CAPÍTULO TERCERO

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

77. ANTECEDENTES GENERALES. BIEN JURÍDICO. NOCIÓN DE PATRIMONIO

El Título IX del Libro 2° del Código Penal se denomina "Crímenes y simples delitos contra la propiedad", y está conformado por doce párrafos que se ocupan de describir y señalar reglas aplicables a los delitos de robo, hurto, abigeato, receptación, usurpación, defraudación, estafa y otros engaños, incendio y otros estragos, y daños (arts. 432 a 489).*

Uno de los aspectos más discutidos, y criticados, ha sido y es la denominación empleada por el legislador para comprender, de modo general, la diversidad de figuras que se sancionan en este Título IX. Puede afirmarse que hay consenso en que el que tiene no es el adecuado. El concepto de *propiedad* crea una serie de limitaciones o de extensiones al relacionarse con cada una de las figuras. Suficiente es señalar que en el art. 471 se castiga al *dueño de una cosa* que la sustrae al tercero que la tiene legítimamente en su poder; en otros términos, se está prohibiendo al propietario de un bien que realice acciones destinadas a recuperarlo, lo que significa que se protege la mera tenencia legítima, que no es propiedad, con preferencia al dominio mismo.

La Comisión Redactora del Código recogió, sin comentarios, la denominación, y "encargó al señor Renjifo formara un proyecto de redacción para los dos primeros párrafos concernientes al hurto",[1] combinando las disposiciones de "la ley patria sobre la

---

* Son doce párrafos porque existe un N° 4 bis.

[1] Sesión N° 89, de 27 de mayo de 1872.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

materia con las de los Códigos español y belga", actitud que no debe extrañar pues en España se mantuvo esa denominación a pesar de las modificaciones de distinto orden que se le hicieron al texto del Código el año 1884; sólo en el de 1995 fue reemplazado por el de "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico", que a su vez ha sido objeto de reparos.

Encontrar una titulación adecuada para este grupo de figuras penales no es fácil y parece ser un problema insoluble, a menos que se haga una readecuación de los tipos que comprende, dada la diversidad de modalidades de protección que consideran y los bienes jurídicos en juego.

Es claro, y ya no es materia de discusión, que el derecho penal tiene autonomía en relación con el derecho privado, pero esto no se contrapone a que la terminología empleada por el sistema guarde cierta congruencia, cualquiera sea el área de que se trate. Lo dicho ofrece interés respecto de la expresión *propiedad* empleada por el Código Penal, expresión que tiene un alcance definido en el Código Civil, y uno más amplio en la Constitución Política, comprensivo del que tienen los demás cuerpos normativos, como el Código de Minería, el de Aguas, todos los que ofrecen conceptos particulares sobre lo que entienden por propiedad. De consiguiente, no es imperativo atenerse al tradicional concepto del art. 582 del C.C., que dice: "El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" y agrega "la propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad".

El Código Civil alude a su vez a otras clases de propiedad en los arts. 583 y siguientes. Es evidente que la Constitución Política tiene, como se desprende de su articulado sobre las garantías del derecho de propiedad (art. 19), un concepto más amplio que el del Código Civil, extensivo a otros derechos reales y personales; por ello, su N° 24 se inicia declarando que la protección abarca el derecho de propiedad "en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales". El Código Penal, en cuanto se refiere a la propiedad, debe entenderse en un sentido normativo muy amplio y flexible, comprensivo de aquellas *relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema y que existen entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas*

facultades sobre la cosa, que son susceptibles de apreciación económica. Se extiende esta noción tanto a la propiedad quiritaria (la del art. 582 transcrito) como a la posesión y aun a la mera tenencia en casos específicos.[2] Se trata de una noción útil sólo para el derecho penal y, en particular, para los tipos descritos en el Título X del Código[3] y que se tiene que elaborar precisamente por y para esas figuras.

El *bien jurídico* objeto de protección está integrado, en general, por esas facultades a las cuales se ha aludido que en conjunto conforman el concepto *propiedad* a que se refiere la ley penal en el Título IX. Esto no significa que los distintos delitos que se describen en este título tengan coetáneamente como objeto de protección la propiedad, la posesión y la mera tenencia. En realidad cada figura ampara algunos de esos aspectos y otras no, lo que sucede es que la voz "propiedad" que intitula este apartado tiene el alcance extensivo antes referido, porque en este apartado se ha comprendido un conjunto de tipos penales con un muy amplio ámbito de protección, pero cada uno de ellos tiene por objeto un interés bien distinto, aunque enmarcado dentro de la amplia noción de su enunciado.

En doctrina hay tendencia a reemplazar la expresión *propiedad* por *patrimonio,*[4] y así lo ha hecho el Código español de 1995, pero el mejoramiento es relativo por cuanto si bien es un concepto más expresivo de aquello que es materia de la protección penal, tampoco satisface todas las exigencias. Primeramente, porque no todos los delitos que pueden afectar al patrimonio se encuentran reglados en el Título IX y, de otro lado, el concepto de patrimonio es otro instituto discutible en su contenido y alcance. No existe acuerdo sobre si lo amparado es el patrimonio

[2] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 780; Bajo Fernández, op. cit., p. 4; Muñoz Conde, op. cit., p. 175; Bustos, op. cit., p. 189; Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 287.

[3] Es interesante para estos efectos lo comentado por Muñoz Conde, que estima que el derecho penal en principio debe respetar el sentido de las nociones que el derecho privado elabora, pero que siempre han de examinarse las consecuencias que tal interpretación trae aparejadas, y agrega: "si de tal examen resulta que la completa y rigurosa aplicación de los conceptos privatísticos lleva a resultados que están en oposición con la finalidad asignada a las normas penales y a las propias exigencias del derecho penal, deben realizarse en dichos conceptos las modificaciones indispensables para evitar los resultados citados (op. cit., p. 177).

[4] Así, Labatut, *D.P.,* t. II, p. 211; Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 288.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

considerado como universalidad o en cuanto a los elementos que lo integran. La afirmación de que el delito de estafa sería el más representativo de los que tienen por objeto jurídico el patrimonio como universalidad (Antón Oneca, Bajo Fernández), no es compartida por toda la doctrina; además, está claro que algunas de las figuras del título tienen por objeto exclusivamente a bienes determinados que integran el patrimonio, pero no a éste como *universitatis iuris,* lo que pasa con el hurto y el robo (Rodríguez Devesa, Muñoz Conde, T. S. Vives).

La noción patrimonio, como se señaló, no es pacífica en cuanto a su contenido, se puede considerar desde diversos aspectos; puede afirmarse que la noción de patrimonio prácticamente está en elaboración. Esta circunstancia inclina a algunos autores a recogerla para los efectos penales,[5] pues facilita su adaptación a las exigencias de los tipos. Se habla de una concepción *jurídica del patrimonio,* que corresponde al sentido tradicional civil que se le ha reconocido, de universalidad integrada por el conjunto de derechos y obligaciones de índole patrimonial de una persona, de aquellas susceptibles de ser apreciadas económicamente. Esta posición dejaría afuera aquellas cosas que no pueden calificarse derechos y obligaciones, sino como expectativas (la clientela, por ejemplo).[6] También existe una noción *económica,* que considera al patrimonio como el conjunto de valores económicos de que dispone una persona,[7] que en el hecho extiende, quizá desmesuradamente, el concepto. Dicha noción en parte podría tener cabida en la legislación penal nacional, en atención a que la mayoría de las figuras comprendidas entre los delitos contra la propiedad, requieren para consumarse que se provoque un perjuicio apreciable en dinero en el patrimonio de la víctima o de otra persona. Una tercera posición, que concilia las otras dos, lo concibe como concepto *económico* y *jurídico a la vez,* que haría referencia sólo a aquellos bienes, derechos y demás cosas o entidades susceptibles de valoración pecuniaria, que un sujeto tiene en virtud de cualquier vinculación jurídica reconocida por el sistema, donde la mera tenencia, los créditos personales y muchos otros bienes tendrían cabida.

[5] Muñoz Conde, op. cit., p. 182.
[6] Bustos, op. cit., p. 189.
[7] T. S. Vives, op. cit., p. 787.

Algunos autores han sostenido que sólo en un sentido categorial estos delitos deberían considerarse entre los que se dirigen a atentar *en contra del patrimonio,* porque varias figuras que en este grupo se comprenden tienen a la *propiedad misma* como objeto jurídico, y no al patrimonio (así el robo y el hurto).[8]

En realidad no existe una posición categórica sobre el punto; en todo caso, cualquiera sea la noción a que se recurra –patrimonio o propiedad– habrá que entenderla con el alcance adecuado que comprenda a los diversos tipos penales descritos por el Título IX, y siempre esa labor será discutible. Ambos conceptos –patrimonio y propiedad– son de orden privatista, y se piensa que resulta discutible construir un derecho penal destinado a proteger acreedores o propietarios, cuando la verdadera finalidad del derecho penal ha de ser la protección de las personas mismas en sus relaciones sociales.[9]

Se hace urgente una revisión de los delitos en estudio,[10] y "proceder a una reconstrucción del ordenamiento de los bienes tomando en consideración los –cada vez más importantes– intereses no dominicales y relegando las técnicas de tutela ligadas a la idea de dominio al papel que les corresponde".[11]

78. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

Ninguna clasificación ha resultado satisfactoria hasta ahora, y la conveniencia sistemática de establecerla tampoco parece necesaria, salvo quizá para fines expositivos o didácticos.

Con esta última finalidad, mencionaremos la clasificación más frecuente, que distingue entre delitos de *enriquecimiento* y *sin enriquecimiento,* según el sujeto activo persiga o no con la comisión del hecho una ventaja o provecho de naturaleza económica para sí mismo o para un tercero. En los primeros –con

[8] T. S. Vives, op. cit., pp. 786 y 803.

[9] Bustos, op. cit., p. 190.

[10] Para una visión crítica de estos delitos, consúltese el interesante trabajo de Jorge Mera, "Delitos de hurto y robo. Hacia una reforma penal", Universidad Diego Portales, 1993.

[11] T. S. Vives, op. cit., p. 799.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

enriquecimiento–, el agente debe estar impulsado por el lucro, y se subclasifican a su vez en delitos de *apoderamiento,* que requieren que el autor realice el acto material de tomar el bien objeto de la acción, como sucede en el hurto, en el abigeato en el robo y en la usurpación, y las *defraudaciones,* en los cuales el medio de comisión es el engaño o el abuso de confianza, y cuyos mejores exponentes son la estafa y la apropiación indebida.

Entre los *sin enriquecimiento* se mencionan los de daño, los estragos y el incendio, que se caracterizarían porque el agente no persigue una ventaja de naturaleza pecuniaria, o por lo menos no es inherente al tipo esa finalidad,[12] sino que la acción consiste en la destrucción o perjuicio material del bien.

Para el sistema nacional la clasificación que parece más aconsejable, pero sólo para fines didácticos –es la que propone Etcheberry. Este autor, con fundamento en la clasificación realizada por Antón y Rodríguez, recurre a la naturaleza del comportamiento prohibido para agrupar a las distintas figuras del párrafo IX, o sea considera la naturaleza de la conducta que describe el tipo objetivo. Con ese parámetro se puede distinguir claramente entre delitos de *apoderamiento* y de *destrucción.* Los primeros consisten en *tomar o quedarse con una cosa ajena,* que puede ser mueble o inmueble según las exigencias del tipo, y se subdividen en delitos de *apoderamiento por medios materiales, donde el autor toma físicamente el bien ajeno* (hurto, abigeato, robo, piratería, extorsión, usurpación) y por *medios inmateriales.* En estos últimos el apoderamiento puede recaer en un bien mueble o inmueble, puede consistir en quedarse con el bien cuando ha sido previamente entregado al agente activo que ha recurrido a medios engañosos o ha abusado de la confianza de la víctima para lograrlo, según sean las modalidades del hecho (defraudaciones, estafas, apropiación indebida, usura).

Los delitos de *destrucción* son aquellos en que la actividad del sujeto activo no persigue un cambio o traslado de la propiedad, sino que se dirige al aniquilamiento, supresión, inutilización o desmejoramiento del bien. Entre estos delitos se pueden mencionar los de daños, estragos e incendio.

[12] Cuello Calón, op. cit., t. 2°, p. 781.

Como se ha indicado, esta clasificación se considera para efectos de la exposición, pues resulta dudoso diferenciar *apoderamiento* de *destrucción,* porque destruir algo es disponer de ese bien y la disposición es inherente a la apropiación.

En seguida se comentarán los delitos de apoderamiento por medios materiales, o sea el hurto, el abigeato, el robo y la usurpación. A continuación de éstos se estudiarán los delitos de apropiación por medios inmateriales, para terminar con los de destrucción.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD POR APODERAMIENTO

El delito de hurto

79. INTRODUCCIÓN. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este delito tiene su fuente en el derecho romano, donde fue una figura *(furtum)* que comprendía la apropiación de cosas ajenas sin distinción del medio de comisión empleado, abarcaba tanto al apoderamiento clandestino como al violento. La figura fue objeto de larga elaboración por los juristas de la época, hasta que Paulo precisó el concepto del delito de hurto, en forma que ha servido de modelo a las legislaciones posteriores de muchos países, aun las actuales, en cuanto a sus elementos fundamentales: el apoderamiento de cosa mueble ajena. El derecho romano logró con el tiempo hacer distinción entre la sustracción clandestina y el apoderamiento violento, estableciendo dos figuras penales: el *furtum* y la rapiña; esta última se aproxima en sus elementos al delito de robo que se describe en las legislaciones de hoy. En la legislación española la rapiña aparece en las Partidas, donde se hace diferencia entre el apoderamiento clandestino de aquel donde se emplea la violencia, y este pasa a reprimirse como rapiña, que en ciertas épocas fue objeto de sanciones muy extremas, como la muerte (Felipe IV dictó en el año 1663 ordenanzas en contra de los bandoleros de caminos, en que facultaba matarlos). Fue el Código español de 1822 el que hizo distinción entre *robo* y *hurto,* sistema que fue recogido en el Código de 1848 que, a su vez, sirvió de base a la legislación nacional.

LA JURISPRUDENCIA PENAL ... LEY 18.175

La estructura del delito de hurto es objeto de amplia crítica en nuestro sistema, por razones sistemáticas o técnicas y por razones de política criminal.

Sistemáticamente se observa que al dar preeminencia a la protección de la propiedad, considerada como *titularidad* más que como *atribución,* regula la reacción penal según el valor económico del objeto sustraído, independientemente del perjuicio *realmente sufrido* por el sujeto pasivo y del verdadero *beneficio* que pudo haber alcanzado al agente. La privación temporal de especies de gran valor puede en el hecho provocar daño mínimo efectivo[13] y un beneficio precario para el actor.

Desde una perspectiva política criminal la estructura del delito de robo con fuerza en las cosas y del robo por sorpresa no se justifica en sus fundamentos, y el de hurto, como se verá al comentarlo, adolece de anomalías y se encuentra al margen de la realidad social (en especial el hurto agravado y el de hallazgo), y tampoco ofrece un objetivo claro en el plano de prevención de estos hechos la regulación de la pena y los elementos que considera al efecto, existiendo sectores de la doctrina que plantean la conveniencia de descriminalizar algunas de sus hipótesis.[14]

El *bien jurídico* en el delito de hurto es la *propiedad,*[15] es un error afirmar que se extiende a la *posesión o a la mera tenencia.* El tenedor de la especie no es el sujeto pasivo de la sustracción y la pérdida de la mera tenencia tampoco habilita para que exista hurto; podrá darse otra figura, pero no la que se estudia. Las cosas que no tienen dueño no pueden ser objeto material de la acción delictiva; el sentido de la palabra *ajena* que emplea la definición de los delitos hurto y robo en el art. 432 no corresponde a su alcance semántico, sino al jurídico normativo, y éste se desprende del empleo que de ella hace el referido precepto, que exige que el agente actúe *sin la voluntad de su dueño,* de manera que está expresamente aludiendo a la propiedad.

Sectores de la doctrina han sostenido que el bien jurídico puede ser el patrimonio en su aspecto activo, comprensivo también de la

[13] T. S. Vives, op. cit., p. 804.

[14] En el sentido indicado, Jorge Mera, op. cit., cuyas opiniones en algunos aspectos podrían ser discutibles, pero siempre resultan novedosas en nuestro medio jurídico.

[15] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 30; T. S. Vives, op. cit., p. 803.

posesión y aun de la mera tenencia[16] cuando ella aparece respaldada por una relación o situación jurídica (el comodatario, el arrendatario); pero esta doctrina no tiene respaldo sistemático. En el Código Penal el legislador ha protegido expresamente la posesión y la mera tenencia en el denominado *hurto de posesión* descrito en el art. 471 N° 1, no así en los demás casos, o sea cuando no es el dueño el que pretende atentar en contra de esas situaciones, que serían atípicas o constitutivas de hurto respecto del dueño, según las circunstancias. El legislador nacional fue cauteloso en ciertos aspectos en relación a la protección en comentario en los tipos penales de *apoderamiento;* suficiente es recordar el art. 496, N° 20, que castiga como autor de falta al acreedor que se apodera de un bien perteneciente a su deudor para hacerse pago, pero sólo si emplea *violencia,* de suerte que si actúa clandestinamente, ese hecho no es punible, lo que evidencia el espíritu de la legislación de proteger de manera muy excepcional la posesión y la mera tenencia en los delitos de apoderamiento. De consiguiente, la *propiedad* es el objeto de protección en los delitos de robo y hurto, porque el consentimiento del *dueño* margina la tipicidad del hecho, en atención a que es un elemento del delito actuar sin la voluntad del *propietario.*

80. CONCEPTO DEL DELITO

El Código Penal define el delito de hurto junto con el de robo, en el art. 432, en los siguientes términos: "El que *sin* la voluntad de su *dueño* y con ánimo de *lucrarse* se *apropia cosa mueble ajena* usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto".

El Código define en un solo texto los delitos de hurto y de robo, de manera que lo que se exprese en estos párrafos en relación al hurto, será aplicable también al delito de robo. Se ha preferido tratar primeramente el hurto porque es una *figura base* o genérica y, al

[16] Así lo sostienen Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 785; Muñoz Conde, op. cit., p. 191; Labatut, *D.P.,* t. I, p. 211; Etcheberry, *D.P.,* t. III, pp. 287-288; Bustos, op. cit., p. 192.

mismo tiempo, *subsidiaria* en los delitos de *apoderamiento por medios materiales*. Dándose los elementos generales que se señalarán, si el hecho no es constitutivo de robo en algunas de sus distintas modalidades, corresponderá subsumirlo en el delito de hurto. Lo anotado es sin perjuicio de la controversia doctrinaria sobre si es el hurto o la *apropiación indebida* la figura base de los tipos que se agrupan como delitos de apropiación, criterio seguido por la doctrina alemana y que ha sido recogida por algunos sectores de la española y también por algunos estudiosos nacionales (Miguel Soto).

Dada la naturaleza subsidiaria del delito de hurto, existe una amplia corriente criminológica que se inclina por despenalizar esta figura en sus formas más simples y dejarlo como ilícito civil, o por lo menos sustraerlo de aquellos que dan lugar a la acción pública y desplazarlo a los que sólo dan origen a la acción privada.[17]

Normalmente se expresa que el hurto consiste en el apoderamiento de la cosa por medios subrepticios o clandestinos, y que el delito de robo se caracteriza porque se recurre a medios que importan violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, pero esa afirmación es relativa, por cuanto la ley penal para describir los delitos de robo consideró ciertas formas determinadas de violencia o de fuerza, no así las restantes que, de concurrir, quedan comprendidas en el delito de hurto. Por ello, como se verá más adelante, cortar un árbol en un bosque usando una sierra, y llevárselo, no es robo sino hurto; otro tanto sucede si el ladrón entra por la puerta de una casa habitación, que se encontraba abierta, y ya en el interior descerraja o fuerza un armario desde donde sustrae las joyas de la dueña de casa. En ambos casos se ha usado fuerza y no obstante el hecho no es robo, porque esa clase de fuerza no está considerada en este tipo penal.

Por lo razonado se puede dar la siguiente noción de delito de *hurto: "la apropiación con ánimo de lucro, de una cosa corporal mueble, ajena y apreciable en dinero, sin la voluntad de su dueño, y siempre que no concurran ciertas modalidades de violencia o intimidación en contra de las personas o de fuerza en las cosas".*

Del concepto antes señalado se desprende que el delito está conformado por elementos *positivos* (la apropiación con ánimo

[17] Bajo Fernández, op. cit., p. 21.

de lucro de una cosa mueble) y *negativos* (la no concurrencia de ciertas formas de violencia o intimidación o de fuerza). Las características del delito indican que se trata de un tipo de *lesión o de resultado,* y *común* porque puede ser cometido por cualquiera persona.

81. EL TIPO OBJETIVO

El núcleo de la conducta prohibida es la de *apropiarse* de una cosa mueble ajena; este verbo, empleado por la disposición, hace necesaria una explicación. Nunca el sujeto activo del delito adquiere el derecho de propiedad de la cosa por la acción de tomarla y llevársela, y ello por algo obvio: el hurto no constituye un modo de adquirir. El dueño del bien conservará la titularidad del derecho; lo que sucede es que *de hecho* –no jurídicamente– el delincuente se arroga las facultades de uso, goce y disposición; ese es el sentido de la expresión *apropiación* empleada por el art. 432. La apropiación existe desde que el delincuente se apodera del bien y asume las facultades de señor y dueño, quedando fácticamente en estado de hacer uso de las facultades que esa calidad le otorga.

