



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

FICHA DE HURTO SIMPLE

Octubre 2017 **(Actualizada al 28 de julio de 2019)**

Contenido

INTRODUCCION.....	2
DESARROLLO.....	3
BIBLIOGRAFIA.....	14

INTRODUCCION

Para nadie resulta una novedad que el derecho de propiedad en nuestra legislación está ampliamente regulado y amparado, y es por lo mismo que los delitos que la afectan se sancionan duramente en nuestra legislación, versus otros delitos que afectan otros bienes jurídicos distintos.

En ese sentido se tipificó por nuestro legislador el delito de hurto en el artículo Art. 432 CP, que indica que se calificará como tal al que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropie de cosa mueble ajena sin violencia, intimidación ni fuerza, El estudio de este delito resulta especialmente importante dada la discusión acerca del momento de la consumación del referido delito en nuestro país, así como también por sus diferentes modalidades de comisión, Esto es, el hurto simple, hurto agravado, y hurto hallazgo.

En este contexto, nos permitimos presentar la ficha relativa al delito de hurto, elaborada por profesionales de la Defensoría Nacional, y que ha tenido como objetivo actualizar los conocimientos de todos los Defensores Penales Públicos sobre los temas en cuestión, además de ofrecer a los diversos actores del sistema nuestras posturas e interpretaciones acerca del referido delito y un resumen de jurisprudencia que la respalda.

DESARROLLO

DELITO	Hurto simple y hurto falta
LEGISLACION NACIONAL	DERECHO PENAL SUSTANTIVO
<p>Art. 432 CP: El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto.</p>	
<p>Art. 446 CP: Los autores de hurto serán castigados:</p> <ol style="list-style-type: none">1. ° Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.2. ° Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.3. ° Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. <p>Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.</p>	
<p>Art. 447 CP: En los casos del artículo anterior podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado:</p> <ol style="list-style-type: none">1° Si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón.2° Cuando se cometiere por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado.3° Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda.4° Cuando se cometiere por patrón o comandante de buque, lancharo, conductor o bodeguero de tren, guarda almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.	
<p>Art. 447 bis CP: El hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.</p> <p>Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, la pena se aplicará en su grado máximo</p>	
<p>Art. 448 CP: El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual, no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quien sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales</p> <p>También será castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales el que se hallare especies, al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa análoga, cuyo valor exceda la cantidad mencionada en el inciso anterior, y no las entregare a los dueños o a la autoridad en su defecto.</p>	
<p>Art. 455 bis CP: Si en el momento de producirse el robo o hurto de un vehículo motorizado, se encontrare en su interior un infante o una persona que no pudiese abandonar el vehículo por sus propios medios, y el autor del robo o hurto inicia la conducción del mismo, se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados medio a máximo.</p>	
<p>Art. 494 bis CP: Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.</p> <p>La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos, el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán, de preferencia, sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización</p>	

cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si éstos se han prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada.

La agravante regulada en el inciso precedente prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104. Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de seis meses.

Art. 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, cuyo texto refundido fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 4 del Ministerio de Economía, de fecha 05 de febrero de 2007: El que sustrajere energía eléctrica, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446° del Código Penal. En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 451° del Código.

ELEMENTOS DEL TIPO

- Apropiación
- Cosa corporal
- Mueble
- Ajena
- Con valor económico
- Sin la voluntad de su dueño
- Ánimo de lucro
- Ánimo de apropiación o de señor y dueño

INVESTIGACION CRIMINAL¹

El Ministerio Público mediante instrucciones generales establece las siguientes diligencias a realizar:

- a. Tomar declaración a la víctima acerca de los hechos materia de esta investigación
- b. Empadronar testigos y tomarles declaración respecto de los hechos que se investigan
- c. Individualizar y tomar declaración a todos los funcionarios que recibieron la denuncia de la víctima y practicaron las primeras diligencias, debiendo referirse al procedimiento adoptado
- d. Fijar fotográficamente las especies en caso de ser recuperadas
- e. Verificar la existencia en el lugar o en sus alrededores de cámaras de seguridad, sean éstas públicas o privadas y, en su caso, requerir la entrega voluntaria de los videos en que haya podido constar el hecho. En caso de no acceder a la entrega por parte del encargado de las cámaras, dar cuenta de inmediato a la Fiscalía para que determine el curso a seguir
- f. Establecer, dentro de lo posible, el actual paradero de la especie sustraída y solicitar su devolución voluntaria, mediante acta, a quien la posea. De lo contrario, solicitar las órdenes y autorizaciones judiciales correspondientes.

ELEMENTOS RELEVANTES

Bien jurídico protegido

En el delito de hurto el bien jurídico protegido es principalmente la propiedad. Algunos autores incorporan la posesión e incluso la mera tenencia como bienes jurídicos objeto de protección², ya que el foco de protección es toda relación fáctica entre una persona y la cosa apreciable en dinero. La doctrina minoritaria³, señala que solo es la propiedad, ya que la posesión y la mera tenencia tienen protección en el delito de hurto de posesión, tipificado en el art. 471 N°1 del Código Penal.

Conducta: "Apropiarse"

¹ Manual Primeras Diligencias, "Instrucciones Generales: Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos. P. 48-50

² Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Tomo II, p. 287

³ Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007; p.156-157

Consiste en la sustracción de la cosa con ánimo de señor y dueño (rem sibi habendi). Mediante la apropiación, el sujeto activo adquiere la posesión de la cosa, en ningún caso el dominio de ella, pues el delito de hurto no es un título traslativo de dominio⁴, por tanto lo que existe es un poder fáctico sobre la cosa.

La discusión acerca del alcance de la apropiación se ha dado, principalmente, a raíz de la determinación acerca del momento de la consumación del hurto en Chile. Al respecto, se han sostenido tradicionalmente las siguientes doctrinas⁵:

Contractatio: basta tomar la especie o sólo tocarla.

Amotio: desplazamiento de la cosa de un lugar a otro.

Ablatio: remoción de la cosa de la esfera de custodia, del ámbito de vigilancia.

Illatio: poner la cosa a buen recaudo, llevarla al lugar donde el autor la tenía destinada o donde pensaba utilizarla.

Hoy impera un concepto más normativo: ruptura de custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño. Para Garrido, el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante.

