

EL ROBO POR SORPRESA NO ES UNA MODALIDAD GENUINA DE ROBO¹

CARLOS KÜNSEMÜLLER L.*

1. Nuestro Código Penal establece en el inciso segundo del artículo 436 una figura delictiva denominada comúnmente “robo por sorpresa” y que consiste, de acuerdo a la descripción típica, en la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

De acuerdo al mismo precepto, la conducta punible “se considerará como robo.”

La ley 11.625, de 1954, cuya principal finalidad fue elevar drásticamente las ya severas penalidades de los delitos contra la propiedad, introdujo la hipótesis típica en cuestión, transformando en un delito autónomo, asimilado al robo y castigado con igual pena, lo que hasta entonces había sido una mera circunstancia agravante. El texto respectivo consideraba como factor de agravación el actuar “*arrebatando por sorpresa ropa, alhajas u otros objetos a la persona que los lleva consigo, o aparentando riñas en lugar de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento y confusión, a fin de robar por este medio o proporcionar ocasión para que roben los compañeros.*”

En el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, presentado el 11 de agosto de 1952, se expuso lo siguiente, con relación al artículo 41 del respectivo proyecto de ley: “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 y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.” El carácter “técnico” de hurto que posee la conducta tipificada, que, sin embargo, “pasa a ser robo”, es reiterado en la Sesión Extraordinaria de la Cámara, del día 28 de octubre de 1953, merced a la intervención del parlamentario señor Juan Eduardo Puentes: “Por esta ley se crean varios tipos nuevos de delitos que es necesario señalar. En primer lugar, tenemos la creación de un delito que debería, frecuentemente ser hurto y que, sin embargo, va a ser robo, por un concepto que los estudiosos tienen sobre su naturaleza, me refiero al delito que se crea en los términos siguientes: “Se considerará como robo y se castigará con las penas señaladas en el inciso anterior, la apropiación de dinero, alhajas, ropas u otros objetos que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento y confusión. Esto, prácticamente podría considerarse como un delito de hurto, porque la esencia del robo, hasta aquí ha sido la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucro y cuando se ejecuta con violencia en las personas o fuerza en las cosas. Ordinariamente estos delitos se ejecutan por sorpresa y debido más bien a la habilidad del delincuente, que se aprovecha de las aglomeraciones, por ejemplo. Pero se ha considerado que atendida la forma habitual de ejecución

*Profesor Titular de Derecho Penal. Abogado Integrante Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel.

¹ Ver por todos, Carlos Künsemüller, “Delimitación entre los tipos penales de robo con violencia en las personas y robo por sorpresa”. Gaceta Jurídica Nro. 195, pág. 12 y s.s.

de este delito, debe ser considerado como robo y, en consecuencia, se establece este nuevo tipo en los términos que he señalado.” A su turno, en el Anexo de Documentos del Diario de Sesiones del Senado de la República, Sesión 3ª, hay constancia de que “El inciso 2º del nuevo artículo 436 configura un delito especial, que técnicamente es hurto, pero que pasa en virtud de esta disposición a ser considerado como robo y es el que comúnmente practican los individuos llamados “lanzas”, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.”

2. La ley 17.727 modificó el precepto de que se trata, dándole su actual redacción y reduciendo la cuantía de la pena, por la vía de asignarle una propia, separada de la contemplada en el inciso primero, que hasta entonces estaba asignada a ambas hipótesis delictivas.

Es relevante para la tarea hermenéutica, consignar lo que se indicó en el mensaje con que se presentó la iniciativa de ley: *“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 hechos. 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.”* (Senado, Ord. 1971, T. I, Sesión 10.06.1971, pág. 348)

3. La pertenencia del robo por sorpresa al ámbito típico del hurto- y no al del robo violento por tratarse de “hechos claramente diferenciados”- es reconocida ampliamente en nuestra doctrina.

