

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD REVISIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS DE REFORMA¹

*Jorge Mera Figueroa**

EFICACIA: 1. Fraudes informáticos; 2. Hurto de efectos, valores y otros objetos sin valor pecuniario respecto de su materialidad; 3. Robo con fuerza en las cosas; 4. Hurto de posesión; 5. Administración fraudulenta; 6. Excusa legal absolutoria. GARANTÍAS: 1. Principio de legalidad: a. Hurto; b. Robo con fuerza en las cosas; c. Robo con violencia o intimidación en las personas; d. Robo calificado; e. Estafa; f. Apropiación indebida; g. Delitos de sospecha y presunción de inocencia; h. Daños en la propiedad ajena; 2. Principio de proporcionalidad: a. Desproporcionalidad de penas; b. Equiparación punitiva entre tentativa y consumación; c. Agravantes; d. Propuesta de lege ferenda.

El objeto del artículo es revisar la actual regulación de estos delitos y proponer los lineamientos para una futura reforma. El análisis se hará a partir de los dos grandes fines que de manera relativamente consensual se atribuyen al Derecho Penal: el protector (de bienes jurídicos)² y preventivo (de la criminalidad), que apunta a la eficacia del sistema, y el garantista, de carácter valorativo, que persigue asegurar los derechos de las personas frente a un eventual abuso del poder penal del Estado.³

¹ Me ocuparé sólo de los delitos en contra de la propiedad o patrimonio en sentido estricto, y no de todos los hechos delictivos que se encuentran incluidos en el Título IX del Libro II del Código Penal (Crímenes y simples delitos contra la propiedad). Así, quedarán fuera del análisis el incendio y otros estragos (que atentan prevalentemente en contra de la seguridad pública), la usura (que afecta el orden público económico) y la receptación (que ofende la Administración de Justicia).

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales; email: jorge.mera@udp.cl

² En relación con este fin existen discrepancias, como las de Welzel (el Derecho Penal llegaría demasiado tarde, por lo que su finalidad no podría ser la protección *actual* de los bienes jurídicos, postulando este autor otro objetivo, de mediano y largo plazo, de carácter educativo, moralizante, como es el de contribuir a formar el juicio ético-social de los ciudadanos, arraigando en la conciencia colectiva los valores del ordenamiento jurídico), y la de Jakobs, para quien la finalidad del Derecho Penal es proteger la vigencia y eficacia de las normas, dándoles credibilidad y confianza, contribuyendo así a la mantención de la estabilidad del sistema.

³ Otros fines que se asignan al Derecho Penal son (i) el pedagógico (internalizar en la conciencia colectiva los valores del ordenamiento; obtener la adhesión subjetiva de los ciudadanos a los mismos, objetivo que no comparto por considerar que constituye una vulneración de la autonomía de la persona, su libertad de conciencia y de los presupuestos de una sociedad pluralista y democrática); (ii) el de promoción social (planteado por quienes proponen utilizar el Derecho Penal para promover determinados valores que aún no se encontrarían consolidados en la sociedad), que aparte de discutible en sí mismo (existen otros medios para abogar por esa finalidad), es ajeno al tratamiento de los delitos examinados; y (iii) el simbólico, que postula el endurecimiento del sistema penal (más delitos, penas más elevadas) –consciente de que ello no resulta eficaz para el control de la criminalidad–, con el fin de producir la impresión de que el Estado cumple con su cometido de proteger a las personas de la delincuencia y contribuir así, por lo tanto, a su tranquilidad y sensación de seguridad. Este último fin no será, por supuesto, un eje del análisis, sin perjuicio de que él podría tal vez contribuir a explicar la “inspiración” de la política criminal del Estado chileno en esta

EFICACIA

Desde la óptica de la primera finalidad, puede afirmarse que la protección que el Derecho Penal chileno brinda a la propiedad –entendida en el sentido constitucional (y no sólo como derecho real de dominio) como el conjunto de los valores patrimoniales de una persona avaluables económicamente y protegidos por el derecho– es en general adecuada. Los más importantes atentados en contra de dichos valores (derechos reales y personales, la posesión y en general todo interés pecuniario integrante del patrimonio) se encuentran tipificados y castigados.⁴

Con todo, existen a este respecto ciertas falencias originadas, algunas, en la aparición de nuevos y modernos medios de comisión de ciertos delitos (como ocurre con los fraudes informáticos y los fraudes colectivos); otras, en una deficiente técnica legislativa que excluye arbitrariamente de la protección penal situaciones análogas e igualmente reprobables consideradas de modo expreso, como sucede con la regulación del hurto de posesión (en que se sanciona sólo al dueño de la cosa que la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder, y no al tercero que lo hace con su consentimiento o tolerancia), y con el tratamiento en exceso casuístico del robo con fuerza en las cosas (que deja impunes casos en que ésta concurre), y otras, en fin, en que los problemas se derivan de imprecisiones en las que incurre el legislador al describir las correspondientes figuras, creándose, en consecuencia, la consiguiente incertidumbre sobre el alcance de la protección que se otorga a los respectivos valores patrimoniales. Tal sería el caso, entre otros, de la apropiación de “efectos” (documentos mercantiles, como un cheque o un pagaré), o de otros objetos cuya materialidad misma carece de valor económico, por lo que se ha discutido si en estos supuestos se configuraría el delito de hurto, que requiere que la cosa sustraída sea avaluable en dinero.

A continuación me referiré a las principales falencias que presenta nuestra legislación penal en lo relativo a la protección del patrimonio.

1. Fraudes informáticos

Un primer problema es el de si se encuentran tipificados determinados atentados al patrimonio que se cometen utilizando la moderna tecnología, como ocurre con la diversa gama de los fraudes informáticos, entre los que figuran la obtención indebida de dinero desde cajeros automáticos utilizando sin autorización la tarjeta del titular o una tarjeta falsa, y, en general, con la manipulación informática u otros

materia, la que, como se verá, parece fundarse en la confianza irracional en la eficacia del rigor penal.

⁴ Cosa distinta es, por cierto, el *cómo* de esta represión. Pero a este tópico me referiré en la segunda parte del trabajo, al ocuparme de las garantías penales en relación con nuestro tema.

artificios similares empleados para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de terceros.

En el primer caso (cajeros automáticos), su calificación jurídica ha sido discutida en la dogmática comparada⁵, existiendo las más variadas posiciones: en España, mayoritariamente se considera el hecho como una apropiación constitutiva de robo con fuerza en las cosas (al equipararse el uso de la tarjeta con el de una llave), en tanto que en Francia se lo califica como estafa (alternativa que en general es rechazada por la doctrina al no existir normalmente una persona humana engañada), derivando el error de los responsables del cajero en la creencia (previa, general y abstracta) de que sólo las personas autorizadas podrán obtener dinero del mismo. En Alemania el hecho examinado se consideraba impune (por lo que se estimó necesario crear un tipo especial de estafa informática, al que más adelante me refiero): ni constitutivo de estafa, por no existir un error como fenómeno psicológico en el que sólo puede incurrir un ser humano, ni hurto, al no tratarse propiamente de la sustracción de cosas muebles, de acuerdo con el sentido que le atribuye la dogmática a dicha acción: sacar la cosa de la esfera de protección en la que se encuentra, empleando para ello medios materiales, toda vez que el operador del cajero habría realizado una disposición patrimonial a favor de quien utiliza la tarjeta, actuación que sería estructuralmente incompatible con la apropiación exigida en el hurto.⁶

El problema planteado podría resolverse mediante la interpretación, calificando el hecho ya sea como hurto o como estafa, considerando además que las penas son similares. Sin embargo, en aras del respeto del principio de legalidad –en especial la exigencia de que la conducta debe estar expresamente descrita en la

⁵ Una visión panorámica a este respecto se encuentra en Héctor Hernández Basualto, “Uso indebido de tarjetas falsificadas o sustraídas y de sus claves” (*Política Criminal*, N° 5 (2008), A2-5, pp. 1-37, www.politicacriminal.cl/n0/a25.pdf).

