ámbito de protección material del propietario a la del agente.

Así lo planteaba ya Mezger en el sentido que la apropiación implica un doble acto: por un lado el *quebrantamiento de la esfera de custodia* que tiene el dueño y por otro lado la *constitución de una nueva esfera de custodia* en poder del agente.

De esto se desprende que para poder consumir el hurto es necesario que copulativamente

-Se vulnere la esfera del resguardo del legítimo tenedor del bien hurtado.

-A la vez, que el delincuente haya logrado crear una nueva esfera de resguardo propia respecto del bien e incorporarlo a esta.

Si no se da copulativamente ambas condiciones, solo se está, si se da el caso, en un estadio imperfecto de ejecución del delito de hurto (una mera tentativa inacabada o una tentativa acabada)

Discutible es el punto de cómo ambas condiciones se interrelacionan: un sector doctrinario, al cual en lo personal se adscribe, exige que para hablar de hurto consumado es necesario que se cree una esfera de resguardo nueva por parte del agente pero que previamente la especie haya salido de la esfera de resguardo del legítimo tenedor. Esto porque no se concibe la superposición de esferas de resguardo, y particularmente esto no es posible desde la perspectiva del patrimonio como bien jurídico protegido por estas figuras. El aceptar la superposición de esferas de resguardo resulta a lo menos dudoso desde el punto de vista del principio de lesividad: si lo que se busca es proteger la propiedad, resulta difícil pensar en un hurto consumado por la mera creación de una nueva esfera de resguardo si esta no ha sido vulnera siquiera aun. Si no se exigiera esto, el hecho de guardarse una botella de vodka por parte del estudiante de derecho que desea celebrar la reprobación en el examen de licenciatura de su enemigo en su abrigo sin aun haber salido del emporio de alcoholes implicaría sancionarlo por hurto consumado cuando, en realidad, el derecho del legítimo titular ni siquiera se ha vulnerado.

Es necesario, además, detenerse en el concepto de la esfera de resguardo y hacer algunas precisiones. Es una noción normativa que se entiende como el espacio donde el dueño del bien o el legítimo tenedor del mismo puede hacer su facultad de usar gozar o disponer del mismo. Esto no implica necesariamente un contacto; es un espacio definido normativamente en donde el dueño de la cosa puede comportarse como señor y dueño de la misma: va desde el lineal de cajas o las puertas (aun

discutido) en un local comercial a el pequeño espacio físico en donde una persona deposita su maleta en la vía pública mientras ve la televisión en un aparato en exhibición en un escaparate.

Respecto de la forma de ejecución, esta se refiere al desplazamiento material de la cosa desde la esfera de resguardo de la víctima, sacándola de ésta, a una nueva esfera de custodia propia del delincuente. La forma mas usual de comisión es tomar personalmente el bien, sin perjuicio que este delito tolere la ejecución mediante instrumento humano en autoría mediata.

Además de todos los elementos enumerados, tal como ya se señaló, existe uno negativo respecto del delito de hurto: que no concurra la fuerza en las cosas o la intimidación en las personas. Pero como ya se expuso, no se trata de que no concurren fuerza o intimidación en genérico sino que la no concurrencia de las formas de violencia, fuerza o intimidación señalados en la ley. Si existe apropiación material de especie corporal mueble mediante alguna vía de hecho distinta a las señaladas en la ley, la conducta seguirá siendo tipificable de hurto.

4.1.1.- Objeto material de la acción.

Se refiere a una cosa corporal, mueble, ajena y susceptible de apreciación pecuniaria.

4.1.1.1.- Cosa corporal.

Esta noción esta en el artículo 565 del Código Civil señalando que son corporales las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. Quedan marginadas de apropiación en términos del hurto simple las cosas incorporeales como los créditos. También, aunque tienen existencia real, quedan excluidos de apropiación los gases y la energía por falta de corporeidad. Sin embargo, almacenados pueden ser susceptibles de apropiación.

Caso especial reviste la electricidad que no tiene corporeidad pero es susceptible de consumición ilícita, situación que sanciona el DFL N° 1 de 1982 del Ministerio de Minería que sanciona el "hurto" de energía eléctrica. No se trata de un hurto propiamente tal. Solo se le aplican las penas de ese delito.

El agua por su parte tampoco puede ser hurtada si no es en envases. Sin embargo, respecto de los derechos de aprovechamientos de fuentes acuíferas existe sendo tipo penal de usurpación de derechos de agua.