A juicio del profesor Labatut, en este delito, la fuerza empleada- en su forma de “rapiña”- recae sobre la cosa, no sobre la persona, por lo que “técnicamente hablando, ocupa una situación intermedia entre el robo y el hurto.”² Como una figura “intermedia” entre el hurto y el robo, como un “tipo puente” entre esos dos extremos lo cataloga Garrido Montt, añadiendo que “la mantención de este delito en el sistema penal resulta discutible desde una visión político criminal y aún sistemática. El legislador demostró cierta duda al establecerlo, al partir expresando que se consideraba robo la conducta allí descrita, lo que involucra que no reconoce que sea en realidad robo, sólo lo asimila a esa figura.”³ Refiriéndose específicamente a la conducta de “obrar por sorpresa”, el tratadista Etcheberry señala que no es un concepto enteramente claro, pero que sin duda excluye el empleo de la violencia, salvo la indispensable para arrebatar de las manos, quitar de los bolsillos los objetos sustraídos, procediendo el agente en forma rápida e inesperada para la víctima.⁴ Muy categórico es nuestro colega Jorge Mera Figueroa, al establecer que este robo por sorpresa es simplemente un hurto sancionado como robo, caracterizado por el medio de comisión, el que sin embargo, no trasciende de la afectación de la propiedad. Califica a la pena establecida -presidio menor en su grado medio a máximo- como excesiva, más aún si se considera que normalmente se tratará de objetos de poco valor, cuya apropiación, de acuerdo con la penalidad del hurto, habría sido sólo sancionada con presidio menor en sus grados mínimo o medio⁵ Propone de “lege ferenda” la derogación de esta figura, posición que desde ya compartimos, por estimar que ningún fundamento, ni dogmático, ni político-criminal, justifica mantener esta forzada asimilación a un delito de muy diversa naturaleza y gravedad, como el tipificado en el inciso primero del artículo 436. Politoff, Matus y Ramírez están de acuerdo en que ésta es “una figura controvertida”, ya que, por una parte, no es un robo propiamente tal y, por la otra, tiene asignada de todos modos una muy alta pena; estiman que la sugerencia formulada por Jorge Mera, de suprimir esta hipótesis y asimilarla al hurto simple, “puede

² Derecho Penal, Tomo II, 6ª Edición, pág. 221.

³ Derecho Penal, T. IV, Parte Especial, pág. 207 y s.s.

⁴ Derecho Penal, Tomo III, pág. 345 y s.s.

⁵ “Hurto y Robo. Estudio Dogmático y Político-Criminal”, Cuadernos de Análisis Jurídico, U. Diego Portales, pág. 96.

tener acogida”, quedando a la prudencia de los tribunales la determinación de si el hecho es violento o intimidatorio o solamente una forma de sustracción furtiva.⁶ Guzmán Dálbora inicia su certero y acabado comentario sobre esta figura penal, con la siguiente declaración: ”Consignemos, ante todo, que el robo por sorpresa regulado en el Código Penal chileno es, ontológicamente hablando, un hurto”. Para fundar este correcto aserto, el autor añade que “al apropiarse “invito dominio” y con ánimo de lucro de cosas muebles ajenas, pero sin emplear violencia o intimidación en las personas ni valerse de algunas de las formas de fuerza que expresan los artículos 440 a 443, el autor de estas prácticas no puede cometer robo, lo que vale tanto respecto del robo propiamente dicho, como frente a esa otra clase de hurto que la ley llama robo con fuerza en las cosas.” En conclusión, de faltar en el Código la asimilación al tipo básico del robo que afecta a la cláusula “por sorpresa o aparentando riñas, etc.”, del inciso segundo del artículo 436, estos comportamientos serían atípicos en el sentido de aquellas infracciones y quedaría en pie lo que de veras hay en ellos, esto es, un hurto.⁷

4. Son de alto interés para el intérprete actual, las referencias históricas que en torno a la figura en comento entrega el profesor Guzmán Dálbora en su comentario aludido.