⁶ El argumento me parece discutible: la apropiación también puede verificarse en casos en los que es la víctima la que entrega la cosa al agente. Así lo reconoce por lo demás nuestro legislador al definir la violencia y la intimidación en el robo –delito que requiere como elemento típico la apropiación, lo mismo que el hurto– como cualquier acto que pueda forzar o intimidar a la manifestación o entrega de la cosa. En nuestro sistema, la exigencia de la apropiación no requiere necesariamente de una sustracción, entendida en el sentido señalado en el texto. En el hurto de hallazgo, que recae sobre cosas al parecer perdidas, no existe tal sustracción (la cosa ya ha salido de la esfera de custodia), como tampoco en la apropiación indebida, cuyo sujeto activo es el mero tenedor fiduciario que ha recibido la cosa de su legítimo detentador con la obligación de entregarla o devolverla. Sin el propósito de entrar a un inútil debate terminológico (pues la gente sensata no discute sobre el nombre de las cosas, sino sobre su significado y contenido; haberlo olvidado ha sido fuente de no pocos malentendidos), la sustracción podría ser entendida como la constitución por el agente de una nueva custodia sobre la cosa, esto es, la adquisición del poder fáctico sobre ésta, que lo habilita para disponer materialmente de ella (para apropiársela). En este sentido, en la extorsión y también, desde luego, en la estafa, habría sustracción. Lo que ocurre, de acuerdo con una concepción como la que aquí defiendo, es que, por ejemplo, en la estafa, la ley requiere que la transferencia de la custodia desde la víctima al sujeto activo se haga, no por cualquier medio, sino mediante uno determinado, como es el engaño, de carácter inmaterial.

ley-, parece más conveniente su tipificación explícita. Por otra parte, como también sería posible que el hecho se considerara atípico (fallándose en unos casos que constituye hurto o estafa y en otros que es impune), el derecho a la igualitaria aplicación de la ley y la seguridad y certeza jurídicas aconsejan asimismo la mencionada tipificación.

Esto es lo que, al parecer, ha intentado hacer la ley 20.009, promulgada el 18 de marzo de 2005, que sanciona como “delito de uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito” el hecho, entre otras hipótesis, de “usar (...) tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas”. Atendido lo amplio del tipo legal (basta con el uso de dichas tarjetas), pareciera que, en el caso de una tarjeta de débito falsificada o sustraída, su utilización con el fin de extraer dineros de un cajero automático constituiría delito. La pena es la de presidio menor en cualquiera de sus grados (coincidente con la del hurto, que puede ser cualquiera de los grados del presidio menor, según el valor de la cosa hurtada), la que “se aplicará en su grado máximo, si la acción realizada produce perjuicio a terceros”. Debe observarse, eso sí, que el tipo examinado no cubre cualquier uso fraudulento o indebido de las tarjetas mencionadas, sino que sólo se refiere al uso de tarjetas falsificadas o sustraídas, por lo que quedarían fuera de la previsión legal el uso de tarjetas perdidas o extraviadas, como asimismo el de aquellas que hubiesen sido obtenidas mediante engaño o recibidas en mera tenencia. En todos estos casos, en efecto, no habría propiamente una sustracción, de acuerdo con el sentido que la mayoría le asigna a esta expresión (sacar materialmente la cosa de la esfera de custodia en que se encuentra).

De ahí que parezca más recomendable el camino seguido en algunos países europeos, en el sentido de crear una figura general de fraude informático (como medio de atentar en contra del patrimonio), que cubra no sólo algunos, sino *todos* los casos de obtención indebida de dineros desde cajeros automáticos, y tipifique, *además*, en general, la manipulación informática y otros artificios similares para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de terceros⁷.

⁷ Estos últimos supuestos (manipulación informática y otros procedimientos similares) no se encuentran sancionados en la ley 19.223, de 7 de junio de 1993, que tipifica figuras penales relativas a la informática (destrucción o inutilización de un sistema de tratamiento de información, interceptación, interferencia o acceso indebido al mismo, alteración, daño, destrucción, revelación o difusión de los datos contenidos en un sistema de tratamiento de la información), como tampoco en la ley 20.009, de 18 de marzo de 2005, que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, sancionando diversas hipótesis de “uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito”: falsificar, usar, vender, exportar, importar o distribuir tarjetas de crédito o débito falsificadas o sustraídas, o negociar, en cualquier forma con ellas, usar, vender, exportar, importar o distribuir los datos o el número de una tarjeta de crédito o débito, haciendo posible que terceros realicen operaciones de compra o acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular, negociar con dichos datos o número de tarjeta, y usar en forma maliciosa una tarjeta bloqueada, en cualquiera de las formas señaladas precedentemente. Como se aprecia, se trata de sancionar acciones que se realizan

En Alemania, la Segunda Ley contra la Criminalidad Económica, de 15 de mayo de 1986, sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa al que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudica el patrimonio de otro influyendo en el resultado de un proceso de tratamiento de datos mediante la incorrecta configuración del programa, o la utilización de datos incorrectos o incompletos, o por medio de la utilización no autorizada de datos o cualquier otra intervención indebida en el desarrollo (& 263 a StGB). En Italia (art. 640 ter CP) y Portugal (art. 221 CP) se contemplan figuras similares de fraude informático. En España, el nuevo CP de 1995, tras tipificar la estafa en el inciso 1º del art. 248, establece en su inciso 2º que “también se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

El Anteproyecto de Nuevo Código Penal, elaborado por la Comisión Foro Penal, Ministerio de Justicia (en adelante “Anteproyecto del Ministerio de Justicia”), bajo el epígrafe “Del perjuicio mediante el uso indebido de sistemas de información”, dispone que en las mismas penas de la estafa incurrirá “...el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento físico o lógico de un sistema de tratamiento automatizado de información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o falsos o valiéndose indebidamente de cualquier otra manipulación o artificio semejante que altere física o lógicamente el funcionamiento del referido sistema” (art. 160).

2. Hurto de efectos, valores y otros objetos sin valor pecuniario respecto de su materialidad

Otro problema que se ha planteado en relación con la protección de la propiedad es el del tratamiento penal de la apropiación de cosas corporales que tienen un valor económico que trasciende al de su mera materialidad, como ocurre con los documentos comerciales (de pago y de crédito) y con los billetes de lotería, entre otros casos. En estos supuestos se trata de documentos que carecen de valor pecuniario en lo que respecta a su materialidad.

Se discute en la doctrina si su apropiación constituye hurto, toda vez que, atendido el sistema de la punibilidad del hurto –según el cual el castigo se gradúa de acuerdo con el valor en dinero de la cosa hurtada–, se ha sostenido por algunos que el objeto material en este delito debe ser una cosa corporal que tenga valor pecuniario por sí misma, y no por lo que simbólicamente representa. Abonaría esta posición la circunstancia de que, en la apropiación indebida, el tipo legal expresamente se refiere a la apropiación, además del dinero y de las cosas muebles,

respecto de una tarjeta de crédito o débito con el fin de efectuar operaciones de compra o de acceso al crédito o al débito que corresponden exclusivamente al titular. Esta ley no tipifica, por lo tanto, la manipulación informática realizada con el fin de perjudicar el patrimonio de otro.

de los “efectos”, esto es, los documentos comerciales. Considerar que en el hurto está incluida también la apropiación de efectos, pese a que el tipo legal no los menciona, implicaría la aplicación analógica *in malam partem* de la ley penal, lo que está prohibido constitucionalmente (principio de reserva legal).

Para otro sector, la apropiación de tales documentos constituiría hurto. Se ha argumentado a este respecto a partir de la valoración que del papel moneda hace la ley, en el sentido que representa un medio de pago cuyo valor se encuentra impreso y es por lo tanto indiscutible. Lo mismo, se dice, ocurre con todo documento que sirva de medio de pago o represente una cantidad de dinero impresa en el documento o exigible contra su presentación (cheques, vales vista, boletas de garantía, billetes de lotería, etc.). El argumento, aunque ingenioso, no es del todo convincente (se trata de situaciones diferentes que no parecen completamente homologables: el valor impreso por el Estado en el papel moneda con el valor escrito por el girador del cheque, de la letra de cambio o del pagaré, por ejemplo), sin contar con que representaría una aplicación analógica de la ley penal. Otros, en fin, estiman que sólo en el caso de los documentos al portador su apropiación constituiría hurto.

A mi juicio, lo acertado sería que el legislador, en una futura reforma zanjara expresamente el problema, de acuerdo con la correspondiente estimación político-criminal de la gravedad del hecho: sancionándolo expresamente (como lo ha hecho en el caso de la apropiación indebida), o excluyéndolo del hurto.⁸

3. Robo con fuerza en las cosas

La regulación extremadamente casuística del robo con fuerza en las cosas –exigiéndose determinadas modalidades de la misma según el lugar donde se comete el delito– produce inaceptables incoherencias⁹ que deberían ser subsanadas, en una futura reforma, mediante una descripción general que, a los elementos del hurto, añadiera el empleo de este medio de comisión correctamente

⁸ Dicha exclusión no supone necesariamente la completa impunidad. Si el autor de la apropiación falsifica el documento o lo cobra mediante engaño, surge la posibilidad de la falsificación de documento privado o la de la estafa.