En este sentido, la Corte Suprema ha dicho que *“la cuestión a dilucidar es si la conducta del imputado se consumó o sólo llegó a una etapa de frustración... De lo dicho tendrá que convenirse que la consumación es la etapa superior del iter criminis ya que ella se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado... la hipótesis de hecho contenida en la ley se convierte en realidad..., **el delito consumado se realiza tanto subjetivamente para el hechor, como objetivamente para la víctima, es decir, se han cumplido no sólo los requisitos de la descripción legal, sino que también su parte objetiva, subjetiva y la lesión del bien jurídico protegido.** Así en el caso del delito de hurto **la consumación se produce cuando el sujeto incorpora, con ánimo de señor y dueño a su esfera de cuidado la especie ajena, es decir, desposee o saca el objeto de la esfera de poder del dueño.** 6°.....en este tipo de comercio... es posible que un sujeto guarde la especie en su bolsillo, pero al traspasar las cajas cancela su importe, es decir, dentro del recinto donde se expone la mercadería no es posible presumir que se pueda consumir una apropiación, al no darse los **presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hechor comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo.** 7° **Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño”.** Corte Suprema: Rol: 1611-2004 de 16/06/2004*

<https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138117/index.do?r=AAAAAQAJMTYxMS0yMDA0AQ>

Así, para que estemos en presencia del delito de hurto se requiere no solamente la ruptura de la custodia que detenta el sujeto pasivo, sino también la constitución de una nueva esfera de custodia.

En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol 5125-2005 (noveno) en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137661/index.do?r=AAAAAQAKZXNmZXJhIGRIIE>

Cosa corporal,

Debe ser un objeto corporal que sea susceptible de ser aprehendido, detentado y percibido por los sentidos y que, además, tenga valor económico. Los fluidos, en general, no se consideran “cosas” para los efectos del hurto. La situación del fluido “energía eléctrica” se verá más adelante, a propósito del hurto de energía eléctrica⁶.

Mueble

Debe ser un objeto transportable y extraíble, lo cual incluye a los inmuebles por adherencia y los inmuebles por destinación⁷.

Ajena

Debe ser ajena, es decir, pertenecer a una persona distinta del sujeto activo, excluyéndose, por ejemplo, el hurto de cosas abandonadas por su dueño, las cosas comunes a todos los hombres o las cosas que carecen de dueño.

Por esta razón, no hay hurto de las cosas que se tienen en copropiedad, mientras no haya división de la cosa que se tiene proindiviso. Si un comunero se apropia de una parte superior a la que le corresponde se trataría de un problema de falta de legitimación para disponer de la cosa, de carácter civil⁸.

Con valor económico

El delito de hurto requiere que el objeto sustraído sea apreciable en dinero.

Una discusión interesante respecto a este punto es si debe o no incorporarse el IVA para efectos de determinar el valor del bien sustraído, la importancia de ello radica en la redacción de los artículos 446 y 494 bis del C.P⁹. Al respecto:

a) Debe incorporarse el IVA:

⁴ Politoff, Op. Cit., p. 292
⁵ Garrido Montt, Op. Cit., p. 175
⁶ Politoff, Op. Cit., p. 288-289
⁷ Politoff, Op. Cit., p. 289
⁸ Politoff, Op. Cit., p. 289-290
⁹ Garrido Montt, Op. Cit., p. 167

“Que para los efectos de establecer el valor de la cosa hurtada, tanto en el caso del simple delito del artículo 446 N° 3 del Código Penal, como de la falta contemplada en el artículo 494 bis de la citada codificación, ambos deben considerar, en la situación de producirse los hechos en un establecimiento comercial, el precio de venta, como expresamente lo dispone el artículo 390 del Código Procesal Penal... En efecto, **de no ser así se produciría el absurdo que una determinada conducta típica pudiera quedar sin sanción, puesto que si se entendiera que tratándose del simple delito de hurto, el juez pudiera regular prudencialmente el valor de las especies de acuerdo al artículo 455 del Código Penal, y sin considerar el precio de venta, pudiera llegar a apreciarlas en menos de media U.T.M., lo que le impediría sancionar a título de simple delito, tampoco podría hacerlo a título de falta**, porque acá se encuentra obligado a considerar el precio de venta, el que excedería de media U.T.M. Que por otra parte, **en el precio de venta, es evidente que el legislador ha comprendido el impuesto al valor agregado, lo que es posible concluir del espíritu de la ley, ya que en su historia siempre se entendió aquél como precio de venta al público**”. Corte de Apelaciones de Copiapó Rol 75-2007 de 12/06/2007 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/136297/index.do?r=AAAAAQAHNzUtMjAwNWwE>

b) No debe incorporarse el IVA:

“El art. 390 Código Procesal Penal no sólo establece la posibilidad de considerar otros antecedentes para formarse la convicción “... por lo que resulta imprescindible determinar que se entiende por precio de venta, sino que el art. 390 establece una facultad del tribunal para excluir el IVA siempre “... el valor de las especies es el valor de venta, salvo que los antecedentes permitan formarse una convicción contraria, y al acreditarse el valor con una boleta o con guía de despacho sin desglose de valor, claramente queda el Tribunal facultado para determinar el valor de las especies, desglosando el impuesto en cuestión” (considerando 3°)

Sostener que no se debe excluir el IVA “... significaría que **si para acreditar el valor de venta se acompañare una factura, el valor de venta sería uno y si se acompañare una boleta, como se hace habitualmente, sería otro, lo que dejaría entregado el valor al arbitrio de la víctima.**” (considerando 3°)

No sería coherente con el bien jurídico protegido “Por lo demás **el perjuicio causado a la víctima es sólo el valor que esta percibirá si vende la especie, no siendo efectivo que se perjudicara al fisco con esto, pues de existir delito, no existe acto gravado, y esta figura penal sólo protege la propiedad, en ningún caso el interés en la recaudación fiscal.**” (considerando 3°)

No sería simétrica la responsabilidad del imputado al perjuicio de la víctima, en efecto el “... tipo penal exige determinar el valor de la especie, en ese sentido debe estimarse que el valor corresponde al precio neto de las especies toda vez que... incluyen un impuesto, -el impuesto al valor agregado (I.V.A.)- que dice relación con una carga que impone el fisco en las transacciones que signifiquen una venta, claro está que en la especie no existe tal venta, pues **lo que se está sancionando es precisamente la apropiación de cosa ajena cuestión que de por sí no es un hecho gravado con I.V.A. y, por lo tanto, el perjuicio que se causa al afectado con la apropiación no alcanza al impuesto al valor agregado de la operación**, cuestión que es un monto que ingresa a las arcas fiscales de la nación” (considerando 4°)

El merecimiento de pena está correlacionado con una determinada afectación del derecho de propiedad de su titular y que se ejerce sobre un determinado bien. Considerar el precio de venta sin la exclusión del IVA implica aceptar que la retribución de la culpabilidad no es simétrica, y, por lo tanto, que el imputado cuando priva del derecho de propiedad a una víctima que no paga IVA responde no sólo por la afectación del derecho de propiedad, sino por la afectación del patrimonio fiscal, lo que no sólo implica una vulneración del derecho a trato igual –se establece una discriminación arbitraria a favor del empresario puesto que no se encuentra justificada racionalmente-, no sólo vuelve al imputado –potencialmente- en responsable de una apropiación de bienes valores fiscales que queda impune, sino que se vulnera el principio constitucional de culpabilidad por el hecho”. Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago Rol 15.820-2008 de 13/12/2008 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138026/index.do?r=AAAAAQAGMTUuODIwAQ> Mayores detalles del razonamiento en minuta disponible en <https://decisia.lexum.com/dppc/cj/es/item/135376/index.do?r=AAAAAQAYYmllbiBqdXlDrWRpY28gcHJvdGVnaWRvAQ>