Nos informa que en el Derecho romano se acordaron penas más severas que las asignadas a los ladrones comunes, para los carteristas (*saccularii*) y cicateros (*zonarii*), “los cuales en los sitios de gran concurrencia de gentes acostumbra, con destreza admirable, cortarles a los menos avisados los bolsillos o sacarles lo que encuentran en las bolsas o carteras de otros.” Se trataba entonces de casos de “*furtum*”, cuyas características los hacían especialmente odiosos. Posteriormente, ya en el Medioevo, “los prácticos, atendida la cruelsísima represión del hurto en aquellos tiempos y como una manera de eludir la imposición harto frecuente de la pena capital, consideraron cual hipótesis menos graves del delito, recomendando para ellas puniciones extraordinarias y templadas, aquellas en que el agente se apropia de objetos que la víctima lleva consigo, siempre y cuando el malhechor obrase con destreza (hurto con destreza) o arrebatándoselos de la mano o de encima (rapaña). En el devenir legislativo posterior, algunos Códigos decimonónicos, “sin modificar en absoluto la calificación jurídica de tales actos”, hicieron del hurto con destreza y de la rapaña sendos hurtos agravados. Por último, en no pocos Códigos contemporáneos, se ha mantenido aquel estado de cosas, consagrándose como un factor de agravación del hurto, el actuar con destreza o el arrebatar al ofendido cosas que lleva en la mano o en su persona. (Código Penal brasileño, Código Penal italiano)⁸

5. Si el propio legislador reconoció en su momento que la conducta descrita en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal constituye un hurto, pero que pasa a ser considerado “como robo”, sobre la base de la frecuencia de comisión del hecho y las modalidades de la misma, pareciera incontestable que no se está ante una figura de robo violento (intimidatorio), sino sólo ante un caso “asimilado” a un tipo que no les es propio, ante un caso tratado “como si fuera robo”, pese a no participar del núcleo esencial (apropiación mediante violencia o intimidación aplicadas a una persona a fin de lograr la apropiación de cosa ajena) de este último ilícito penal.

Está fuera de discusión que el argumento esgrimido por el Poder Legislativo para darle tratamiento de robo a un comportamiento que “técnicamente es hurto”, no legitima en modo alguno la alteración a nivel del derecho positivo de lo que constituye la fisonomía jurídica propia del hecho puesto bajo sanción, que le está dada por los elementos fácticos que integran el tipo penal, en relación con el respectivo bien jurídico que se busca amparar.⁹ De seguirse el razonamiento del legislador de 1953, si se detectara en la praxis una gran frecuencia de comisión del delito de lesiones menos graves, mediante supercherías o abuso de la credulidad del ofendido, procedería considerarlo “como si fuera delito de lesiones graves” y sancionarlo con las penas de tal ilícito. Estamos persuadidos que nadie perteneciente a la órbita dogmática penal estaría dispuesto a sustentar esta irracional proposición, violatoria de principios fundamentales, limitativos del *ius puniendi* estatal.

⁶ Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, pág. 358 y s.s.

⁷ “El robo por sorpresa y la actividad del carterista”, *Gaceta Jurídica* Nro. 236, pág. 108 y s.s.

⁸ Guzmán Dálbora, op. cit.

⁹ Künsemüller, op. cit.

6. Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, resulta útil detenerse en los elementos configurativos del tipo penal “asimilado al robo” que motiva nuestras reflexiones.

En cuanto a la conducta típica, ella ha de consistir en “actuar por sorpresa” o “aparentando riñas o haciendo maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”.