⁹ La más notoria es la exclusión del escalamiento interno (por ejemplo, romper una puerta interior de la casa habitación con el objeto de apropiarse de la cosa) en el robo en lugar habitado (el hecho sería un hurto); el mismo hecho, sin embargo, es constitutivo de robo si dicho escalamiento se produce en un lugar no habitado. El uso indebido de llaves verdaderas para ingresar al lugar sólo es considerado robo si se trata de llaves *sustraídas* (en el sentido, de acuerdo con la doctrina ampliamente dominante, de sacar la cosa de la esfera de protección mediante el empleo de medios materiales), y no en otros supuestos –igualmente constitutivos de fuerza en las cosas– de uso de llaves conseguidas sin autorización, como ocurre en los casos de utilización de llaves perdidas (en que no hay por lo tanto sustracción) u obtenidas mediante engaño, hipótesis en que tampoco existiría, conforme con la opinión dominante, sustracción: el sujeto activo no “saca” en tal caso la cosa de la esfera de custodia; se la hace entregar por quien tiene fácticamente la facultad de disponer de la misma.

definido como la vulneración de los medios de protección de la cosa objeto de la apropiación que incrementa su indefensión¹⁰.

4. Hurto de posesión

Otro problema se presenta con la protección de la mera tenencia o de la posesión de la cosa frente a los terceros. El CP (art. 471, Nº 1) sólo protege esos intereses patrimoniales frente al dueño de la cosa, en el llamado hurto impropio o de posesión, donde se sanciona al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero. Desde luego, si alguien se apropia de una cosa dada en depósito o arrendamiento, comete hurto, pero el sujeto pasivo es el dueño de la cosa, no el mero tenedor.

El problema podría producirse en los casos en los que dicha acción se lleva a cabo con el consentimiento o la tolerancia del dueño. En tal caso no habría hurto (se actuó con la voluntad del dueño). Tampoco podría sancionarse al autor como partícipe de hurto de posesión, pues la mera circunstancia de consentir el dueño en la apropiación (y menos aun la de simplemente tolerarla) no lo convierte en autor del hecho, bajo ninguna de las formas que puede adoptar esta categoría (la posibilidad de la autoría mediata es ajena a la situación planteada y debería por supuesto, en caso de existir, ser sancionada de acuerdo con las reglas generales). Debe evaluarse desde una óptica político-criminal la conveniencia de castigar penalmente el hecho referido. El CP español asimila al hurto de posesión el hecho de sustraerse una cosa mueble de quien la tenga legítimamente en su poder, con el consentimiento del dueño.

¹⁰ En el contexto, como se explica más adelante, de un *hurto agravado* por el uso de la fuerza en las cosas, el que supone un incremento de la indefensión de la propiedad y por lo tanto del injusto de esta figura. El CP español (art. 237) se refiere, al tipificar el robo con fuerza en las cosas, a la fuerza que se emplea “para *acceder* al lugar donde éstas se encuentran”, señalando, en una farragosa enumeración (art. 238), que se comete este delito cuando concurren, entre otras, las siguientes circunstancias: fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo, e inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Todo este excesivo casuismo (siempre contraproducente) se podría evitar con una definición general y abstracta de fuerza en las cosas, como la propuesta en el texto, que se condiga con la razón de la agravación de la pena cuando se utiliza este medio de comisión (el incremento de la indefensión de la propiedad de la víctima). De procederse de ese modo, resultan superfluas las “aclaraciones” del CP español en el sentido de que se consideran llaves (falsas) las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia”, las ganzúas u otros instrumentos análogos, las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal, y cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. En todos estos casos hay “fuerza en las cosas”, puesto que se vulneran sus medios de protección o resguardo. Al optar el legislador por un tratamiento casuístico del tema, el riesgo que se corre es que se dejen fuera de la descripción típica otros supuestos que, por constituir también fuerza en las cosas, debieran dar lugar a la figura más grave examinada, que se funda, como se vio, en la mayor indefensión del patrimonio que se presenta en dichos casos.

5. Administración fraudulenta

Otra falencia en la protección del patrimonio se observa respecto de los fraudes que se cometen con motivo de la administración de bienes de terceros. Nuestro CP contempla sobre este particular, aparte de la apropiación indebida –que cubre sólo un espectro limitado de casos–, dos figuras, por lo demás muy específicas, que, en verdad, son reconducibles a los tipos básicos de estafa (arts. 468 y 473), puesto que se trata de perjudicar a otras personas usando del engaño¹¹, y que no se refieren, en términos amplios, a la administración fraudulenta propiamente tal, en la que más que un engaño (que puede faltar), existe abuso de confianza.

Es necesario, pues, crear un tipo legal que castigue, en términos generales, la administración fraudulenta de bienes ajenos, como lo hace el Anteproyecto del Ministerio de Justicia, cuyo art. 161 dispone que “El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio, será castigado...”.

Debería discutirse, además, la conveniencia de crear otras dos figuras específicas de administración fraudulenta: los fraudes societarios y los fraudes colectivos. En relación con los primeros, podrían incluirse hechos como el falseamiento, por parte de los administradores de la sociedad, de las cuentas y otros documentos sobre su situación jurídica o económica, que provoquen un perjuicio económico a la misma sociedad, a sus socios o a un tercero; o la disposición fraudulenta del patrimonio de la sociedad, realizado por los referidos administradores con abuso de sus funciones y en beneficio propio o ajeno.

En relación con los llamados fraudes colectivos, que afectan a gran cantidad de personas muchas veces difíciles de individualizar, y cuyos perniciosos efectos se acrecientan por el uso de los modernos medios de publicidad y propaganda, cabe señalar que las figuras tradicionales de la estafa, de la apropiación indebida y de la administración fraudulenta a menudo resultan inadecuadas para perseguir la responsabilidad penal de administradores y gerentes de organizaciones económicas y financieras encargados de la captación, administración y empleo de recursos económicos pertenecientes a una cantidad indeterminada de personas.

¹¹ Art. 469, N° 3°: “...los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho”; Art. 469, N° 4°: “...los capitanes de buques que defraudaren suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquier otro fraude en sus cuentas”. Como se observa, se trata de dos casos específicos de administración fraudulenta, con sujetos activos y conductas típicas bien determinadas. Existe aun otra figura, que no examinaremos en este recuento –la del art. 470, N° 2° del CP–, que tiene por sujeto activo también a los capitanes de buque, y que contempla casos, como lo ha hecho ver la doctrina, constitutivos de fraude por abuso de confianza, hurto agravado y apropiación indebida.

En efecto, las figuras clásicas del fraude patrimonial fueron concebidas como conductas vinculadas a negociaciones entre partes en similares condiciones de igualdad jurídica y de capacidad comercial, como ocurre con las entregas fraudulentas, los engaños en la concertación y cumplimiento de las obligaciones civiles y comerciales, y con las diversas formas de los abusos de confianza, especialmente los referidos a la administración de un negocio ajeno. Se hace necesario, pues, discutir sobre la creación de nuevas figuras delictivas relativas a operaciones ofrecidas al público en las que se solicita dinero de un número indeterminadamente grande de personas, en circunstancias que evidencian el propósito de lucrar a su costa aprovechándose –con al apoyo de los modernos medios de propaganda y publicidad–, de su credulidad o ignorancia y de su mayor vulnerabilidad.

6. Excusa legal absolutoria

La protección penal de la propiedad frente a las acciones delictivas de los parientes próximos o del cónyuge debe ser revisada. De acuerdo con una concepción patriarcal asaz anacrónica –propia de la época de la dictación del CP– “están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren”, los cónyuges y los parientes consanguíneos e incluso afines que señala la ley. Se trata de una excusa legal absolutoria que no parece tener justificación en la actualidad. La relación de matrimonio o parentesco, como sensatamente lo establece el art. 13 del CP, es una circunstancia que puede, de forma indistinta, atenuar o agravar la responsabilidad penal, según la naturaleza y accidentes del delito. Podría también preverse la posibilidad de autorizar al tribunal para no dar curso al procedimiento o dictar sobreseimiento definitivo, cuando la imposición o ejecución de la pena fuere innecesaria en atención a la falta de gravedad del hecho o las circunstancias de su perpetración.

GARANTÍAS

Los problemas que desde la perspectiva de las garantías penales (límites del *ius puniendi*) presentan los delitos contra la propiedad serán abordados en torno a dos ejes centrales: el principio de legalidad (en particular la exigencia de la tipicidad, esto es, la necesidad de que la ley describa con precisión –expresamente, como dice la Constitución– la conducta castigada) y el principio de proporcionalidad. Las infracciones de otras garantías (como el Derecho Penal de acto, la presunción de inocencia, el derecho a la igualdad) serán examinadas en relación con las dos garantías antes mencionadas.