Un segundo aspecto de interés en cuanto al valor económico de la cosa hurtada dice relación con aquellas situaciones en que es el afectado, de por sí, o basado en alguna noma reglamentaria, quien proporciona o avalúa su propio perjuicio, es decir, determina el valor de lo hurtado. El caso típico se produce en los casos de hurto de energía eléctrica. Al respecto, se ha dicho que “ninguna base objetiva se tomó en consideración para evaluar el probable consumo mensual de la vivienda de Ercilla x y con ello sacar una media o estimación por el período que se indica en la acusación, desde que se trataba de una vivienda que nunca fue cliente de Chilquinta, un “no cliente” y por lo mismo sin consumo histórico que permitiera una proyección. Se dijo que se usó el sistema de promediar cinco servicios del mismo sector por así autorizarlo el reglamento de la Ley de Servicios Eléctricos..., ante lo cual la forma de cálculo que se dijo en juicio atenta contra el principio de legalidad que rige nuestro sistema penal, toda vez que el tipo de hurto de energía establecido en el artículo 215 del DFL n° 4 contempla una penalidad para aquél que sustrajere energía eléctrica tomando como base el artículo 446 del Código Penal, que a su vez regula las distintas sanciones de acuerdo al monto de lo hurtado, lo que no es posible determinar en el caso de marras por cuanto el reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos en sus artículos 157 y siguientes **se limita a regular la forma de cálculo sólo respecto del usuario o cliente, no así respecto de un tercero que no tiene tal calidad, de manera que no está establecida la penalidad para este caso en particular, faltando por ende un elemento del tipo penal que impide dar por establecido el delito; sin que sea posible aplicar la tasación prudencial**

del artículo 455 del Código Penal a la energía eléctrica atendida la naturaleza del bien mueble, la que no puede ser tomada o aprehendida como cualquier objeto material, pues lo sustraído como lo señalan los autores Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez -Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Pág. 110, 2ª Edición- “es el fluido o energía eléctrica”, naturaleza especial que hizo necesario que el legislador lo estableciera en un tipo penal especial, faltando sin embargo se reglamentara el caso especial de un no cliente, aquél que nunca lo fue....por lo que **mal puede la ofendida idear un sistema con el fin de valorar dicho consumo, como ocurrió en la especie; impidiendo ello la configuración del tipo penal materia de la acusación particular, que fue en definitiva, lo que llevó a este Tribunal a emitir su veredicto absolutorio, ante la falta de una condición objetiva de punibilidad del delito previsto en la ley”. T.O.P. Valparaíso, RIT 68-2012, en**

<https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140240/index.do?r=AAAAAQAbc3VzdHJhY2Npb24qZGUqZWxiY3RyaWNpZGFkAQ>

En el mismo sentido, T.O.P. Viña del mar, RIT 336-2012 en

<https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/141451/index.do?r=AAAAAQAbc3VzdHJhY2Npb24qZGUqZWxiY3RyaWNpZGFkAQ>

Sin la voluntad de su dueño

Se trata de que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero. En esta parte, es interesante el fallo dictado a propósito de un supuesto hurto de un vehículo motorizado ocurrido con ocasión de la filmación de un programa de televisión de canal 13, que concluye con la absolución de los imputados. En este caso, el tribunal señala que **“en cuanto a la falta de voluntad, este requisito no está presente, impidiendo configurar el delito de hurto simple, debido a que la propia víctima señaló que pertenecía a un programa de televisión, que estaban haciendo una investigación periodística y que una de las finalidades de dicho reportaje era dejar el vehículo estacionado para ver si se lo roban o no ...su objetivo era saber cómo opera el robo de autos, que era lo que se hacía y lo que no se hacía, debido a todo esto era desconocido hasta el minuto. por lo tanto, **la sustracción no solo no fue contra la voluntad de la víctima, sino que fue consentida y además fue facilitada, por cuanto el vehículo estaba con las puertas abiertas con las llaves en su interior, para evitar que rompieran la chapa generándole perjuicios que después deberían pagar a la automotora que le facilitó el automóvil**. Así las cosas, los sujetos, lograron sustraer y apropiarse del vehículo, sacándolo de la esfera de resguardo de su titular, pero este hecho fue realizado con la voluntad de la víctima con un fin eminentemente periodístico y para probar los mecanismos de seguridad del vehículo”. Tercer Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Santiago Rol 50-2014 de 21/04/2014 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/140489/index.do?r=AAAAQAHTAtMjAxAxNAE>**

Ánimo de lucro

El ánimo de lucro consiste en la intención del sujeto de obtener una ventaja de carácter económico. La doctrina sostiene que la voz “apropiación” contiene el ánimo de lucro, por lo que mera mención del ánimo de lucro, como elemento del tipo sería superflua¹⁰.

La jurisprudencia ha señalado que la presencia de un ánimo diferente del lucro parece excluir este elemento, evitando, por ende, que se verifique el delito. Así, **“...se puede inferir que la intención del inculpado en la comisión de los hechos inculpatos, fue claramente el de hacerse pago de un crédito, del cual era titular, con bienes de su deudor y para ello utilizó la fuerza que califica el robo que describe el artículo 440 del Código Penal, por lo que es evidente que si bien hubo de su parte un ánimo de aprovecharse de bienes que no le pertenecían, dicha apropiación tuvo como justificación para el procesado la de hacerse pago de una deuda con objetos sustraídos al deudor, con lo cual **su intención fue la de ejercer arbitrariamente un derecho que le es propio, conducta que cae dentro de la figura que describe el Nº 20 del artículo 494 del Código Punitivo**, que castiga al que con violencia se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago de ella, y demostrado como está, que efectivamente el ofendido era deudor del encausado, y considerando el hecho que dichas partes se conocían de antes y que el imputado dejara sus ropas en el lugar de los hechos, su exposición aparece verosímil para determinar que en la especie no existió el dolo de la sustracción con ánimo de lucro, que pena el artículo 432 del Código Penal, porque tal hecho antijurídico queda enmarcado dentro de la falta que se señaló precedentemente”. Corte Suprema, Rol 1790-2001 de 31-07-2001, en**

<https://decisia.lexum.com/dppc/cs/es/item/234435/index.do?r=AAAAQAQJMTc5MC0yMDAxAAQ>. En el mismo sentido, pero respecto de un ánimo diferente con relación al teléfono celular de la presunta víctima, se ha dicho que **“del examen de la prueba aportada, y teniendo especialmente en cuenta la declaración prestada por la ofendida tanto en la sede investigativa como jurisdiccional, y de los asertos de los funcionarios policiales que depusieron en estrados, podemos concluir que **el dolo del acusado, se dirigía a un fin distinto que el de apropiarse de cosas ajenas mediante la violencia, toda vez que carecía del animus lucrandi, atendido la tendencia interna del agente, esto es, movido por un ataque de celos de acuerdo a la dinámica y circunstancias posteriores a la develación de los hechos**...Que así las cosas, estos jueces no consideran acreditada el dolo con que actuó el acusado por parte del ente persecutor, entendiéndola como aquella intención de apropiarse con ánimo de lucro y que tipo penal exige una conexión funcional entre el medio comisivo y la actividad apropiatoria” Tribunal de Juicio Oral en Lo Penal de Cauquenes; Rol 61-2011 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/136773/index.do?r=AAAAQAHNjEtMjAxAxMQE>.**