Por último, sobre los billetes de lotería cabe hacer una precisión. La mayoría de la doctrina cree que hay que distinguir si es un billete premiado o no. Si no lo es, el valor de la cosa es el suyo material. Si tiene premio, el valor es del beneficio (título de crédito al portador). Pero hay autores que distinguen si el hurto fue antes o después de saberse que el billete era premiado y si fu hurtado después para ser cobrado, consideran que hay concurso entre hurto y estafa, cosa bastante dudosa pues ni se dan los elementos de la estafa ni tampoco es de desestimar el hecho de que dentro del dolo de hurto esta el deseo de cobrar el premio.

4.1.1.2.- Cosa mueble

Esto es en contraposición a las cosas inmuebles. Pero esto es en un sentido más amplio que el sentido meramente civil de muebles: se extiende a todo aquello que pueda trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa aunque sufra detrimento. La noción de inmueble queda reducida al suelo, a la corteza terrestre.

4.1.1.3.- Cosa ajena

Este requisito hace descartar desde ya el hurto de cosas propia. El artículo 432 exige actuar sin la voluntad del dueño y por tanto se descarta este como sujeto activo. La única hipótesis en donde el dueño de una cosa puede cometer su hurto es en el llamado *furtum possessionis* (artículo 471 N° 1) incluido dentro de las estafas en donde el dueño sustrae la cosa del legítimo tenedor con perjuicio de tercero.

El requisito de la ajenidad excluye ciertas cosas como objeto del hurto (en el sentido de que la cosa hurtada debe tener dueño):

-Cosas comunes a todos los hombres: cosas no susceptibles de dominio como el alta mar o todo el aire de la sala de clases.

-Las *res nullius* (cosas que carecen de dueño) que pueden ser adquiridas por ocupación como modo de adquirir (conchitas, pececitos, etc)

-Las *res derelictae* o cosas abandonadas por su dueño para que se apropie de ellas un tercero (como las monedas que un candidato presidencial arroja a la multitud miserable para que se apropien de ellas)

Cosa curiosa la plantean los *cadáveres*.

En principio se señala que un cadáver no es una cosa susceptible de apropiación y por tanto menos puede serla de hurto. Sin embargo hay casos en que un cadáver puede entrar al tráfico mercantil (la "Miss Chile", famosa momia en exposición en el museo del Padre Le Paige en San Pedro de Atacama es un objeto susceptible de valuación pecuniaria y bastante

caro por lo demás). La cosa no ha sido del todo resuelta. Lo mismo sobre los órganos que, en principio no sería cosas susceptibles de tráfico.

Otro punto dudoso a este respecto es la comunidad. ¿Hay hurto entre comuneros de una cosa común? El problema se traduce en si es posible considerar una cosa como ajena si se posee en comunidad.

Una posición más tradicional niega la posibilidad de hurto en las comunidades.

Otra más moderna distingue diversas situaciones:

-Si la cosa se tiene pro indiviso con cuotas ideales sobre el total, es imposible cometer hurto (la cosa no es ajena)

-Si la cosa ya ha sido dividida y el comunero se lleva mas de su cuota, el exceso es ajeno.

En Chile, el profesor Etcheberry adscribe a la postura tradicional pero agrega que el comunero no tenedor del bien puede sustraerlo de quien lo tiene en su custodia.

4.1.1.4.- Cosa con valor económico.

Es necesario que la cosa sustraída tenga un valor apreciable en dinero. Esta exigencia se desprende de los artículos 446 y 494 BIS, artículos que regulan la pena del hurto según el valor de la especie sustraída (criterio igualmente utilizado respecto de la estafa). Esto excluye del hurto a las especies con un mero valor sentimental pero no avaluable en dinero.

Es menester acreditar en juicio el valor de la cosa sustraída ya que de eso dependerá la punibilidad del hecho. Si en el juicio no se logra probar el valor de la cosa, según prescribe el artículo 455 del Código Penal, el tribunal hará su regulación prudencialmente.

4.1.1.5.- Cosa sustraída sin la voluntad de su dueño.

Para satisfacer este requisito, basta que el dueño no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero. No es necesario que tome conocimiento de la sustracción ni menos que se haya opuesto. El consentimiento de la víctima, en este caso, pasa a ser no una causal de justificación como históricamente se ha enmarcado el consentimiento del afectado, sino que derechamente una causal de atipicidad, pero este efecto se producirá solo si, uno, es dado por persona capaz de prestarlo (y emanar del dueño de la cosa) y, dos, es prestado antes de la comisión del hecho.

Este consentimiento, como usualmente se nos da en este negocio del derecho, puede ser expreso o tácito y ambos son igualmente válidos. Incluso es válido el consentimiento prestado por error inducido mediante engaño; en tal caso se excluye el hurto y se desplaza la penalidad hacia la estafa.