1. Principio de legalidad

a. Hurto

El delito de hurto se encuentra descrito con la debida precisión. Los problemas que se han planteado en el debate dogmático y en las decisiones de la jurisprudencia sobre tópicos tales como su momento consumativo, el concepto de ajenidad de la cosa, el límite entre los actos preparatorios impunes y la tentativa punible, las relaciones entre el ánimo de apropiación y el ánimo de lucro, entre otros, no parece que puedan zanjarse legislativamente, toda vez que son los propios de la interpretación más o menos inherentes a todo tipo legal. Lo deseable es que los tribunales superiores, y en especial la sala penal de la Corte Suprema (que, con el fin de uniformar la jurisprudencia, conoce de los recursos de nulidad por errónea aplicación del derecho sólo en los casos en que existan distintas interpretaciones de los tribunales superiores sobre la materia objeto del recurso), vayan sentando los correspondientes precedentes, en aras de la seguridad jurídica y de la igual aplicación de la ley a los casos similares.¹²

b. Robo con fuerza en las cosas

En el robo con fuerza en las cosas el principal problema radica en que el legislador, salvo tratándose de los bienes nacionales de uso público, no ha definido los lugares (habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias; no habitado y no destinado a la habitación) en los que se lleva a cabo el delito, en tanto que esta circunstancia influye considerablemente en la penalidad. En efecto, si el robo se realiza en un lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, la pena única (presidio mayor en su grado mínimo: cinco años y un día a diez años) es de crimen, en tanto que si tiene lugar en los demás lugares señalados por la ley, la pena es de presidio menor en su grados medio a máximo (541 días a cinco años).

Las opiniones de la doctrina son discrepantes a este respecto. La jurisprudencia, por su parte, no ha elaborado, salvo recientemente para el caso de robos en casas de veraneo fuera de temporada¹³, criterios claros y sólidos

¹² Un problema interesante es el de la apropiación de cosas que se tienen en copropiedad. Creo que en tal caso no habría hurto, por no ser la cosa ajena, como lo sostiene un sector de la doctrina. Algunos códigos, con el fin de sancionar el hecho como hurto, señalan que la cosa objeto de la apropiación debe ser total o “parcialmente” ajena. En nuestra doctrina el punto se ha discutido más bien en torno al llamado “hurto de comuneros”, en los casos en que uno de ellos, antes de la adjudicación, se apropia de cosas pertenecientes a la comunidad (que es, se dice, una entidad distinta de los comuneros individualmente considerados, los que sólo tienen derecho a una cuota ideal, y no a disponer de las cosas comunes sin la autorización del resto) por un valor que no excede al de dicha cuota.

¹³ En general existía cierto consenso doctrinario y jurisprudencial en el sentido de que este tipo de casas constituía un lugar no habitado, entendiéndose por tal el que habiéndose construido con el fin de servir de morada, no se encontraba prestando esa función al momento del robo. Sin

conforme con los cuales enfrentar la variada casuística que deben resolver los tribunales. Me parece que en una futura reforma, de mantenerse el criterio de graduar la penalidad según el tipo de lugar donde se verifica el hecho, el legislador debiera definir con precisión cada uno de ellos, vinculándolos, por cierto, con la gravedad del injusto existente en los distintos casos, referida a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados.¹⁴

De *lege ferenda*, creo que la apropiación de cosas muebles cometida utilizando fuerza en las cosas debiera constituir un hurto agravado –por el incremento de la indefensión de la propiedad que conlleva–, previéndose una pena proporcionadamente más grave para el caso de que se cometa en lugar habitado, puesto que en tal evento se afecta otro bien jurídico, como es la inviolabilidad del hogar.

La ley tampoco define –a diferencia de lo que ocurre con la violencia e intimidación– el medio de comisión en esta figura, es decir, la fuerza en las cosas. Y si bien existe un amplio consenso en la doctrina –adoptado asimismo en general por la jurisprudencia– en el sentido de que dicha fuerza no es la que se utiliza sobre las cosas en sí mismas, sino la que se emplea para violar o vencer sus mecanismos de resguardo o protección (entrar por la ventana o por un forado, hacer uso de llaves falsas o de ganzúas, etc.), a la hora de resolver casos hipotéticos (la doctrina) o reales (la jurisprudencia) que ponen a prueba la consistencia del

embargo, la sala penal de la CS, en jurisprudencia reiterada de los últimos años, ha resuelto que dichas casas, aunque en el momento del robo no estuvieran sirviendo de morada de nadie, constituyen lugares destinados a la habitación. Se argumenta, a partir de la elevada pena de los robos cometidos en lugares destinados a la habitación (la misma de los lugares habitados), en el sentido de que se trataría de una figura pluriofensiva, que afectaría no sólo la propiedad, sino, potencialmente, la integridad corporal y la vida de las personas, por el peligro siempre existente, se dice, de que se encuentren o acudan personas al lugar, fenómeno exacerbado por la actual facilidad de las comunicaciones. Discrepo de esta doctrina jurisprudencial, que importa convertir el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación en una figura de peligro abstracto, al prescindirse de la circunstancia de encontrarse la casa en cuestión sirviendo efectivamente de morada (aunque ocasionalmente sin habitantes en ese momento) al momento del robo. Sólo en este supuesto podría advertirse un peligro potencial más real y concreto para la seguridad de los moradores.

¹⁴ El Anteproyecto del Ministerio de Justicia considera hurto agravado la apropiación de cosas que se encuentran “en lugares cerrados o en sus dependencias” cuando se usare de las modalidades de fuerza en las cosas que se indican en el art. 149. El *robo* con fuerza se sanciona sólo si se comete en “lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”. No se definen estos lugares. El CP español considera robo con fuerza agravado (como única hipótesis basada en el lugar de comisión) el que “se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias” (art. 241.1). Por su parte, el N° 2 de esta disposición prescribe que “Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar”. Y el N° 3 de la citada disposición señala que “Se consideran dependencias de casa habitada o de edificios o locales abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física”.

concepto referido, se afirma, por ejemplo, que hay robo con fuerza en las cosas si se ingresa sin esfuerzo alguno por una ventana (vía no destinada al efecto, que es una de las modalidades legales del escalamiento constitutivo de dicha fuerza) distante a poca distancia del suelo, que el dueño imprudentemente ha dejado abierta; o si se ingresa, en este caso con esfuerzo (con auténtico escalamiento), también por una ventana, en circunstancias de que la puerta se encontraba abierta, pudiendo haber ingresado el ladrón por ella sin dificultad alguna.

Me parece que en tales supuestos no hay fuerza en las cosas, puesto que la razón de que su empleo constituya una agravación del hurto, radica en el incremento del estado de indefensión que supone para la propiedad. Si dicho incremento no se produce, como en los casos antes señalados, debe desestimarse la existencia de este medio de comisión. En el primer caso no se han vencido los mecanismos de resguardo (no lo es una ventana abierta fácilmente accesible); en el segundo, aparentemente sí, pero ello resulta irrelevante, en vista de la posibilidad de ingreso por la puerta abierta, lo que revela que el lugar no se encontraba protegido, por lo que no era necesario el empleo de ninguna fuerza en las cosas para ingresar al mismo. Por lo anterior, considero que lo deseable sería que la ley definiera la fuerza en las cosas como la energía física que se emplea para violar o vencer los mecanismos de resguardo o protección de la cosa, con el fin de apropiarse de la misma, en circunstancias tales de que ello represente un incremento efectivo de la indefensión de la propiedad.

c. Robo con violencia o intimidación en las personas

En el robo con violencia o intimidación simple (cuyo límite máximo llega a la provocación de lesiones menos graves, como consecuencia del empleo de la violencia o de la intimidación, toda vez que si se causan lesiones graves, mutilación o la muerte, el robo pasa a ser calificado) no se presentan mayores problemas desde el punto de vista del principio de legalidad.¹⁵ La ley define (art. 439 del CP),

¹⁵ Una excepción la constituye la creencia (de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia) de que el ánimo de apropiación o señor y dueño sería propio sólo del hurto y no del robo, toda vez que el uso de la fuerza, de la violencia o de la intimidación serían reveladores de dicho ánimo. El robo de uso, según esta opinión, sería punible. Me parece que se trata de una doctrina inaceptable. El ánimo de señor y dueño integra el requisito de la apropiación tanto en el hurto como en el robo, y es, de acuerdo con la definición legal del art. 432, un elemento común a ambos delitos. Por otra parte, el elemento subjetivo del injusto que representa el ánimo de señor y dueño, atendida su naturaleza (el propósito de comportarse de hecho como dueño de la cosa), no puede lógicamente ser deducido de los medios de comisión empleados. Por mucho que se emplee la fuerza, la violencia o la intimidación en la sustracción de la cosa, resulta evidente que el autor de la misma puede proceder reconociendo dominio ajeno y con la intención de servirse de ella temporalmente, devolviéndola a su dueño con posterioridad. No se ve por qué si se admite la existencia de un hurto de uso impune no vaya a ocurrir lo mismo con un robo de uso. No me parece adecuado que, por supuestas razones de política criminal (referidas a la especial reprobación de los ciudadanos a la delincuencia violenta y la consiguiente inseguridad que ella genera), los tipos legales deban ser interpretados de acuerdo con una suerte de sentido social de los mismos, ampliándolos más allá de sus límites

en principio correctamente, lo que debe entenderse por violencia e intimidación. En lo que se refiere a esta última, si bien la definición es demasiado amplia (amenazas para forzar o intimidar a la manifestación o entrega de la cosa), existe un amplio consenso de que debe tratarse propiamente de una coacción, esto es, de la amenaza del empleo inminente de la fuerza física.¹⁶