Respecto del actuar “por sorpresa”, Etcheberry nos dice que este concepto no es del todo claro, pero que excluye, por de pronto, el empleo de violencia, salvo la indispensable para hacerse el sujeto con las cosas ajenas, actuando en forma rápida e inesperada para la víctima.¹⁰ A juicio de Politoff, Matus y Ramírez, quienes siguen en esta parte a Etcheberry, la “sorpresa” comprende “el arrebató repentino, súbito e imprevisto de una cosa que la víctima lleva consigo, cuya propia rapidez suspende la reacción de la víctima y le priva a ésta -considerada como el hombre medio- de toda posibilidad de repelerlo.”¹¹ Guzmán Dálbora puntualiza que la rapiña consiste en “arrebatar, llevarse con la fuerza los objetos.” Claro que esta fuerza no corresponde a la que se ejerce inmediatamente sobre el cuerpo de una persona, que daría lugar a un robo, sino a una “violencia” que debe desplegarse directamente sobre la cosa y sólo indirectamente sobre la persona, con el objeto de vencer aquella energía física que mantiene unida aquella a ésta. Como un medio engañoso califica el obrar “aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”. Se trata, en este caso, de distraer a la víctima para favorecer la perpetración del delito, y “con esta mira el autor da forma a una apariencia, una representación falsa de las circunstancias. Hay un comportamiento disimulador y, en definitiva, fraudulento”. En cambio, “proceder por sorpresa”, atañe a un comportamiento que, en opinión del autor, no se adecúa a ninguna de las variedades de hurto representadas por la rapiña y el despliegue de medios fraudulentos.¹²

Garrido Montt, refiriéndose a la sorpresa, señala que consiste en obrar sobre la víctima cuando está desprevenida, de manera que no logre reaccionar con la rapidez que la situación amerita. “La mujer que, con su cartera al brazo, distraídamente lee un diario mural, circunstancia que aprovecha el ladrón para arrebatarle el bolso que lleva y darse a la fuga.” El hechor, en estos casos, sobrepasa en su actividad del límite de clandestinidad propio del delito de hurto cuando realiza el apoderamiento, pero su actuar no alcanza la intensidad de la violencia requerida por el delito de robo con violencia. “Hay uso de cierta fuerza, pero no aquella necesaria para calificarla como agresión física en su alcance normativo. Lo mismo sucede con el tirón necesario para arrancar el collar del cuello de la víctima o el maletín desde su brazo.”¹³ No logramos entender la razón por la cual la acción del carterista que aprovecha la ocasión propicia para sustraer en forma rápida el objeto que porta en sus manos la víctima desprevenida esté fuera de los límites propios del tipo de hurto y deba configurar un delito distinto, perteneciente al círculo típico del robo. Sostener que sólo hay hurto cuando el sujeto pasivo no está desprevenido y, por ende, habrá de suponer que se percata de la acción y, teniendo la chance de reaccionar con presteza y proteger sus pertenencias, no lo hace, frente a una agresión que no se desarrolla con celeridad y de modo sorpresivo (“rapiña”), que no es “rápida”, nos parece -sin perjuicio de la autoridad científica de quien la propone- una conclusión discutible. Si por ejemplo víctima está sentada en un banco de la plaza, revisando el contenido de su cartera, y el ladrón, que también ocupa el mismo banco se arrima lenta y pausadamente, hasta quedar situado al costado de aquella persona y le sustrae la cartera, abandonando el sitio del suceso sin mayor rapidez, confundiendo entre los paseantes para no llamar la atención, diremos que hay hurto; sí, en cambio, ese mismo individuo, en las mismas circunstancias descritas, una vez arrimado a la persona de la víctima, le arrebató de un tirón la cartera y sale corriendo a gran velocidad, no hay hurto, sino robo por sorpresa. ¿Acaso el hurto exige sujetos activos que sólo actúen en forma lenta y pausada, como dando a entender a quien será su víctima de que le será quitada alguna especie y, por el contrario, este delito no concurre si el apoderamiento es “repentino” y el ofendido está en posición de “desaprensión”, configurándose entonces un ilícito distinto, de mayor gravedad? Esta interpretación se revela, a nuestro entender, como inconsistente y, por ende, difícil de mantener,

¹⁰ Etcheberry, op. cit.