Ánimo de apropiación o de señor y dueño

10

También concebido como el elemento subjetivo de la apropiación, el hurto requiere ánimo de señor y dueño, llamado “ánimo de apropiación”, el cual se caracteriza por la expropiación permanente o indefinida (atenta contra la posición jurídico-formal del propietario) y el ánimo de aprovechamiento de la cosa (ánimo de lucro)¹¹. La conducta consiste en la realización de cualquier forma de sustracción que implique apoderarse de la cosa. Lo más frecuente será la aprehensión manual de la misma, pero nada impide que existan otras formas. Así, la Corte Suprema ha dicho que **“en el caso del delito de hurto la consumación se produce cuando el sujeto incorpora, con ánimo de señor y dueño a su esfera de cuidado la especie ajena, es decir, desposee o saca el objeto de la esfera de poder del dueño”** Corte Suprema, Rol 1611-2004, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138117/index.do?r=AAAAAQAJMTYxMS0yMDA0AQ>. En el mismo sentido, se ha dicho que “en síntesis, el planteamiento de la recurrente consiste en que **en el actuar del imputado T.R. no existió la apropiación que exige la ley, para la configuración del ilícito, pues el acusado no se comportó como señor y dueño del automóvil, como tampoco ánimo de lucro de su parte**, toda vez que la conducta desplegada por el condenado obedeció a que en otras oportunidades había lavado el móvil de la víctima, quien había sido su profesora, habiéndolo trasladado hasta su domicilio para lavarlo, ya que en el sector en que regularmente realiza tal actividad, los funcionarios municipales estaban cursando infracciones, siendo encontrado el mismo día, en ese domicilio, precisamente en la tarea antedicha...que, esta Corte, al contrario de lo razonado por los sentenciadores, comparte la aseveración hecha por la defensa del acusado en cuanto a que **en el caso sublite no hubo apropiación de la especie por parte del acusado, en términos que éste, actuando de hecho, haya hecho suyas las facultades del dominio que la titular tenía sobre el móvil, pues para concluir la existencia del elemento que se analiza es imprescindible que se tome la cosa por el sujeto activo para ejercer dichos atributos**, no existiendo tampoco antecedentes en cuanto a que el beneficio que pretendía obtener fuera el uso del automóvil, pues si bien se acreditó que lo sacó la cosa de la esfera de resguardo de su dueña, lo condujo, de inmediato, hasta su domicilio para lavarlo”. Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 209-2011 de 04-11-11 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137073/index.do?r=AAAAAQAKZXNmZXJhIGRIIAE>

Sea que se discuta bajo el título de ánimo de apropiación o bajo el título de ánimo de lucro, un tema altamente debatido es el del llamado “hurto de uso”, entendido como “la sustracción de cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiación, para servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso”. Etcheberry¹² señala que esta figura no puede darse en nuestro ordenamiento, ya que la voz “apropiarse” que uso el tipo penal del artículo 432 C.P. comprende el ánimo de señor y dueño, elemento que no se daría en el llamado hurto de uso. Sobre el punto, la jurisprudencia se encuentra dividida: mientras alguna admite su punición con el argumento de que el mero uso de la cosa sustraída puede constituir una forma de lucro, y el lucro supondría la apropiación, también hay fallos que declaran que, al no existir ánimo de señor y dueño, el llamado “hurto de uso” sería un hecho “atípico. Así, **“el abandono que hizo el procesado del vehículo en un lugar seguro, unido a su inmediato regreso a Santiago, el aviso al dueño de lo sucedido y su entrega a la policía, acompañado del propietario, son antecedentes que, unidos a los datos relativos a la motivación del sujeto, permiten apreciar que sólo tuvo un propósito de utilización temporal de la cosa sustraída, como medio de transporte, sin tener siquiera un destino preciso, no evidenciándose en tal comportamiento el ánimo de convertirse de hecho en dueño del móvil, desplazando las legítimas potestades del titular”**. Corte de Apelaciones de San Miguel; Rol 1955-97, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234390/index.do?r=AAAAQAEMTk1NQE>. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 2088-98, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234394/index.do?r=AAAAQAEMjA4OAE>

Hurto agravado

El art. 447 CP establece 4 hipótesis de hurto agravado, en virtud de las cuales los sujetos activos tienen cualidades específicas debido al “abuso de confianza”.

Art. 447 N°1: Si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón.

Es importante señalar que este numeral tiene una doble exigencia. En primer lugar, la doctrina señala que este numeral se refiere a los hoy “llamados trabajadores de casa particular”, es decir, aquel que presta servicios a otra persona¹³. Así, “es indudable, que en la especie, no nos encontramos frente a la figura antes descrita de ser, el condenado de autos, un trabajador domestico de casa particular. Por el contrario, está acreditado en autos, mediante el respectivo Contrato de Trabajo que se acompañó, que **se trata de un operario de máquina lavadora industrial, contratado por la Empresa C, con un sueldo, horario laboral, y dependencia todo, conforme a las normas legales que en materia de contratos de trabajo, se contemplan en el código de ramo**, hecho ampliamente acreditado según consta en su contrato de trabajo que rola en autos. No cabe duda entonces, que **la calidad laboral del imputado dista mucho de la figura del trabajador domestico a que se refiere el artículo 447 N°1**, antes citado, por lo que no corresponde, en el presente caso, que se configure el tipo penal de hurto agravado, y consecuentemente, la agravante que acogió el Tribunal ad-quo” Corte de

¹¹ Garrido Montt, Op. Cit., p. 170

¹² Etcheberry, Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 1997; p. 306

¹³ Politoff, Op. Cit., p. 298

Apelaciones de Rancagua, Rol 162-2015, en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234386/index.do?r=AAAAAQADMTYyAQ>

En segundo lugar, el delito debe cometerse en “la casa en que se sirve o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón”, es decir “aquella donde efectivamente se prestan los servicios”, o bien “donde se hubiere llevado al empleado a servir al empleador o a quien éste designe”, de donde se sigue que debe existir cierta permanencia en las funciones desempeñadas¹⁴. Así, se ha dicho que “exige que el autor sea una persona calificada, tiene que tratarse de una empleada doméstica, o sea al servicio de una casa, de manera permanente o con cierta continuidad....Sin embargo luego de citar dicha doctrina como fundamentos de sus conclusiones, los sentenciadores proceden a desestimar la alegación de la defensa en el sentido de que **su defendida estuvo a prueba por menos de 24 horas en el inmueble, por lo que no se aplicaría la circunstancia que agravaría su responsabilidad penal, desestimando la temporalidad o habitualidad en el desempeño de lo doméstico de la acusada...** Que al hacerlo, el fallo no da las razones, por las cuales, por una parte **para establecer la agravante se funda en doctrina que establece como exigencia que el servicio de la empleada doméstica sea "de manera permanente o con cierta habitualidad", y luego procede a desestimar la temporalidad en el desempeño doméstico de la acusada como elemento a considerar para calificar el hurto**, sin dar como se ha dicho, mayor razón lógica para tal contradicción”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 918-2016 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234396/index.do?r=AAAAAQADOTE4AQ>

Art. 447 N°2: Cuando se cometiere por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado.