Los principales problemas que se han planteado en la doctrina y en la jurisprudencia se refieren a la entidad y gravedad de dichos medios de comisión. La cuestión central es la de si esta figura pluriofensiva requiere o no que, como consecuencia del empleo de la violencia o la intimidación, se haya afectado la integridad corporal, o, por el contrario, se satisface con la lesión de la propiedad y de la libertad de disposición del patrimonio (que sería el otro bien jurídico afectado para quienes conciben el robo como un caso de coacción).¹⁷

Creo que el debate ha sido mal planteado, de una manera abstracta, sin tomar en consideración el modelo o sistema seguido por nuestro Código Penal en esta materia.

En el Derecho Penal comparado se pueden observar dos modelos diferentes. Uno, que era el adoptado originalmente por nuestro CP y que es el que sigue en la actualidad el CP español, que concibe a este robo (aunque no lo llame así) como un hurto agravado por el empleo de la violencia o intimidación,

expresos cuando así lo demanden “las necesidades de política criminal”. Parece que las advertencias de von Lizst siguen plenamente vigentes: El Derecho Penal es la carta magna del delincuente; el Derecho Penal debe ser la barrera infranqueable de la política criminal.

¹⁶ Comentario aparte merece la frase final del art. 439 del CP: “Hará también violencia (para los efectos del robo con violencia o intimidación en las personas) el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”. Los hechos mencionados por la disposición no constituyen, por su naturaleza, violencia (esto es, fuerza física, o, como lo señala el propio art. 439, malos tratamientos de obra), sino engaño, cuya utilización podría dar lugar a una estafa, sancionada con una pena (similar a la del hurto) mucho menor. Se trata de una presunción de derecho de la existencia de la violencia, a todas luces irracional. Aunque a veces se la ha pretendido justificar aduciendo que en determinadas circunstancias alegar orden falsa de alguna autoridad o darla por sí mismo fingiéndose funcionario público podría constituir intimidación, el argumento no es válido, puesto que la intimidación que configura el robo no consiste en cualquier amenaza, sino sólo en la de emplear de manera inminente la fuerza física (coacción), supuesto ajeno a la previsión legal. Si bien es cierto que el problema podría resolverse entendiendo que la Constitución, al prohibir que se presuma de derecho la responsabilidad penal (y la frase final del art. 439 lo haría respecto de la tipicidad del robo), habría derogado tácitamente dicha presunción, en una futura reforma debiera prescindirse de una fórmula semejante, que sin ninguna razón valedera equipara algunas modalidades del engaño con la violencia constitutiva del robo, con las consiguientes y muy significativas consecuencias sobre la penalidad.

¹⁷ Casos recurrentes en la jurisprudencia son los de amenazas con armas descargadas o de fogeo y otro tipo de situaciones similares en las que existe intimidación (que es un concepto subjetivo), pero ésta no es idónea para afectar la integridad corporal de las personas, sino sólo para obtener la apropiación de las cosas.

castigándolo, en consecuencia, con una pena moderadamente mayor que la del hurto y similar a la del robo con fuerza en lugar habitado¹⁸; y otro, completamente distinto, que castiga el robo con violencia o intimidación como un crimen, con una pena significativamente más grave que la del hurto y mayor que la del robo con fuerza en lugar habitado. Este último es el modelo actualmente vigente en Chile (desde la reforma de 1954), de acuerdo con el cual se castiga el robo simple con violencia o intimidación con presidio mayor en cualquiera de sus grados (cinco años y un día a veinte años), esto es, con una pena de crimen superior en un grado a la del homicidio simple.

En los sistemas en que se concibe esta modalidad del robo como un crimen, me parece que la figura debe interpretarse, de acuerdo con el principio de proporcionalidad de las penas, en el sentido de que no es suficiente la lesión de la propiedad y de la libertad de disposición de los bienes, sino que se requiere que se afecte, al menos en grado de peligro, la integridad corporal de las personas.

No bastaría, para explicar la elevada penalidad (que debe ser proporcionada con la entidad del injusto), aducir, como hace un sector de la doctrina, que en el robo examinado (figura pluriofensiva) se afecta, además de la propiedad, la libertad de disposición de los bienes y la autonomía personal (debido a la coacción ejercida). Ello efectivamente es así, pero no justifica tan altas penas.

¹⁸ Originalmente, el CP chileno castigaba el robo con violencia o intimidación simple con las siguientes penas: con presidio menor en su grado mínimo a medio (61 días a tres años), si el importe de las cosas robadas no excediere de cincuenta pesos; con la de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a cinco años), si dicho importe excediere de 50 y no pasare de 500 pesos; y con la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (tres años y un día a diez años), si el valor de las cosas robadas excediere de 500 pesos. Como se aprecia, las penas, salvo en el último caso, eran proporcionadas y moderadamente superiores a las del hurto. Sólo para el evento de que el robo recayera sobre cosas de gran valor, se preveía una pena más grave, similar en todo caso a la del robo con fuerza en lugar habitado.

El art. 242.1 del CP español prescribe que “El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase”. Se trata de la misma pena establecida para los hurtos agravados y para el robo con fuerza en lugar habitado. En ciertos casos, la pena puede ser aun menor, pese al empleo de la violencia o la intimidación. En efecto, el art. 242.3 dispone que “En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo” (prisión de dos a cinco años). El objetivo de la disposición es dar una solución político-criminalmente conveniente a situaciones de mínima o ínfima intimidación o violencia (como sucede, entre otros supuestos, con el “tirón” utilizado para apropiarse de las cosas que las víctimas llevan consigo, en los casos en que produce lesiones insignificantes).

En efecto, dejando de lado la manera asaz precaria y por cierto criticable en que nuestro CP protege, en términos generales, la libertad de autodeterminación¹⁹, en la figura que debe repararse, a los efectos de la discusión, es en la de amenazas (que protege la seguridad individual como presupuesto de la libertad de actuación), cuya pena (art. 296, N° 1°), establecida para su forma más grave (amenazar seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia un mal que constituya delito, *exigiendo una cantidad* o imponiendo ilegítimamente cualquier otra condición y *el culpable hubiere conseguido su propósito*), es de presidio menor en sus grados medio a máximo. Es decir, una pena de simple delito. Como puede apreciarse, la figura examinada guarda parecido con el robo con intimidación y representa un desvalor similar al de este último, en el evento de que se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad y se hubiere conseguido este objetivo.²⁰ En todo caso, lo que me interesa destacar es que el *plus* de la *coacción* que representa el robo examinado en relación con el hurto no podría razonablemente conducir a una pena única de crimen, y menos tan elevada como la de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

En cambio, en los sistemas en que dicho robo recibe en el fondo el tratamiento de un hurto agravado por el empleo de la coacción (que afecta la libertad y autonomía de las víctimas) y la consiguiente mayor indefensión que representa para la propiedad el uso de la violencia o intimidación como medios de apropiación de las cosas, no se requiere de la afectación de la integridad corporal. Si el empleo de la violencia o de la intimidación se traduce en lesiones o muerte de una persona, existirá, en su caso, el correspondiente concurso de delitos entre robo y lesiones u homicidio.

En este modelo, el injusto de la figura está referido básicamente a la protección de la propiedad –comportándose la violencia o la intimidación como medios de apropiación que incrementan la indefensión del patrimonio– y de la libertad y autonomía personales, que resultan afectadas por el uso de la coacción. De ahí que la pena del robo con violencia o intimidación en las personas, en el modelo examinado, deba ser proporcionada a la gravedad de los dos desvalores mencionados. Asimismo, la pena podría o debería –según los casos– ser agravada, como se explica en el párrafo siguiente, si en la realización del hecho se usan armas u otros elementos peligrosos para la vida o la integridad corporal de las personas.

En cuanto a una eventual agravación de la pena para el caso de uso de armas de fuego o de otros medios igualmente peligrosos, me parece que debe estarse al sistema elegido respecto de la penalidad de este robo.

¹⁹ A título de falta, castigando con multa al “que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con *violencia* hacer lo que la ley no prohíbe, o lo compeliere a ejecutar lo que no quiera” (art. 494, N° 16 del CP).