La apropiación o apoderamiento debe consistir, de consiguiente, en *una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño al del agente;* esta es la acción que corrientemente se denomina *sustracción,* que conforme a la visión de Mezger consistía en dos actos, uno conformado por el *quebrantamiento de la custodia* que tiene el dueño o un tercero sobre el bien, y otro por *la constitución de una nueva custodia* en poder del agente,[18] que otros autores denominan como *desapoderamiento* de la víctima y *apoderamiento* del delincuente,[19] respectivamente. La simple sustracción de la especie de la *esfera de custodia* de su dueño puede no siempre ser seguida de la incorporación de esa especie a la *esfera de custodia* del sujeto activo, lo que es necesario para que pueda haber delito de hurto consumado; de no ser así, se estará ante una mera tentativa, lo que queda en evidencia en la hipótesis del sujeto que pretendiendo

[18] Mezger, op. cit., t. II, pp. 181 y ss.
[19] Creus, op. cit., pp. 391-392.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

hurtar uno de los animales del zoológico, abre la puerta de la jaula donde se encuentra y éste se le escapa antes de que logre apoderarse de él. De manera que la comisión del delito de hurto requiere de la concreción de los dos actos a que se ha hecho referencia: sustraer el bien de la esfera de custodia del sujeto pasivo e incorporarlo a la del agente, en las condiciones de que éste pueda disponer del bien, aunque sea potencialmente. Algunos autores expresan esta idea haciendo referencia a que la cosa sustraída debe salir de la esfera patrimonial de la víctima e incorporarse a la del delincuente, pero si bien es una forma de expresar el principio, preferimos no vincularlo con la noción de patrimonio por las diversas concepciones que se tienen del mismo, que podría traducirse en casos extremos en más de algún problema interpretativo.

La *esfera de custodia* es un concepto complejo, que se puede precisar relacionándola con la posibilidad de disposición de la cosa de parte del dueño. La esfera de custodia es una noción normativa que se extiende, de consiguiente, al espacio hasta donde el dueño del bien puede hacer efectiva su facultad de usar, gozar o disponer del mismo, noción que no exige que esté en contacto físico con la cosa.[20] Este espacio puede establecerse de manera simbólica, como sucede con la arena que la empresa constructora deposita a un costado de la vía pública donde levanta un edificio, o con la maleta que el viajero deja en el piso, a su lado, en tanto adquiere una revista en el quiosco de venta.

El apoderamiento no siempre hace necesario que se traslade el objeto sustraído a un lugar físico diferente de aquel donde se encuentra; esa alternativa se da frecuentemente, por ejemplo con el individuo que penetra a hurtadillas en el negocio de expendio de licores, donde consume parte de la mercadería que se tiene para la venta.

El *medio de ejecución* del apoderamiento, o sea del desplazamiento de la cosa de la esfera de protección de la víctima a la del agente puede ser cualquiera, el legislador no ha determinado modalidades especiales –salvo en algunas circunstancias excepcionales–, de manera que puede el mismo sujeto activo *tomar materialmente* el objeto a sustraer, que es la manera más frecuente de co-

[20] T. S. Vives, op. cit., pp. 804-805.

meter el delito, o emplear a un tercero inocente como *instrumento* (autoría mediata: el delincuente le pide a un menor que le traiga el abrigo colgado en la percha a la entrada del restorán, donde acaba de dejarlo su verdadero dueño). Es posible que el sujeto ni tome la cosa, empleando un animal amaestrado o una máquina o instrumento preparado al efecto. El delincuente que manipula un cajero automático para sacar todo o parte del dinero que guarda, no comete estafa, porque una máquina carece de aptitud para ser engañada, pero sí comete hurto, a menos que su acción importe alguna de las formas de fuerza que dan vida al delito de robo.

Al señalar los *elementos* del delito de hurto, se indicó que contaba con uno *negativo:* que *no mediara fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas.* Este elemento negativo tiene connotación en la acción de apoderamiento del hurto como circunstancia delimitadora del comportamiento, pues el desplazamiento del bien objeto del delito debe llevarse a cabo sin el empleo de la *fuerza* propia del robo con fuerza en las cosas, y también sin que se recurra a la *violencia* o *intimidación* considerada en el robo con violencia o intimidación en las personas. No se trata, por lo tanto, de que no se emplee fuerza o violencia en general, sino de aquellas que están específicamente descritas en los delitos recién mencionados. De modo que al hurto se llega por descarte, una vez que se ha establecido que la apropiación ha sido realizada sin recurrir a los referidos medios, todo ello sin perjuicio de que se haya usado otra clase de fuerza o violencia.

82. EL OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

EL DELITO DE HURTO (Y TAMBIÉN EL DE ROBO) TIENE COMO OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN *UNA COSA,* QUE DEBE CUMPLIR CON CIERTAS CUALIDADES, HA DE SER *CORPORAL, MUEBLE, AJENA Y SUSCEPTIBLE DE APRECIACIÓN PECUNIARIA*

A. *Cosa corporal*

La doctrina, de manera uniforme, concuerda en el sentido de que el delito de hurto sólo puede recaer sobre *cosas corporales.* La noción de cosa corporal está definida por el Código Civil, en el inciso segundo del art. 565, que después de señalar que las

cosas pueden ser corporales e incorporales, expresa: "Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro". Siempre se ha entendido que son corporales aquellas cosas que tienen dimensión, que son susceptibles de ser tomadas porque ocupan un lugar en el espacio, sea de manera independiente o que estén integradas a otra de mayor envergadura (un árbol, un poste de alumbrado, una estatua, son bienes corporales y además muebles, como se explicará). Quedan marginadas de apropiación para estos efectos las cosas incorporales, como los créditos, los derechos y análogos. Por falta de corporeidad, a pesar de que tienen existencia real, no quedan comprendidas dentro de las cosas susceptibles de hurto la *energía* y los *gases,* a menos que estén envasados, porque en esas condiciones adquieren materialidad y pueden ser trasladadas, de manera que el calor, el frío, la luz no son susceptibles de ser hurtadas.[21] Pero cuando el gas se guarda en un depósito, como sucede con el balón de combustible casero, o el agua está embotellada o guardada en cualquier otro envase, la sustracción de esos bienes sí puede conformar el delito.

La electricidad tampoco es susceptible de ser hurtada, porque no puede ser objeto de apropiación, dada su naturaleza inmaterial. Pero como es posible *consumirla* ilícitamente, y como de hecho así sucede, el legislador procedió a establecer para la *sustracción* de electricidad un tipo penal, que está descrito y sancionado en el art. 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 13 de septiembre del año 1982, del Ministerio de Minería, que no califica como hurto esa conducta, sino que le hace aplicable las penas respectivas.[22]

El *agua,* según opinión generalizada de la doctrina, no puede ser hurtada, salvo que se encuentre en envases o depósitos. En el ordenamiento jurídico nacional esto es más evidente, porque

[21] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 299; Creus, op. cit., p. 394; T.S. Vives, op. cit., p. 810.

[22] El referido artículo dice: "El que *sustrajere* energía eléctrica, *directa o indirectamente* mediante conexiones *clandestinas o fraudulentas,* incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el art. 451 del Código". Por *clandestinas* se entienden las conexiones ocultas, por *fraudulentas* las no autorizadas.

es la ley la que ha dispuesto que la sustracción de este elemento configura el delito de *usurpación.* El art. 459 establece que las aguas que se sacan de las represas, estanques, ríos, lagos y aun de las redes de agua potable han de sancionarse como delito de *usurpación.*

Los *derechos* no son susceptibles de ser objeto de este delito, pero sí lo son los documentos o títulos en que conste su existencia, porque ellos tienen el carácter de cosa mueble al tener corporeidad.

Los *títulos de valores es posible sustraerlos,* pero para determinar el monto de lo hurtado debe distinguirse entre aquellos que son al portador y los que no lo son. Si son al portador el valor de lo sustraído será determinado por el que representen, ya que por naturaleza son cobrables por sus tenedores. Los que no tienen esa calidad y sólo pueden ser cobrados por su titular, el valor de lo hurtado será el que materialmente tenga el título y no el que representa, al margen del perjuicio que pueda haber sufrido la víctima como consecuencia del delito. Lo decisivo en definitiva en estos casos, es si el valor que representa el título es o no adquirido por el delincuente conjuntamente con su apoderamiento.

Con los *billetes de sorteos y loterías* procede distinguir si se trata de uno que ha sido premiado o no. Si es el premiado, su valor se determinará por el monto del beneficio; si no es el premiado, por su valor material; sin embargo, hay autores que distinguen cuando el hurto se cometió antes de conocerse que el billete estaba premiado y luego el ladrón pretende cobrar el premio; estiman que en esta hipótesis habría un concurso entre hurto y estafa, lo que es discutible, pues es indudable que el dolo del ladrón al apropiarse del billete se extiende a la posibilidad de cobrar el premio.

Cuando la cosa sustraída es un caballo, bestia de carga o especie de ganado mayor o menor, el hecho constituye un delito especial, el abigeato (art. 448 bis), como se señala en párrafo próximo.

No todas las cosas corporales están en posibilidad de ser objetos de la acción en el delito de hurto, deben además cumplir con tres condiciones: ser muebles, ajenas y poseer valor económico.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO

B. *Cosa mueble*

La especie debe ser mueble, en contraposición a la noción de inmueble, pero con un sentido más amplio que el que señala el Código Civil en su art. 567: "Muebles son las que pueden *transportarse de un lugar a otro,* sea moviéndose ellas a sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

Se exceptúan las que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino, según el artículo 570".

Para los efectos penales se consideran muebles aun las exceptuadas por el Código Civil, entre ellas las indicadas en el inciso antes transcrito y las que se mencionan en los arts. 567 y siguientes. El concepto de *mueble* en los delitos contra la propiedad se *extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa, aunque sufra detrimento.* La puerta de una casa, los ladrillos que integran un muro, los árboles de un bosque, los metales de un mineral, son bienes muebles en cuanto es posible arrancarlos del lugar donde están y trasladarlos; en consecuencia pueden ser hurtados, en igual forma que un automóvil, un pájaro o un libro. La noción de *inmueble* queda, en la práctica, reducida al casco terrestre, aquello que no puede trasladarse.

El concepto civil de mueble e inmueble, por lo tanto, no es aplicable en su integridad al derecho penal.

C. *Cosa ajena*

La cosa sustraída, además de ser corporal y mueble, ha de ser *ajena,* lo que de inmediato permite descartar al dueño de la cosa como autor del delito de hurto de una especie de su dominio; puede, en todo caso, suscitar dudas el caso de la comunidad, situación que se comentará más adelante. El art. 432 exige que se actúe sin la voluntad de su dueño, de suerte que el hurto supone siempre la ausencia de voluntad del propietario. Si es el dueño quien sustrae la cosa, no se da la figura de hurto, sino la descrita en el art. 471 N° 1, esto es el denominado *furtum posesionis,* que se describe entre los delitos de estafa y otros engaños.

Cuando se habla de ajenidad, la expresión hay que entenderla en el sentido de que la especie materia de la apropiación

tiene un dueño; aunque se ignore su identidad, tiene que existir un propietario sin cuya voluntad se haya actuado.[23] Esto excluye del delito de hurto a varias cosas corporales muebles; entre ellas se pueden mencionar las siguientes:

a) Las *cosas comunes a todos los hombres,* que el Código Civil menciona en el art. 585: "Las cosas que la *naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres,* como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas.

Su uso y goce son determinados entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional".

b) Las cosas que carecen de dueño *(res nullius),* y que pueden ser adquiridas por ocupación, como son los animales bravíos y los peces (arts. 606 y ss. del C.C.).

c) Las cosas abandonadas o *res derelictae,* que son las que el propietario deja para que aquel tercero que desee se las apropie.

No es posible calificar como ajenas las cosas extraviadas o perdidas por su dueño (que pueden ser objeto del denominado hurto de hallazgo) y los bienes nacionales de uso público, cuyo propietario es la nación toda (art. 589 del C.C.).

Se plantea una duda de difícil solución, con los cadáveres, partes del cuerpo y con la comunidad.

Los *cadáveres,* bajo ningún punto de vista, pueden calificarse como "cosa" apropiable o enajenable, a pesar de que está fuera de discusión que no tienen *personalidad.* Etcheberry afirma que "la propia persona, antes de su muerte, ni sus deudos o herederos, ni la autoridad pública podrían disponer libre y arbitrariamente de dichos restos".[24] En estos casos podría presentarse el delito de inhumación o exhumación ilegal de cadáveres (arts. 320, 321 y 322). No obstante hay visiones distintas; parte de la doctrina es-

[23] Hay opiniones distintas sobre este punto. Muñoz Conde sostiene que es ajeno todo aquello que no pertenece al sujeto activo del delito (op. cit., p. 191); en la misma línea Bajo Fernández considera que para calificar de ajena una cosa, es suficiente que no sea propia del delincuente y que no tenga la calidad de *res nullius,* o sea de aquellas que no tienen dueño y pueden adquirirse por ocupación (op. cit., p. 31).

[24] Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 302.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

tima que puede un cadáver ser objeto de hurto cuando "entra al tráfico mercantil" en casos en que se convierte en pieza de interés, como sucede con las momias en los museos.[25] Respecto de partes del cuerpo hay que diferenciar si se trata de prótesis, que sí serían susceptibles de apropiación (una pierna ortopédica) o de sangre (cuando ha sido envasada), porque habrían entrado al mercado o estarían en posibilidad de entrar; hay consenso que cuando se trata de partes unidas al cuerpo vivente de una persona, ésas carecen de las características de "cosa" corporal.

Un punto conflictivo es el de la *comunidad* o *copropiedad.* Hay varias posiciones sobre la posibilidad de considerar si un comunero puede incurrir en el delito de hurto cuando se apodera del bien tenido en copropiedad. El problema incide en establecer si puede considerarse *ajena* para un comunero el referido bien, partiendo del entendido de que la comunidad recae sobre cosa *corporal mueble,* pues respecto de los inmuebles no puede haber hurto. Una tendencia, calificada como tradicional, niega la posibilidad de que entre comuneros pueda haber delito de hurto (así Carrara y Groisard).[26] Otra tendencia, que sería mayoritaria en España, se inclina por sostener que hay que distinguir dos situaciones: a) si la copropiedad se mantiene indivisa entre los copropietarios, que sólo tendrían una cuota *ideal* sobre la cosa, no podría un comunero cometer el delito de hurto porque la especie no tendría el carácter de ajena respecto de ninguno de ellos; b) Si el bien ha sido dividido en partes proporcionales entre los comuneros, si uno se apodera de parte de él que sea superior a la cuota que le corresponde, incurriría en el delito de hurto en cuanto al *exceso,* que debe considerarse *ajeno.*[27]

Una variante del criterio antes indicado ha sido planteada por Muñoz Conde, que comparte los referidos principios, pero piensa que puede haber hurto aunque el copropietario se apodere de la parte que le corresponde, si lo hace antes de la partición y con ello perjudica el valor económico del bien en su conjunto.[28]

---

[25] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 178; Bajo Fernández, op. cit., p. 37.

[26] En el sentido indicado, Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 793; Fontán Balestra, op. cit., p. 423.

[27] Bajo Fernández, op. cit., p. 39.

[28] Muñoz Conde, op. cit., p. 192.

En Chile, Etcheberry participa de la doctrina tradicional, pero considera que puede cometer delito de hurto el comunero no tenedor del bien en copropiedad, cuando lo sustrae al tercero que lo tiene, sea porque es comunero o porque está a cargo de su custodia.[29]

D. *Que la cosa tenga valor económico*

Es necesario que el bien sustraído tenga un valor apreciable en dinero para que pueda ser objeto del delito de hurto. La exigencia no ha sido expresada por el art. 432 que define el delito, pero se desprende de los arts. 446 y 494 bis, que se ocupan en especial del hurto y regulan la pena según el valor de lo sustraído. Las apropiaciones de especies que carecen de un valor económico no pueden ser objeto de sanción, porque no hay pena para ellas. Esto margina de la posibilidad del hurto a aquellas cosas que tienen un interés meramente subjetivo o sentimental para una persona, pero que no son económicamente valuables en su materialidad.

Esta característica permite, a juicio de sectores doctrinarios, calificar al hurto como un delito contra el patrimonio, porque los bienes, los derechos y las obligaciones que lo integran son de naturaleza pecuniaria. Esta misma circunstancia hace suponer que sería necesario que ese patrimonio disminuya o sufra un empobrecimiento para que el delito se consume. En realidad es una posición equivocada, por cuanto las disposiciones que rigen el delito de hurto en el Código no contienen precepto alguno que haga suponer el perjuicio en cuestión. Las hipótesis que generalmente se señalan como excepciones al tipo en estudio, no lo son. El sujeto que sustrae el cuadro valioso a su dueño y le deja una suma de dinero que supera su precio, es hurto, aunque el sujeto pasivo no haya visto disminuido su patrimonio y, al contrario, lo haya enriquecido.[30]

En el proceso penal el valor del bien sustraído *debe acreditarse,* es imperativo que se proceda al establecimiento de ese valor y debe entenderse que es el económico, o sea el precio que tendría, lo que generalmente se hace mediante la designación de un perito.

---

[29] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 302.
[30] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 38.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Es imperativo hacerlo por cuanto la determinación de la pena depende de ese valor y, además, porque la ley lo dispone expresamente en el art. 455: "Cuando del proceso no resulte probado el *valor de la cosa substraída* ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el *tribunal hará su regulación prudencialmente*".

E. *Sin la voluntad del dueño de la cosa*

El párrafo primero del título IX tiene como subtítulo "De la apropiación de cosas muebles ajenas *contra la voluntad* de su dueño", pero el único artículo que integra ese párrafo, que es el 432, define el delito de hurto y robo, con las expresiones "el que *sin la voluntad* de su dueño...". Es evidente, como lo demuestran las actas de la Comisión Redactora,[31] que el sentido de los preceptos corresponde a un actuar sin voluntad del propietario y no contra su voluntad, que es una noción más restrictiva.

Es suficiente, por lo tanto, que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero, no es exigible que tome conocimiento de la sustracción en el momento en que ésta se lleva a cabo y, menos aun, que se haya opuesto. El apoderamiento en el delito de hurto es clandestino normalmente, realizado en ausencia del propietario o en su ignorancia (al sujeto que le sacan la billetera de su bolsillo subrepticiamente, mientras camina por la vía pública); es suficiente que se obre sin su voluntad.

El *consentimiento de la víctima* en este caso pasa a ser una causal de atipicidad, pues el legislador establece como elemento del tipo objetivo que se actúe sin su voluntad. Pero para que se constituya en causal de atipicidad el consentimiento debe reunir un mínimo de condiciones: debe emanar de persona *capaz para darlo y existir antes o en el momento del apoderamiento.*[32]

---

[31] En la sesión N° 91 de 5 de junio de 1872 se acordó el enunciado del párrafo empleando la preposición "contra", pero en la sesión siguiente, N° 92 de 7 del mes y año indicado, se hizo constar que "para darle mayor claridad a este artículo (el 419, hoy 432) se resolvió también emplear la frase *sin voluntad de su dueño* en vez de *contra la voluntad de su dueño,* porque con la segunda podían no comprenderse los casos de hurtos hechos sin noticia del dueño de la cosa hurtada". Resulta lógica la explicación de Etcheberry, en el sentido que la subsistencia en el subtítulo de las expresiones "en contra" se debe a un simple error (*D.P.,* t. III, p. 303).

[32] En la doctrina hay opiniones disidentes respecto de la naturaleza del consentimiento. Para Etcheberry es una causal de *justificación* (*D.P.,* t. III, p. 304), que mantiene la tipicidad de la acción, pero pensamos que cuando es la ley la que exige

Para que la voluntad de la víctima se considere para estos efectos, tiene que corresponder a la de una persona *capaz* de manifestarla. No se alude a la capacidad civil de la persona, sino a aquella que se requiere en las circunstancias concretas para que se considere voluntaria. La facultad de disposición del dueño de la especie tratándose del hurto es una noción normativa que el tribunal deberá apreciar respecto de cada individuo y en las situaciones que éste enfrente. Siempre la voluntad ha de ser del *dueño* de la cosa objeto de la apropiación, y no de otra persona; ese dueño debe estar en condiciones de disponer del bien. Un menor tiene un ámbito de disponibilidad de sus cosas, del lápiz con que escribe en la escuela, de las pequeñas sumas de dinero que se le entregan para sus gastos, pero no puede disponer de su bicicleta; su consentimiento puede ser válido en relación a esos bienes, no así respecto de la bicicleta.