El tipo penal en comento utiliza una terminología acorde al siglo de redacción del Código Penal (obrero, oficial o aprendiz), por tanto la doctrina se encuentra conteste en señalar que “**Sólo cabe hablar de trabajadores, en general, "cualesquiera sean las funciones que desempeñen" en la medida que lo hagan dentro de una relación laboral (lo que importa subordinación, dependencia y remuneración pactada por temporadas no superiores a un mes)**. Por lo tanto, pueden cometer este delito los trabajadores dependientes de otro, con exclusión de los que prestan servicios personales en casa del empleador¹⁵. La diferencia de este numeral con el anterior es que acá se encuentra el delito “cometido por el trabajador no permanente, pero sí "habitual", esto es el que con frecuencia o normalmente presta los servicios en cuestión, lo que deberá valorarse en la situación concreta. En este mismo sentido señala Etcheberry que “la segunda parte de este número se refiere a la comisión del hurto por individuos que prestan servicios retribuidos, pero no en forma continua (jardineros, enceradores de pisos, deshollinadores, limpiadores de ventanas) y que concurren habitualmente, en forma periódica, a prestar servicios en una casa determinada”¹⁶. Además, existe una doble exigencia, pues el delito debe cometerse en la "casa", "taller" o "almacén", expresiones que han de aplicarse restrictivamente y no a cualquier establecimiento comercial o industrial, por cuanto estos últimos, en la mayor parte de los casos, exceden el sentido de las referidas expresiones, quedan fuera de esa nomenclatura conceptual, y no corresponde extender el tipo a situaciones no abarcadas por la norma¹⁷.

“Analizada la norma del artículo 447 N°2 cabe destacar que hace referencia en primer lugar al obrero, oficial o aprendiz, descartando desde ya cualquier aplicación analógica, por lo que no puede entenderse aplicable a otro tipo de trabajadores, aun cuando se trate de casos semejantes y por ende “esas expresiones han de ser objeto de interpretación del Tribunal en cada caso, atendido en su sentido semántico y no jurídico -porque no la tiene. Para establecer si el procesado se encuentra o no en tal situación” (Garrido Montt, p. 181-182), y en segundo lugar la referencia la centra en el lugar de la sustracción a saber casa, taller o almacén descartando, también la aplicación a casos similares, puesto que, se estaría interpretando la norma analógicamente y “la interpretación analógica debe descartarse por ser inconstitucional” (Ob. Cit. P. 182). En la especie, aquellas exigencias que indica el precepto en comento, se configuran, puesto que con la prueba de cargo, se acreditó fehacientemente que la labor desarrollada por el acusado W., eran de aquellas propias de un obrero, oficial o aprendiz, puesto que específicamente consistía en la labor de maestro mecánico, que se traducía en la reparación, mantención e instalación de motores, como también, en la asesoría que prestaba a otros empleados del taller; y respeto del lugar, también se acreditó que el lugar desde donde se consumó la sustracción, se condice con la exigencia legal de realizarse en el taller de la persona para quien trabaja, hipótesis que se materializa en estos autos. Por estas consideraciones y estimando además que la condición especial de confianza en que se encontraba el acusado W. respecto de sus empleadores, B....” Segundo T.O.P. Santiago, RIT 129-2010 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/234408/index.do?r=AAAAAQAIMTI5LTIwMTAB>

Art. 447 N°3 Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda.

Este numeral se refiere al “hotelero”. “Aquí el sujeto activo no es el sirviente doméstico que presta sus servicios en tales establecimientos, que se rige por el N° 1°, sino el empresario. No es necesario, sin embargo, que se trate precisamente del

¹⁴ Politoff, Op. Cit., p. 299

¹⁵ Politoff, Op. Cit., p. 300

¹⁶ Etcheberry, Op. Cit., p. 310

¹⁷ Garrido Montt, Op. Cit., p. 182

propietario del establecimiento: puede ser el administrador y aun cualquiera de los empleados que lo auxilian y que no sean sirvientes domésticos. Aquí también pueden plantearse problemas en relación con la apropiación indebida. En general existirá este último delito, y no hurto, cuando el huésped haya entregado especial y determinadamente al posadero un objeto de su propiedad (joyas, documentos, etc.) para mejor custodia y seguridad del mismo, y quien lo recibió se apropia de él. Si no ha existido esta entrega especial, o si quien se apropia es otro empleado del establecimiento (distinto del que la recibe en depósito), el delito será regularmente hurto¹⁸.

Art. 447 N°4 Cuando se cometiere por patrón o comandante de buque, lancharo, conductor o bodeguero de tren, guarda almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.

“Este número está dedicado a los empresarios de transporte, y el hurto recae sobre los equipajes u otros objetos de propiedad de los pasajeros o de los cargadores y fletadores. Debe aquí también considerarse posible sujeto activo no sólo a la persona individual del empresario, conductor o capitán, sino también a sus subordinados no obreros¹⁹.”

Agravar el hurto es facultad privativa del juez. Así, “no obstante, para el caso que nos ocupa, y habiendo el Juez de Garantía ponderado la prueba, según la sana crítica, y estableciendo el hecho punible en el considerando séptimo de la sentencia recurrida de la forma que ahí se señala y para los efectos de la recalificación jurídica de éstos no tendría influencia en lo dispositivo del fallo, debido a que **en el caso de aplicación de la figura agravada, el aumento de la pena en un grado, que el precepto señalado contempla, no constituiría un imperativo para el sentenciador por ser una facultad privativa de éste**”. Corte de Apelaciones de San Miguel, RIT 974-2013 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/141618/index.do?r=AAAAAQASaHVydG8gYWdyYXZhZG8gNDQ3AQ>

Hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios: Artículo 447 bis: El

hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo. Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, la pena se aplicará en su grado máximo²⁰.

Esta nueva forma de hurto agravado fue introducida mediante la ley 20.271 de 2008. Evidentemente se trata del hurto de “cosas” que forman parte de la red respectiva, y no del elemento en sí (agua, electricidad, etc.) y, por ende, debe reunir todos los requisitos y modalidades del hurto. A diferencia de las 4 situaciones anteriores, aquí la agravación se verifica, no por la calidad del sujeto, sino por el tipo de objeto material sobre el que recae.