²⁰ Existen, por cierto, diferencias entre ambos supuestos típicos. En el robo debe tratarse propiamente de una coacción (amenaza del empleo inminente de la fuerza física), usada no sólo con el objeto de obtener una cantidad (de dinero), sino de apropiarse de cualquier cosa mueble.

En el modelo del hurto agravado (que, según se dijo, no requiere que como consecuencia del empleo de la violencia o intimidación se afecte la integridad corporal y se castiga por ende como simple delito con penas moderadamente superiores a la del hurto), me parece que el uso de armas en la comisión del hecho debiera autorizar el aumento facultativo de la pena en un grado²¹, o bien tener como consecuencia la imposición de la pena en su grado máximo o en su mitad superior, de acuerdo con la correspondiente estimación político-criminal. La agravación se explica por la circunstancia de que el empleo de armas representa una afectación más intensa, tanto de la libertad y autonomía de las personas, como de su derecho a la seguridad y tranquilidad. En el caso de que el uso de armas se realice por banda armada o en circunstancias tales que se cree un peligro especialmente grave para la vida de las personas, pienso que podría considerarse la posibilidad de que el aumento en un grado de la pena sea obligatorio.

Distinta es la solución del problema examinado (uso de armas) en el modelo que concibe este robo como un crimen (con una pena mayor que la del robo con fuerza en lugar habitado)²², y presupone, por lo tanto, la afectación de la integridad corporal. En dicho modelo, el uso de armas u otros elementos peligrosos no debiera dar lugar a ninguna agravación, puesto que el mismo quedaría incluido en el injusto de la figura, pudiendo el juez recorrer la escala de la pena aplicando la que se corresponda con la gravedad del hecho.

d. Robo calificado

En el robo calificado –cuya figura más relevante es la de robo con homicidio– uno de los principales problemas que se ha planteado en la doctrina y la jurisprudencia es la interpretación de la fórmula cometer el homicidio “con ocasión” del robo. Se trata de una figura compleja, integrada por dos conductas de diferente naturaleza: la apropiación de una cosa y el homicidio de una persona, conductas que, como corresponde a un delito complejo –que altera las reglas sobre los concursos de delitos– deben presentar una relación determinada entre sí. Dicha relación está clara en la otra fórmula alternativa del robo con homicidio: cometer este último “con motivo” del robo.

²¹ El CP español –que como vimos castiga el robo con violencia o intimidación con las mismas penas del hurto agravado y el robo con fuerza en lugar habitado, no requiriéndose por tanto la afectación de la integridad corporal– prevé una agravación de la pena por el uso de armas en los siguientes términos: “(la pena) se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevarse, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren”.

²² Nuestro CP dispone en el art. 450, inciso 2º: “En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas”.

Hay consenso en que en tal caso debe existir una relación de medio (homicidio) a fin (robo) entre ambos delitos. En cambio, la expresión “con ocasión” ha sido objeto de variadas interpretaciones, una de las cuales, que goza del favor de un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, sostiene que basta con que el homicidio (doloso) se cometa en algún momento de la ejecución del robo, en el contexto espacio-temporal del mismo. Esta interpretación prescinde de la relación que debe presentarse entre las dos conductas integrantes del delito complejo, y que es la que explica su existencia y, en el caso del robo con homicidio, su altísima penalidad.

A mi juicio, cometer el homicidio con ocasión del robo significa realizarlo con el fin de favorecer la impunidad, de acuerdo con la norma (art. 433, inc. 1º) que, en esta figura, prevé que la violencia puede tener lugar antes o en el acto de cometerse el robo, o después de cometido, para favorecer la impunidad. Si se comete el homicidio antes o durante el robo, parece claro que se lo hace para lograr la apropiación de la cosa, esto es, con motivo del robo. En cambio, si se lo comete después del robo, el fin, de acuerdo con la disposición citada, no puede ser otro que el de favorecer la impunidad.

Me parece que en una futura reforma, en caso de mantenerse la estructura de un robo simple y uno calificado (lo que no comparto²³), el robo con homicidio debiera básicamente circunscribirse a la hipótesis de matar para robar, esto es, cometer el homicidio con motivo del robo, pues en tal caso se verifican los presupuestos de un delito complejo, es decir, una clara relación entre las dos conductas que lo integran, que produce el efecto, por consideraciones político-criminales, de derogar el tratamiento general de los concursos de delitos. Lo que sí podría discutirse es si el hecho de cometerse el homicidio para asegurar la apropiación de la cosa o para favorecer la impunidad del robo, amerita ser calificado como robo con homicidio, equiparable a la hipótesis de matar para robar. Y en tal caso, debería así establecérselo expresamente, sin recurrir a la ambigua fórmula actual (“con ocasión”), que se presta para distintas interpretaciones, con la consiguiente afectación de la seguridad jurídica.

Otro punto que ha suscitado debate es el de si la fórmula que emplea el art. 433, inciso 1º –que tipifica el robo calificado–, en relación con la oportunidad (antes, durante o después de la apropiación de la cosa) del empleo de la violencia o la intimidación, y su finalidad, tiene alcance general, más allá del robo calificado. Un sector de la doctrina se pronuncia afirmativamente. Según este criterio, si el

²³ Soy partidario de la existencia de una sola figura de robo con violencia o intimidación (con una pena similar a la del robo con fuerza en lugar habitado), previéndose la agravación del castigo por el uso de armas en la forma que se consigna en el texto. Si se producen lesiones u homicidio, como consecuencia del uso de la violencia o intimidación, se aplicarían las reglas de los concursos de delitos. De optarse por este modelo, se evitan los problemas de interpretación que se han presentado respecto de la figura del robo con homicidio (y en general, del robo calificado) a los que me refiero en el texto.

agente consuma sin violencia o intimidación la apropiación de la cosa, pero emplea alguno de estos medios después de cometido el hurto para favorecer su impunidad, el hecho debiera calificarse de robo simple (en el supuesto de que no se causen lesiones graves, pues en tal caso existiría robo calificado).

Creo que se trata de una interpretación incorrecta, que aplica la analogía. La hipótesis de que el robo con violencia o intimidación se configure a partir de la utilización de dichos medios con posterioridad a la consumación de la apropiación, la ley la ha previsto sólo respecto del robo calificado y no respecto del robo simple, el que se rige por el art. 439, que al definir la violencia y la intimidación, para los efectos del párrafo correspondiente, sólo prevé que éstas se empleen antes o durante la comisión del robo. En el caso hipotético mencionado (hurto consumado seguido del empleo de la violencia o intimidación para favorecer el autor su impunidad) podría existir un concurso entre hurto y lesiones (si se producen como efecto de la violencia) o entre hurto y amenazas (en el evento de que la intimidación utilizada las constituya). Con vistas a una reforma, en el evento de optarse por un modelo de robo simple y calificado, podría discutirse la conveniencia de ampliar también al robo simple el empleo de la violencia o intimidación con posterioridad a la apropiación con el fin de asegurar esta última o de favorecerse la impunidad.

e. Estafa

El CP no define este delito, sino que contempla diversos tipos legales generales y específicos constitutivos de estafa.²⁴ El principal problema de interpretación se ha planteado en torno del significado preciso y los límites entre las figuras –generales– de los artículos 468 y 473 (llamada estafa residual), sancionadas con distintas penas. El problema se origina porque mientras el art. 473 sanciona con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales al “que defraudare o perjudicare a otro usando de *cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo*”, el art. 468 (uno de los anteriores de dicho párrafo) castiga con una pena mayor (que va de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado máximo, dependiendo del monto de la defraudación, más las multas correspondientes) al “que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o *valiéndose de cualquier otro engaño semejante*”.

¿Cuándo debe considerarse que se trata de un “engaño semejante” a los mencionados en el art. 468, y no del engaño a que se refiere la estafa residual del

²⁴ Si bien la doctrina y jurisprudencia nacionales asumen –aunque la ley se refiera expresamente sólo al engaño y al perjuicio– que la estafa se integra con el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio y la estricta relación de causalidad entre cada uno de estos elementos, sería conveniente, en una futura reforma, definir este delito en dichos términos, en aras de la seguridad y certeza jurídicas.

