

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal*

Carlos Künsemüller Loebenfelder
Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile
ckunse@adsl.tie.cl

Resumen

En esta ponencia se individualizan ciertos temas críticos de la regulación penal prevista para los delitos contra la propiedad, en directa vinculación con los principios limitativos del *ius puniendi* estatal, los que, en general, suelen estar muy debilitados en sus posibilidades de intervención eficaz en el ámbito legislativo específicamente dirigido a esta clase de infracciones. Mediante el análisis de ciertas figuras penales consagradas en la nueva regulación, se busca llamar la atención sobre la necesidad de mantener el respeto irrestricto a los principios capitales, cuya misión primordial es servir de límite y contención al ejercicio del derecho de penar, en aras del aseguramiento del patrimonio cultural—político—jurídico constituido por los derechos y libertades ciudadanas que se enfrentan diariamente al poder penal del estado y que desde los albores del Derecho Penal moderno se han procurado tutelar.

Palabras clave

Principios limitativos del *ius puniendi* estatal, delitos contra la propiedad y el patrimonio, delito de hurto, delito de robo.

Abstract

From a critical perspective, this paper identifies some aspects of the legal regulation given to some of the infractions against property by the Project of Criminal Code, in specific relation with the capital principles of the Penal Law— Limitating Principles— that are not quite respected in the legislative level in every case of these regulations. The author wants to remember the necessity of respect and attention that must be given to those principles by the legislator in a penal system that belongs to a democratic State.

Key words

Limitating principles of the *ius puniendi*, crimes against property, larceny, robbery.

* Recibido el 25 de abril y aprobado el 18 de mayo de 2006.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

1.

Es desde la perspectiva de ciertos delitos contra la propiedad y el patrimonio que procuro con algún celo desarrollar un breve análisis dogmático y político—criminal del proyecto de Código Penal preparado por la Comisión Foro Penal, examinando la relación que pueda advertirse o echarse de menos, en su caso, entre la regulación propuesta y los principios cardinales del Derecho Penal, cuya función esencial es limitar o restringir en beneficio de los ciudadanos el Derecho Penal Subjetivo y que, como apunta el profesor Garrido Montt, se hallan en relación a un determinado modelo de Estado, un Estado de Derecho, social y democrático.¹

La selección de este tema para la ponencia está relacionada, por una parte, con mi permanente interés por destacar la trascendencia dogmática y político—criminal de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal²; por la otra, con reiterados alegatos sobre la urgente necesidad de reformar nuestro Código en materia de delitos contra la propiedad.³

2.

Hoy día en que la llamada “crisis” del Derecho Penal es entendida como “crisis de legitimación” y no es el natural desgaste del Derecho Penal, que lo acompaña durante toda su evolución, sino una nueva crisis, caracterizada por un debate profundo y radicalizado sobre el sentido y justificación misma del orden penal, como objeto y como saber, resulta sin duda necesario recordar la trascendencia de los principios limitadores. Como indica Yacobucci, el Derecho Penal, en tanto realidad práctica—hecha de conductas, de interferencias de libertad, ero también de orientaciones normativas hacia fines y bienes —se constituye, se hace merced a la aplicación de cierto orden a las praxis humanas dentro de la convivencia. Ese orden de libertades responde a determinadas orientaciones que surgen principalmente de los principios. Son estos principios los que legitiman al Derecho Penal como realidad, como método o saber, incluyendo aquí las instancias llamadas dogmáticas, hermenéuticas, aplicativas y argumentativas.⁴

Resulta indispensable en una época en la cual se han incorporado a nuestro lenguaje diario las nociones de “Derecho Penal del ciudadano” y “Derecho Penal del enemigo” —como si

¹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. t. I., p. 29, con cita de Mir Puig.

² KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Importancia dogmática y político—criminal de los principios limitadores del *Ius Puniendi*”. *Gaceta Jurídica*. n° 264, p. 7 y siguientes.

³ KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Algunas reflexiones sobre nuestro sistema jurídico”. *Política y Espíritu*. n° 388, Año XLVI, julio—agosto 1991, p. 124; KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”. En FIGUEIREDO DIAS, Jorge de *et al* (eds.). *El Penalista Liberal, Libro Homenaje al Profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 457 y s.s.

⁴ YACOBUCCI, Guillermo. *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*. Buenos Aires: Abaco, 2002, p. 54—55.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

se tratara de verdaderos ejércitos en campaña bélica— mostrar y robustecer el sentido propio de los principios capitales y su aptitud legitimante en la adopción de decisiones que implicarán, al mismo tiempo, interferencias en la libertad ciudadana y orientaciones normativas respecto de su ejercicio.