El consentimiento puede ser *expreso* o *tácito,* ambos son igualmente válidos; lo puede ser aun el otorgado por engaño. Una voluntad viciada por el error, puede excluir el delito de hurto, sin perjuicio de que en ese caso el hecho se desplace al delito de estafa o defraudación, cuando el delincuente obtiene el permiso para llevarse la especie recurriendo a maquinaciones o ardides que engañen al tenedor de la especie.[33]

Como todos los elementos del delito, la falta de consentimiento de la víctima debe ser objeto de establecimiento por el tribunal, no puede afirmarse que se presume por el solo hecho de estar acreditada la apropiación. Una tesis en ese sentido se encontraría en evidente contradicción con el principio de inocencia establecido en el art. 42 del C. de P.P. y en los arts. 3° y 4° del Código Procesal Penal. La ausencia de voluntad del dueño, como resulta obvio, muy excepcionalmente se podrá

como uno de los elementos del tipo esta clase de condición, como sucede en el art. 432, esa condición pasa a integrar el tipo penal.

[33] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 40; T. S. Vives, op. cit., p. 817. Este último autor sostiene que en *todo caso* el consentimiento, aun el *inválido,* margina la tipicidad del delito de hurto, aunque sea expresado por quien carece de la facultad de disposición o fue otorgado mediante engaño o bajo cualquier otro supuesto, sin perjuicio de que la apropiación pueda constituir una estafa. Esta tesis la hace extensiva también al delito de robo, salvo el caso de violencia o intimidación.

acreditar con pruebas directas, de manera que en estos casos operarán las presunciones que se desprendan de los demás medios de acreditación que arroje el proceso. La apreciación se podrá hacer conforme a las normas sobre la valoración reglada o según los principios de libre apreciación o en conciencia según corresponda, lo que interesa resaltar es que la ausencia de voluntad del dueño constituye un elemento del tipo penal que debe establecerse previamente para determinar la existencia del delito.

83. EL TIPO SUBJETIVO. EL ÁNIMO DE LUCRO

El plano subjetivo del delito de hurto no es una materia pacífica en la doctrina; para su análisis en el sistema nacional es útil considerarla en el ámbito sistemático más que en el teórico. El delito de hurto, al igual que el de robo, está ubicado entre aquellos que atentan en contra de la *propiedad* y el art. 432, al definirlo, junto con exigir que el agente actúe con *ánimo de lucro,* determina la acción que debe realizar con las expresiones *se apropia.* Lo sancionado con el hurto, en consecuencia, es la conducta de *apropiarse con ánimo de lucro* de algo corporal, y por "apropiarse" no se puede entender el simple hecho de apoderarse de una cosa (que puede ser para dañarla o destruirla, como también para hacerse dueño de ella).

Apoderarse y apropiarse constituyen comportamientos distintos; la *apropiación* supone ánimo de señorío sobre la cosa, de hacerse dueño de facto de ella. El *dolo* del tipo penal hurto consiste, de consiguiente, *en el apoderamiento de una cosa ajena con el ánimo de hacerse dueño de ella (animus rem sibi habendi),* de arrogarse materialmente la facultad de disponer, lo que es inherente al derecho de dominio. Junto a ese elemento subjetivo, integrándolo, debe concurrir *el ánimo de lucro,*[34] que consiste en *la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de índole patrimonial,* un beneficio para sí o para un tercero. De manera que el *dolo,* voluntad de apoderarse de la cosa para disponer de ella como

[34] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 192; T. S. Vives, op. cit., p. 815; Bustos, op. cit., p. 196; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 306.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

señor y dueño, y el elemento subjetivo *ánimo de lucro,* han sido diferenciados por el legislador al emplear las palabras *apropiarse* y *ánimo de lucro,* y ambos deben concurrir conjuntamente para que se cumpla el tipo subjetivo.

No obstante lo comentado, hay criterios distintos sobre el punto. Es frecuente que sectores doctrinarios afirmen que la voluntad de apropiación es un derivado o componente del ánimo de lucro, porque este último estaría utilizado en sentido amplio, equivalente a incorporar la cosa al propio patrimonio.[35] Esta concepción implica que el ánimo de lucro comprende el de apropiarse de la cosa para incorporarla al patrimonio del sujeto activo obteniendo una ventaja patrimonial, de modo que no habría distinción entre los ánimos de lucro y de dueño,[36] lo que *de lege ferenda* se podría compartir, pero dado el texto del art. 432 del Código nacional no resulta compatible con esa disposición.

El ánimo de lucrar no queda marginado por los fines de beneficencia que pueda tener el agente (donar la especie a un tercero necesitado), porque siempre logra el beneficio de permitirle donarla. Pero sí quedaría excluida la tendencia a lucrar en la alternativa de que el agente actúe con *el ánimo de hacerse pago con la cosa mueble,* pues en esta hipótesis, si bien se apropia de lo ajeno, no lucra, porque su patrimonio no aumenta al recuperar algo que le pertenece y, por otra parte, tampoco el patrimonio del deudor disminuye, porque su deuda queda cancelada. En hechos como el indicado no hay hurto porque el agente no actúa con ánimo de lucro,[37] sino de pagarse; esta conducta se proyecta a la *realización arbitraria del propio derecho,* institución objeto de serias reservas. En el ordenamiento penal, en todo caso, ese comportamiento no es punible, sin perjuicio de las consecuencias civiles que puede traer aparejadas. La impunidad de tales actos se desprende del art. 494 N° 20, que

[35] Bajo Fernández, op. cit., p. 43; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 106.

[36] En Chile, Labatut señala que el ánimo de lucro y el de apropiación "se encuentran vinculados por una relación de género a especie" (*D.P.,* t. 2°, p. 216).

[37] Autores como Bajo Fernández sostienen que el ánimo de hacerse pago es una modalidad del ánimo de lucro, pero la razón que expresa para ello es poco convincente: "porque, en otro caso, habría que dejar impunes comportamientos que, sin embargo, el sentido común entiende como delitos contra la propiedad" (op. cit., p. 26).

califica de falta el apoderamiento del acreedor de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, *siempre que emplee violencia,* de lo que se colige que esa misma conducta realizada clandestinamente, esto es sin violencia, es atípica.

El agente tiene que actuar con intención de hacerse dueño de la cosa, de ejercer sobre ella las facultades de uso, goce y disposición, de modo que si el apoderamiento se lleva a efecto sin la referida tendencia, el dolo exigido por el hurto estaría ausente. Esta circunstancia permite –como lo ha reconocido la jurisprudencia nacional– declarar no punible el denominado *hurto de uso.*

84. EL HURTO DE USO

La característica de esta clase de hurto, es la ausencia del ánimo de señor y dueño en el agente, que se *apodera de la cosa –que no está en su poder– para usarla y luego restituirla a su dueño.* La jurisprudencia nacional permanente ha declarado la impunibilidad de esta conducta, por cuanto no hay tipo penal que la sancione, lo que no sucede en otras legislaciones, como en el Código español que la castiga expresamente en el art. 244 tratándose de la sustracción de vehículos a motor; también se castiga este hecho en el Código Penal argentino, art. 162.

Lo que caracteriza al delito de hurto es la voluntad del agente de apoderarse de una cosa para poder *disponer* de ella, o sea de darle un destino permanente o de enajenarla, intencionalidad que no se presenta en el llamado hurto de uso, por cuanto *usar* se identifica con servirse de la especie, no hacerse dueño, disponer de la misma[38] (el sujeto que toma la bicicleta ajena para dar un paseo y una vez terminado la restituye al lugar donde la tenía su dueño).

85. ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO (AUSENCIA DE FUERZA O VIOLENCIA)

Se señaló que el delito de hurto exige que el medio empleado para el apoderamiento no conlleve el uso de *fuerza en las cosas*

[38] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 428.

o de *violencia o intimidación en las personas.* No corresponde en esta oportunidad entrar en los detalles sobre cuál es la fuerza o la violencia a que alude el art. 432, porque ello se hará cuando se comente el delito de robo; pero en todo caso es necesario dejar establecido que no se excluye todo tipo de fuerza o violencia, la que muy frecuentemente se da en el delito de hurto; lo que se exige es que no se empleen las formas de ejecución que configuran los delitos de robo en sus diversas modalidades, modalidades que exigen especiales clases de fuerza o violencia que en el Código Penal casuísticamente enumera el legislador. Esa circunstancia permite sostener que el hurto es un delito de naturaleza residual, que es subsidiario al de robo.

86. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA CULPABILIDAD EN EL HURTO. EL HURTO FAMÉLICO

Es frecuente que en doctrina, parcialmente acogida por la jurisprudencia nacional, se plantee el problema del hurto motivado por un estado de necesidad del agente y destinado a satisfacer la urgencia apremiante de alimentos o abrigo, denominado como hurto famélico. En este hurto entran en colisión la vida o la salud por una parte y el derecho a la propiedad por la otra, y normalmente se opta por la protección de la vida y de la salud, por ser bienes preferentes valóricamente. Se sabe que el art. 10 N° 7 consagra como causal de justificación el estado de necesidad, que permite evitar un mal mayor sacrificando la propiedad ajena, este es el principio aplicable en el hurto famélico, pero para establecerlo en la realidad se plantean serias dificultades probatorias en cuanto al requisito de que no ha existido otro medio practicable y menos perjudicial de evitar el mal y, sobre todo, de que éste, o sea el peligro de la vida o de la salud, alcanzó la gravedad adecuada para hacer inevitable la apropiación de lo ajeno.

En el sistema nacional parece más apropiada la aplicación del estado de necesidad exculpante, vale decir la inexigibilidad de una conducta diferente del sujeto activo, que repercutiría, no en la antijuridicidad del hecho, sino en su culpabilidad, conforme al art. 10 N° 9, que podría ser excluida o, por lo menos, atenuada por haber obrado impulsado por una necesidad apremiante.

En la jurisprudencia internacional se ha dado un tratamiento semejante al señalado a los hurtos en que incurren los drogadictos.

87. EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO EN EL DELITO DE HURTO

El *sujeto activo* de hurto puede ser cualquiera persona, con excepción del dueño de la cosa mueble materia del delito; se trata de un delito común. Como se indicó precedentemente, si el dueño del bien se apodera del mismo cuando un tercero lo tiene legítimamente (un arrendatario, un comodatario, entre otros), no comete delito de hurto, sino el descrito en el art. 471 N° 1, que se sanciona entre las estafas y otros engaños.

Cuando el sujeto activo es un pariente consanguíneo o afín, o cónyuge de la víctima, si bien el hurto existe como delito, no es posible castigar al cónyuge o pariente, porque lo favorece la excusa legal absolutoria consagrada en el art. 489.[39]

El *sujeto pasivo* del hurto puede ser cualquiera persona, aun *las personas jurídicas,* pero necesariamente deben tener la calidad de *dueño o propietario* de la especie sustraída. Esta exigencia se desprende de la definición que da el art. 432, que señala que la apropiación tiene que ser *sin la voluntad de su dueño,* como de la circunstancia de que el hurto es una figura que atenta en contra del *derecho de propiedad.* El simple tenedor de la especie no es el sujeto pasivo del delito, sin perjuicio de que sea la persona sobre el cual se ejerce la acción, la víctima es el dueño y éste es el sujeto pasivo. Lo señalado no significa que para que haya delito necesariamente deba saberse quién es la persona que concretamente es el propietario, el requisito se cumple conociendo que la cosa tiene un dueño, aunque se ignore quién es; pues las cosas que carecen de dueño no son susceptibles de ser hurtadas o robadas.

88. CONSUMACIÓN DEL HURTO. *ITER CRIMINIS*

A pesar que el delito de hurto es una de las figuras de más frecuente ejecución, por una concepción un tanto ambigua

[39] Véase infra, párrafo N° 114.

sobre los distintos grados de ejecución del delito (tentativa, frustración y consumación) no ha habido en nuestro medio una posición realista sobre lo que es tentativa y consumación, y generalmente la frustración ha quedado marginada en su aplicación judicial.

En el hurto –al igual que en el robo–, uno de los puntos que históricamente siempre ha sido debatido consiste en determinar en qué momento se produce la consumación del delito de hurto. Ha habido cuatro posiciones sobre el punto. Una, que es la más extrema, considera que es suficiente tomar la especie, y para algunos aun sólo tocarla, para que la apropiación se entienda consumada *(contractatio)*. La segunda posición sostiene que el delito se consuma desde que el agente logra remover la cosa del lugar donde se encuentra, trasladándola a uno distinto *(amotio)*. La tercera posición, que es la que ha contado hasta ahora con más adherentes,[40] estima que el apoderamiento se ha producido cuando no sólo se ha movido la especie del lugar donde la tenía su dueño, sino que ha sido sacada de la *esfera de custodia* de éste, del ámbito de su vigilancia *(ablatio)*. La cuarta teoría, quizá la más extrema, sostenida por los prácticos, estima que se consuma el delito únicamente cuando la cosa ha sido llevada al lugar que los delincuentes le tenían destinado o donde pensaban utilizarla *(illatio)*. Ninguno de estos criterios se considera en la actualidad como satisfactorio, por cuanto son formales y no responden a la naturaleza del delito de hurto –y también del robo– que consiste en *apropiarse* de algo, en apoderarse del bien y arrogarse las facultades inherentes al dominio, una de las cuales es fundamental, la de *disposición*. El delito, conforme a ese criterio, sólo podrá estimarse consumado cuando el *delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena;* no es suficiente sacar la especie de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sino además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante. De suerte que el sujeto que se apodera del dinero en la casa del comerciante y huye del lugar siendo perseguido por éste, no está

[40] Autores como Maggiore, op. cit., t. V, p. 41; Fontán Balestra, op. cit., p. 416; Labatut, *D.P.*, t. II, p. 213; Etcheberry (*D.P.*, t. III, pp. 296-297).

en condiciones de disponer del dinero y si es aprehendido, responde de hurto frustrado, y no de uno consumado aunque haya sacado el dinero del ámbito de custodia del comerciante.[41]

En caso de coautores o partícipes, es suficiente que uno de ellos haya logrado estar en posibilidad de disponer de la cosa hurtada para que el delito se consume, aunque los otros no lo hayan estado por haber sido sorprendidos.[42]

Cuando se hace referencia a que el agente se encuentre en condiciones de disponer de la cosa, no se alude a su posición subjetiva –que por lo demás queda integrada por el *animus rem sibi habendi*– sino a la situación de hecho, objetiva, o sea aquella en que materialmente se encuentre y que potencialmente le otorgue la posibilidad de ejercer tal facultad. Para que el delito se consume debe el sujeto encontrarse, luego del apoderamiento, en condiciones fácticas de ejercer las facultades de dueño. No se trata –como se ha insinuado– de un criterio subjetivo que dependería de lo que entiende o siente el delincuente (así lo ha afirmado Matus-Ramírez, criticando la posición. Opus cit. t. II, p. 310).

Respetables sectores de la doctrina nacional califican estos delitos como de mera actividad –y no materiales, como se sostiene en este libro–, sin duda influenciados por el pensamiento de penalistas europeos, pero para hacerlo tienen que sobrepasar la estructura que el Código Penal –bien o mal– le ha reconocido al delito de hurto. La modificación que la Ley N° 19.990 determinó para el delito de hurto falta es categórica en esta materia, pues hace expresa diferencia entre la tentativa propiamente tal y la frustración. A saber, el nuevo art. 494 bis, en su inciso segundo, de modo excepcional extiende la pena al hurto falta *frustrado*, excluyendo implícitamente la simple tentativa que, conforme al criterio general fijado por el art. 9, no es punible tratándose de faltas. Si en el hurto falta acepta y sanciona el grado de frustración, con mayor razón acepta tal alternativa en los simples delitos de hurto y robo.

---

[41] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 193; Bajo Fernández, op. cit., p. 33; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 114; T. S. Vives, op. cit., p. 806; Bustos, op. cit., p. 196; Soler, op. cit., t. IV, p. 196; Frías Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Buenos Aires, 1962, pp. 33 y ss.

[42] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 114.

La naturaleza de delito de resultado del hurto y del robo, por lo demás, se desprendería en el Código del contexto de la normativa que a ellos se refiere; suficiente es recordar disposiciones como el art. 450 que castiga como consumado algunos delitos de robo "desde que se encuentren en grado de tentativa", que emplea la expresión "desde", que importa un comienzo y sin limitar el alcance únicamente a la tentativa propiamente tal; los arts. 448 quáter y 454 que presumen autor de robo o hurto de una cosa a aquel en *cuyo poder* se encuentre; el art. 456 bis A, que en la receptación considera autor a aquel que *"tenga en su poder"* la cosa, disposiciones de las cuales se infiere que el legislador consideró que en estos tipos penales es necesario un resultado, o sea que las cosas estén en "poder" del agente y no sólo el mero "tenerlas", aunque sea con el ánimo de dueño, vale decir, que esté de hecho en condiciones de "poder" sobre la cosa, lo que supone facultad de disponer de ellas.

89. CONCURSO APARENTE, HURTO, ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y DAÑOS

Aunque conceptualmente el delito de hurto es diferenciable con el de apropiación indebida y el de daño, en la realidad de los hechos no siempre es fácil distinguirlos.

El hurto es un delito de apoderamiento, en tanto que la estafa es uno de defraudación, de engaño. En el hurto la especie es sustraída del poder de su dueño sin su voluntad, mientras que en la estafa la especie es entregada voluntariamente por la víctima al sujeto activo, al ser engañada por este último. En el delito de hurto hay sustracción, en la estafa hay entrega voluntaria; subjetivamente el hurto exige ánimo de lucro, la estafa no lo requiere.

La apropiación indebida es un delito de *apropiación,* en el que la cosa se encuentra en poder del agente a quien la víctima se la ha entregado legítimamente en forma previa al momento en que aquél se apropia de ella (ej.: el mecánico recibe el automóvil para repararlo, pero se apropia del mismo vendiéndolo). En el hurto es el sujeto activo quien realiza el acto material necesario para sustraer la especie, o sea la toma en forma ilegítima, en tanto que en la apropiación indebida el sujeto la recibe por medios lícitos, pero con la

obligación de restituirla, y en lugar de hacerlo se apropia de ella. Además, en el hurto debe concurrir subjetivamente ánimo de lucro, en tanto que éste no es necesario en la apropiación indebida.

Con el delito de daño podría suscitarse duda, por cuanto el que daña o destruye la cosa ajena estaría realizando un acto de disposición, de modo que la diferencia con el hurto incide en el tipo subjetivo, porque el delito de daño requiere, no la voluntad de apropiación y el ánimo de lucro que se exige en el hurto, sino la voluntad de destruir o deteriorar la cosa de que se trata *(animus nocendi).*

90. LA SANCIÓN EN EL DELITO DE HURTO

En el Código se ha determinado el castigo que corresponde al delito de hurto en el art. 446: "Los autores de hurto serán castigados:

1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada *excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.*

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor *excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.*

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si *excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.*

Si el valor de la cosa hurtada excediere de *cuatrocientas unidades tributarias mensuales,* se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

Se ha criticado –y con razón– el sistema[43] de regular la sanción considerando el valor de la cosa materia del delito de hurto, aunque sectores de la doctrina justifican esa posición.[44] No puede menos que criticarse el sistema porque resulta evidente que el valor de la cosa no tiene relación con el perjuicio causado a la víctima.

[43] Cfr. Labatut, *D.P.,* t. II, p. 227; Muñoz Conde, op. cit., pp. 195 y ss.

[44] Así lo estiman Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 183; Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 307.

Sustraer a un sujeto adinerado una determinada suma de dinero puede tener consecuencia muy secundaria para él, pero esa misma cantidad hurtada a una persona de limitados ingresos va aparejada de un drástico deterioro de su situación económica. Además, el camino adoptado por el legislador en estos últimos años de imponer, conjuntamente con la pena privativa de libertad, una de multa, es criticable, pues si no siempre, la mayor parte de los delitos de hurto son cometidos por personas pobres económicamente, de manera que en muchos casos esa multa deberá ser cumplida con el sistema sustitutivo de reclusión establecido en el art. 49, que en definitiva aumentará la duración de la sanción privativa de libertad.

Cuando el valor de lo sustraído no supera el monto de media *unidad tributaria mensual,* el delito de hurto debe castigarse como *falta,* de acuerdo a lo señalado por el art. 494 bis, con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales (véase párrafo 91.4).

91. LAS DIVERSAS CLASES DE HURTO CONSIDERADAS EN EL CÓDIGO PENAL

Se acostumbraba distinguir tres tipos de delitos de hurto en el sistema nacional: el hurto *simple* (art. 446), el hurto *calificado* (art. 447) y el hurto de *hallazgo* (art. 448); pero en la actualidad debe agregarse un cuarto: el hurto *de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios* (art. 447 bis). No obstante lo señalado, la tendencia actual es simplificar y purificar esta figura penal; por ello, el llamado hurto de *hallazgo* se ha excluido del grupo de los hurtos en legislaciones como la española, y se ha ubicado entre las apropiaciones indebidas (art. 253).

91.1. El hurto simple

El hurto simple constituye la figura base del hurto, y todo lo que se ha señalado en relación a este delito le es aplicable. La noción de hurto simple corresponde a la que se expresó en los párrafos precedentes. Se podría, para precisar su identidad, expresar que es la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, cuando en su ejecución no se

ha empleado fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas y, además, no concurre ninguna circunstancia de calificación y tampoco puede ser considerado hurto de hallazgo. Es un tipo penal particularmente subsidiario del delito de robo y de las figuras especiales de hurto, y como tal, es la figura donde normalmente se subsumen la mayor parte de las apropiaciones ilícitas, a las cuales se les deben imponer las sanciones prescritas en el art. 446, que rige en plenitud en esos casos.