473, con las importantes consecuencias que se derivan respecto de la penalidad en ambos casos? Las opiniones están divididas en la doctrina, lo mismo que en la jurisprudencia, con los consiguientes resultados indeseables para la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Una de las dudas es la de si la llamada “simple mentira” (puras expresiones falsas) puede llegar a constituir el engaño típico de la estafa (siquiera el de la figura menos grave del art. 473) o si se requiere, por el contrario, de hechos externos (*mise en scene*, artificio, ardid) que corroboren la simple mentira.²⁵

Las posiciones de la doctrina discrepan sobre este punto, siendo la opinión dominante la de que no bastaría una simple mentira, requiriéndose de una apariencia externa que la refuerce. El Derecho Penal, se dice, es un instrumento de *última ratio*, que no debiera utilizarse para proteger el patrimonio del crédulo, del negligente, que más que ser engañado, se dejó engañar. Por el otro lado se sostiene que una simple mentira bien elaborada (o proveniente de personas que gozan de credibilidad) puede ser mucho más persuasiva que un hecho exterior burdo, y que en todo caso, los débiles (ignorantes, inexpertos) merecen tanta o mayor protección de su patrimonio que las personas “normales”. Sea como fuere, una futura reforma debiera zanjar claramente el problema, pronunciándose en uno u otro sentido. A mi juicio, podría discutirse –de acuerdo con la creciente tendencia a la normativización del engaño como requisito del tipo de la estafa y conforme también con el carácter de *última ratio* del Derecho Penal y la protección relativa que brinda a los bienes jurídicos– si debe o no prestarse protección penal en los casos en que tratándose de personas “normales” (adecuadamente integradas al mercado), éstas actúen con manifiesto descuido en sus actos y negocios, “dejándose engañar”. Me parece, en cambio, que quienes ostenten una situación desventajosa en el mercado y en general en el mundo de los actos y negocios jurídicos (ya sea por inexperiencia, ignorancia u otras razones análogas referidas a su mayor vulnerabilidad) debieran ser protegidos penalmente de los estafadores, los que no podrían argüir que la víctima no debió haberse dejado engañar.

En cuanto al dilema de la simple mentira, creo que ella, en principio, puede constituir el engaño requerido en la estafa. Lo importante es que en el caso concreto haya sido eficaz para inducir en error a la persona que realiza la disposición patrimonial perjudicial. Y esto, como lo revelan las investigaciones criminológicas, es perfectamente posible. Muchas veces una simple mentira bien urdida, que se aprovecha de tales o cuales circunstancias, puede resultar más envolvente que un hecho exterior tosco, fácilmente reconocible. Este parece ser el criterio adoptado por el CP español de 1995, de acuerdo con el cual “Cometen

²⁵ A mi juicio, la cláusula analógica del art. 468 (engaño semejante) se refiere a la creación de una apariencia externa, no bastando la simple mentira, la cual, lo mismo que la omisión, se encuentra incluida en la figura residual del art. 473. Aunque no sea una solución perfecta (la simple mentira puede ser en ocasiones más persuasiva que un hecho exterior burdo), provee al menos de seguridad jurídica y es la única que parece conciliarse con el texto del art. 468, el que, en los tres engaños que menciona, pareciera exigir precisamente la creación de apariencias externas.

estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren *engaño bastante* para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” (art. 248). Una fórmula similar utiliza el Anteproyecto del Ministerio de Justicia, al exigir “un engaño *suficiente* para provocar error en otro”.

Otro problema que se ha presentado respecto de la estafa es el de si la venta de cosa ajena como propia podría constituir esta figura delictiva en los casos en que el vendedor procede mediante engaño. El debate ha surgido debido a que la Comisión Redactora del CP estimó que tal supuesto quedaba fuera del ámbito de la estafa, toda vez que dicha venta es válida para el derecho civil, por lo que no podría originar responsabilidad penal. Se trata de una apreciación equivocada. La validez civil de la venta está acorde con las instituciones y fines de esta rama del derecho, pero ello no tiene necesariamente incidencia en el derecho penal (que se funda en valores y persigue fines diferentes), de modo que si dicha venta se produce con engaño, ocultando el vendedor la circunstancia de ser la cosa ajena, perfectamente puede configurarse una estafa, si concurren, por supuesto, los otros elementos del tipo legal.

Nuestra doctrina ha estimado, no obstante el parecer contrario de la Comisión Redactora, que la venta de cosa ajena como propia, es punible, de acuerdo con lo establecido en el tipo general de estafa contemplado en el art. 468 del CP (se trataría de hacer prevalecer la voluntad de la ley por sobre la voluntad del legislador), puesto que en esta figura se sanciona, entre otras diversas hipótesis, al que defraudare a otro “...aparentando bienes...”. Y esto es precisamente lo que hace el que vende una cosa ajena como propia. En España el asunto se ha zanjado expresamente en el CP de 1995, sancionando a “Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de un tercero” (art. 251.1). En el N° 2 del art. 251 se sanciona también al “que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero”.

Me parece que la hipótesis examinada (como asimismo la venta de una cosa gravada ocultando esta circunstancia) encuadra en la descripción general de estafa de los códigos penales contemporáneos –ejemplo de lo cual es la ya mencionada del propio CP español–, que exigen, aparte del ánimo de lucro, la existencia de un engaño que produce un error en otro, que lo induce a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno. De modo que sería innecesario tipificar expresamente hipótesis que se encuentran incluidas en la previsión general.

f. Apropiación indebida

Este delito se encuentra correctamente tipificado en el art. 470 N° 1 del CP. Se sanciona aquí al mero tenedor que, en perjuicio de otro, se apropiare (de) o distrajere una cosa mueble que ha recibido con la obligación de entregarla o devolverla. El problema que se ha presentado dice relación con la interpretación de la voz “distranjere”. Un sector de la doctrina (seguido por la jurisprudencia) ha sostenido desde antiguo (siglo XIX), que “distranjer” la cosa recibida a título de mera tenencia significa darle un uso o un destino diferente del autorizado por el título, aunque no exista apropiación ni disposición de ella con ánimo de señor y dueño. Así, el depositario que da en prenda la cosa, sin estar autorizado para ello, la “distranjer”, y podría cometer el delito (si concurre el perjuicio exigido por el tipo legal).

Me parece que esta interpretación (que se aparta de la que históricamente han hecho la doctrina española y la francesa respecto de una expresión similar) resulta inaceptable, toda vez que, como por lo demás lo ha destacado desde hace ya más de un siglo dicha doctrina comparada, ella importaría sancionar la prisión por deudas (prohibida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.7; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11). En efecto, el mero tenedor que le da a la cosa un uso o destino no autorizado ni acordado por el título lo que hace es incurrir en un incumplimiento de obligación civil. En cambio, la obligación del sujeto activo, con relevancia para la figura de apropiación indebida, consiste en entregar o devolver la cosa recibida a un título de mera tenencia. Es el incumplimiento de ésta –y no de otra cualquiera– obligación el que se encuentra castigado penalmente, cuando él se traduce en una apropiación de la cosa.²⁶

En una futura reforma debiera suprimirse la expresión “distranjer”, que no aporta nada al contenido del injusto constitutivo de la apropiación indebida, y ha provocado el problema antes mencionado. Es el camino por el que opta el Anteproyecto del Ministerio de Justicia (art. 146).

g. Delitos de sospecha y presunción de inocencia

El art. 454 infringe la exigencia de la tipicidad, al establecer que “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”. Tampoco existe en este caso una acción propiamente tal. Esta presunción legal viola además, como todas las de su clase, la presunción de inocencia, puesto que se invierte la carga de la prueba. Será

²⁶ Existen dos interpretaciones de la expresión “distranjer” compatibles con la prohibición por deudas. La primera sostiene que el uso indebido debe constituir una auténtica apropiación, para que exista responsabilidad penal. La segunda, que dicha expresión alude a una apropiación (temporal) de la cosa (por ejemplo, vendiéndola) realizada con la intención de recuperarla y devolverla.

el imputado quien deba probar su inocencia, y no el órgano encargado de la persecución penal el que deba acreditar su responsabilidad penal más allá de toda duda razonable. La misma crítica merece la presunción legal de tentativa de robo con fuerza en las cosas establecida en el art. 444 del CP: “Se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”.

h. Daños en la propiedad ajena

El tipo legal de los “daños”, abierto como es, viola a mi juicio la exigencia constitucional de la tipicidad, como parte integrante del principio de reserva legal. La ley no describe en qué consisten dichos daños y se limita a nombrarlos (art. 484 del CP): “Incurren en el delito de daños y están sujetos a las penas de este párrafo, los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el párrafo anterior” (Del incendio y otros estragos).

Partiendo de la base de que el bien jurídico protegido es el derecho real de dominio, un sector de la doctrina sostiene que existirá el delito aunque la acción no consista en destruir, deteriorar o inutilizar la cosa, sino en privar al dueño de su derecho de goce y disposición sobre la misma, lo que ocurriría, entre otros casos, si se le oculta la cosa, se libera a los canarios de su jaula o se lanza al río el collar de perlas.