Estos principios limitativos, de naturaleza tanto política como jurídica, representan, al decir de Muñoz Conde, un patrimonio común, en cuanto sistema equitativo que ampare nuestros derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y las arbitrariedades; una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del *ius puniendi* estatal.⁵ Estos pilares que contengan y mantengan al Derecho Penal en su ser y perfil, uardándole de desviaciones y deformaciones, como señalara el profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba,⁶ han de servir como línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de la normas penales y, en caso contrario, proporcionar la base racional para su crítica. A estas bases, fundamentos y barreras del poder penal estatal se los denomina, indistintamente, de diversas maneras: principios básicos, principios constitucionales, principios cardinales, principios fundamentales, principios limitativos, principios configuradores, principios informadores, siendo lo más relevante, por sobre los detalles terminológicos, la significación que tales postulados revisten para un cierta forma de entender el Derecho Penal, su naturaleza, características, fundamentos, rol social, aplicación y ejecución.

García Pablos de Molina destaca dos factores que otorgan especial relevancia al estudio de los límites del *ius puniendi*: en primer lugar, los drásticos efectos de la intervención penal, su impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la cirugía penal; en segundo lugar, la vocación intervencionista del estado social, que potencia la presencia de este y el empleo de toda suerte de medios eficaces para resolver los conflictos y dirigir el devenir social.⁷

El pensamiento dogmático no puede ser considerando realmente neutral, ya que éste, por oposición a lo que se denomina Teoría del Derecho implica siempre –como señala el autor chileno Raúl Madrid— un posicionamiento previo del jurista.⁸ La falta de neutralidad en la dogmática se funda en el hecho de que ninguna descripción u ordenación sistemática puede ser reputada neutral desde el punto de vista valórico, puesto que supone la existencia de una determinada teoría. En consecuencia, siendo el objeto de la dogmática describir y ordenar

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 69 y siguientes.

⁶ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. “Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. t. XCV, n° 3, 1998, p. 103. También en *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*. Año 2, n° 1, agosto de 2001, p.133 a 151.

⁷ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal, Introducción*. Madrid. U. Complutense, 2002, p. 319.

⁸ MADRID RAMÍREZ, Raúl. “Situación de la teoría del derecho en el contexto de las ciencias fronterizas”. *Seminarios de Filosofía, U. Católica de Chile*. vol. 8, 1995.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

sistemáticamente el derecho positivo, no puede prescindir de principios ordenadores, criterios de selección, que suponen mucho más que la comprobación de un dato empírico.⁹

Ahora bien, la dogmática entendida como mera técnica de reproducción de la voluntad de la ley, fue durante mucho tiempo una “ciencia de profesores”, alejada de la realidad social y sus necesidades, valorativamente neutra y reaccionaria desde el punto de vista político. Esta situación trae como consecuencia la entrada de la Política Criminal, como alternativa moderna, con claros afanes de desplazar a la vieja ciencia jurídica. La incomunicación surgida entre dogmática penal y política criminal ha sido superada por la visión de Roxin, que postula no sólo la complementación de los dos campos, sino una síntesis entre dogmática y política criminal.¹⁰

En su obra “Bien jurídico y sistema del delito”, el profesor Gonzalo Fernández cataloga la intervención penal como una solución de extrema ratio, gobernada, por tanto, por los principios de intervención mínima y de exclusiva protección de bienes jurídicos. Alude también al principio de lesividad u ofensividad, que pasa a convertirse en uno de los principios políticos centrales del Derecho Penal de la democracia y situado junto a los tradicionales principios de legalidad y culpabilidad, tiende a fortalecer un modelo de Derecho Penal ajustado a los cánones del estado constitucional de Derecho.¹¹

Podemos agregar como otro principio limitativo de máxima relevancia y postulado por muchos como complemento del de culpabilidad, el de proporcionalidad de la pena, requirente de una vinculación, correspondencia o adecuación que debe darse entre la magnitud del injusto típico y la magnitud de la reacción penal del Estado.

3.

El documento denominado “Principios orientadores de la labor del Foro Penal” reviste gran importancia, ya que su tenor pone de manifiesto el arraigo a los principios cardinales, como guía inspiradora y cimiento de la tarea creadora —por ende dinámica— propuesta, en orden a dotar al país de una nueva legislación penal, adecuada al siglo que vivimos.

4.