Hurto de energía eléctrica

Este delito se estableció, básicamente, a fin de superar la exigencia del tipo penal del artículo 432 del Código penal de que el objeto material del delito se tratara de una cosa mueble, requisito que la energía eléctrica, que es el objeto material de este delito, no podía cumplir²¹. La conducta consiste en sustraer energía eléctrica mediante conexiones clandestinas o fraudulentas. Clandestinas son las ocultas. Fraudulentas, las que no cuentan con la respectiva autorización²². Como se señaló precedentemente, los fallos más interesantes dicen relación con la forma de avaluar lo hurtado, referidos a propósito del valor económico del hurto.

Hurto de hallazgo

El delito se configura sobre la base de los siguientes requisitos copulativos:

- 1 Hallar una especie mueble cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual;
- 2 Que la especie esté al parecer perdida;
- 3 Que el hechor sepa quién es el dueño.
- 4 Que se omita entregar la cosa a su dueño o a la autoridad.

“El Código Penal no exige que estén verdaderamente perdidas, en el sentido de que su legítimo poseedor no sepa cuál es su paradero. Se requiere únicamente que estén al parecer perdidas y por tal hay que entender, conforme al esquema, aquellas que no se encuentran dentro de su esfera de resguardo²³. “No basta con encontrarse una cosa al parecer perdida para cometer este delito, omitiendo la entrega de ésta a su dueño o a la autoridad. El Código distingue al respecto dos situaciones: i) Si las cosas se hallan al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente de ferrocarril u otra causa análoga (entre las que podemos encontrar hoy en día los accidentes de tránsito o aéreos). En este caso, el solo hallazgo de la cosa genera la obligación de entregarla a los dueños, si se conocen, o a la autoridad, en todo caso²⁴; ii) En los restantes casos, para que se genere la obligación de restituir a la

¹⁸ Etcheverry, Op. Cit., p. 310

¹⁹ Etcheverry, Op. Cit., p. 310

²⁰ Garrido Montt, Op. Cit., p. 182.

²¹ Politoff, Op. Cit., p. 306

²² Politoff, Op. Cit., p. 306

²³ Politoff, Op. Cit., p. 306

²⁴ Politoff, Op. Cit., p. 310

autoridad o al dueño la cosa al parecer perdida, debe constarle a quien se la halla quién es el dueño de la cosa. La ley determina el nacimiento de la obligación de restituir en el momento en que a quien se halla la cosa le consta quién es su dueño, "por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo"²⁵. Así, "...para estar ante el delito de hurto de hallazgo, conforme lo indica la referida norma, es menester que una persona haya encontrado una especie mueble, al parecer perdida, cuyo valor exceda a una unidad tributaria mensual y no la entregue a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quien sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo... **resulta irrefutable que ambos acusados se encontraron el maletín de cuero que pertenecía a otro – V.U.- pues así lo reconocieron ambos, además de haberse apoderado del mismo al ver su valioso contenido – más de dos millones de pesos –. De otra parte, el carácter de bien mueble del objeto de apropiación, queda claramente determinado por su naturaleza trasladable. Que dicha especie se encontraba "al parecer perdida", es una cuestión probada desde que la especie se hallaba fuera de la esfera de custodia de su dueño o poseedor y carecía de medios propios de protección. Los hechos sabían quién era el dueño de la especie, pues dentro del maletín – el cual abrieron, según confesaron – se encontraban los documentos de identidad, entre otras especies, del afectado, siendo suficiente para este tribunal el acaecimiento de esta circunstancia – posterior al hallazgo - para tener por justificado el conocimiento de que se trata. Es inconcuso, además, que los hechos no entregaron el maletín y su contenido a su dueño ni a la autoridad, pues, tal y como lo reconocieron, optaron por apoderarse del mismo por la necesidad que tenían del dinero, tratando de esconderlo cuando pasaban frente a la Comisaría de Carabineros, todo lo cual evidencia el dolo en la conducta desplegada. De otra parte, los elementos subjetivos del tipo quedaron en evidencia con el ánimo de los acusados de apropiarse el maletín, pues inequívocamente ambos quisieron apoderarse de la referida especie - la que se encontraba sin ningún medio de resguardo -, constándoles el dominio ajeno por los documentos hallados en el interior del maletín, omitiendo su entrega a la autoridad o a su dueño y, por último, ambos consintieron en apoderarse del mismo bien con un evidente ánimo de lucro al enterarse de su contenido: dos fardos de billetes, según reconocieron en la fotografía que se les exhibió".** Cuarto T.O.P. de Santiago, RIT 144-2007 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138119/index.do>

Participación: Presunción del art. 454 CP

Art. 454 CP: Se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario.

Lo relevante es señalar que la presunción es simplemente legal por lo que admite prueba en contrario. Además, si bien permite fundar legalmente una condena o absolución, no impone al tribunal ni una ni otra cosa, pues no altera la exigencia de la convicción del tribunal acerca de la culpabilidad del imputado²⁶.

"Que los Carabineros que participan en el operativo policial aquella noche, ven pasar por el costado derecho del Furgón policial al acusado P.A.G.C. aceleradamente quién se encuentra cerca del lugar en que fueran detenidos Rojas y Madrid con la especie. Sin embargo a varias cuadras del lugar en que se cometió el delito. Finalmente, cabe destacar que el acusado no fue visto en posesión de las especies sustraídas, razón por la cual tampoco le afecta la presunción legal de autoría penal contenida en el artículo 454 del Código Penal, de tal forma que no es posible establecer una vinculación directa entre el delito especificado anteriormente y el acusado G.C.. En suma **los indicios de prueba, adolecen de la fortaleza necesaria para quebrar o destruir la presunción de inocencia, que ampara al acusado** G.C., ni se produce prueba directa suficiente para condenar" T.O.P. Copiapó RIT 52-2005 en <https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/139457/index.do> En el mismo sentido, Séptimo T.O.P. de Santiago, RIT 41-2012 en <https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/141282/index.do>

Atenuante privilegiada del art. 456 CP

Art. 456: Si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviera voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los arts. 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito.

Además de la voluntariedad de la devolución, se requiere que sea oportuna. La jurisprudencia ha entendido que esta oportunidad es antes de la formalización de la investigación. Así,

"Que de los argumentos dados por la defensa-antecedentes no objetados por el Ministerio Público- y según lo expuesto precedentemente en este fallo, su hipótesis claramente encuadra en la aplicación errónea o interpretación errónea del Derecho (de la ley). Pues si bien ha elegido correctamente la norma aplicar (456 del Código penal), la ha utilizado mal y le ha dado un sentido equivocado, según los hechos fijados y admitidos en la causa. En efecto dicha norma contempla dos requisitos: a.- Que la devolución sea voluntaria. Esto ha ocurrido por la voluntad del sujeto y no por fuerzas extrañas a él b.- La oportunidad. Debe ocurrir antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión. Como bien lo señala la defensa el **requisito - antes de perseguir al responsable- debe tomarse en cuenta como se entendía en el antiguo código de procedimiento penal. Allí la oportunidad era una vez que se dictaba el auto de procesamiento. Porque desde momento se convertía en parte y podía ejercer una serie de derechos. Dicho**

²⁵ Politoff, Op. Cit., p. 310.