¹¹ Politoff, Matus y Ramírez, op. cit.

¹² Guzmán Dálbora, op. cit.

¹³ Garrido Montt, op. cit.

sobre todo, en su aplicación a la praxis. En realidad, los esfuerzos por encontrar alguna diferencia cualitativa y cuantitativa entre la acción propia del hurto y de la robo por sorpresa, sobre la base de características propias y excluyentes de cada supuesto fáctico, en cuanto sustancialmente diferenciado del otro, es decir, de “distinta especie”, resultan estériles y condenados al fracaso. Estimamos que la “posición de desaprensión” en que se halla la persona objeto del delito, puede ser exactamente igual en los casos de hurto que en los de robo por sorpresa y no nos resulta del todo convincente la idea de que en la segunda situación hay una imposibilidad de defender las pertenencias y no la hay en el primer caso. Si alguien se encuentra parado en una concurrida arteria céntrica, mirando con alto interés el partido de fútbol que proyecta un televisor gigante instalado en un negocio y descuida momentáneamente su maletín, apoyándolo en el suelo, mientras aplaude un gol convertido por su equipo favorito, situación que aprovecha un ladrón para acercarse con toda lentitud y coger la especie, retirándose con ella de modo muy pausado y furtivo, para no llamar la atención, habría que decir que estamos ante un delito de hurto, pese a que la víctima estaba en una situación de especial desprevenimiento y el hechor la aprovechó para actuar.

En cuanto a la segunda hipótesis típica prevista en el texto del artículo 436, inciso 2º del Código Penal, “aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”, ella corresponde al despliegue de “medios fraudulentos”,¹⁴ claramente distanciados de los propios y característicos de la figura de robo violento, que supone el empleo de “vis absoluta” como medio para lograr el apoderamiento de la cosa ajena, esto es, para facilitar su ejecución, consumarla u obtener impunidad, de acuerdo al amplio enunciado del artículo 433 inciso primero. Aún cuando el artículo 439 del texto legal incluye dentro del amplísimo - e impropio- concepto de violencia, el “alegar orden falsa de autoridad o darla por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”, coincidimos plenamente con quienes califican esta ampliación como “un extremo muy discutible”¹⁵ y como “una hipótesis radicalmente diversa, que en el sentido natural de los términos ya no es violencia ni intimidación”.¹⁶ Si se trata de que el agente lleve a cabo una sustracción “clandestina”, en la que no se recurre a fuerza de ninguna clase, tampoco a la sorpresa, “sino que se aprovecha la distracción de las víctimas, se emplea el esfuerzo mínimo necesario para sacar o tomar las cosas que éstas llevan consigo sin que se den cuenta de ello”¹⁷, no puede haber ni la más mínima duda de que estamos ante una conducta imposible de subsumir –aunque sea mediante una forzada y, por tanto, repudiable asimilación legislativa- en el tipo de robo con violencia en las personas.

7. Los tribunales nacionales han coincidido, a través de varios pronunciamientos con la tesis dogmática que, según hemos dado cuenta, caracteriza al “robo por sorpresa” como una hipótesis típica más cercana al hurto que al robo.

El pronunciamiento más reciente que hemos encontrado, proveniente del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, contenido en la sentencia del 23 de julio de 2004, estableció la doctrina de que el delito de robo por sorpresa, atendidas las características del comportamiento típico que lo configura, se sitúa “en tierra intermedia entre el hurto y el robo”, siendo 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. (Revista Procesal Penal Nro 25, septiembre 2004, pág. 116 y s.s.)