Constituye un lugar de encuentro de los penalistas chilenos la convicción de que en el ámbito de los delitos de apropiación por medios materiales —hurto y robo— tal como se hallan legislados en el Código Penal y reciben aplicación en la praxis, varios —y probablemente casi todos— principios capitales se ven, si no excluidos totalmente, severamente restringidos por efecto de las bases ideológicas estampadas por la legislación decimonónica. Nadie discute que entre los aspectos más deficitarios y sensibles del Código

⁹ YACOBUCCI, *Sentido*, p. 391.

¹⁰ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 533.

¹¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Montevideo: B de F, 2004, p. 1 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

de 1875 se cuenta el relativo a las infracciones mencionadas y esta realidad la he tratado de divulgar, o sólo en el ámbito nacional, sino internacional.¹²

Los principios conformadores y limitativos del “bueno, viejo y decente Derecho Penal liberal”, están llamados a guiar una reforma que no puede seguir postergándose por más tiempo. No podemos renunciar a esta urgente invocación por el hecho de que seguramente no encontrará terreno fértil en el seno de las directrices penales impuestas por la sociedad del riesgo y su correlato político criminal, la “expansión” del Derecho Penal.

5.

En mi opinión, la que probablemente pueda carecer de una deseable objetividad, atendida mi calidad de miembro del Foro, la regulación propuesta para los ilícitos mencionados, atentatorios de la propiedad y el patrimonio, tributa en general y salvo algunas objeciones que detallo en esta presentación —y que fueron leídas durante la Jornada— un adecuado homenaje a los mentados principios, habitualmente dejados de lado en los afanes legislativos.

Entre los fundamentos de la nueva regulación propuesta, destaco como criterio estructurador, el de la proporcionalidad de las penas, área entendida como urgente, pero difícil de alcanzar, por la preeminencia de las demandas de mayor criminalización y penas más duras sobre criterios de racionalidad punitiva. Se expone —como base inspiradora— la convicción de que si no es posible establecer una mínima proporcionalidad al menos en esta materia, en la cual los excesos son tan acusados, todo el esfuerzo del Foro por una codificación más racional se torna en buena medida vano, de suerte que el intento resulta ineludible.

6.

La nueva configuración del hurto ha abandonado el criterio excusivamente monetarista utilizado por el Código vigente para la determinación legal y judicial de la pena, expresado en el sistema de módulos de cuantía, según el cual, tanto vale la cosa ajena sustraída, tanta es la pena. Coincido plenamente con el carácter de “verdadera lotería penal” que en los fundamentos de la propuesta se asigna a este mecanismo, que se denuncia como creador de verdaderos bolsones de responsabilidad objetiva.

Me he referido con alguna extensión a este tema en el artículo antes citado, señalando que el “tosco criterio” monetarista es rechazable, desde que la gravedad de la pena está atada a un elemento meramente externo—objetivo, que no pertenece a la faz subjetiva del tipo y puede no estar cubierto por el dolo del agente; he indicado, en consecuencia, la urgente necesidad de estudiar una solución político—criminal que prescinda —al menos como factor único y determinante— del criterio de las cuantías, salvo para diferenciar entre delito y falta.¹³ Son otros presupuestos más realistas, susceptibles de ser conocidos y queridos por la voluntad de

¹² KÜNSEMÜLLER, “Hurto y robo”, lugar citado.

¹³ KÜNSEMÜLLER, “Hurto y robo”, p. 459 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n.º1, 2006. A3, p. 1-14.

realización del sujeto activo, los que sustentan la penalidad del hurto en la nueva regulación propuesta.

Desaparecen las trasnochadas agravantes del actual artículo 447 y se las sustituye por otras circunstancias —contenidas en el artículo 149— apoyadas en supuestos de real mayor impacto al objeto jurídico de protección.

Especial realce merece la facultad del tribunal para prescindir de la pena privativa de libertad en casos de bagatela, directamente relacionada con los principios limitativos de mínima intervención y ofensividad, sin perjuicio de lo que se expone más adelante respecto de la pena de multa.