²⁶ Politoff, Op. Cit., p. 366

momento guardando las distancias del caso corresponde a la actual formalización. Y esto debe ser así, pues lo que quiere el legislador es incentivar la restitución de lo hurtado o robado y por ello fija este momento; pues después ya no tiene sentido. Cualquier otro requisito como, control de identidad, auto denuncia son ajenos a la norma, lo que conlleva a utilizarla mal, dándole además un sentido equivocado. El hecho por otro lado, que el acusado quiera beneficiarse (es obviamente el objetivo del legislador y de la norma. Nada contrario a derecho hay en ello)” Corte de Apelaciones de Talca, RIT 1152-2008 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/138342/index.do>

En el mismo sentido se ha señalado que “tal como afirmó la defensa en sus alegaciones, opera a favor del sentenciado la circunstancia atenuante privilegiada contemplada en el artículo 456 del Código Penal, consistente en la devolución voluntaria de las especies sustraídas, efectuada por la hermana del acusado, pero a instancias suyas, antes de comenzar formalmente la persecución penal por estos hechos o antes de decretar su prisión. En efecto, operan en el caso específico de que se trata todos los requisitos que la hacen procedente, a saber: a) que el agente devuelva la especie sustraída; b) que esa devolución sea una decisión voluntaria del autor, y c) que se lleve a efecto antes de ser perseguido procesalmente. Las dos primeras condiciones fluyen claras de los antecedentes, pues dicha restitución operó por la información proporcionada por el acusado a su hermana y la solicitud expresa en ese sentido, efectuada apenas fue detenido, sin que mediara coacción de ningún tipo. En cuanto al tercer requisito, creemos que también se actualiza, ya que **se verificó antes de que hubiere existido formalización de la investigación, esto es, la figura procesal equivalente al sometimiento a proceso y consiguiente prisión**”. T.O.P. Talca, RIT 147-2009 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/139904/index.do?r=AAAAAQAIYXJOLiA0NTUB>

El marco rígido del artículo 449 del Código Penal

Sobre este punto, la Defensoría ha sostenido la tesis de que la norma del artículo 449 del Código Penal sólo se aplica al autor de delito consumado. Los argumentos y su desarrollo pormenorizado pueden consultarse en el documento “Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada Ley de “Agenda Corta” consultable en <https://decisia.lexum.com/dppc/cm/es/item/168891/index.do?r=AAAAAQAGTWludXRhAQ>. Aunque, a la fecha²⁷, no existen muchos fallos de tribunales sobre la tesis expresada, se pueden citar los siguientes pronunciamientos:

“Porque cuando estamos frente a un delito de robo en lugar habitado, y se requiere determinar la pena a aplicar, cobran vigencia las disposiciones sobre las cuales han alegado las intervinientes. ¿Y cuáles son fundamentalmente éstas? 1.- La del artículo 450, norma de determinación de pena que contempla que cuando se trata de este delito de robo en lugar habitado, aunque el delito esté en un grado imperfecto de desarrollo debe castigarse como consumado; y 2.- La del artículo 449, que prevé que cuando se trata de este delito o de cualquiera de los otros que también la disposición alude, deben tener aplicación las reglas primera y segunda: la primera relativa al efecto o al nulo efecto que produce la concurrencia de atenuantes en torno a la rebaja de grado; y la segunda en la que se regula específicamente la situación de la reincidencia. **Y como estamos en presencia de dos normas reguladoras de penas, que al decir de la defensa y por sus propios argumentos, aparecen claramente no ser aplicables de manera conjunta o al mismo tiempo, porque la una se refiere al grado consumado del delito y la otra justamente es aplicable de manera específica para aquellos casos en que el delito se encuentra en un grado imperfecto de desarrollo, que es la del artículo 450, obviamente hay que definir cuál de estas dos normas se aplicará**, porque claramente no pueden ser las dos, por lo menos en la apreciación y conclusión a la que este tribunal llega. Y sobre este punto, hay diversos principios que contribuyen a resolver la cuestión: uno según el cual, estando ante dos normas vigentes a la época en que tuvieron lugar los hechos, el artículo 450 que no ha sido derogado, y el 449 que se refiere también al delito de robo en lugar habitado, pero que atenta su lectura y la referencia a “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito”, pena que como refirió la defensora se contempla por el legislador para el delito consumado, es claro que debe ser aplicado a aquéllos casos no específicamente regulados en el 450, que vendría a ser una norma especial para el delito de robo en lugar habitado en un grado de imperfecto desarrollo, que debe castigarse como consumado. Entonces, lo que se cree por esta juez interpretando estas disposiciones, es que **en el específico caso del delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación, si éste se encuentra consumado y ha tenido lugar después del cinco de julio, cobra plena aplicación la regla del 449, pero si se encuentra tentado no le son aplicables estas disposiciones, porque existe a su respecto una norma específica y especial que es la del 450, que lo castiga como consumado, y no debiera ser además agravada la responsabilidad, o agravado el efecto y elevada la pena por el hecho de no poder considerar las circunstancias atenuantes y su eventual efecto**. En definitiva, y como también queda claro, no pueden ser aplicados, y menos en perjuicio del imputado, normas contempladas en un sistema o en otro, o en una legislación o en otra, sino que necesariamente ha de estarse a una de ellas, y a la que resulte más favorable al caso concreto, y por ello se cree por esta intérprete que es esta la regla más adecuada a seguir en el caso, es decir, entender que el 450 es una norma específica para el delito de robo y para el grado imperfecto de desarrollo en que éste pudiera encontrarse, que en el caso se cree es de tentativa, y que ello hace posible considerar la concurrencia de circunstancias atenuantes”. Tribunal de Garantía de Los

Angeles; Rol 3842-2016. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Concepción en Rol 784-2016, en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/234231/index.do?r=AAAAAQAJMzg0Mi0yMDE2AQ>

“En la especie, tratándose de un delito tentado de robo con violencia, se aplicarán las normas de los artículos 65 y siguientes del Código Penal a efectos de determinar la cuantía de la pena a imponer a este caso concreto. Lo anterior al estimar que el marco rígido que establece el actual artículo 449 de Código Penal es solo aplicable a los casos de autores de delitos contra la propiedad que tengan el carácter de consumados y no para aquellos en que el delito haya alcanzado un grado de desarrollo imperfecto o que la participación del hechor sea en calidad de cómplice o encubridor, conclusión a la que se arriba al efectuar un análisis sistemático de los artículos 50 y 449 del Código del ramo y al considerar, además, que por una ficción legal el delito tentado de robo con violencia, como ocurre en la especie, se sanciona como consumado, lo que es excepcional, situación que limita aplicar nuevamente esta ficción para los efectos de determinar la pena conforme a las reglas del N°1 del artículo 449 ya citado, al entender que con ello se haría una interpretación extensiva de la norma a un caso no regulado por ésta”. T.O.P. Iquique; Rol 359-2017 en <https://decisia.lexum.com/dppc/to/es/item/234245/index.do?r=AAAAAQAIMzU5LTlwMTcB>