91.2. El hurto agravado

El Código Penal ha descrito en el art. 447 un conjunto de circunstancias que se alzan como posibles calificantes del hurto, cuya consecuencia es agravar la pena, dejando entregado al tribunal juzgador establecer si operan o no en cada caso concreto que se produzca en la realidad social. Es una norma que ha subsistido en el tiempo, pero que es sobradamente anacrónica.

El art. 447 expresa: "En los casos del artículo anterior *podrá* aplicarse la pena inmediatamente superior en grado:

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

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

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

4°. Cuando se cometiere por *patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero* en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.".

Del contexto de la disposición, y teniendo en cuenta que fue redactada en el siglo diecinueve, se desprende que en ella quisieron recogerse los casos más frecuentes de *abuso de confianza* en relación a los delitos de hurto, pues Francisco Pacheco, el comentarista que tanto influyó en la Comisión Redactora, había expresado sobre esta materia: "el hurto doméstico es más grave

y más repugnante" y sostenía que este tipo de calificantes "son justas e inspiradas por el buen sentido".[45] El legislador nacional antes de la promulgación del Código Penal, había establecido esas circunstancias de manera casi igual a la actualmente vigente en el art. 6° de la Ley de 7 de agosto de 1849,[46] disposición que fue recogida por la Comisión Redactora con modificaciones formales[47] para incorporarla al Proyecto de Código.

Como se ha expresado, estos hurtos son considerados con mayor gravedad para efectos de su represión, porque en ellos –dadas sus características– aparece en juego la confianza depositada en el sujeto activo, de la cual éste se aprovecharía para cometer la sustracción. Hoy en día esos hechos han perdido la trascendencia social que se les reconocía en el pasado y, de facto, esta norma prácticamente carece de aplicación.

A continuación se hará un breve comentario de los diversos números transcritos precedentemente.

En el N° 1 se castiga el denominado *hurto doméstico (famulato),* que presenta dos características: es un delito especial donde el lugar de comisión adquiere importancia. Es un delito especial porque exige que el autor sea una persona calificada, tiene que tratarse de un empleado doméstico, o sea al servicio de una casa, de manera permanente o con cierta continuidad, y el lugar en que comete la sustracción tiene que ser la casa donde presta sus servicios o donde ha sido llevado por su empleador, circunstancias que deberán ser apreciadas en el caso concreto por el tribunal en sentido restrictivo, puesto que lo facultan para agravar la pena.

El N° 2 plantea una situación semejante a la antes señalada, pero con la variante de que hace alusión al "obrero", "oficial" o "aprendiz", terminología que no puede aplicarse por analogía a otro tipo de trabajadores, porque sería una aplicación analógica *malam parte,* en otros términos, extender el tipo penal a casos no reglados por la ley –aunque semejantes– en perjuicio del inculpado. Esas expresiones han de ser objeto de interpretación del tribunal en cada caso, ateniéndose a su sentido semántico

[45] Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 327.
[46] Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 186.
[47] Sesión N° 94, de 14 de junio de 1872.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

y no jurídico –porque no lo tiene–, para establecer si el procesado se encuentra o no en la tal situación. Este número ofrece una diferencia con el anterior, comprende el llamado hurto "impropio", o sea el cometido por el trabajador no permanente, pero sí "habitual", esto es el que con frecuencia o normalmente presta los servicios en cuestión, lo que deberá valorarse en la situación concreta. La sustracción tiene que cometerse en la "casa", "taller" o "almacén", expresiones que han de aplicarse restrictivamente y no a cualquier establecimiento comercial o industrial, por cuanto estos últimos, en la mayor parte de los casos, exceden el sentido de las referidas expresiones, quedan fuera de esa nomenclatura conceptual, y no corresponde extender el tipo a situaciones no abarcadas por la norma.[48] En el hecho, atendida la evolución que ha sufrido el desarrollo y tratamiento de la actividad laboral, las referencias que hace el Código a determinados trabajadores y lugares han dejado el precepto fuera de época (un almacén no puede asimilarse a un supermercado) y, de consiguiente, resulta improcedente en la mayor parte de los casos; su aplicación analógica debe descartarse por ser inconstitucional.

El N° 3 trata de los "fondistas", "posaderos" y "cualquier persona que hospede gentes", en relación a los objetos que llevare a la "posada" o "fonda". Se reitera el comentario del número anterior sobre el alcance de las expresiones empleadas por el precepto y su aplicación restrictiva (una posada no es un hotel, una fonda no es una cafetería).

El N° 4, finalmente, sanciona el hurto cometido por el patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacén, carruajero, carretero o arriero, respecto de los bienes que se *hayan puesto bajo custodia de ellos.* Se limita, por lo tanto, la posibilidad de aplicar la norma a esos bienes y no a otros, como también únicamente a esas personas; de modo que, por vía ejemplar, sólo el comandante del buque, y no el resto de los marinos y servidores del mismo que están también en la posibilidad de sustraer esas especies; sin embargo, no les es aplicable la disposición.

[48] Opinión distinta plantea Etcheberry, que interpreta en sentido extensivo la referida disposición (*D.P.*, t. III, p. 310).

El art. 447 confiere una facultad al tribunal, que puede emplear prudencialmente. El precepto dice: "podrá aplicarse la pena inmediatamente superior en grado"; no es obligatorio, por tanto, aumentar la sanción en un grado, salvo que el tribunal lo estime adecuado. Para evaluar esta posibilidad deberá considerar si ha habido realmente un abuso de confianza, pues ése es el principio que inspira la disposición.

91.3. Hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios

La Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, incorporó el art. 447 bis en el Código Penal, para crear esta nueva modalidad de hurto. Esta disposición expresa lo siguiente:

"El hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, sera castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo.

Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, la pena se aplicará en su grado máximo".

El alcance de la norma se explica por sí mismo, en ella –aparte de la apropiación de cables de suministro de electricidad y servicios análogos o cañerías de agua potable, en esta época tan frecuente– reprime el apoderamiento de cualquier otro objeto mueble que integre la red de que se trate. Ha de repararse que la sustracción a que se refiere al art. 447 bis constituye el delito de *hurto* de las especies indicadas, o sea, se trata de una apropiación sin que concurran las circunstancias conformantes de fuerza en las cosas. En caso de concurrir esa fuerza el delito se desplaza al de robo sancionado en el art. 443.

La pena no se vincula con el valor de las cosas sustraídas, como sucede en el hurto simple, se trata de una sanción única: de presidio menor en su grado medio a máximo, que tampoco va acompañada de multa. El inciso final del art. 447 bis consagra una circunstancia de agravación, pues si con ocasión de realizar alguna de las conductas que describe el servicio que se

presta con los objetos sustraídos se interrumpe o interfiere, la pena privativa de libertad debe aplicarse en su grado máximo.

Por último, es conveniente considerar que al ejecutar con dolo directo (maliciosamente) el acto que interrumpe el servicio eléctrico y tal acto no queda comprendido en las conductas descritas como delito de hurto en el art. 447 bis, el mismo debe ser reprimido conforme al art. 213 de la Ley General de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 4 de 2007).

91.4. Hurto de hallazgo

Se mantiene en el sistema penal nacional esta figura, cuya calificación de hurto se discute en doctrina porque no concurren en la misma los elementos fundamentales inherentes a este tipo penal. En la actualidad otras legislaciones, como la de España, han separado este tipo penal de aquellos que se ocupan del hurto y lo han desplazado al de la "apropiación indebida".

El Código Penal, en el art. 448 describe *dos situaciones,* y a ambas les da igual tratamiento como hurto de hallazgo: a) la primera se refiere al que se apropia de una *especie al parecer perdida* (inc. primero), y b) la segunda a especies perdidas o *abandonadas como consecuencia de una situación catastrófica* (inc. segundo). A continuación se comentarán separadamente.

91.4.1. *Apropiación de especie al parecer perdida*

El inciso primero del art. 448 se refiere a este delito en los siguientes términos: "El que hallándose una especie mueble *al parecer perdida,* cuyo valor exceda de *una unidad tributaria mensual,* no la entregare a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales".

Esta disposición hay que relacionarla con los arts. 629 y 631 del Código Civil. El art. 629 inc. 1° expresa: "Si se encuentra alguna especie mueble *al parecer perdida,* deberá ponerse a disposición de su dueño y no presentándose nadie que pruebe ser suya, se

entregará a la *autoridad competente,* la cual deberá dar aviso del hallazgo en un diario de la comuna o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquélla no lo hubiere". El art. 631 del mismo texto prescribe: "La persona que haya *omitido las diligencias* aquí ordenadas, perderá su porción en favor de la municipalidad, y aun *quedará sujeta* a la acción de perjuicios, y según las circunstancias, *a la pena de hurto".*

La Comisión Redactora consideró el hurto de hallazgo respetando las normas civiles, en particular las citadas. Debe observarse que, a pesar que ya en esa época se discutía la naturaleza de hurto del delito de hallazgo,[49] lo consagró como una modalidad del mismo porque el Código Civil prescribía que aquel que encontraba una especie y no cumplía con las obligaciones que esa legislación determinaba, quedaría sujeto a la pena de hurto. Atendida esa disposición y por indicación del miembro de la Comisión señor Ibáñez,[50] el miembro señor Renjifo redactó el texto del inciso primero del artículo 448 antes transcrito.[51] De manera que la disposición no tiene como fundamento una norma de origen español, como ocurre con la mayor parte de los otros artículos del Código; fue la Comisión Redactora la que creó su texto.

El tipo penal consiste en encontrar una cosa mueble al parecer perdida y no entregarla a la autoridad o su dueño. Se trata de un delito de acción y no de omisión, pues la figura requiere de dos comportamientos del sujeto activo, llevados a cabo uno en pos de otro, el primero consiste en apoderarse de una especie mueble perdida, y el segundo en no entregarla a quien corresponde. No es un delito de omisión –no restituir la especie– porque exige el doble comportamiento recién indicado.

La primera acción que conforma al tipo es *encontrar* y *apoderarse* de una especie mueble, esa acción diferencia a este delito desde luego con el de hurto propiamente tal, pues el último exige que se traslade el bien de la esfera de resguardo del dueño al del agente,

[49] Suficiente para constatarlo es observar el comentario de Fuensalida, que a fines del siglo pasado citaba a Chaveau y Hélie afirmando que apropiarse de una cosa perdida constituía un fraude, pero no un hurto, por cuanto el que encontraba la especie se convertía en depositario, y al adueñarse de ella violaba ese depósito (op. cit., t. 3°, p. 189).

[50] Acta N° 96, de 19 de junio de 1872.

[51] Actas N° 87, de 21 de junio de 1872, y N° 165, de 4 de junio de 1873.

lo que normalmente se cumple mediante una *sustracción,* en tanto que en la situación en estudio sucede que la especie no está en la esfera de resguardo del dueño, sino fuera de ella, y el agente no la sustrae, sino que la *encuentra* y la recoge, se hace cargo de ella.

La acción tiene como *objeto material* una especie mueble al parecer perdida, y se reputa tal cuando está extraviada u olvidada.[52] No se trata de una cosa que carece de dueño *(res nullius)* o que ha sido abandonada por su propietario para que otro se haga dueño de la misma *(res derelictae).* Sobre este punto es de interés lo que dispone el art. 727 del Código Civil: "La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero". De manera que el desconocimiento del sujeto respecto del lugar donde está la cosa, no la convierte en una *res derelictae* en tanto se encuentre en la esfera de su protección.

La especie debe tratarse de una *cosa corporal* y *mueble,* conceptos que ya han sido explicados anteriormente,[53] pero en este caso la ley exige una cosa más. Que tenga un valor determinado, y ese valor tiene que ser superior al de "una" unidad tributaria mensual. Si no excede del referido monto, el hecho pasa a ser reprimido como falta, conforme lo dispone el art. 494 N° 19.

El comportamiento antes indicado –encontrar la especie mueble y recogerla o tomarla– debe ir aparejado de otra conducta del mismo agente: la de no restituirla a su dueño o no entregarla a la autoridad. En consecuencia debe incurrir en una omisión, no restituir el bien a su dueño o no entregarla a la autoridad. En ambas alternativas el agente tiene que saber previamente quién es el dueño de la cosa perdida, como se explicará al comentar el tipo subjetivo.

El *tipo subjetivo* de este delito está constituido por el dolo, que se conforma con dos elementos: la voluntad de apropiación de la especie, de apoderarse de ella para hacerse dueño, o sea con voluntad de arrogarse la facultad de disponer de la misma. Además, debe tener conocimiento de que el bien mueble tiene un dueño, conocimiento que según el legislador ha de derivarse de hechos *coexistentes o posteriores al hallazgo,* pero que se

[52] Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 312.
[53] Véase supra, N° 82.

subentiende, con mayor razón, que se extiende también a los hechos anteriores a ese hallazgo. El dolo tiene que ser directo, pues el art. 448 expresa *siempre que le conste quien sea éste.* La mera suposición, la duda sobre si alguien puede ser el propietario, es insuficiente para la existencia del dolo, de manera que en su modalidad de *eventual* queda descartado. La historia del precepto ratifica esta tesis, pues en la *revisación* del Proyecto, la Comisión Redactora al comentar su inciso segundo, dejó constancia de que se suprimía la expresión "presuntos" porque "un inventor (el que encuentra la especie) no puede proceder por simples presunciones a la entrega de la cosa, sino con entera certidumbre".[54]

Podrá estimarse que el art. 448 no requiere el ánimo de señor y dueño, porque emplea la forma verbal "hallándose" una cosa, lo que es diferente a apropiársela, pero la ubicación del delito entre aquellos que atentan en contra de la propiedad, y la circunstancia de que se haya descrito en el párrafo correspondiente al hurto, lleva a la necesaria conclusión de que se exige el ánimo de señor y dueño, o sea la voluntad de apropiación.[55]

91.4.2. *Apropiación de cosas perdidas o abandonadas a consecuencia de una situación catastrófica*

El inciso segundo del art. 448 se ocupa de esta clase de apropiación ilícita: "También será considerado procesado por *hurto* y castigado con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales el que se hallare especies, *al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio,* inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u *otra causa análoga,* cuyo valor *exceda* la cantidad mencionada en el inciso anterior, y *no las entregare* a los dueños o a la autoridad en su defecto".

Este inciso no existía en la primera redacción que la Comisión le dio al art. 448 (en el Proyecto de Código, art. 436), se incorporó a insinuación del miembro señor Renjifo[56] para

[54] Acta N° 165, de 4 de julio de 1873.
[55] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 313.
[56] Acta N° 98, de 28 de junio de 1872.

ocuparse específicamente de las cosas que son encontradas a consecuencias de una catástrofe.

La acción, por lo tanto, tiene la misma característica de la que se comentó en el inciso primero, la modalidad que presenta y que la diferencia de aquélla, radica en el objeto sobre el cual recae esa acción, que si bien, al igual que en el caso anterior, es una especie mueble, pero además de aquellas que han sido *perdidas* por su dueño, se extiende a aquellas que han sido *abandonadas,* lo que se hace frecuentemente en los naufragios en que se bota la carga para aligerar la nave. Las cosas *abandonadas,* entonces, son diferentes a las perdidas; aquéllas no se han extraviado como sucede con éstas, sino que el mismo dueño o un tercero las deja para superar una contingencia grave, sin intención de que queden para ser tomadas por cualquiera que pretenda hacerse dueño de ellas; las deja por necesidad y espera recuperarlas si se ofrece la posibilidad.

La disposición enumera situaciones tales como un naufragio, una inundación, un incendio, un terremoto y accidentes ferroviarios, pero la enumeración es enunciativa porque termina expresando "u otra causa análoga", lo que viene a constituir la regla general, ya que hace referencia a *cualquiera circunstancia que importe una catástrofe.*

La conducta, como se ha adelantado, es la misma que se sanciona en el inciso primero, o sea se integra por dos comportamientos, el primero consiste en encontrar y apoderarse de la especie y el segundo en no entregarla a su dueño o a la autoridad, de manera que no hay aquí desplazamiento del bien desde la esfera de protección de la víctima a la del delincuente. Este comportamiento debe diferenciarse de la apropiación cometida con ocasión de una catástrofe, pues es posible que un delincuente, aprovechándose de alguna de las situaciones de emergencia o extraordinarias a que se refiere la disposición, cometa un delito de hurto mediante la sustracción de un bien ajeno con su desplazamiento desde el ámbito de protección de su dueño al del agente. En esta hipótesis, el sujeto no ha *encontrado* el bien, sino que lo ha *sustraído,* de suerte que debe castigarse conforme al art. 446 con la agravante del art. 12 N° 10, porque realizó el delito con ocasión de una catástrofe.

91.4.3. *Sanción que corresponde a estos delitos*

En las dos hipótesis que constituyen el llamado hurto de hallazgo, la sanción que corresponde aplicar es diferente de la que se impone al hurto simple y agravado que, según el art. 446, su gravedad se regula conforme al valor que tienen las especies substraídas. En las figuras regladas en el art. 448 en estudio, la sanción no depende del valor de lo apropiado, pues siempre que excedan de una unidad tributaria mensual, cualquiera sea su monto, la pena es presidio menor en su grado mínimo más una multa de cinco unidades tributarias mensuales. Si el monto de las especies no supera el valor de una unidad tributaria mensual, el hecho se reprime como delito falta (art. 494 N° 19), con una sanción única de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, lo que es válido tanto para el hecho descrito en el inciso primero como para el sancionado en el inciso segundo del art. 448.

91.5. El hurto falta

La Ley N° 20.140 (30 de diciembre de 2006) fijó el nuevo texto del art. 494 bis, que regla en la actualidad el denominado hurto falta.

El tenor de los dos primeros incisos del referido artículo, que está ubicado en el Libro III entre las faltas, es el siguiente: "Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y con multa de cuatro unidades mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán de preferencia sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación

por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada".

El legislador, con confianza pueril en el efecto simbólico del derecho penal, sanciona el hurto falta con mayor rigor que el resto de las faltas que describe, las que sólo reprime con penas pecuniarias.

El hurto falta, o sea la apropiación subrepticia sin que medie violencia, intimidación o fuerza en las cosas, de una cosa que no tenga un valor superior a media unidad tributaria mensual, es sancionado, además de la multa aplicada a toda falta penal, con una privativa de libertad de prisión en su grado mínimo a medio (de un día a veinte días y de veintiún días a cuarenta).

El art. 494 bis se preocupa también de establecer algunas reglas especiales relativas a la participación, al *iter criminis* y a la reincidencia.

Repite la regla del art. 72 –inherente a los crímenes y simples delitos– en cuanto a la intervención de un mayor, al determinar que en los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a esos mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia aumentada en un grado, si se hubieren prevalido del menor o menores en la comisión de la falta.

En el inciso segundo del art. 494 bis, se modifica el principio establecido en el art. 9, que prescribe que los delitos falta se castigan únicamente cuando están consumados; en otros términos, se establece como regla general la no punición de la tentativa y de la frustración en esta clase de hechos.

Pues bien, la referida regla no rige en su integridad en la hipótesis del hurto falta, expresamente se prescribe que se castiga con una multa de cuatro unidades tributarias mensuales cuando alcanza el grado de frustrado; de consiguiente, sólo el hurto falta en grado de tentativa no es punible.

Duplica el monto de la multa en la alternativa de reincidencia, y precisa que se entiende que la hay cuando el responsable ha sido condenado por delito de la misma especie, sin atender a la entidad de la pena y su estado de cumplimiento. Si el sujeto ha reincidido dos o más veces, la multa aplicada se triplica. Se han modificado en el hurto falta las reglas generales sobre esta agravante.

La agravante de reincidencia, en todo caso, prescribe de acuerdo con los principios generales, o sea conforme al art. 104,

cuando el hecho anterior es crimen o simple delito, pero si se trata de una falta, dispone que prescribe en seis meses.

91.6. Hurto de expediente

La Ley N° 5.507, en su art. 4° se refiere a la sustracción de expedientes judiciales o administrativos, pero este hecho delictivo será comentado al tratar las reglas comunes porque la norma que en esa disposición se establece afecta tanto al hurto, al robo como a los daños de expedientes.[57]

El delito de robo

92. GENERALIDADES

Estas figuras no tenían en el pasado una estructura muy definida. En España el Código de 1822 fue el primero que habría hecho una distinción más precisa entre hurto y robo, adhiriendo a la tradición germánica que diferenciaba ambas figuras, lo que el derecho romano no hizo en sus primeros tiempos. El Código español adhirió, a su vez, al sistema de la legislación francesa que consideraba separadamente el robo con fuerza en las cosas del robo con violencia en las personas, sistema que ha mantenido la legislación ibérica[58] y que, a su vez, fue recogido por las leyes nacionales.

El *robo,* como figura única, no existe en nuestra legislación. El Código describe dos grandes grupos de *robos,* según el medio que se emplee en su comisión: robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas. El legislador no hizo distinción en el plano conceptual entre esos dos grupos de delitos, ni entre éstos y el hurto, se limitó a determinar las características de todos ellos en conjunto, en el art. 432.