Lamentablemente, no desaparece la pena copulativa de multa actualmente prevista para este delito—y sólo para éste, ya que no lo está para el robo— que lo hace aparecer, en el contexto de la regulación vigente, como más grave que las hipótesis de robo de los artículos 442 y 443, distorsionándose toda la lógica interna de un sistema que atribuye siempre mayor disvalor al robo. En el caso del Anteproyecto, si bien la sanción base prevista para el robo con fuerza en las cosas es la de presidio menor en su grado máximo y la del hurto, reclusión menor en su grado mínimo, más multa, el juego de las circunstancias de agravación para este último delito y las de atenuación consagradas en el robo con fuerza y la pequeña diferencia de grado que separa a uno y otro módulo de pena, pueden determinar que en ciertos casos la pena privativa de libertad sea la misma, tanto para el hurto y el robo; por tanto, agregada la pena pecuniaria, resultará que el hurto recibiría una pena superior a la del robo, lo que, como ya se expresó, traiciona la clásica fundamentación del sistema —que no comparto— en que el hurto aparece como una figura delictiva de muy inferior lesividad que el robo, tipificado como delito autónomo. Sin perjuicio de lo expresado y en el terreno de las consideraciones generales, si tanto en el hurto como en el robo con fuerza se trata de conductas de apropiación, poseedoras de determinadas modalidades de ejecución y que afectan al mismo bien jurídico protegido, cuál es la razón político—criminalmente defendible que justifica asignar la multa como pena copulativa en el hurto(en el delito menos grave) y no hacerlo en el robo (en el delito más grave)? La pregunta es válida, ya que el tipo de robo contendría un mayor disvalor objetivo, reflejado en las circunstancias de comisión (lugar habitado o destinado a la habitación y medios utilizados) y en la magnitud de la sanción penal. Sin embargo, desde el punto de vista de la proporcionalidad de la pena —tratándose de infracciones del mismo género— un ilícito penal que está castigado con dos penas, de aplicación correlativa, aparece tratado con mayor rigor que el que enfrenta una sola respuesta penal del Estado.

En los códigos de Alemania y Portugal la pena de multa es alternativa a la de prisión en el hurto.

Estimo que las observaciones anteriores no se ven alteradas por la facultad que se otorga al tribunal para prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la de multa en las

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n.º1, 2006. A3, p. 1-14.

apropiaciones de ínfimo valor, ya que fuera de ser una potestad—que podrá emplearse o no— está circunscrita sólo a los casos de insignificancia.

7.

La mantención del robo con fuerza en las cosas, como delito autónomo, aunque no sea más que en una de sus actuales hipótesis resulta discutible, a la luz de algunos principios cardinales, no obstante la bienvenida reducción del irritante casuismo existente y de la disminución del rigor punitivo, en cuanto salida alternativas o posición subsidiaria a la supresión de la figura, exigida en nuestro medio por varios autores.

Es una crítica de ya antigua data la que postula la mantención de las conductas tipificadas como robo con fuerza en las cosas dentro de la esfera típica del hurto, a la cual ha pertenecido históricamente en la legislación europea (con la única excepción del Código Español).¹⁴

El examen del Derecho Comparado evidencia la tendencia de distinguir sólo entre hurto y robo violento o intimidatorio, como las dos formas de apoderamiento de cosa mueble ajena por medios materiales. La hipótesis de robo con fuerza en las cosas es desconocida en la mayoría de los códigos de nuestro entorno cultural. No obstante, en el código español de 1995 se mantuvo esta figura, contra la cerrada crítica planteada al texto anterior por comentaristas tan reputados como Muñoz Conde, Quintero Olivares, Gómez Benítez, Huerta Tocildo, entre otros. No dejó de causar perplejidad una reforma legal que dirigida a adecuar al código a las modernas tendencias dogmáticas y criterios político—criminales más avanzados, dejó subsistente, sin embargo, una rémora de la legislación decimonónica. Hace ya largo tiempo Rodríguez Devesa había planteado como “mejor solución” la de llevar al capítulo del hurto los que hoy son robos con fuerza en las cosas.¹⁵

Los problemas que ofrece actualmente el tipo en cuestión, no radican únicamente en la penalidad irracional asignada a algunos de sus casos, como por ejemplo, la del delito cometido en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, que equivale a la pena mínima del homicidio simple, que es más alta que la pena de la mutilación de miembro importante, de las lesiones graves (art. 397 n.º 2), del auxilio al suicidio y es idéntica a la establecida para el delito de lesiones graves gravísimas (art. 397 n.º 1), ue produce resultados catastróficos para la integridad física y salud. Es la justificación misma de este tipo penal, en cuanto protección indispensable de la propiedad, la que no resiste un análisis serio, ajeno a consideraciones político—criminales populistas vinculadas a la tan manipulada “inseguridad ciudadana.”

Muy claro es el razonamiento de Gómez Benítez, referido al Anteproyecto de Código Español de 1983: “el elemento fundamental de diferenciación entre el hurto y el robo debería

¹⁴ KÜNSEMÜLLER, “Hurto y robo”, p. 466 y siguientes.