A través de varios fundamentos, se precisa en el fallo de la ltima. Corte de Apelaciones de San Miguel dictado el 29 de octubre del 2001, acordado por mayoría de votos, que el robo con intimidación y el robo por sorpresa “no son delitos de la misma especie”. Reproducimos, en lo pertinente a esta nota, las reflexiones contenidas en el fallo aludido (voto de mayoría) que trasuntan nuestro punto de vista sobre el tema materia de análisis:

¹⁴ Guzmán Dálbora, op. cit., pág. 110.

¹⁵ Garrido Montt, op. cit., pág. 185.

¹⁶ Etcheberry, op. cit., pág. 337.

¹⁷ Garrido Montt, op. cit., pág. 210

“Debe entenderse por delitos de la misma especie aquellos que menoscaban un mismo bien jurídico y tienen un modo de comisión semejante, agregándose por algunos la exigencia de un idéntico móvil.”

“No es aplicable, para fines interpretativos, la norma del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, cuyos efectos se encuentran expresamente limitados al régimen de punibilidad consagrado en la disposición sobre reiteración o concurso real de delitos de la misma especie.”

“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” (hay citas de los profesores Etcheberry Orthusteguy, Labatut Glana, Garrido Montt, Mera Figueroa y Guzmán Dálbora, que no reproducimos, por estar contenidas en el presente trabajo)

“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 solo 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 aceptable como fundamento sustantivo.”

“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 arrebato sorpresivo -“tirón”- o engañoso, como en el despliegue de maniobras distractivas.”

“Que, el tipo de robo por sorpresa no tiene el carácter de “complejo”, afectando, en general, únicamente al patrimonio ajeno, salvo ciertos casos límite, en que por efectos del arrebato rápido y sorpresivo se producen lesiones corporales a la víctima, pero estas hipótesis, subsumibles habitualmente en las reglas de los concursos, no vienen al caso que nos ocupa.”

“Que, es también relevante para resaltar lo afirmado en el motivo precedente, que la penalidad asignada en el inciso 2º del artículo 436 del Código Penal está también señalada para hipótesis del delito de hurto, como sucede en el No 1 del artículo 446 de ese texto, lo que no tendría explicación lógica ni político-criminal si se tratase de delitos estructuralmente distintos.”

Se rechaza la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia específica (art. 12 nro 16). (SCA San Miguel, 29.10.2001, Gaceta Jurídica Nro 256, pág. 188 y s.s.) La prevención de un Ministro (señor Ismael Contreras Pérez) estableció que “los delitos de robo con intimidación y de robo por sorpresa son delitos de la misma especie, por estar penados en un mismo título del Código Penal y definidos en un mismo artículo, afectando un mismo bien jurídico (propiedad) sólo se diferencian por su modalidad, con lo cual no corresponde restringir la aplicación de la agravante de reincidencia a cada una de estas modalidades de sustracción de especies, ya que, además, la ley no lo hace...” .

En la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2001, la misma Corte de Alzada señaló que “el denominado robo por sorpresa, delito introducido al Código Penal por la Ley 11.625, constituye 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.” (Consid., Primero) “Que, la doctrina nacional caracteriza en forma unánime a la conducta descrita en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, como más perteneciente a la órbita típica del hurto que del robo, el cual exige o bien fuerza en las cosas o bien violencia o intimidación en las personas.” (Consid. 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.” (Consid. Cuarto)

(Gaceta Jurídica Nro.258 , pág. 158 y .s.)