La referida circunstancia permite sostener que todos los elementos de índole genérica del delito de hurto, que se comentaron

[57] Véase infra, párrafo N° 123.
[58] Muñoz Conde, op. cit., p. 199.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

en los párrafos anteriores, son aplicables y rigen para los delitos de robo. Así el bien jurídico protegido, la naturaleza y modalidades de la acción prohibida (la de apropiarse), la cosa material sobre la cual recae la acción (cosa corporal, mueble, ajena y valorable económicamente) y los aspectos subjetivos, como la voluntad de adueñarse de la especie y el ánimo de lucro, han de concurrir en estas figuras sin perjuicio de que la ley exija en determinados casos que, además de aquéllos, converjan otros particulares.

La estructura de estas figuras, al igual que la del hurto, han merecido críticas de todo orden, pero en el caso de los robos ha sido más dura. Es indudable que los tipos penales en la forma como están descritos adolecen de serios defectos sistemáticos, sin perjuicio de reconocer a su vez que obedecen a tradiciones y sentimientos sociales muy arraigados, que dejan un muy relativo margen a la posibilidad de que las inquietudes doctrinarias se puedan concretar en una legislación distinta a la actual, si bien es urgente que por lo menos sean objeto de varias modificaciones.

En España el Código hace diferencia cualitativa entre el hurto y el robo, la que radica en la naturaleza de la acción, que en el delito de hurto se tipifica como *tomar* (art. 234) y en el de robo como *apoderarse* (art. 237). Las formas verbales empleadas permiten colegir una diferencia conceptual entre ambos comportamientos, con fundamento en la energía empleada para cometer la sustracción. En el hurto es suficiente aprehender la especie, en tanto que en el robo hay que vencer la resistencia del dueño o de las protecciones que la aseguran.[59]

Se sostiene también que el robo con fuerza no parece tener justificación como tipo penal con identidad propia, y debería considerarse como un hurto agravado, porque la fuerza que lo caracteriza afecta al mismo patrimonio que lesiona el apoderamiento, porque el daño causado con el escalamiento o efracción o la violación de morada cuando se penetra al lugar protegido, recae –al igual que el daño inferido en el delito de hurto por la sustracción– sobre un mismo y único derecho de dominio, que tiene como titular a la víctima. No se observa diferencia, además, en castigar con mayor rigor como autor de *robo* al que entra por

[59] T. S. Vives, op. cit., p. 802.

la ventana a una casa y se lleva el televisor, de aquel que entra por la puerta abierta a esa casa y se apodera del mismo televisor, que se castiga como *hurto;* en ambas situaciones hay violación de morada.[60]

En Chile participan de esas críticas autores como Jorge Mera, que afirma respecto de esta figura –el robo con fuerza en las cosas– lo único que cabe proponer, de *lege ferenda,* es su derogación. "El plus de desvalor que pudiera representar en ciertos casos el uso de la fuerza en las cosas debe resolverse de acuerdo con las reglas generales de los concursos de delitos, o bien, mediante el establecimiento de una agravante".[61]

No obstante las reservas de la doctrina, en legislaciones como la de España, donde se dictó una nueva codificación el año 1995, la figura del robo con fuerza en las cosas y con violencia e intimidación se han mantenido como tipos penales diversos al hurto.

A continuación se comentará el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y enseguida el robo con fuerza en las cosas, precisando que en el primero se incorporan en el Código Penal unas figuras que resulta discutible calificarlas de robo propiamente, como sucede con la *piratería* y la *extorsión.*

Delitos de robo con violencia o intimidación en las personas

93. CONCEPTO DEL DELITO Y SUS CLASES

Se adelantó en el párrafo anterior que el robo está definido junto con el hurto en nuestro sistema en el art. 432, que en relación al cometido con *violencia o intimidación en las personas,* se puede ofrecer la siguiente noción: "El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se *apropia* cosa *mueble ajena* usando de *violencia* o *intimidación* en las personas". Las figuras de robo de este grupo están tratadas en el párrafo N° 2 del título IX, arts.

[60] Cfr. Bustos, op. cit., p. 200.

[61] Jorge Mera, *Delitos de hurto y robo, hacia una reforma legal,* edición a mimeógrafo, p. 150, año 1993.

433 y siguientes, donde se describen tres tipos distintos: el de robo con violencia o intimidación propiamente tal, el de piratería (art. 454) y el de extorsión (art. 438). Respecto de estos dos últimos la definición que se ha dado puede resultar insatisfactoria, como se señalará en su oportunidad.

Entre los *delitos de robo con violencia o intimidación propiamente tales,* se describen tres figuras distintas: el robo *simple* (art. 436 inc. 1°), el *calificado* (art. 433) y el por *sorpresa* (art. 436 inc. 2°).

Este conjunto de delitos se caracteriza porque cumplen, en general, con los elementos básicos de todo delito contra la propiedad por *apropiación por medios materiales,* pues en ellos la acción típica se dirige a apropiarse de bienes muebles ajenos, con ánimo de lucro. El punto a preguntarse radica en cuáles son sus diferencias con el delito de hurto y la razón que permite agruparlos en el párrafo segundo bajo el enunciado "del robo con violencia o intimidación en las personas". La respuesta incide en el empleo de violencia física o de coacción en contra de las personas dirigida a posibilitar la apropiación; la acción no queda limitada, como sucede en el hurto, a sólo tomar o apoderarse del bien apetecido por el sujeto activo, sino que en el robo con violencia o intimidación hay ataque a la vida o integridad física de la víctima, o por lo menos peligro de que se lleve a cabo. Esa modalidad de ejecución es la que les da identidad a este grupo de hechos ilícitos.

Se señaló con anterioridad que se criticaba la estructura de estos hechos al diferenciar el hurto del robo, pero esas reservas se afincan con mayor dureza respecto del robo con fuerza en las cosas, no así tratándose del con violencia o intimidación, donde amplios sectores se inclinan por mantener su independencia en relación al delito de hurto y darle un tratamiento mucho más riguroso. Las críticas más bien se centran en el tratamiento del delito mismo y en la equiparación de las dos modalidades que comprende, esto es de la "violencia" y de la "intimidación", para efectos de imponer la pena,[62] sin distinguir la forma en que los bienes jurídicos en juego aparecen afectados, en la primera con mayor intensidad que en la segunda.

[62] Mera, op. cit., pp. 209 y ss.

Todos estos delitos de robo, de consiguiente, deben cumplir con las características generales señaladas en el delito de hurto, en cuanto a la acción a realizar, el objeto sobre el cual recae la acción, los sujetos activo y pasivo.

A pesar de lo recién señalado, existen matices que marcan la diferencia e identidad de estas figuras; uno de ellos radicaría en parte en el bien jurídico protegido.

El *bien jurídico* objeto de los delitos de robo es la *propiedad,* como sucede con todos los delitos de apropiación, pero en este caso no es el único, aunque sí el primeramente protegido. El delito de robo con violencia o intimidación es una figura *pluriofensiva,* pues además de atentar contra la propiedad, afecta otros bienes, como la libertad personal, la salud y aun la vida de las personas. Se sostiene que la propiedad es el bien que se ampara de modo *principal* y sólo *subsidiariamente* la vida, la integridad física o la libertad, como algo accesorio,[63] pero en la actualidad hay tendencia a estimar que estos delitos son *complejos* y que los bienes jurídicos en juego son amparados *directamente;* ninguno de ellos es un objeto secundario en cuanto a su protección.[64] Se debe recordar que delito complejo es aquel que está integrado por dos o más acciones claramente diferenciables, cada una de ellas constitutiva aisladamente considerada de un delito, pero que por razones de política criminal el legislador las ha unificado para efectos de su penalización (unificación legislativa).[65] Aparte del hecho de tratarse de figuras pluriofensivas, lo que les da individualidad a estos tipos es el modo de comisión, el que puede ofrecer dos posibilidades: la violencia y la intimidación, formas de ejecución que se explicarán.

---

[63] Cfr. Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 314; Muñoz Conde, op. cit., p. 208; Bajo Fernández, op. cit., p. 55.

[64] Cfr. Labatut, *D.P.,* t. II, p. 218; T.S. Vives, op. cit., p. 822.

[65] Opina en sentido contrario Bajo Fernández (op. cit., p. 55), o sea que el robo con violencia o intimidación no es un delito complejo, porque el solo hecho de que esté constituido por dos o más acciones, a su juicio es insuficiente. En respaldo de su tesis señalaba que conforme al criterio que critica, la violación también debería ser considerada como un delito complejo, pero lo que este autor no explica es que si bien en la violación hay yacimiento y violencia, el yacimiento a solas no es un hecho típico, en tanto que el apoderamiento sin la voluntad de su dueño sí lo es.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

94. LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN

La manera de concretar la actividad de apropiación –que en el hurto es subrepticia– es lo que da personalidad a los delitos de robo en estudio. Aquí se disminuyen las posibilidades de defensa de la víctima y de que repela o evite la sustracción de bienes de su propiedad al verse agredida físicamente o atemorizada por el agente activo.[66]

Las modalidades de la acción pueden importar el empleo de la *violencia* o el de la *intimidación;* es útil precisar el sentido normativo de cada una de ellas. *Violencia* supone siempre el empleo de fuerza física, si bien el legislador extendió su alcance a otro extremo al que se aludirá más adelante. Lo que interesa en este momento es precisar de manera genérica qué se entiende por "violencia", que para estos efectos queda limitada al empleo de la fuerza material en contra de la víctima, aunque no se le lesione. Los malos tratos de obra, el castigo físico que no deja marcas en la víctima, son acometimientos físicos que constituyen violencia.

La *intimidación* es una noción distinta, también es un acometimiento, pero de índole sicológico, no material, dirigido a presionar la voluntad del sujeto pasivo *(vis compulsiva, coacción).*

94.1. El concepto legal de violencia

En el sistema nacional, los arts. 433 y 439 hacen referencia expresa a la violencia y la parte final de la última disposición extiende el concepto al empleo de *medios engañosos.* El art. 433 se ocupa de calificar como violencia al homicidio, la violación, las lesiones y la retención de personas, pero es en el art. 439 donde se da una noción más general de ese concepto al señalar que son violencia "los malos tratamientos de obra", expresión comprensiva de cualquier acometimiento físico en contra de una persona.

En doctrina se distingue entre violencia *propia* e *impropia,* la primera *(vis in corpore)* alude al acometimiento material que sufre una persona, acometimiento en relación al cual existe acuerdo

[66] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 335.

que conforma la violencia inherente al delito de robo (sujetar a una persona, golpearla, lanzarla al suelo, herirla, constituyen violencia para el delito de robo). Es la segunda, la *impropia,* la que se margina como hipótesis de robo, que consistiría en emplear medios que constriñen la mente de la víctima, que afectan a su voluntad, como los narcóticos, los estupefacientes, el hipnotismo y semejantes, siempre que al emplearlos no se haya recurrido a la fuerza física, alternativa donde habría por lo menos malos tratos de obra (el pasajero del automóvil de alquiler que gentilmente ofrece al conductor un chocolate –con narcótico– para apropiarse del vehículo una vez que se duerma, no emplearía violencia).

Se distingue tratándose de la violencia, entre la *directa* y la *indirecta.* La *directa* es la fuerza física dirigida de manera inmediata en contra de la persona, en tanto que la *indirecta* es aquella que se ejerce inmediatamente sobre las cosas, y que únicamente de manera mediata podrá afectar a la persona. La exclusión de esta última del concepto de "violencia" radica en que si hubiera sido esa la intención del legislador, habría sido innecesario hacer referencia a la "intimidación", donde esa clase de coacción quedaría comprendida.

La violencia material puede ejercerse sobre el dueño de la cosa o sobre un tercero (la violencia que se ejerce sobre la criada de la casa para que indique el lugar donde la dueña guarda sus joyas).

El art. 439 amplía la noción de "violencia" a un extremo muy discutible, la última frase de la disposición expresa: "Hará también violencia el que para obtener la entrega o la manifestación (de la cosa) alegare *orden falsa* de alguna autoridad, *o la diere* por sí *fingiéndose ministro de justicia o funcionario público".* En la especie el legislador ha homologado el empleo de violencia a la simulación de ser autoridad –ministro de justicia o funcionario público– con una *orden falsa* o *dando él mismo la orden.* Esta forma de violencia está dirigida a engañar a la víctima para que proceda a entregar voluntariamente la cosa o para que manifieste dónde se encuentra. La referencia al *ministro de justicia* alude a los funcionarios judiciales que pueden disponer una incautación y respecto de los *funcionarios públicos* al fingimiento de alguno de aquellos que pueden disponer el retiro de especies o su incautación. Esta modalidad de ejecución que la ley penal asimila a la violencia, evidencia la particular posición del legislador sobre estas situa-

ciones, posición que volverá a mantener en el caso del robo con fuerza en las cosas en el art. 440 N° 3, donde califica a su vez como fuerza un comportamiento evidentemente engañoso.

Estas formas de violencia están destinadas a llevar a cabo la apropiación de la especie ajena, forzando la oposición de la víctima o engañándola, de manera que se calificará de tal cuando cumpla con la *idoneidad* adecuada en el caso concreto para lograr ese objetivo, teniendo en consideración las circunstancias del sujeto pasivo.

Fingir ser autoridad y falsificar una orden judicial son conductas que pueden ser objeto de castigo separadamente, pero en la hipótesis que se comenta integra el tipo penal de robo como uno de sus elementos y, en consecuencia, no se da una situación de concurso de delitos.

94.2. Qué se entiende por intimidación

La otra modalidad de comisión del robo en estudio es la *intimidación,* y no es simple ofrecer una noción –para efectos del robo– sobre lo que debe entenderse por tal, porque si bien corresponde a lo que se denomina como *vis compulsiva o síquica,* tiene ciertas modalidades que la diferencian de la que es inherente al delito de amenazas (arts. 296 y siguientes). "Intimidación" en el delito de robo es la *amenaza* dirigida a una persona, de que se le infligirá un *mal de manera inmediata* si no procede a la entrega de una cosa mueble o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, *de manera inmediata a su vez.* Esa amenaza debe poseer la *adecuada intensidad* para constreñir a la víctima para que se comporte en la forma recién indicada, y debe consistir en un mal que se inferirá precisamente en el momento de la negativa del amenazado a hacer aquello que se le solicita, no en el futuro, de allí la exigencia de la inmediatez. Otro tanto sucede con el apoderamiento de la cosa mueble por el sujeto activo, que debe llevarse a cabo en el momento de la amenaza, pues tiene que corresponder a ella, no a actividades realizadas en un tiempo posterior.

La diferencia de la violencia con la intimidación radica en que esta última consiste en una agresión física, en un aco-

metimiento material, en tanto que la intimidación no es una agresión material, sino una manera de afectar la libertad de decisión, de lesionar la libre formación de la voluntad de la víctima.[67] La intimidación puede realizarse mediante palabras (te mato si no me das tu dinero) o por hechos (poner la daga en el cuello del sujeto pasivo y pedirle el reloj de oro).

La *proximidad en el tiempo* (inmediatez) de la amenaza *en cuanto al mal* a provocar, como en cuanto *al apoderamiento* de la cosa que con ella se pretende obtener, es lo que marca la diferencia con el *delito de amenaza* descrito en el art. 296. En este delito el mal que se anuncia normalmente se causará en el futuro, no en el momento mismo de la amenaza, y cuando se persigue una prestación, tampoco se espera que sea inmediata. La distancia temporal del mal en el delito de amenazas, como de la prestación que a veces con ella se aspira, facilita al coaccionado a decidir sobre cómo protegerse, en tanto que en el robo la proximidad de la ocurrencia del mal y de la exigencia de la prestación, imposibilita una reacción adecuada. Son situaciones diferentes exigir al transeúnte la entrega de la billetera revólver en mano (robo), que llamar por teléfono a una persona exigiendo una suma de dinero que deberá dejar en un lugar determinado bajo conminación de que se incendiará su casa si no lo cumple (amenaza); en el primer caso no hay posibilidad de preparar una defensa, en el segundo sí la hay. Esa circunstancia justificaría la mayor rigurosidad de la reacción penal en el caso del robo.

94.3. En contra de quién debe emplearse la violencia o la intimidación

La legislación no precisa quién debe ser objeto de la violencia o de la intimidación, porque pueden ser víctimas de ella el titular del bien sustraído como terceros que se encuentren presentes (los clientes de la institución financiera asaltada); lo que interesa es que la violencia o la coacción en su caso, estén objetivamente relacionadas con la apropiación. El art. 456 bis N° 4 podría suscitar

[67] Bajo Fernández, op. cit., p. 57.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

una duda, pues califica como agravante del delito de robo o hurto el hecho de ejercer violencia sobre las personas que intervengan en defensa de la víctima, sin excluir al robo con violencia o intimidación, pero ello resultaba innecesario al tenor de lo prescrito en el art. 63, que margina las agravantes que han sido comprendidas por la descripción del delito, o que le son muy inherentes.

94.4. En qué momento debe emplearse la fuerza o la intimidación

El art. 433 expresa que hay diversos momentos en los cuales puede emplearse la violencia o la intimidación. El inciso primero de la disposición señala que el delito de robo existe: "sea que la violencia o intimidación tenga lugar *antes* del robo para facilitar su ejecución, *en el acto* de cometerlo o *después* de cometido para favorecer su impunidad...".

La violencia contra las personas o la coacción procede en el robo antes de la ejecución, durante o después de ella; estas distintas oportunidades hay que vincularlas con la *apropiación,* y no con el *apoderamiento* material de la cosa sustraída, que no siempre coinciden. Al estudiar el delito de hurto se precisó que no era suficiente para que se consumara el delito sacar del ámbito de protección del propietario la especie sustraída *(amotio),* sino que lo estaba cuando el delincuente podía ejercer, potencialmente, las facultades inherentes a la apropiación, en particular la de disposición.[68] El empleo de la violencia debe considerarse en relación a ese momento, al de la *apropiación,* lo que es diferente a referirse a antes, durante o después del robo, porque emplear la violencia o intimidar a otro es estar cometiendo ese delito. Si el sujeto hace uso de la violencia cuando ya estaba en condiciones de usar, gozar y disponer del bien, quiere decir que la apropiación se había producido; de consiguiente, el uso de la violencia indicada no integra el tipo penal de robo, sin perjuicio de que pueda constituir otro delito sancionable independientemente.

[68] Véase supra, párrafo N° 88.

La violencia o la intimidación como elementos del delito de robo están circunscritas y determinadas por la noción de apropiación. Siempre que hayan estado dirigidas a concretar la apropiación, han de ser consideradas como elementos del tipo robo. El sujeto que ha recogido y guardado en su bolso las joyas que encontró en una casa y al salir del lugar es sorprendido por uno de los moradores, al que golpea logrando huir, es autor de robo; peor si este mismo sujeto ha salido pacíficamente de la casa y en ese instante es sorprendido por el propietario, que lo persigue y aprehende, responderá de robo frustrado, por cuanto si bien las cosas salieron del ámbito de protección del dueño, no estaba en condiciones de hacer efectiva la facultad de goce y de disposición de lo sustraído, en tanto era perseguido.

El acometimiento a la víctima o la coacción que el agente emplee en contra de la víctima o de un tercero, que tenga como objetivo facilitar el apoderamiento del bien ajeno (antes), o la que emplee para llevar a efecto el apoderamiento (durante), o con posterioridad al mismo para garantizar su impunidad (después), han de ser considerados como elementos del tipo robo con violencia e intimidación.

94.5. Realidad e intensidad adecuada de la violencia o intimidación. Idoneidad del medio

La violencia y la intimidación han de ser ciertas, efectivas y no imaginadas. Además los medios empleados para la apropiación tienen que tener el grado de intensidad adecuado[69] para vencer la oposición de la víctima, o para constreñirlo a manifestar dónde está la especie o no oponer resistencia para que la tome el delincuente, lo que sólo es dable determinar en cada caso. Esto se desprende del tenor de la frase que emplea el art. 439: *"cualquier otro acto* que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega". Pero no debe confundirse la intensidad de la violencia o intimidación empleada con su *idoneidad;* pueden ser inidóneas,

[69] Para Bustos debe "exigirse una determinada gravedad tanto de la violencia (como mínimo lesión falta del art. 582) como de la intimidación (sólo amenaza de aquellos hechos –delitos o falta– comprendidos en el art. 501)". Las citas corresponden al antiguo Código Penal español (op. cit., p. 208).

como un revólver de fogueo, un artefacto explosivo simulado, pero que a la víctima le parezcan reales. Lo que interesa es que afecte a *la libertad del sujeto pasivo,* que le impida reaccionar en su defensa coaccionado por el medio.[70] Es suficiente que se trate de comportamientos que sean eficaces para amedrentar o atemorizar a la víctima, con independencia de que sean materialmente adecuados para herir o maltratar a una persona, porque la eficacia o aptitud del medio no interesa en este punto.[71]

95. LA PARTICIPACIÓN EN EL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

En esta clase de delito pueden darse todas las formas de participación criminal, las distintas clases de autoría, la complicidad y el encubrimiento, sin perjuicio de algunas reglas especiales que se comentarán al analizar las reglas comunes a estos hechos delictivos. El delito de robo calificado ofrece algunas modalidades que no son de resolución pacífica, pero que se estudiarán al comentar ese tipo penal.