Creo que se trata de una posición errada. Efectivamente el bien jurídico protegido es el derecho real de dominio (propiedad). Pero esta circunstancia, de acuerdo con el principio de lesividad (necesidad de un bien jurídico afectado), como limitación del poder penal del Estado, fija el *ámbito máximo* de la interpretación, en el sentido de excluir del tipo legal las conductas que no afectan el bien jurídico. Pero no significa que deban incluirse dentro del tipo *todas* las conductas que lesionan la propiedad ajena. El delito de daños es un delito de destrucción, que se construye como figura residual del incendio y otros estragos, de donde se sigue que se requiere la destrucción total o parcial de la cosa, su deterioro material o su inutilización, no pareciendo suficiente el hecho de privar, fuera de esos supuestos, de las facultades del dominio a su titular. En todo caso, lo que me interesa destacar, más allá de nuestras preferencias dogmáticas por una u otra interpretación, es el hecho de que la falta de descripción de la conducta crea la incertidumbre anotada, produciéndose en la práctica –como ocurre en general con los tipos legales abiertos– una delegación de las facultades legislativas en los jueces, que serán los que establecerán –a falta de una clara definición del legislador– cuál es el contenido de la prohibición legal, que es precisamente lo que pretende evitar la consagración del *nullum crimen sine lege*.

2. Principio de proporcionalidad

a. Desproporcionalidad de penas

Las penas previstas para el hurto y el robo son desproporcionadas. El hurto se castiga con penas privativas de libertad, además de multa, que se gradúan de acuerdo con el valor económico de la cosa sustraída, pudiendo imponerse penas afflictivas (tres años y un día a cinco años de presidio) si el valor de la cosa excede de 40 unidades tributarias mensuales. Las lesiones menos graves (enfermedad o incapacidad para el trabajo hasta por 30 días) se sancionan, en cambio, con penas alternativas significativamente menores: relegación o presidio de 61 a 540 días, o con *multa* de 1 a 20 UTM. Las simplemente graves (enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días) con 541 días a tres años de presidio. La mutilación de un miembro menos importante, como un dedo o una oreja, se castiga con presidio de 61 a tres años, que es la pena aplicable a los hurtos de cosas cuyo valor fluctúa entre media UTM y 40 UTM.

El criterio de regular la pena según el valor de la cosa ha sido abandonado por los códigos más modernos, por entenderse actualmente que no es compatible con los principios democráticos. El valor de la cosa sólo debiera considerarse para establecer el límite entre el delito de hurto y el hurto falta, que recae sobre cosas de escaso valor. Cosa distinta es la posibilidad de agravar la pena atendiendo a la naturaleza de la cosa apropiada (de valor cultural, artístico o científico, por ejemplo) o a las consecuencias gravemente perniciosas del hurto: poner a la víctima o a su familia en grave situación económica o causar otros perjuicios de especial consideración.

También son desproporcionadas las penas de presidio de 541 días a cinco años previstas para el robo por sorpresa y el robo con fuerza en las cosas –en realidad hurtos agravados por el empleo de esos medios de comisión–, especialmente el cometido en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, que se castiga como un crimen con la pena única de presidio de cinco años y un día a diez años, un grado menos que la del homicidio simple.²⁷

²⁷ Antes de la modificación introducida por la ley N° 19.449, de 8 de marzo de 1996, la pena para el robo con fuerza en lugar habitado era compuesta: presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Se eliminó el tramo inferior de la pena, quedando, como dije, el hecho sancionado con la pena única mencionada. La sala penal de la Corte Suprema ha sostenido que a raíz de esta modificación, debe entenderse que el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado ha pasado a constituir una figura pluriofensiva que atenta no sólo en contra de la propiedad, sino además, en contra de la vida y la integridad corporal (bienes jurídicos que se pondrían en peligro por la circunstancia de cometerse el delito en un lugar de esa naturaleza, es decir, la morada de las personas). Este es un argumento adicional para apoyar la tesis –que he defendido en otra parte– de que el robo simple (sancionado con una pena mayor que la del homicidio a raíz también de una reforma legal, de 1954) requiere de la afectación de la integridad corporal. Antes de esa reforma, dicho robo se castigaba con penas moderadamente superiores a las del hurto.

La mayor desproporción se presenta con la pena del robo simple con violencia o intimidación, cuya hipótesis más grave es que como consecuencia del empleo de la violencia se produzcan lesiones menos graves. La pena es de presidio de cinco años y un día a veinte años, un grado más que la del homicidio (5 años y un día a 15 años). Aunque se considere, como yo lo hago (precisamente para mitigar este exceso), que el tipo legal exige que el empleo de la violencia o intimidación afecte (por lo menos poniéndola en peligro) la integridad corporal, de todos modos la pena sigue siendo desproporcionada.

b. Equiparación punitiva entre tentativa y consumación

Se infringe, por otra parte, el principio de proporcionalidad, al equipararse, para los efectos de la penalidad, la tentativa con el delito consumado, tratándose del robo cometido en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, y del robo con violencia o intimidación en las personas (art. 450, inciso 1º del CP).

Nada justifica esta equiparación, la que debe desaparecer en una futura reforma. La Corte Suprema ha rechazado la interpretación de algunos tribunales inferiores que han considerado inconstitucional la referida equiparación –por constituir a su juicio una presunción de derecho de la responsabilidad penal–, argumentando que sólo se trata de una norma sobre determinación de la pena, ámbito en el que el legislador gozaría de discrecionalidad. Por mi parte, considero inconstitucional la norma examinada porque a mi juicio atenta en contra del derecho a la igualdad, en dos sentidos. En primer lugar, no hay justificación racional para aplicar, en estos casos, la misma pena a la tentativa (que por representar un desvalor de acto menos grave, se sanciona, según las reglas generales, con dos grados menos que el delito consumado) que a la consumación. En segundo lugar, tampoco se justifica que la referida equiparación se haga a propósito de estos delitos y no de otros, tanto o más graves.

c. Agravantes

Finalmente, en relación con el principio de la proporcionalidad de las penas, deben criticarse las agravantes especiales del hurto y del robo, establecidas en el art. 456 bis del CP., y que pueden ser aplicadas, en su caso, adicionalmente a las de carácter general previstas en el art. 12 del CP. Debieran ser derogadas en una futura reforma, puesto que no tienen un claro fundamento en un incremento del injusto o de la culpabilidad. Son suficientes las agravantes generales, más aun si se tienen presente las penas de suyo elevadas contempladas para estas infracciones.

Respecto del hurto podría discutirse la conveniencia de establecer una figura agravada, como ocurre en el derecho comparado, que tenga un fundamento objetivo, referido a la especial naturaleza y características de las cosas objeto de la apropiación y a las consecuencias especialmente graves que se deriven de su comisión. Así, por ejemplo, podría dar lugar a la agravación la apropiación de

cosas de gran valor artístico, cultural o científico, de productos de primera necesidad, o el hecho de que el hurto deje a la víctima o a su familia en una grave situación económica.

En cambio, nuestro hurto agravado del art. 447 (aplicable a los domésticos, obreros de fábrica, hoteleros y transportistas, meros tenedores de hecho de las cosas de que se apropian aprovechándose de la situación fáctica en que se encuentran) no se justifica. Basta con la agravante general de cometer el delito con abuso de confianza.

d. Propuesta de *lege ferenda*

En suma, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de las penas y con vistas a una reforma del tratamiento de los hurtos y robos, debiera distinguirse, por una parte, entre hurto simple y de hallazgo (con penas similares y apropiadas a la baja entidad del injusto de ambos casos), y por la otra, hurtos agravados, sancionados con una pena más alta, pero igualmente proporcionada a su gravedad.

Respecto de la apropiación de cosas muebles utilizando fuerza en las cosas, creo que debieran recibir el tratamiento de un hurto agravado. En el caso de cometerse el delito en lugar habitado (robo con fuerza en las cosas), debiera aumentarse la pena moderadamente, considerando que en tal evento se atenta además en contra de otro bien jurídico (fuera de la propiedad), como es el derecho a la privacidad (inviolabilidad del hogar).

El porte de armas en la ejecución del hurto simple y agravado y en la del robo con fuerza en las cosas debiera agravar la responsabilidad penal (imposición de la pena en su grado superior o aumento facultativo en un grado, según la estimación político-criminal que se haga), a menos que hayan sido llevadas con un propósito ajeno a la comisión del delito.

En lo que concierne al robo con violencia o intimidación en las personas, me parece que debiera optarse por concebirlo como una especie de hurto agravado (como hacía nuestro CP originalmente y hacen ahora el CP español y otros), sancionándolo con una pena similar a la correspondiente a la apropiación de cosas en lugar habitado. Si se producen lesiones o la muerte, existirá el correspondiente concurso de delitos entre robo simple y lesiones u homicidio. Concebido de esa manera el robo simple, debiera preverse una agravación de la pena para el caso de que se haga uso de armas u otros elementos igualmente peligrosos que pongan en riesgo la vida o la integridad corporal de las personas.