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. “Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.* t. XIII, fasc. 1, enero—marzo 1960, p. 37 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

ser la concurrencia o no en la realización del hecho de violencia o intimidación en las personas. Este es el dato más relevante que permite establecer la mayor o menor gravedad del delito atendiendo a elementales valoraciones político—criminales y de necesidad preventivo—general de la pena. En consecuencia, ese debería ser el dato que justificase una mayor conminación penal para los robos —en los que se debería exigir siempre la concurrencia de violencia o intimidación en las personas— en relación a los hurtos, en los que estaría ausente dicho medio comisivo.”¹⁶ En esta perspectiva, conocida como “vía germánica”, el hurto comprendería las apropiaciones con o sin fuerza en las cosas y el de robo los atentados patrimoniales violentos o intimidatorios, permitiendo mayores conminaciones penales para los atentados pluriofensivos, que amén de la lesión a los valores patrimoniales, conllevan daño o serio peligro para bienes jurídicos de superior rango constitucional (y social).

En la doctrina nacional, Jorge Mera propone de “*lege ferenda*” la derogación de esta figura penal, argumentando que “el plus de desvalor que pudiera representar en ciertos casos el uso de la fuerza en las cosas en la comisión del hurto debe resolverse de acuerdo con las reglas generales de los concursos de delitos, o bien, mediante el establecimiento de una agravante.”¹⁷ Esta propuesta, a la que hemos adherido en anterior publicación ¹⁸, está en sintonía con la tendencia dominante en Derecho Comparado, que tipifica como delito de hurto agravado la apropiación de cosa ajena efectuada mediante fuerza sobre los medios de resguardo, pudiendo citarse por vía ejemplar, los códigos austríaco, alemán, portugués y argentino.

La circunstancia de que en el Anteproyecto se tipifiquen como hurto los supuestos de los n°s 1 y 2 del artículo 149, en que concurre la “fuerza en las cosas” como medio de comisión, corrobora los basamentos de la crítica expuesta.

8.

El reingreso del robo por sorpresa a la órbita del hurto, de la cual no debió haber sido extraído, merece ser aplaudido, coincidiendo esta propuesta con la doctrina y más reciente jurisprudencia nacionales.

A juicio de Labatut, este delito ocupa una “situación intermedia” entre el robo y el hurto, ya que la fuerza empleada—en su forma de “rapiña”— recae sobre una cosa, no sobre una persona.¹⁹ En opinión de Garrido Montt, se trata de un “tipo puente” entre el hurto y el robo, cuya mantención en el sistema penal resulta discutible, considerando que el legislador expresó, al incorporarlo al Código, que se consideraba robo la conducta allí descrita,

¹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ. “La reforma de los delitos contra el patrimonio”. *Documentación Jurídica*. Número monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal español, enero—diciembre 1983, 37/30, vol. 1, p. 669 y siguientes.

¹⁷ MERA FIGUEROA, Jorge. “Hurto y Robo. Estudio Dogmático y Político Criminal”. *Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, U. Diego Portales*. serie n° 3, p. 90 y 91.

¹⁸ KÜNSEMÜLLER, “Hurto y robo”, p. 468.

¹⁹ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*. t. II, p. 221.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n.º1, 2006. A3, p. 1-14.

reconociendo que no es robo sino que está asimilado a esta figura.²⁰ El comentario de Etcheberry permite deducir que implícitamente lo considera ajeno al robo con violencia.²¹ Para Guzmán Dálbora, autor de un acabado comentario sobre este delito, “el robo por sorpresa regulado en el Código Penal chileno es, ontológicamente hablando, un hurto”, dada la ausencia en el acto de apropiación de violencia, intimidación o alguna forma de fuerza en las cosas.²² Categórico es Mera Figueroa al proponer la derogación de esta figura, asimilándola al hurto simple, por tratarse sólo de un hurto sancionado como robo.²³ Politoff, Matus y Ramírez coinciden en que es una “figura controvertida” y estiman que la propuesta de Mera “puede tener acogida”.²⁴

Un somero examen de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 436 inciso 2º del Código Penal, lleva a la conclusión precisa de que en la Ley Nro. 11.625 (sobre Estados Antisociales) se “convirtió artificialmente” lo que era un hurto en robo, diciéndolo expresamente: “el inciso segundo de este artículo configura un delito especial, que técnicamente es hurto, pero que pasa, en virtud de esta disposición a ser considerado como robo”.²⁴