96. EL *ITER CRIMINIS.* CONSUMACIÓN

Los delitos de robo con violencia e intimidación son figuras de resultado o materiales, de modo que aceptan todas las formas imperfectas. Para que se *consumen* tienen que concretarse todos los elementos *objetivos* y *subjetivos* del tipo, y como se trata de delitos complejos, lo señalado dice relación tanto con la acción de apropiación como de aquella que lesiona los otros bienes jurídicos amparados (vida, salud, libertad). Por ejemplo, en el robo con homicidio tendrán que darse todos los requisitos de las dos acciones que lo integran, vale decir la apropiación de la cosa ajena como el homicidio de la víctima.

[70] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 59; T. S. Vives, op. cit., p. 825.

[71] No concuerda con el referido criterio –que es mayoritario– Jorge Mera, partiendo de la premisa de que el robo en estudio no es un delito de peligro en cuanto al atentado a la vida o a la integridad personal, bienes jurídicos que con los medios inidóneos indicados no han podido sufrir detrimento alguno. No le parece "que el simple hecho de la coacción sea suficiente –en cuanto afecta, en el caso de una apropiación no consentida, la autodeterminación de la víctima en relación con su patrimonio– para transformar el acto en la figura compleja de robo con violencia o intimidación en las personas" (op. cit., p. 207).

Cuando falta alguno de los actos del autor inherentes a cada uno de esos hechos o sólo a uno de ellos quedará en grado de tentativa. Si las acciones personales del agente, dirigidas a alcanzar ambos efectos se terminan, pero el resultado muerte o apropiación no sobrevino por causas independientes de la voluntad del actor, el delito quedará en el grado de frustrado. De suerte que si la apropiación se logra, pero el ataque a la libertad, a la vida o a la salud no se alcanza a concretar, o viceversa, no puede reputarse consumado el delito. Esta modalidad, por su naturaleza objetiva, es comunicable a todos los participantes, independientemente de que algunos hayan agotado la parcialidad de la acción que individualmente puede haberles correspondido realizar en la división del trabajo, en el caso de la coautoría. Lo mismo se aplica a los instigadores y a los cómplices.

Lo expuesto es sin perjuicio de tener en cuenta que para efectos de la punición de estos delitos rige el art. 450 inciso primero, que expresa: "Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se *castigarán* como *consumados desde que se encuentren en grado de tentativa*". Esta disposición abarca *todas las formas de robo con violencia o intimidación en las personas,* y no puede menos de ser criticable porque su aplicación a los casos concretos da lugar a situaciones inaceptables desde una visión política criminal, al obligar imponer sanciones muy graves a comportamientos que no justifican tal reacción. Habría sido aconsejable entregar al tribunal la facultad de adoptar esa medida considerando la gravedad de las circunstancias concurrentes.

Se señaló que los delitos de robo con violencia o intimidación propiamente tales están integrados por tres tipos diferentes: el robo simple, el calificado y el cometido por sorpresa. En los párrafos siguientes se analizará cada uno de ellos.

97. EL DELITO DE ROBO SIMPLE CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

97.1. Descripción del delito

Este delito es la forma *básica* del robo con violencia e intimidación, y está descrito por el inciso primero del art. 436: *"Fuera de los casos* previstos en los artículos precedentes, los robos ejecuta-

dos *con violencia o intimidación en las personas,* serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, *cualquiera* que sea el *valor* de las especies substraídas".

La disposición es explícita en señalar que el delito de robo simple tiene un carácter subsidiario, que acepta todas las hipótesis de apropiación realizadas por medio de la violencia o intimidación, salvo aquellas que queden comprendidas en algunos de los tipos preferentes de este mismo delito sancionados en los arts. 433 (robo calificado) y 434 (piratería).

El *tipo objetivo* queda conformado por los elementos que se explicaron en el párrafo anterior, o sea una acción de apropiación y otra de atentado a la libertad, a la integridad física o síquica de una persona empleando violencia o intimidación, conceptos anteriormente explicitados.

La conducta consiste, de consiguiente, en apropiarse de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y empleando la amenaza o la fuerza física para atentar en contra de la integridad personal de la víctima, siempre que este último atentado no supere el límite de una lesión *leve o de mediana gravedad.* Si el agente sobrepasa la referida gravedad del ataque, el hecho se desplaza como delito al art. 433.

Los *bienes jurídicos* amparados son la *propiedad* y la *salud;* quedan excluidos los atentados a la vida y a la libertad por más de un día, pues de afectarse alguno de estos dos últimos el hecho constituye robo calificado que se analizará a continuación.

El *tipo subjetivo* requiere de dolo, que ha de extenderse a todos los extremos de la conducta; el sujeto tiene que querer apropiarse de lo ajeno y debe querer emplear la fuerza física en contra de la víctima o coaccionarla sicológicamente con motivo de ese apoderamiento. En el *terreno subjetivo,* el sujeto persigue primordialmente apoderarse de determinados bienes muebles, o sea la voluntad de apropiación es lo predominante, y la voluntad de atentar a la vida aparece como secundaria, como una consecuencia o circunstancia de la primera voluntad; esta situación no debe inducir a error en relación a la posición que tiene y debe tener el legislador, que al sancionar esta figura considera con igual interés –como bienes jurídicos dignos de protección– tanto la vida como la propiedad. Una cosa es la subjetividad del delincuente y otra distinta es la lesividad objetiva de su conducta.

La violencia o la intimidación han de estar relacionadas subjetivamente con la apropiación o con la impunidad del hecho, pues de no mediar esa conexión ideológica esas acciones podrían constituir dos delitos independientes: hurto y lesiones (el individuo que deja sin conocimiento a su contrincante durante una pendencia, y al verlo en ese estado aprovecha de sustraerle el dinero que lleva consigo, responde de lesiones y hurto, y no de robo). La violencia debe ser dolosa, de manera que no constituye robo con violencia en las personas el daño o lesión física que se cause a la víctima, cuando tal consecuencia es producto de un caso fortuito o de simple culpa de quien trata de apropiarse de una cosa ajena, sin perjuicio que por la culpa responda por el cuasidelito de lesiones separadamente; se daría un caso de concurso de delitos.

La *pena* determinada para el robo simple con violencia o intimidación es la de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, *cualquiera sea el valor de las especies substraídas.* La diferencia de criterio del legislador es ostensible al comparar la penalidad del delito de hurto con la del robo simple. Para determinar la de este último se desentendió del valor de los objetos materia de la sustracción y aumentó el rango de la privación de libertad a niveles discutibles, superiores al del homicidio simple (art. 391 N° 2). Suficiente es preguntarse si parece adecuada una sanción de cinco años y un día al sujeto que da un empujón al vendedor callejero de comestibles y le arrebata unos envases de leche, pena que también se le aplicaría si en lugar de la sustracción lo hubiera matado. Más aberrante resulta esta sanción al recordar que si el delito hubiera quedado en grado de tentativa o frustración, tampoco podría disminuirse por mandato del art. 450 bis.

98. EL ROBO CALIFICADO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

98.1. Nociones generales

El Código Penal describe esta figura en el art. 433, que expresa: "El culpable de *robo con violencia o intimidación en las personas,* sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo

para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:

1°. Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado cuando con *motivo* u *ocasión* del *robo,* se cometiere, *además, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1.*

2°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo, cuando las víctimas fueren *retenidas bajo rescate o por más de un día,* o se cometieren *lesiones de las que trata el N° 2 del artículo 397".*

La descripción que hace el Código del robo calificado es demasiado amplia y un tanto barroca, pues distingue dos grupos de hechos (los del N° 1 y N° 2), y en cada uno de ellos describe diversas circunstancias que no siempre obedecen a una ideación central consistente: vida, libertad sexual, integridad física, libertad ambulatoria. En sistemas más modernos se describe el robo de manera más general y se sanciona separadamente la violencia o intimidación empleada como medio de ejecución.

Por lo elevado de las sanciones impuestas, el robo calificado (que puede llegar a presidio perpetuo calificado) es una de las figuras más graves en nuestro ordenamiento penal, aunque no todas las hipótesis que considera tienen la misma relevancia.

Para el estudio de las modalidades de esta clase de robos se comentará separadamente cada uno de los casos enumerados en los números 1 y 2 del art. 433, haciendo notar que se explicarán sus circunstancias particulares, porque todas han de cumplir con las exigencias objetivas y subjetivas del delito de hurto y las generales del delito de robo.

98.2. Situaciones descritas en el N° 1 del art. 433

A. *El robo con homicidio*

El art. 433 en su N° 1 se refiere a este delito con las expresiones siguientes: "cuando, con *motivo* u *ocasión* del robo, se *cometiere, además, homicidio".* La descripción del hecho evidencia que se trata de un delito *complejo,* que exige la realización de dos hechos delictivos: el *robo con violencia o intimidación* y el *homicidio de*

una persona, los que, indudablemente, deben estar conectados ideológicamente.

El robo con homicidio no es un delito *calificado por el resultado,* sino un delito *complejo,* pues el legislador exige que además del robo se cometa otro hecho típico: un homicidio. De modo que es insuficiente que se *cause una muerte* durante el robo; de ser así, este delito sería calificado por el resultado. No es efectivo esto último porque el tipo en estudio exige que se cometa un homicidio, lo que es diverso al mero causar una muerte que, a veces, podría ser hasta fortuita.

El robo con homicidio plantea varias situaciones cuya solución es y ha sido discutible; nos ocuparemos de las siguientes: a) Alcance de las expresiones *con motivo o con ocasión del robo;* b) ¿Cualquiera muerte que tenga lugar durante la comisión del delito le da carácter de robo con homicidio?; c) Si se causa la muerte de más de una persona durante la ejecución del hecho, ¿quedan todas ellas abarcadas por el delito de robo con homicidio?, y d) Un parricidio, un homicidio calificado, ¿quedan o no subsumidos por el delito de robo con homicidio, o solo el homicidio simple?

A.1. *Alcance de las expresiones "con motivo o con ocasión del robo".* Para precisar el alcance de estas expresiones hay que tener presente que la muerte a que se refiere el tipo penal es la causada dolosamente, como se expresará en el párrafo signado con la letra b); si no se comparte ese presupuesto la interpretación de esas expresiones puede ser distinta a la que se señalará. Con *motivo* importa que tiene que existir una relación de medio a fin entre la muerte que se provoca y la apropiación que persigue el sujeto activo; subjetivamente el autor ha de considerar la privación de la vida de la víctima, como una forma de facilitar o llevar a efecto el apoderamiento de la cosa mueble. Entendida la expresión con *motivo* en la forma indicada, es posible ampliar el ámbito de un homicidio como elemento del delito de robo, en relación a la ejecución material de éste, en lo temporal, y comprender a muertes llevadas a cabo con la finalidad de robar, pero realizadas con antelación a la acción misma de apoderamiento, aunque con cierta proximidad a esta última (matar al guardia el día anterior al robo, para asegurar la acción de sustracción).[72]

[72] Bustos, op. cit., p. 211.

La expresión *con ocasión,* no obstante las dudas que puede suscitar, debe entenderse como los homicidios ejecutados no para concretar el robo, sino mientras se realizaba o inmediatamente de cumplida la apropiación y, en este último caso, siempre que sea para asegurar la impunidad del hecho. La muerte debe estar vinculada ideológicamente con el robo y ha de llevarse a cabo dolosamente; quedan excluidas las muertes accidentales o atribuibles a culpa.

De modo que las voces "con motivo" y "con ocasión" hacen referencia a una muerte dolosa, constitutiva de un homicidio realizado por el sujeto activo y conectado ideológicamente con el robo; "con motivo" corresponde a una *preordinación delictiva,* donde la muerte aparece programada por lo menos a título de dolo eventual, que no requiere *coetaneidad con el robo,*[73] en tanto que sí es necesaria esa coetaneidad en la alternativa "con ocasión", porque el homicidio se presenta como circunstancial a la actividad de apoderamiento, o también como medio de aseguramiento de la impunidad del hecho. Así sucede cuando en circunstancias de que ya se tienen los bienes muebles objeto de la acción, se priva de la vida a la víctima porque en esos instantes logró reconocer a uno de los asaltantes.

A.2. *¿Cualquier clase de muerte de una persona durante la comisión del delito califica el hecho como robo con homicidio?* El punto ha sido discutido desde hace mucho tiempo, con fundamento en concepciones objetivistas de la responsabilidad penal. Algunos sectores, sobre todo en el pasado, aplicaban el principio *del versari* y estimaban que el delincuente que cometía un robo recurriendo a la violencia, debía responder de todas las consecuencias materiales de su acción, entre ellas de la muerte, aunque no fuera atribuible a dolo. Las expresiones empleadas por la disposición, *con motivo u ocasión del robo,* en parte daban sustento a ese criterio; se afirmaba que era suficiente una muerte accidental para que se configurara el delito de robo con homicidio.[74] Con esa tesis esta figura se alzaba, en definitiva, como delito *calificado por el resultado,* que se sancionaba como tal, con independencia de la intención del agente.

[73] Bustos, op. cit., p. 211.
[74] En ese sentido, Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 820.

El referido criterio ha sido abandonado; Quintano Ripollés, entre otros, reaccionó precisando que el legislador exigía no una *muerte,* sino un *homicidio,* de manera que no correspondía mantener visiones objetivistas que aceptaban un deceso accidental o culposo como suficientes para conformar un robo con homicidio, pues este delito es *complejo,* o sea está integrado por dos tipos penales: un robo y un homicidio, y deben cumplirse los elementos de ambas figuras para darle existencia legal, lo que no sucede frente a muertes fortuitas o atribuibles a culpa.[75] La señalada es la doctrina que en la actualidad se sustenta por los tribunales, porque ofrece mejores soluciones en la práctica judicial.[76]

A.3. *Qué tratamiento corresponde dar al robo con resultado de muertes múltiples.* El robo con homicidio no ofrece problema cuando, junto con la apropiación, ha fallecido una sola persona, y el tipo queda satisfecho con ese resultado. Las dudas se suscitan cuando, con motivo u ocasión del robo, se causa la muerte de más de una persona, ¿todos esos decesos quedan consumidos por el delito único de robo, o es suficiente una de esas muertes para conformarlo y las restantes, cada una, constituye un delito de homicidio independiente? En este último caso se estaría ante un concurso material de delitos.

La posición que cuenta con el acuerdo mayoritario de la doctrina considera que una sola muerte, más la apropiación, colman el tipo delito de robo con homicidio y que, como consecuencia, las demás muertes causadas han de constituir delitos de homicidio independientes. Esta doctrina responde a la finalidad histórica de la existencia del delito de robo con homicidio, que es sancionar con más severidad un hecho de tanta gravedad como es matar con motivo de la apropiación de bienes muebles, que al estar ubicado entre los delitos contra la propiedad permite, para efectos de la reincidencia, considerar no sólo los atentados a la vida anteriores, sino también los delitos contra el patrimonio cometidos en el pasado por el autor.[77] El objetivo de unificar ambos hechos jurídicamente persigue imponer una

[75] Quintano Ripollés, op. cit., p. 316.

[76] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 339; T. S. Vives, op. cit., pp. 836 y ss.; Bajo Fernández, op. cit., p. 6; Bustos, op. cit., p. 210.

[77] Bajo Fernández, op. cit., p. 69.

sanción más grave que la de un homicidio más un robo, cuando la muerte ha sido causada con ocasión de ese robo, porque esa conducta presenta un mayor injusto. De consiguiente, un único deceso constituye el presupuesto del tipo penal; si se provocan otros deben ser sancionados independientemente, como un concurso material entre un robo con homicidio y homicidio simple, calificado o parricidio, según las circunstancias; de no ser así el sujeto activo podría resultar favorecido, y no ha sido ése el espíritu de la norma.

Esta posición no es compartida por sectores doctrinarios nacionales, que estiman que la apropiación constituye el núcleo del delito, de manera que la pluralidad de homicidio es insuficiente para multiplicar el delito, y lo que hacen es confirmar el tipo penal;[78] se trataría de una tipicidad reforzada.

A.4. *¿El robo con homicidio consume el parricidio o el homicidio calificado cometido con motivo o con ocasión de aquel delito?* El señalado es otro punto complejo y donde las opiniones no son compartidas. La *ratio legis* del art. 433 no parece haber pretendido comprender el parricidio y el homicidio calificado como posibles hipótesis del robo con homicidio, sino limitarlo al *homicidio simple.* Como se ha expresado con anterioridad, la finalidad de la disposición es agravar la responsabilidad del autor más allá del homicidio mismo y del robo; eso explica la alta penalidad del tipo penal en referencia. Resulta evidente que el parricidio (art. 390) tiene una sanción extremadamente grave y otro tanto sucede con el homicidio calificado (art. 391 N° 1), muy distanciadas de la que corresponde al homicidio simple. Si se pretende comprender aquéllos en el tipo penal robo con homicidio podría el delincuente salir favorecido en definitiva, lo que no está en el sentido de los tipos en juego. Lo comentado inclina a sostener que sólo puede integrar el delito de robo el homicidio simple, si con motivo u ocasión del apoderamiento se comete parricidio u homicidio calificado, se enfrenta una hipótesis de concurso real entre estos delitos y el de robo con violencia, que correspondería sancionar de acuerdo con el art. 75, siempre que se diera la relación de medio a fin allí señalada.

[78] Labatut, *D.P.*, t. II, p. 220; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 341.

En nuestro país hay opiniones disidentes sobre este punto, que se fundamentan en el hecho de que el legislador nacional no hizo diferencia en cuanto a la denominación de los delitos, entre parricidio, homicidio calificado y simple, porque todos fueron tratados en el párrafo "Del homicidio" (Título VIII, párrafo I) y por lo tanto todos quedarían abarcados por el robo con homicidio.[79] Dentro de esta postura hay variantes, como Etcheberry, que comparte la opinión recién señalada respecto del delito de homicidio calificado, considerando además que el art. 456 bis hace expresa aplicación al delito de robo de las agravantes de alevosía (N° 1 del art. 12) y premeditación (N° 5 del art. 12), que al ser dos de las calificantes del homicidio, marginaría el homicidio calificado, porque el desvalor de esta figura quedaría consumido por el robo con homicidio agravado, razonamiento que no resulta convincente. Este mismo autor concuerda en excluir el parricidio del robo con homicidio, para lo cual toma en cuenta que la penalidad del parricidio es más alta que la del homicidio y que la ley penal lo denominó expresamente con el nombre de parricidio, diverso entonces al de homicidio, y es a estos últimos a los que se refiere el art. 433.[80]

A.5. *Consideraciones sobre el tipo objetivo y subjetivo en el robo con homicidio.* Al iniciar el análisis sobre los delitos de robo se señaló que deben cumplir con las condiciones generales inherentes al delito de hurto, porque es un delito de apropiación; no obstante que eso es plenamente aplicable al de robo con homicidio, es conveniente precisar en qué consiste la acción, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

El tipo objetivo de esta figura penal, dada su naturaleza compleja, requiere de una actividad de apoderamiento de la cosa mueble ajena y de la provocación de la muerte de una persona con motivo u ocasión de ese apoderamiento. Esto significa que subjetivamente el sujeto activo debe actuar con *dolo,* que ha de extenderse tanto a la acción de apropiación como a la de homicidio, que en la alternativa de cometerse la muerte con *motivo* de la acción de robo, necesariamente supone una determinación pre-

[79] Esta tesis la sostiene Labatut, *D.P.,* t. II, p. 209.
[80] Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 340.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

via, aunque sea condicionada (si encuentro un guardia lo mato), el dolo de homicidio generalmente deberá ser *directo.* El *eventual* normalmente podrá presentarse cuando el homicidio se produce con *ocasión* del robo. Hay que destacar, de consiguiente, que en este delito tiene que haber dolo de apropiarse de la especie, con iguales características a las señaladas para el delito de hurto, y dolo de matar, con las condiciones precisadas al comentar el delito de homicidio, y que entre ambos debe existir una relación ideológica: se comete la muerte para lograr la apropiación (con motivo), con oportunidad de la apropiación o para asegurar la impunidad (con ocasión), como sucede cuando el ladrón, después de arrebatar la especie a la víctima, la hiere mientras aquélla lo persigue. No existe esa conexión, por ejemplo, cuando el sujeto, impulsado por la ira, durante una discusión mata a su opositor, y cuando ya lo ha hecho repara en el reloj y anillo valiosos que éste tiene, y procede a llevárselos.[81]

Respecto de la *consumación* del delito y sus *grados imperfectos,* rigen los principios generales que se señalaron en el párrafo respectivo sobre el punto.[82]

A.6. *La participación en el robo con homicidio.* En el robo con homicidio puede intervenir más de una persona, caso en el cual procede preguntarse si todos responden de robo con homicidio cuando uno solo causó la muerte de la víctima, en la cual los restantes pueden no haber tenido intervención material. En realidad no puede resolverse este punto con fundamento en meros aspectos de orden naturalístico, porque el concepto de delito es normativo y las reglas que lo rigen también lo son.