8. Acudiendo nuevamente a las reflexiones del profesor Guzmán Dálbora, nos parece especialmente relevante para nuestros afanes, aquella en que procura escudriñar, a fin de extraer conclusiones lúcidas, la ratio legis de la norma que nos interesa: “Si la ley construye una ficción para reputar robo aquello que, según sus propias palabras (las del artículo 432), definitivamente no lo es, obedece al imperativo de prestar una tutela más enérgica al estado de indefensión en que queda quien padece estas maniobras -la “minorata difesa” de que habló Carrara-, esto es, el plus de injusto que comportan. De lo que se sigue que sólo puede colocarse a la “sorpresa” en la línea y sintonía del fundamento de este artificio legislativo, el hecho de que el acto en que ella incide guarde algún parentesco con la figura que se toma como modelo, o sea, el robo, un delito pluriofensivo que suma al atentado patrimonial la lesión de la libertad o la seguridad de la víctima. En la apropiación por sorpresa tiene que haber, pues, un “humus” del robo, alguna forma de fuerza, porque de lo contrario ese apartamiento consciente de la realidad ínsito en toda ficción jurídica iría aquí en franco desmedro de la racionalidad y el equilibrio valorativo del ordenamiento.”¹⁸ Hacemos nuestro este discurso, con la única salvedad de que reemplazamos la expresión “fuerza” por “violencia”, ya que es este elemento –amén de la intimidación– el que caracteriza en nuestra ley a la figura de robo a la que el legislador quiso (ficticiamente y a sabiendas de la apariencia “con que se intenta hacer que una cosa parezca diversa de lo que es”) asimilar el nuevo delito creado en 1954, mediante la Ley 11.625; es una “vis absoluta” dirigida contra una persona, no contra los objetos cuya apropiación se pretende.

A modo de síntesis, pensamos que en el criollo delito de robo por sorpresa no concurre el “humus del robo” a que se refiere nuestro colega, el catedrático de la Universidad de Antofagasta y cuya ausencia la traduce en una “contradicción inmanente de valoración.”¹⁹

9. Como se desprende claramente de los apuntes desarrollados en esta sucinta nota, contamos actualmente con méritos suficientes para impetrar por una reforma de nuestro texto punitivo, que retorne a su cauce propio una conducta delictiva cuya real e intrínseca naturaleza, en cuanto agresora de un determinado bien jurídico, o sea, su “lesividad social” fué alterada por motivos inidóneos para legitimar tal operación de “maquillaje legislativo”. Si la política criminal es, como nos enseñó hace tanto tiempo Feuerbach “la sabiduría legislativa del Estado”, no deberían prevalecer en dicha actividad consideraciones ajenas al “conocimiento profundo en ciencias, letras o artes” y a la “conducta prudente en la vida o en los negocios”.²⁰

10. 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” (2005), que significó una exhaustiva investigación por más de dos años (equivalente a Memoria de Prueba), dirigida por el infrascrito, sugieren, 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

¹⁸ Guzmán Dálbora, op. cit., pág. 112.

¹⁹ Guzmán Dálbora, op. cit., págs. 112-113.

²⁰ Acepciones de “sabiduría”, Diccionario de la Lengua Española.

hurto, y si se llegaran a producir lesiones a raíz del acto apropiatorio, se apliquen las reglas generales de los concursos.”²¹

Esta proposición demuestra que las jóvenes generaciones de juristas con inclinaciones hacia el Derecho Penal, participan de las mismas inquietudes que han originado a lo largo de ya muchos años diferentes escritos y opiniones de los integrantes de generaciones anteriores, hoy cercanas al último tercio de vida dedicada con pasión al derecho de castigar, derecho cuyo fundamento explicara de modo inmejorable hace 146 años el maestro de Pisa: “Se equivoca el que halla el origen del derecho de castigar en la sola necesidad de la defensa, sin tener en cuenta que su fuente primera está en la justicia. Y se equivoca quien encuentra el fundamento del derecho de castigar tan solo en el principio de justicia, sin encuadrarlo dentro de los límites de la necesidad de la defensa.”²²

²¹ Los memoristas son Omar Cifuentes Mena, Daniel Friz Donoso, Marcelo Rojas Sepúlveda, Mayumi Salinas Ramos, Cecilia Toncio Donoso, Osvaldo Toledo López y Luis Felipe Torres Camilo.

²² Francesco Carrara, Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Prolegómenos, pág. 17; Reimpresión, Edit. Temis S.A., 1996.