A través de la Ley 17.727 se modificó el precepto, dándosele su actual redacción y reduciéndose la magnitud de la pena, que hasta entonces era la misma del robo con violencia. El mensaje con que se presentó la iniciativa legal resulta del más alto valor para la faena hermenéutica: “Creemos que ambas figuras delictivas (el robo con violencia y el robo por sorpresa) constituyen hechos totalmente diferenciados, tanto por la forma en que se cometen y sus resultados, cuanto por las características de los hechores. En efecto, los autores de robos con violencia o intimidación en las personas normalmente son delincuentes habituales de alta peligrosidad que muchas veces no trepidan en llegar al homicidio para conseguir sus fines; en cambio, en el robo por sorpresa los autores son personas que actúan en base a su rapidez (lanzas), preferentemente eligen como víctimas a personas que no portan bienes de un valor exagerado. Resulta así injusto sancionar con la misma pena dos hechos claramente diferenciados”.²⁵ La calificación de “dos hechos claramente diferenciados” ahorra en realidad todo comentario y corrobora con gran fuerza las interpretaciones emanadas de la historia de la vieja –y antidemocrática– Ley 11.625.

En el entorno jurisprudencial, son varias las decisiones que, coincidiendo con la opinión dogmática, caracterizan al robo por sorpresa como una figura delictiva más cercana al hurto que al robo.

²⁰ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte Especial*. t. IV, p. 207.

²¹ ETCHEBERRY, ALFREDO. *Derecho Penal*. t. III, p. 265—266.

²² GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “El robo por sorpresa y la actividad del carterista”. *Gaceta Jurídica*. n.º 236, p. 108 y siguientes.

²³ MERA FIGUEROA, “Hurto y Robo”, p. 89 y siguientes.

²⁴ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M^a Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 357 y siguientes.

²⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de 11.08.1953*.

²⁵ SENADO. “Sesión 10.06.1971”. *Diario de Sesiones Ordinarias de 1971*. t. I., p. 348.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”. *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

El Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en la sentencia de 23 de Julio de 2004, sostiene que el delito de robo por sorpresa, tendidas las características del comportamiento típico que lo configura, se sitúa “en tierra intermedia entre el hurto y el robo”, iendo aceptable que el bien jurídico afectado en ambos tipos de delito resulta ser la propiedad, de modo que se podría aceptar que son delitos de la misma especie robo por sorpresa y hurto.²⁶ En la sentencia de 29 de octubre de 2001, emitida por la Iltma.Corte de Apelaciones de San Miguel, en votación dividida, se contienen varios fundamentos para apoyar la tesis de que el robo por sorpresa y el robo con intimidación no son “delitos de la misma especie”, cuestión que es de vital importancia para los efectos de constatar o no la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia específica (art. 12 Nro 16). Reproducimos, a continuación, algunas de las reflexiones sustentantes del fallo aludido, que trasuntan nuestro punto de vista— como redactor del voto de mayoría— sobre el tema materia de análisis:

“Según la historia fidedigna del establecimiento del delito de robo por sorpresa, éste es diferente del robo con intimidación, ya que el análisis de dicho elemento de hermenéutica evidencia que el propósito legislativo, la *ratio legis*, fue transformar lo que hasta ese momento había sido una mera circunstancia agravante en un delito autónomo, plenamente asimilado al robo y sancionado con igual marco penal.

“Que los autores nacionales han estimado que este delito pertenece más bien a la órbita del hurto que a la del robo con violencia o intimidación.”

“Que, es posible apreciar en el plano dogmático y político—criminal una notoria diferencia estructural entre la acción constitutiva del robo (violento o intimidatorio) y la que es propia de la rapiña o apoderamiento sorpresivo. Hay, sin duda, una muy diversa intensidad en el medio de ataque, que afecta no sólo a la propiedad, sino además a un bien jurídico personalísimo, como en el caso del robo propiamente tal y sólo al patrimonio en el otro, marcándose claramente una diferencia en el disvalor de uno y otro acto típico, presentando el contenido de injusto propio del robo con violencia o intimidación una entidad mucho más significativa que la perteneciente al robo por sorpresa. En este último caso existe un sólo derecho agraviado, la propiedad ajena, sin ocasionarse un peligro real y efectivo para la integridad física o seguridad de la víctima.”

“Que, el propio legislador que creó el delito de robo por sorpresa lo hizo a sabiendas que el hecho constitutivo del mismo es más propio del hurto, reconociendo que su incorporación a la esfera del robo obedecía a motivos puramente pragmáticos, como la frecuencia de comisión y las modalidades de ejecución, que no resultan aceptables como fundamento sustantivo.”