Cuando el homicidio se ha cometido con motivo del robo, significa que ha mediado una *preordenación* en la perpetración del hecho; si éste se ha cometido en coautoría significa que todos actuaron concertados, de modo que la circunstancia de que uno solo de los coautores haya provocado la muerte no modifica la naturaleza colectiva de la actividad y, de consiguiente, todos responden de robo con homicidio. Si la muerte se concretó con *ocasión* del robo, las circunstancias pueden variar, porque en esta

[81] Muñoz Conde, op. cit., p. 213.
[82] Véase supra, párrafo N° 96.

alternativa no habría una voluntad en ninguno de los intervinientes de causar el deceso; en esta alternativa sólo responderían de robo con homicidio junto con aquellos que materialmente lo cometieron, los que subjetivamente también participaron en esa muerte, sea avalando tal acción o concurriendo a fortalecerla, no así el resto de los delincuentes, que responderán exclusivamente de robo con violencia. En síntesis, debe aplicarse el principio de que cada sujeto responderá de su propio dolo, de su culpabilidad.

B. *El robo con violación*

Como segunda alternativa del robo calificado, el N° 1 del art. 433 considera al que además comete *violación*. Como el robo calificado es un delito complejo, el sujeto activo debe realizar dos acciones típicas, una apropiación con violencia o intimidación y una violación, y esta última tiene que ser un complemento o agregado a la acción de apropiación, y no al revés, el delincuente en esta figura penal debe perseguir adueñarse de una cosa ajena y con ocasión de esa apropiación cometer el delito de violación.

Respecto de esta figura es conveniente aclarar varios aspectos:

a) El art. 433 en su número primero señala que la violación puede cometerse *con motivo o con ocasión* del robo; pero dada la naturaleza del primer delito –la violación– es obvio que no puede llevarse a cabo *para cometer la apropiación,* o sea con motivo de ella según la expresión del precepto, de suerte que sólo será posible que se abuse sexualmente de una persona con *ocasión* del atentado a la propiedad. Por esa razón, y sin perjuicio de las serias críticas que la doctrina hace a esta figura como tal, por carecer de justificación desde una perspectiva criminológica, en legislaciones como la española se hace referencia a la violación que *acompaña* al delito de robo,[83] pues no existe, ni puede existir, una conexión típica entre ambos hechos.

Si bien *de lege ferenda* ha sido objeto de reparos teóricos la mantención de esta figura como única y compleja, razones de política criminal permiten que aún subsista, ya que importa dos graves atentados, uno a la libertad sexual de la víctima y otro en

[83] T. S. Vives, op. cit., p. 842.

contra de su patrimonio, que desgraciadamente son realizados conjuntamente con demasiada frecuencia en la realidad social, lo que históricamente ha justificado una reacción punitiva excepcionalmente drástica.[84]

b) Para que se presente el tipo robo con violación deben cometerse ambos delitos, el robo y la violación, con todas sus exigencias típicas. En particular en lo referente a la fuerza o intimidación que deben concurrir tanto para efectos del apoderamiento de la cosa mueble como para abusar sexualmente de la víctima, salvo la hipótesis a la que se aludirá a continuación. Como no es posible que exista una conexión ideológica entre esos hechos en atención a su identidad y naturaleza, debe haber *coetaneidad* entre ambas ejecuciones en el *ámbito temporal.* Si bien la violación puede llevarse a efecto antes, durante o después de los actos de apropiación, necesariamente tiene que ser muy próxima a ésta para que el delito complejo se presente.

El acometimiento o coacción son *dobles* en este delito, porque en la apropiación del bien ajeno debe emplearse violencia o intimidación, y para tener el concúbito con la persona afectada, sea o no el o la dueña de la especie, el delincuente tiene a su vez que recurrir a la violencia o intimidación.

De consiguiente, si no se emplea fuerza o intimidación en contra de una persona mayor de catorce años para mantener una vinculación carnal con ocasión de la comisión de un robo, sólo habrá delito de robo con violencia. Otro tanto sucede si la violación se ejecuta temporalmente alejada de la apropiación, cada hecho en ocasiones diferentes; en esta alternativa simplemente se está ante un concurso real de robo con violencia y violación.

c) Hasta hace poco tiempo en nuestro sistema sólo era posible violar a una mujer por vía vaginal, porque el delito de violación consistía en yacer con una mujer, y por tal se entendía el coito vaginal. Las modificaciones que se hicieron al Código Penal, a los delitos contra la libertad sexual por la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, cambiaron el referido sistema. En efecto, conforme a los arts. 361 y 362 pueden ser víctimas de un delito de violación una

[84] Bajo Fernández, op. cit., p. 82.

mujer o un hombre indistintamente, por vía anal, vaginal o bucal. Si la víctima es mayor de catorce años de edad debe concurrir alguna de las circunstancias indicadas en la primera disposición citada (fuerza o intimidación, privación de sentido o trastorno mental); si es menor de esa edad, no son necesarias esas circunstancias para que haya violación; hay delito aunque la relación sea voluntariamente aceptada por el menor. En la actualidad, por lo tanto, un varón puede ser víctima de un robo con violación.

d) La víctima del robo puede ser una persona distinta a la que es objeto de la violación, siempre que esta última acción sea realizada con ocasión y en momentos inmediatos al apoderamiento del bien mueble.[85]

e) Si en el robo se cometen varias violaciones, la situación será semejante a la que se comentó con motivo del robo con homicidio. Al igual como se indicó en aquella oportunidad, con un solo abuso sexual se conforma el delito de robo con violación; las otras violaciones constituyen delitos independientes que deben ser castigados en concurso material o real con aquél.[86]

f) En caso de ser varios los que cometieron el robo y sólo uno o algunos de ellos la violación, responderá cada uno de su dolo, esto es de robo con violación el que realizó la actividad sexual forzada o ilícita y aquellos que física o moralmente colaboraron a esa ejecución. Los que no tuvieron ningún tipo de intervención en el abuso sexual serán responsables de robo con violencia exclusivamente.

C. *Robo con lesiones gravísimas o con mutilación*

En el N° 1 del art. 433 se alude a dos situaciones, la primera a las lesiones denominadas gravísimas, que están descritas en el art. 397 N° 1 (demencia, inutilidad para el trabajo, privación de órgano importante, notablemente deforme) y que tiene una sanción semejante a la del homicidio. La segunda situación se refiere a las mutilaciones, tratadas en los arts. 395 (castración) y 396 (mutilación de miembro más y menos importante). La incorporación de las mutilaciones de miembro importante y menos importante dentro del N° 1 del art. 433 merece reservas;

[85] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 344.
[86] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 83.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

parecería más apropiado haberlas ubicado en el N° 2, dejando sólo la castración y las lesiones gravísimas en el N° 1, en razón de la penalidad de estos delitos, que evidencian una diferente valoración sobre su gravedad.

El tipo subjetivo no ofrece modalidades especiales, salvo respecto de las mutilaciones, que exigen dolo directo, que en principio no sería necesario en las lesiones gravísimas, que se satisfacen con dolo eventual.[87] Las lesiones causadas culposamente quedan excluidas, más aún las fortuitas, por las razones que se señalaron al analizar el robo con homicidio y, además, porque al hacer referencia el art. 433 a los arts. 395, 396 y 397 se está aludiendo a los delitos allí descritos que requieren de dolo, y no a los culposos descritos en el art. 490.

Las mutilaciones como las lesiones comprendidas en el N° 1 del art. 433 podrían cometerse tanto por acción como por omisión, porque la disposición al mencionar las lesiones alude al tipo penal respectivo, que puede perfeccionarse tanto por una acción como por una omisión.

98.3. Pena que corresponde al robo calificado descrito en el N° 1 del art. 433

Las tres hipótesis comentadas en los párrafos anteriores conforman el delito de robo calificado que tiene la sanción más drástica entre los que protegen la propiedad. En efecto, el precepto establece la pena de presidio mayor en su grado medio a muerte.

98.4. Situaciones de robo calificado descritas en el N° 2 del art. 433

A continuación se comentarán los dos últimos casos de robo calificado, que están tratados en el N° 2 del art. 433, o sea el robo con retención de personas y el robo con lesiones del N° 2 del art. 397.

[87] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 344.

A. *Robo con retención de personas*

Constituye robo calificado aquel que se comete *con retención de personas bajo rescate o por más de un día.* Curiosamente el legislador no exigió en este caso que la retención fuera con motivo u ocasión del robo, pero debe concluirse que va subentendida dicha exigencia; no se visualiza razón para que en este caso rigiera un criterio diferente.

La presente modalidad de robo constituye, como en las hipótesis analizadas con anterioridad, un delito *complejo,* por cuanto retener personas es privarlas de su libertad ambulatoria, y dejarlas sujetas a la voluntad de sus captores,[88] lo que en el hecho puede dar lugar a un delito de secuestro, de detención ilegítima y aun, tratándose de menores, de sustracción de menores. De modo que fuera del robo, debe privarse de libertad a una o más personas con motivo o a consecuencia de la acción de apoderamiento.

La retención puede ofrecer dos modalidades: a) privar de libertad a una o más personas exigiendo *rescate* o b) manteniendo esa retención por más de un día. En general, este precepto alude a la frecuente práctica de tomar rehenes para asegurar la impunidad del hecho, lo que ha llevado al legislador a dar un tratamiento más estricto a esta forma de cometer el delito contra la propiedad.

La voz *rescate* tiene un alcance normativo: cualquier beneficio vinculado con el delito de robo, sean medios materiales para facilitar la huida, sumas de dinero, o beneficios de otro orden, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria. En todo caso, para que este tipo de robo se presente tiene que existir, de manera independiente a la exigencia de rescate, una apropiación de cosa mueble; al no existir esta última faltaría la actividad fundamental para la existencia del delito. Es suficiente que se retenga a una persona exigiendo el rescate, no es necesario que el delincuente alcance éxito en su pretensión, de modo que si no se paga lo que exige para la liberación del o de los rehenes, el tipo robo con retención opera.

La segunda hipótesis supone la retención de personas, pero es necesario que la privación de libertad a la que queden sujetas

[88] T. S. Vives, op. cit., p. 845.

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

dure más de un día. Esta exigencia se explica porque lo frecuente en estos delitos será que, por lo menos unos momentos, la víctima y demás afectados queden privados de su libertad material, pero mantenerlos en tales condiciones por más de un día es algo excesivo que motiva el agravamiento del hecho. En la alternativa de que el retenido fuese un menor, podría presentarse un problema de concurso con el delito de sustracción de menores, sancionado en el art. 142 con una pena más grave que la asignada al delito de robo con retención de persona, y cuyo desvalor no parece quedar comprendido en el N° 2 del art. 433.

B. *Delito de robo con lesiones simplemente graves*

La segunda modalidad de robo calificado que considera el N° 2 del art. 433 se presenta cuando con motivo u ocasión del mismo se causan lesiones simplemente graves, que son aquellas que provocan una enfermedad o incapacidad para trabajar por un lapso superior a treinta días (art. 397 N° 2). Estas lesiones deben inferirse hiriendo, golpeando o maltratando de obra a la persona afectada, pero también comprende a aquellas que se infieran recurriendo a los medios señalados en el art. 398, o sea suministrando a sabiendas substancias o bebidas nocivas y aun abusando de su flaqueza de espíritu. Se hace alusión exclusiva a las lesiones dolosas, quedan marginadas las atribuibles a culpa, sin perjuicio de que se sancionen separadamente en concurso real con el robo.[89]

Pena que corresponde al robo calificado descrito en el N° 2 del art. 433

La sanción que el precepto determina es menos rigorosa que la señalada para el robo calificado en el N° 1 de la disposición citada; le corresponde la de presidio mayor en su grado medio a máximo. Como se puede observar, el grado base de la pena es igual en ambos casos –presidio menor en su grado medio–, pero el máximo sufre una evidente disminución. Sin perjuicio de lo anotado, la reacción penal en esta figura merece las mismas reservas que se insinuaron al tratar la situación del N° 1 del art. 433.[90]

[89] Cfr. Bustos, op. cit., p. 212; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 345.
[90] Véase supra, párrafo N° 93.1.

El delito de robo por sorpresa

99. DESCRIPCIÓN DEL DELITO

Este tipo penal se encuentra descrito por el art. 436, inciso segundo, en los siguientes términos: "Se *considerará* como *robo* y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, 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*".

La disposición crea un tipo penal que tiene características muy especiales; se trata de una figura intermedia entre el hurto y el robo, porque en su comisión no concurre la violencia en el concepto que de ella se tiene en el robo con violencia y, de otro lado, tampoco se da la clandestinidad normalmente inherente al hurto. Jurídicamente constituye un tipo puente entre esos dos extremos. Su mantención en el sistema penal resulta discutible desde una visión política criminal y aun 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.

El tipo penal tiene que cumplir con todas las condiciones objetivas y subjetivas inherentes al delito de hurto, sin perjuicio de que presente modalidades especiales en dos aspectos: el objeto material de la acción y las modalidades de ejecución de esta última.

100. OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

Se debe recordar que el delito de robo, al igual que el de hurto, puede tener como objeto material sólo cosas muebles corporales de valor apreciable en dinero, y puede ser de cualquiera naturaleza y encontrarse en cualquier lugar, siempre que cumpla con los caracteres preindicados. En el delito de robo por sorpresa la acción sólo puede recaer sobre el dinero y demás especies muebles *que la víctima lleve consigo.* El robo por sorpresa se caracteriza entonces porque la acción expropiadora del agente se ejerce

directamente sobre la persona de la víctima, pues las especies sustraídas las debe tener consigo el sujeto pasivo.

Pero no es necesario que la víctima sujete o tenga en sus manos la cosa sustraída, es suficiente que la lleve sobre sí, o en sus ropas, o puede encontrarse a su disposición en condiciones de que en cualquier momento las vuelva a tomar, como sucede con el que deja su sombrero en el mesón de la oficina del banco para firmar un cheque, circunstancia que aprovecha el delincuente para sorprenderlo llevándoselo. Como bien señala Etcheberry, *llevar consigo puede consistir en tener algo puesto,* como la ropa, o guardarlo sobre la propia persona o en los bolsillos de la ropa, o tenerlo cogido, como un portadocumentos o una maleta.[91]

101. MODALIDADES DE EJECUCIÓN DE LA ACCIÓN

La actividad de apoderamiento de la cosa ajena, para que quede subsumida en el tipo robo por sorpresa, debe adoptar determinadas modalidades que el art. 436 describe taxativamente. La acción de sustracción, como se adelantó, es semejante a la del hurto –si bien no es totalmente clandestina– y puede acercarse a la violencia propia del robo, aunque no alcance la intensidad necesaria para constituirla. Por ello se considera que es un tipo que está en el límite superior del hurto y en el inferior del robo.

Las modalidades de las conductas descritas por el inciso segundo del art. 436 cumplen con las modalidades anotadas, y son las siguientes: a) por sorpresa, b) aparentando riña en lugares de concurrencia y c) haciendo otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión.

A. *La sorpresa*

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 delincuente, en

[91] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 346.

estas hipótesis, sobrepasa en su actividad el límite de clandestinidad propia 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.

La sorpresa radica en la posición de desaprensión en que se encuentra la persona objeto del delito, que le impide proteger sus pertenencias en el momento en que le son arrebatadas, posición que el delincuente simplemente se limita a aprovechar y que otras veces él mismo promueve (el individuo que simula un desmayo y cuando la víctima se acerca para auxiliarlo le arrebata los anteojos que usa).

B. *Aparentando riñas en lugares de concurrencia*

La señalada es otra forma de cometer el delito de robo por sorpresa. Consiste en simular el delincuente una riña –que en realidad no existe– en un lugar donde haya posibilidad de público que la observe o preste atención, circunstancia que aprovecha otro delincuente para sustraer subrepticiamente las cosas que lleve consigo la concurrencia; esta modalidad supone la participación de varios sujetos.

Por *riña* se entiende una pendencia o reyerta en que intervienen varias personas, que en este caso debe ser *simulada;* esto último es fundamental para que el hecho pueda adecuarse al delito de robo. Si el ladrón se limita a sustraer especies de las personas que observan una riña real, comete simplemente hurto y no robo.

Las características de esta clase de robo, que a su vez lo diferencian de la hipótesis comentada en la letra a), son las siguientes: primero, el delito tiene que ser cometido por más de una persona en coautoría, pues unas deben aparentar que están peleando en tanto otra u otras se apoderan de las especies de los que los observan. Segundo, la sustracción de las especies a los transeúntes es clandestina, 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.

C. *Haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión*

La tercera manera de cometer el delito de robo por sorpresa tiene cierta semejanza con la situación expuesta en la letra b). Normalmente requerirá la intervención de varios sujetos previamente concertados, aunque podría, de manera excepcional, ser un delincuente solitario. Se trata de crear situaciones de agolpamiento o de simple confusión, que involucren desorden, dirigido a distraer a las víctimas a las cuales enseguida se les sustraen clandestinamente las cosas que tienen consigo. El agolpamiento puede ser simulado o verdaderamente creado por el autor. Como en el caso anterior, no comete robo el sujeto que aprovechándose de una situación de real confusión –no creada por él– procede a apoderarse de lo ajeno; en este caso sólo responderá de hurto.

102. SANCIÓN QUE CORRESPONDE AL ROBO POR SORPRESA

Esta figura se presenta como intermedia entre el hurto y el robo con violencia; sin embargo, el legislador la trató entre las de robo. Es probable que por esa razón no haya seguido el criterio que tuvo para castigar el delito de hurto que, como se recordará, la determinación de su pena depende del valor de las especies que se sustrajeron. En el robo por sorpresa la pena está establecida sin considerar la cuantía del perjuicio causado a la víctima; cualquiera sea el monto afectado, corresponde imponer la pena única de presidio menor en su grado medio a máximo, sin multa, a diferencia del delito de hurto, que aunque de menor gravedad sí la tiene.

103. FIGURAS ESPECIALES DESCRITAS ENTRE LOS DELITOS DE ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

103.1. La piratería

Es el art. 434 el que la describe: "Los que cometieren *actos de piratería* serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo".

Es una figura que tiene un carácter histórico y que en otras legislaciones ha sido eliminada de los delitos que afectan a la propiedad. La Comisión Redactora en un comienzo consideró, a iniciativa de Alejandro Reyes, miembro de la misma, que este delito debía reglarse entre aquellos que atentan contra la seguridad pública del Estado.[92]

En definitiva, la Comisión Redactora lo ubicó entre los tipos de robo, en el párrafo 2°, "considerando que este delito no es por lo general sino una especie de robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra". En ese entendido, en el art. 437 del Proyecto de la Comisión, hizo aplicable la pena del delito de robo "en todo caso a los piratas".[93]

No es fácil precisar la noción de este delito, y no deja de ser curioso que la Comisión prefirió castigar al pirata, por ser tal y no por los actos que comete, pero felizmente la Ley N° 13.303, de 31 de marzo de 1959, modificó el texto del art. 434 y volvió al camino acertado de reprimir las *acciones de piratería* y no a las personas por el hecho de dedicarse a esa actividad ilícita. En el sistema nacional la piratería, que era un delito de peligro, en virtud de la modificación pasó a convertirse en delito de lesión o resultado.[94]

El problema se suscita en precisar qué es lo que para los efectos normativos represivos ha de entenderse por "actos de piratería"; no es una noción que se encuentre determinada en su alcance en el art. 434, y tampoco se suministran criterios para establecerlo. Carrara sostuvo que la piratería depende de los criterios político-criminales que se tengan. Si se producían muertes se estaría ante un latrocinio; observado desde el derecho de gentes la piratería se consumaba por el solo hecho de artillar una nave para dedicarla a esos actos depredatorios; pero también podría considerarse como un hurto calificado por el medio o lugar de ejecución (el mar).[95] En este último caso, como bien expresa Soler, el sujeto que sustrae en un buque el reloj a un pasajero, sin más violencia que las propias al robo común cometería piratería, cuando en realidad se trata de un robo; por ello concluye que

[92] Acta de la Comisión Redactora N° 26, de 27 de marzo de 1871.
[93] Acta de la Comisión Redactora N° 164, de 2 de julio de 1873.
[94] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 349.
[95] Carrara, op. cit., t. 6°, p. 185, párrafo 2149.

pirata es aquel que recorre los mares en un bajel armado para cometer actos de depredación o violencia por propia autoridad.[96] Quintano Ripollés, siguiendo a Travers, califica como piratería el acto de violencia perpetrado a mano armada en el mar por expediciones provenientes del mar.[97] Labatut estima que son "ladrones de mar, que salen en buque armado y sin bandera a asaltar otros buques o pueblos costeros".[98]

Si bien en la actualidad ofrece poco interés, conviene diferenciar al pirata del corsario, porque así se precisa el alcance de la norma. Este último es el sujeto que con una nave realiza actos de piratería en favor de un país determinado, facultado expresamente por ese Estado, generalmente en casos de conflicto bélico con otras naciones; en tanto que el pirata realiza esa actividad por cuenta y beneficio propio. El corsario como actividad ha sido abandonado en nuestra época y carece de reconocimiento en el derecho internacional.

La *pena que corresponde* a los actos de piratería es elevada –presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo–, pero es inferior a la del robo calificado.

103.2. Delito de extorsión

a) Concepto del delito. Bien jurídico protegido

Esta figura especial se describe en el art. 438, que expresa: "El que para *defraudar* a otro le obligare con *violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar* un instrumento *público o privado* que importe una obligación *estimable en dinero,* será castigado, como culpable de robo, con las penas respectivamente señaladas en este párrafo".