“Séptimo: Que, sin embargo, el error de derecho en que incurre la sentencia recurrida, que ha sido materia de impugnación por parte de la defensa, es no distinguir que **el marco rígido que ahora se contempla en el citado artículo, para establecer la pena dentro del límite del grado o grados – excluyendo los artículos 65 a 69 del Código Penal -, sólo resulta aplicable a los autores de delito consumado. En consecuencia, es posible sostener que no se aplican las restricciones que contempla el artículo 449 del Código Penal, a los autores de delito frustrado o tentado; como tampoco, a los cómplices o encubridores,** existiendo para ello argumentos que se fundan tanto en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, para lo cual la defensa, citó de manera extensa, el debate parlamentario; alegando también, la correcta interpretación que corresponde efectuar al artículo 449 del Código Penal, acorde a su claro tenor literal, sin perjuicio de incorporar además, elementos de interpretación sistemática. **Octavo:** Que, en efecto, en primer lugar la defensa alegó que **durante toda la tramitación legislativa y discusión parlamentaria a esta modificación, jamás se mencionó el tema de la co-participación ni del íter criminis. Más aún, que existen varios pasajes de la discusión legislativa que revelan que siempre se estaba pensando en legislar para el autor de delito consumado,** señalando que se retiró la indicación que efectuó un Honorable Senador, porque los delitos de robo con violencia o intimidación y robo en lugar habitado, parten su cómputo con la pena de cinco años y un día, con lo cual no era posible optar a las penas sustitutivas a las de presidio. **Noveno:** Que, en segundo lugar, se puede sostener con la defensa, que **la errónea aplicación que hizo la sentencia al artículo 449 N° 1 del Código Penal, se evidencia si se considera el tenor literal de dicha norma, la que comienza señalando que: “Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito...”, por lo que es posible sostener que el “marco rígido” que establece esta regla 1°, sólo es aplicable a ese ámbito: a la pena señalada por la ley al delito consumado, mas no al delito tentado, que fue el que estableció la sentencia recurrida en esta causa. Refuerza la interpretación anterior, un análisis sistémico de las normas del Código Penal, si se considera lo que dispone al respecto el artículo 50 del mismo cuerpo legal, cuando prescribe que “A los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.** Por lo tanto, se coincide con la defensa, que como la regla que establece el artículo 449 N°1 del Código Penal, se aplica sólo a aquellos casos en que la pena a imponer es aquella señalada por la ley al autor de delito consumado, al haberse aplicado en este caso, a un caso en que se ha establecido la existencia de un delito tentado, existió infracción de ley, por haberse aplicado a una situación fáctica no contemplada en la norma. **Décimo:** Que, se agrega a lo anterior, la consideración que **si ya por una ficción legal establecida en el artículo 450 del Código Penal, a los autores de delito tentado o frustrado de robo – en este caso, en lugar habitado -, les resulta aplicable la misma punición que si el hecho estuviese consumado, no puede luego esgrimirse nuevamente esta ficción, para los efectos de estimarse que les resulta también aplicable el marco rígido de determinación de pena, que establece el artículo 449 N° 1 del Código Penal, porque con ello se hace una aplicación extensiva de esta regla, a un caso no regulado por la misma, cuando fue establecido en la causa, la existencia de un delito tentado de robo en lugar habitado, influyendo ello substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, pues se impuso al imputado una pena superior a la que legalmente correspondía para el caso particular”.** Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 2.400-2017 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/234248/index.do?r=AAAAAQAJMjQwMC0yMDE3AQ>

La figura calificante del art. 455 bis

La ley N°21.170, incorporó en un nuevo artículo 455 bis, una figura calificante, de aplicación general, aplicable tanto para hurtos como para cualquier tipo de robo, que aumenta la pena del delito a una de **presidio mayor en sus grados medio a máximo**, esto es, 10 años y un día a 20 años de presidio, “si en el momento de producirse el robo o hurto de un vehículo motorizado, se encontrare en su interior un infante o una persona que no pudiere abandonar el vehículo por sus propios medios, y el autor del robo o hurto inicia la conducción del mismo”.

En consecuencia, para que esta disposición sea aplicable, al menos se requiere:

- a) Que el objeto material de la apropiación sea un vehículo motorizado
- b) Que se trate de un delito de hurto o robo. No distingue la ley qué tipo de robo, por lo que debe entenderse que se

trata de cualquier tipo de robo, calificado, con intimidación, con violencia, con fuerza, etc.

- c) Que en el momento de producirse el hurto o robo, se encuentre en el interior del vehículo motorizado un infante o una persona que no pueda abandonar el vehículo por sus propios medios. Conforme al artículo 26 del Código Civil, “llámase infante o niño todo aquel que no ha cumplido siete años”. En consecuencia, hablamos aquí de un niño de 0 a 6 años de edad.

El concepto de persona que no pueda abandonar el vehículo por sus propios medios se explica a sí mismo y será una cuestión de hecho que deberá acreditarse caso a caso, ya que la ley no utilizó conceptos como los de “adultos mayores” o “personas en situación de discapacidad”, a diferencia de lo que ocurre en otras disposiciones, como por ejemplo los artículos 403 bis y siguientes del Código Penal.

- d) Que el autor del hurto o robo inicie la conducción del vehículo motorizado.

Se entiende que la ley exige que se inicie la conducción del vehículo motorizado con el infante o la persona que no puede abandonar el vehículo por sus propios medios aún arriba del vehículo. También debe entenderse que el autor del hecho debe tener conocimiento de que en el interior del vehículo se encuentra un infante o persona con limitaciones. Parece obvia esta última exigencia y, en un examen a priori, parece muy poco probable que el autor del hurto o robo inicie la conducción del vehículo motorizado que está sustrayendo sin darse cuenta de que hay alguien en su interior, pero la dinámica de los hechos y la realidad pueden proporcionar situaciones que requerirán efectuar el análisis de este elemento.

Si bien la hipótesis sobre la cual se elabora esta calificante no parece discutible, puede ser discutible que no haya existido ningún afán por diferenciar el aumento de la sanción de acuerdo a cuál haya sido el delito cometido. Así, dándose la hipótesis que se comenta, no tendrá ninguna relevancia si el delito cometido fue un hurto o un robo con violencia.

BIBLIOGRAFIA.

Etcheverry, Alfredo, Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 1997

Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte Especial; Tomo III; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007

Ministerio Público; Manual Primeras Diligencias, "Instrucciones Generales: Delitos de robo y diligencias comunes a todos los ilícitos".

Politoff, Matus y Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno; Tomo II