²⁶ TRIBUNAL DEL JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA. “Sentencia de 23 de Julio de 2004”. *Revista Procesal Penal*. n° 25, septiembre 2004, p. 116 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

“Que, por lo señalado, cabe afirmar con certeza que la conducta definida como “robo por sorpresa” tiene una mayor pertenencia al ámbito típico del hurto que al del robo, toda vez que en el comportamiento del agente hay un arrebatamiento sorpresivo –“tirón”– o engañoso, como en el despliegue de maniobras distractivas.”²⁷

En su prevención al voto de mayoría del fallo parcialmente transcrito, el Ministro señor Ismael Contreras Pérez estimó que los delitos de robo con violencia o intimidación y robo por sorpresa son delitos de la misma especie, por hallarse penados en un mismo título del Código Penal y definidos en un mismo artículo, afectando a un mismo bien jurídico (propiedad).

El mismo Tribunal de Alzada (sentencia del 18.12.2001), concluyó en otra decisión, que “el denominado robo por sorpresa, delito introducido al Código Penal por la Ley 11.625, onstituye técnicamente una figura de hurto de cosa mueble ajena, asimilada legislativamente al robo, como lo demuestra, por una parte, la historia fidedigna de la ley y por otra, el hecho de que el texto legal declare que “se considerará como robo...”, esto es, como si fuera un robo, no siéndolo realmente.” (Considerando Primero)

“Que, la doctrina nacional caracteriza en forma unánime a la conducta descrita en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, omo más perteneciente a la órbita típica del hurto que del robo, l cual exige o bien fuerza en las cosas o bien violencia o intimidación en las personas.”(Considerando Segundo).

“La conducta de quien solicitó dinero a la conductora de un vehículo detenido en la vía pública, quien le manifestó que no tenía, para luego sustraer desde el interior del móvil y por una ventana abierta un teléfono celular colocado encima del panel de la radio, huyendo a continuación, es constitutiva del delito de hurto y no de robo por sorpresa.” (Considerando Cuarto).²⁸

Hemos dejado constancia de que disponemos de méritos suficientes para impetrar por una reforma de nuestro Código en esta parte— plenamente acogida por el Anteproyecto del Foro— que retorne a su cauce propio una conducta delictiva cuya real e intrínseca naturaleza, n cuanto agresora de un determinado bien jurídico, o sea, su “lesividad social”, fue alterada por motivos inidóneos para legitimar tal operación de “maquillaje legislativo”.²⁹

Finalizamos estas observaciones, que alaban la propuesta del Foro Penal en este específico punto, haciendo presente que un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el documento final de su “Taller sobre delitos contra la propiedad”,

²⁷ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. “Sentencia de 29.10.2001”. *Gaceta Jurídica.* n° 256, p. 188 y siguientes.

²⁸ CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. “Sentencia de 18.12.2001”. *Gaceta Jurídica.* n° 258, p. 158—159.

²⁹ KÜNSEMÜLLER, “Hurto y robo”, p. 475 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

que dirigió el académico autor de esta ponencia y que significó una exhaustiva investigación por más de dos años (equivalente a Memoria de Prueba, aprobada con distinción), concluyen, en relación al tipo de robo por sorpresa: “ no contemplar este ilícito dentro del articulado que proponemos para la regulación de los delitos de hurto y robo en el Código Penal, para dejar establecido que las conductas hoy sancionadas como robo por sorpresa sean consideradas como hurto y si llegaran a producir lesiones a raíz del acto apropiatorio, se apliquen las reglas generales de los concursos.”³⁰

9.

La tipificación del denominado “hurto de uso” como nueva figura—comúnmente estimada hasta ahora como atípica a la luz del artículo 432— podría representar un punto a discutir en esta Jornada, desde que más de algún autor propone su extracción de la esfera punitiva, al no existir apropiación, de manera que los principios de protección de bienes jurídicos, extrema ratio, lesividad y necesidad punitiva podrían estar en juego, al contraponerse a su sentido y función una tipificación innecesaria, bastando con la regulación civil para enfrentar el conflicto.

Al tenor de la disposición respectiva (artículo 151), “ “El que sustraiga un vehículo motorizado ajeno sin ánimo de apropiárselo será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, siempre que no haya mediado violencia ni intimidación en la sustracción”, queda en claro que el “robo (con fuerza) de uso” está comprendido en la figura, tal como sucede en el Código Español (art. 244) .

No sólo la doctrina nacional se ha inclinado, ía interpretación sistemática de los preceptos legales aplicables, por la atipicidad del comportamiento propio del “hurto de uso”,³¹ sino también la jurisprudencia, a través de reiterados pronunciamientos, cuyos basamentos principales o más destacados, son, en lo que interesa, los siguientes:

“ Que, el tipo de hurto requiere, como elemento subjetivo de la apropiación, del ánimo de señor y dueño, del propósito del agente de comportarse, de hecho, como dueño respecto de la cosa ajena sustraída. En otros términos, el ladrón pretende ser en el hecho, lo que el dueño es de Derecho.”

“Que, en la legislación comparada, e entiende que la sustracción de una cosa ajena, con el sólo fin de utilizarla transitoriamente, restituyéndola o poniéndola a disposición del propietario en un tiempo inmediato, no configura el tipo común de hurto, sino el llamado “hurto de uso”, or ausencia del componente ideológico “ánimo de apropiación.”

³⁰ CIFUENTES MENA, Omar *et al.* *Documento final del “Taller sobre delitos contra la propiedad”*. Dirigido por KÜNSEMÜLLER, Carlos.

³¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Hurto—Hurto de uso”. *Temas de Derecho*. Año XIII, N°s 1—2, Enero-Diciembre 1998. p. 191 y siguientes.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* n°1, 2006. A3, p. 1-14.

“Que, la inexistencia en el Código nacional de una figura delictiva de esa índole, obliga a resolver en el ámbito de la tipicidad el problema que plantea el uso o aprovechamiento temporal de la cosa ajena, con restitución directa o indirecta de ella, en relación a los elementos que integran la definición contenida en el artículo 432 del Código Penal.”

“Que, es opinión común de nuestros autores, que el “hurto de uso” no es típico ni punible como hurto, pues carece la acción del “animus rem sibi habendi”, el ánimo de señor y dueño, que le imprime a la conducta del que toma o coge la cosa, su específica tendencia lesionadora del bien jurídico propiedad.”

“El propósito de uso transitorio y la restitución de la especie utilizada o su puesta a disposición del titular, en forma más o menos próxima o inmediata, son estimados incompatibles con el concepto de apropiación.”

“Que, la jurisprudencia chilena se ha pronunciado, en general, por la atipicidad del comportamiento que nos ocupa, declarando que no concurren las exigencias del hurto, sea por estimar que el agente no actuó con ánimo de lucro, sea por estimar que ha carecido del ánimo de apropiación.”³²

No se incluyó dentro del tipo propuesto ninguna referencia a la restitución del vehículo sustraído, circunstancia que en algunos cuerpos legales constituye un requisito esencial. (Código Penal Español, Código Penal Boliviano).

10.

Observaciones más detenidas y mejor fundadas sobre el capítulo del Anteproyecto objeto de estas reflexiones serán conocidas, sin duda, al momento de escucharse las demás ponencias que los distinguidos colegas han presentado.

11.

Más allá de las naturales discrepancias que puedan tenerse respecto de algunos sectores de la propuesta del Foro, oportunamente hechas valer en las discusiones de esa instancia y en este documento, constituye un avance muy significativo y merecedor de caluroso reconocimiento, el esfuerzo por liberar al Código de sus ya sobrepasadas ataduras decimonónicas y situarlo, en particular, en estos delitos contra valores patrimoniales —a los cuales ningún otro grupo de delitos arrebató su triste supremacía—³³ en la senda de los cuerpos legales que lideran actualmente los procesos democráticos de reforma, procurando, con convencimiento y lealtad, que los principios cardinales dejen de ser meras abstracciones

³² CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL. “Sentencia de 02.10.1997”. *Gaceta Jurídica*. n° 208, p. 167.

³³ RODRÍGUEZ DEVESA, “Consideraciones”, lugar antes citado.

KÜNSEMÜLLER, Carlos. “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal” . *Polít. crim.* nº1, 2006. A3, p. 1-14.

carentes de sustrato real y que, por el contrario, informen y mantengan la entidad de un orden punitivo y a la vez condicionen y rijan su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal.³⁴

A la defensa de los principios— reiteradamente homenajeados en este documento — tan caros a los penalistas defensores del Derecho Penal “clásico” o “liberal”, debemos consagrar nuestros mejores esfuerzos, porque no sólo responden a exigencias dogmáticas de la Ciencia Penal y el Derecho Judicial, sino que además, expresan las exigencias y garantías de un Estado social y democrático de Derecho.³⁵

³⁴ RIVACOBAY RIVACOBAY, “Introducción”, p. 137.

³⁵ MARTOS NÚÑEZ, Juan A. “Principios Penales”. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Seix, 1993. t. XX, p. 503.