El delito de extorsión, en la forma como está descrito en el Código, suscita dudas en cuanto a su ubicación entre los robos; su enunciado comienza señalando que lo perseguido por el agente es *defraudar,* lo que podría proyectar el hecho al campo

[96] Soler, op. cit., t. IV, p. 580.
[97] Quintano Ripollés, op. cit., t. 2°, p. 13.
[98] Labatut, *D.P.,* t. II, p. 222.

de los fraudes. Pero cualquiera sea el criterio que se tenga sobre el punto, lo concreto es que el legislador lo calificó como una modalidad de los delitos de robo.

Sectores de la doctrina estiman que también presentan diferencia, en cuanto al bien jurídico que protegen, los delitos de robo y hurto. Se afirma que si bien la extorsión ampara la propiedad, no es en relación al derecho referido a un bien determinado mueble, sino de actos que atentan al patrimonio en general, como el reconocimiento de una deuda, o la extinción de ella.[99] Además, a diferencia del robo y el hurto, en la extorsión pueden resultar comprometidos no sólo bienes muebles, sino también inmuebles,[100] según sea la naturaleza del contenido del documento objeto material del delito, por cuanto el documento en sí mismo carece de valor o tiene uno que es mínimo.

b) El tipo objetivo del delito

La conducta prohibida consiste en obligar a otra persona mediante la violencia o la intimidación a que *suscriba, otorgue* o *entregue* un documento. El documento puede ser *público* o *privado,* pero en todo caso ha de importar una *obligación* estimable en *dinero.*

Es útil comentar cada uno de estos elementos del tipo objetivo.

El sujeto activo, que puede ser cualquiera persona, porque la extorsión es un delito *común,* obliga a la víctima a que realice alguna de las tres acciones antes indicadas. *Suscribir* un documento supone que el delincuente le presenta al extorsionado un instrumento *escrito;* la voz *instrumento* hace referencia a algo escriturado, manera como generalmente se constituyen las obligaciones; la víctima se limitará a suscribirlo. *Otorgarlo* es una forma distinta de actuar; en este caso el extorsionado debe él mismo extender el documento según las instrucciones que le dé el delincuente. *Entregar* un instrumento significa que éste tiene existencia previa en su integridad, y lo único que persigue el agente es apoderarse del mismo; esta modalidad presenta más similitud con el robo que las otras formas de extorsionar; lo perseguido en este caso es exactamente el apoderamiento de una cosa ajena, lo que no

[99] Bustos, op. cit., p. 215.
[100] Muñoz Conde, op. cit., p. 223.

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

sucede en las otras dos alternativas que se dirigen a lograr la creación de un documento inexistente hasta ese momento o, por lo menos, a completarlo; en estos dos casos la diferencia de este delito con el robo es más notoria.

El *objeto material de la acción* necesariamente tiene que ser un *instrumento,* la actividad del extorsionador, como objetivo inmediato persigue la entrega del instrumento preexistente o la confección de uno inexistente y su entrega posterior. No se trata de cualquier documento, sino de uno que importe una *obligación apreciable en dinero,* como podría ser un pagaré o el finiquito de una deuda. De manera que la entrega de una carta privada, de una poesía, de un pensamiento, o la suscripción de un autógrafo, aunque sean obtenidos con violencia, no constituyen extorsión, sin perjuicio de que puedan conformar otro tipo penal. Como se señaló precedentemente, existe la posibilidad de comprometer un inmueble en la extorsión, porque el documento puede consistir en una escritura pública donde se transfiere un bien raíz. La extorsión se extiende a los documentos *públicos y a los privados,* ambas categorías quedan comprendidas por el art. 438; el alcance que se debe otorgar a esas expresiones es el que se señaló al comentar los delitos de falsedad.[101]

La acción del extorsionador se caracteriza por la exigencia de que se le entregue o extienda un documento ejerciendo la *violencia o la intimidación* en contra de una persona. Ambos medios han sido explicados ampliamente al comentar el delito de robo en los párrafos precedentes, los que aquí se dan por reproducidos.

c) El tipo subjetivo

La extorsión requiere de dolo, que por la naturaleza del delito debe ser directo, porque tiene que abarcar todos los extremos del tipo objetivo antes descrito, esta exigencia margina en la extorsión la posibilidad de dolo eventual. Además requiere de un elemento subjetivo, el móvil de *defraudar; es necesario* que el agente al accionar en contra de la víctima, lo haga con el ánimo de causar un perjuicio en el patrimonio de aquella. Es suficiente que el autor actúe con ese móvil, pero no se requiere para la con-

[101] Véase supra párrafos N°s 27 y 28.

sumación del delito que ese perjuicio se concrete, el tipo penal establece que debe actuarse con ánimo de defraudar, no que el perjuicio se materialice.[102]

Sectores de la doctrina sostienen, con razón, que debe mediar subjetivamente, además del dolo y el ánimo de defraudar, el *ánimo de lucrar* en el agente, porque el art. 438 asimila esta figura al robo y la describe entre esos delitos, en consecuencia, la exigencia del art. 432 en el sentido indicado es aplicable también a la extorsión, de manera que quien pretende extorsionar a otro debe hacerlo con el móvil de obtener un beneficio de orden patrimonial para sí o para un tercero,[103] además de perjudicar a la víctima.

d) Consumación del delito, etapas de ejecución

La extorsión se perfecciona cuando el sujeto pasivo entrega el documento reclamado, sea que lo haya extendido o suscrito o se encuentre previamente confeccionado. Con ese acto el tipo queda consumado, sin que sea necesario que la víctima sufra un perjuicio en su patrimonio, porque como se anotó precedentemente, es suficiente el ánimo de defraudar, no que la defraudación se materialice. De consiguiente, la extorsión es un delito de peligro concreto y no de resultado;[104] queda descartada, por lo tanto, la etapa de frustración. Sin embargo, como su desarrollo hace necesaria la ejecución de varios actos es posible la tentativa.

e) Concurso

El delito consiste en extender, suscribir o entregar un documento público o privado, de suerte que si se trata de destruirlo o inutilizarlo, esa conducta no constituye el tipo en estudio, sino la figura de estafa descrita en el art. 470 N° 5, siempre que se den los presupuestos de la referida figura, donde el perjuicio es uno de sus elementos. La simple firma de un papel en blanco tampoco lo es, porque el mismo no contiene ninguna obligación

[102] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 177. En sentido contrario opina Bustos (op. cit., p. 216).

[103] Cfr. Bustos, op. cit., p. 216.

[104] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 351. Opina de modo diverso Bustos, quien afirma que la extorsión es un delito material que se perfecciona cuando se causa realmente el perjuicio (op. cit., p. 216).

LA LEY OBRA DE LIBROS EN UN DELITO. LEY N° 7.336

en dinero, si bien se piensa que podría constituir una tentativa cuando el autor lo exige para llenarlo posteriormente con una obligación con significación económica.

El delito de robo con fuerza en las cosas

104. ASPECTOS GENERALES

En la frondosidad de alternativas que ha considerado el Código al tratar los delitos contra la propiedad, se encuentra la de esta clase de robos, que tampoco es una figura única, sino una variedad de ellas más extensa aun que la que establece para los delitos de robo con violencia en las personas.

La Comisión Redactora recogió el antiguo sistema español que, como bien señala Quintano Ripollés, le otorgaba al robo una amplitud desmesurada frente a la visión que de él tenían otros ordenamientos jurídicos[105] y, desgraciadamente, las modificaciones que en relación a este delito se han ido haciendo en el país hasta nuestros días, en lugar de corregir esa anomalía, la agrava. No obstante, la tendencia doctrinaria dominante es suprimir esta modalidad de robo y considerar algunas de las circunstancias que lo conforman como agravantes del delito de hurto.[106]

Es útil recordar lo que manifestó Osvaldo Renjifo en la Comisión cuando se preparaba la redacción del párrafo sobre estos delitos: "que había encontrado serias dificultades para redactar el proyecto que se le encomendó en la sesión precedente. Según la ley patria sobre hurtos y robos, la diferencia esencial entre uno y otro conjunto de figuras consiste en la violencia que se ejerce sobre las personas, que caracteriza al segundo grupo. En el sistema del Código español y de otros códigos extranjeros, para que haya robo basta la fuerza contra las cosas, aun cuando no afecta a las personas. Entre esas dos posiciones se prefiere la primera, más conforme con el significado jurídico de las palabras hurto

[105] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 310.

[106] Léase sobre este punto el interesante trabajo de Jorge Mera, que se cita en la bibliografía.

y robo".[107] La Comisión tomó en esa oportunidad el acuerdo de mantener el criterio del Código español, de considerar como delitos distintos el hurto y el robo y rechazar la idea de que este último era una especie del *género* hurto.

105. CONCEPTO DEL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

Estos delitos están descritos en el párrafo N° 3 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal; no constituyen una sola figura, sino varias y, en general, tienen sanciones menos rigurosas que los delitos de robo con violencia en las personas, pero más graves que las del hurto. Dadas sus características y la sanción que les corresponde constituyen un tipo penal intermedio entre el hurto y el robo con violencia.

Las diferencias más ostensibles que tienen con el delito de hurto inciden en que en éste se lesiona un solo bien jurídico, la propiedad, en tanto que en los de robo –además de ese bien– se lesionan la vida humana, la integridad física o la libertad, en el caso del robo con violencia o intimidación, y cuando se trata del robo con fuerza en las cosas la morada o la privacidad. Se controvierte, sin embargo, que esta última circunstancia sea suficiente para establecer como tipo independiente el robo con fuerza, porque no se extiende a todos los casos de fuerza material que se emplean en la comisión de una sustracción, como se verá al analizar lo que normativamente es fuerza para estos efectos.

La definición del delito de robo se da en el art. 432, que sanciona al que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia de cosa mueble ajena usando de fuerza en las cosas, y sin emplear violencia o intimidación en las personas. El delito de robo en estudio, al igual que el de hurto, tiene elementos positivos y uno negativo: no ejercer violencia o coacción en contra de las personas. Aunque se dé la situación de fuerza necesaria para el delito de robo con fuerza en las cosas, si ha habido además violencia o intimidación, prefiere el tipo de robo con violencia o intimidación en las personas (art. 453).

[107] Acta de la Comisión Redactora N° 92, de 7 de junio de 1872.

Las diferencias y semejanzas del delito en estudio con el hurto son claras y fluyen del concepto antes anotado. Tienen como elementos comunes el obrar sin la voluntad del dueño, tener ánimo de lucrar y de apropiarse de una cosa mueble ajena. Los diferencia el empleo de *fuerza en las cosas,* que no se debe usar en el hurto, pero sí en el robo. En el hecho, es la única diferencia que los separa.

En el Código se describen distintas formas de robo con fuerza: a) en lugar habitado, o destinado a la habitación o en sus dependencias (art. 440); b) en lugar no habitado (art. 442); c) en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación (art. 443), y d) robo de alambres de tendido eléctrico, cables telefónicos y análogos (art. 443 inciso 2°).

106. ELEMENTOS GENERALES DEL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. QUÉ CONSTITUYE FUERZA

Se ha adelantado en los párrafos precedentes que la única diferencia del hurto con el delito en estudio es el medio de comisión, esto es, el empleo de fuerza en las cosas. De lo dicho se desprende, a su vez, que los elementos típicos tanto objetivos como subjetivos de ambos son iguales, de modo que lo que se ha expuesto sobre ellos en el hurto es aplicable al robo con fuerza y se da por reproducido.

Es la *fuerza* en las cosas empleada la que le da identidad a estos delitos de robo; todos constituyen apoderamiento de cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrar, pero se distinguen por la modalidad de fuerza empleada por el autor al realizar la acción de apropiación, como las circunstancias en que se ejerza y sus características. Cada tipo de robo requiere de una modalidad determinada de fuerza, lo que hace imperativo para comentarlas examinar las diversas figuras descritas por la ley penal.

Sin perjuicio de lo anotado, hay condiciones o características que son comunes a todas las modalidades de fuerza reconocidas como tales por el Código, las que se explicarán a continuación.

I. En principio, por "fuerza" para estos efectos ha de entenderse la de naturaleza física empleada para vencer resistencias

u obstáculos materiales que impiden el apoderamiento de la cosa ajena. Si bien esta es la regla general, el legislador asimiló al uso de la fuerza ciertos medios engañosos que no quedarían semánticamente comprendidos en aquella expresión y que describe en el art. 440 N° 3, que más bien son medios destinados a ganar la confianza de la víctima para facilitar el apoderamiento posterior (v. gr., emplear nombres supuestos o simular autoridad).

II. A la voz *fuerza* no puede asignársele el alcance que tiene en el lenguaje corriente, porque el legislador la usa con un sentido normativo. Siempre hay que realizar un esfuerzo físico, por pequeño que sea, para llevar a término el apoderamiento de un bien, aun para el simple hecho de tomarlo. Desde este punto de vista también habría que emplear fuerza material para concretar el delito de hurto. Pero no es ese el punto; la fuerza en el robo requiere de ciertas modalidades especiales que han sido señaladas expresamente por la ley, y en consecuencia no siempre que se emplee fuerza en una sustracción hay robo. Trepar un muro por el exterior de una casa y descolgar desde uno de sus balcones la jaula con finas aves que hay en él, es hurto y no robo porque no entró al lugar habitado; arrancar violentamente una cerca de madera en un camino para usarla como leña es hurto y no robo. La ley, en casos específicos, ha ido señalando qué entiende por fuerza, porque el Código no ha dado un concepto genérico de lo que la constituye; como lo ha hecho con demasiada frecuencia, prefiere incurrir en una casuística detallada.

III. La fuerza en el delito de robo no tiene como objetivo tomar la cosa misma, sino vencer o superar los *medios de protección de esa cosa.* La fuerza sancionada en el robo está dirigida a violentar los dispositivos de resguardo del bien ajeno con el fin de apoderarse del mismo, no es fuerza para la ley la que se emplea para tomar ese bien; esto explica que arrancar un árbol o un poste en un camino público sea hurto y no robo. Por otra parte, constituye *fuerza en las cosas* entrar a un lugar cerrado fracturando techos, saltando muros, haciendo forados, porque esos techos y muros son los medios de protección de lo que se guarda en el interior de ese lugar, y esos bienes que están guardados son los que le interesan al ladrón. Una de las críticas que se hace a la sobrevi-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

vencia del delito de robo radica en esos aspectos, no se visualiza una razón jurídicamente valedera para castigar como autor de robo con fuerza en las cosas al sujeto que entra por la ventana abierta a la casa desde donde sustrae un televisor, y sin embargo se castiga como autor de hurto si se lleva el televisor de la misma casa cuando entra por la puerta que se encontraba abierta.[108] En ambos casos, además de la propiedad, se ha atentado a la intimidad de la morada.

IV. En el delito de robo la fuerza en las cosas necesariamente debe ser empleada para superar o vencer los medios de protección de la cosa, de manera que se ha de usar con motivo del apoderamiento, para facilitar la acción posterior de tomar el objeto mueble ajeno. Por lo tanto, la fuerza que emplee el autor con posterioridad al apoderamiento del bien, jurídicamente no constituye fuerza, aunque materialmente lo sea. Así, el ladrón que entró por la puerta de la casa y luego de haberse apoderado de las joyas de los dueños huye forzando una ventana, responde de un hurto y no de robo. Otro tanto sucede con el que sustrae la caja de fondos de un comerciante, y después en su propia morada procede a forzarla. La modalidad indicada del empleo de la fuerza constituye una diferencia de esta clase de robo con el robo con violencia o intimidación en las personas, donde la violencia puede usarse con motivo o con ocasión del delito, esto es antes, durante y después de la apropiación, en tanto que en el robo con fuerza en las cosas necesariamente debe usarse antes, precisamente para lograr el acceso al lugar donde se encuentra la cosa ajena, nunca con posterioridad.

En los párrafos siguientes se analizarán las distintas clases de robo con fuerza en las cosas sancionadas por el Código Penal; esto es el cometido en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, el cometido en lugar no habitado, el perpetrado en lugares nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación y, finalmente, el robo de cables de tendidos eléctricos, telefónicos y semejantes.

[108] Bustos, op. cit., p. 200.

107. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR HABITADO O DESTINADO A LA HABITACIÓN O EN SUS DEPENDENCIAS

107.1. Concepto del delito

El art. 440 se refiere a este delito en los siguientes términos: "El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en *lugar habitado* o *destinado a la habitación* o en sus *dependencias,* sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:

1°. Con *escalamiento,* entendiéndose que lo hay cuando se *entra* por vía no destinada al efecto, por *forado* o con *rompimiento de pared o techos,* o *fractura de puertas o ventanas.*

2°. Haciendo uso de *llaves falsas,* o *verdadera que hubiere sido substraída,* de *ganzúas u otros instrumentos semejantes* para *entrar* en el lugar del robo.

3°. *Introduciéndose* en el lugar del robo mediante la *seducción de algún doméstico,* o a favor de *nombres supuestos* o *simulación de autoridad".*

Esta disposición se ha mantenido en el tiempo y, en general, corresponde al texto que aprobó la Comisión Redactora cuando por primera vez analizó este delito, si bien sin la exigencia de que debía portar armas el delincuente y suprimiendo la cuarta alternativa que en esa época se había incorporado: cometerlo en despoblado y en cuadrilla,[109] circunstancias ambas que con posterioridad fueron suprimidas.

El sistema seguido por el Código no es recomendable, porque no entrega un concepto general de lo que debería entenderse por fuerza en las cosas, simplemente hace una minuciosa enumeración de los casos en que considera que la hay, dejando fuera a diversas hipótesis a las cuales debería haberse extendido el concepto de fuerza, y viceversa, lo que se ha traducido en su aplicación práctica, en situaciones claramente inadecuadas. Se deben sancionar como robos comportamientos evidentemente menos graves que otros que sólo son encuadrados como delitos de hurto, a pesar de emplearse medios de comisión de mayor trascendencia en cuanto a su peligrosidad.

[109] Acta de la Comisión Redactora N° 92, de 7 de junio de 1872.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

107.2. Qué se entiende por lugar habitado, destinado a la habitación y sus dependencias

El Código Penal no ha sido explícito al hacer referencia a los conceptos del enunciado; para determinar su alcance ha de estarse al que se les dio en esa época a las expresiones y, sobre todo, a las circunstancias que motivaron su establecimiento, al contexto de los preceptos legales, como asimismo a la aplicación práctica que los tribunales les han dado.

Con fundamento en lo señalado, se puede asignar el siguiente significado a cada una de las expresiones indicadas en el subtítulo.

Lugar habitado es aquel recinto cerrado o no, pero que está en alguna forma delimitado, y que una persona o un grupo de personas destina para la habitación, le da ese uso y, además, en el momento en que se comete el delito está presente en él alguno de sus moradores. Lugar habitado en materia de robo equivale al concepto civil de morada, o sea, el lugar en que una persona habita, descansa, duerme y desarrolla su vida íntima, además, requiere también para serlo que en el instante de llevarse a cabo la apropiación por el delincuente se encuentren allí personas, que en ese momento esté físicamente habitado. Normalmente será una casa habitación, pero no necesariamente; puede comprender cualquier recinto que una persona haya destinado y ocupe para los efectos recién indicados, aunque se trate de una porción de un terreno abierto (un departamento en un condominio, una carpa en un bosque, una casa rodante, etc.).

El concepto a que se ha hecho referencia se desprende de los arts. 442 y 443, el primero de los cuales alude a *lugares no habitados* y el segundo a *sitios no destinados a la habitación*. La disposición legal se refiere a "sitios" no destinados a la habitación, lo que supone a su vez que hay "sitios" destinados a la habitación los que entonces entendió que quedaban comprendidos entre los "lugares" habitados, de manera que esa expresión abarca tanto los recintos protegidos y construidos para ese objetivo, como cualquier lugar que de hecho se ocupe con tal finalidad, aunque se trate de un mero sitio donde alguien instale su habitación, que more allí y que en el momento en que el delito se comete se encuentre presente.

Lugar destinado a la habitación es aquel que cumple con las condiciones antes indicadas, o sea se trata de un lugar ocupado como morada, pero que en los instantes en que el robo se comete sus moradores se encuentran ausentes, no están circunstancialmente en el lugar.

Por lo tanto, lugar habitado y destinado a la habitación son una misma cosa, con la diferencia que en el primero hay personas presentes cuando el robo se está realizando y en el segundo están ausentes.

El alcance indicado fluye al comparar el art. 440 con el art. 442, que trata de los robos cometidos en *lugares no habitados,* que como se explicará más adelante, se refiere a las construcciones que se hicieron, sea para ser dedicadas a la habitación o con otra finalidad distinta, pero que en el momento de perpetrarse la sustracción no han sido en el hecho ocupadas por nadie como morada (una industria, un local comercial, una casa habitación recién construida y aún no ocupada como tal, un teatro).

107.3. Dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación

Son aquellos recintos *subordinados* al lugar habitado, "como los patios, jardines, garajes, y demás sitios y edificios *contiguos* a la construcción principal, en *comunicación interior* con ella y con la cual *forman un solo todo*",[110] de suerte que subordinación, contigüidad, comunicación y la idea de conjunto son las características de las dependencias.[111] Los sitios destinados a huertas o cultivos en general y a labores productivas no quedan comprendidos en la noción de dependencia, aunque en ellos se encuentre un recinto habitado.[112]

[110] Labatut, *D.P.*, t. II, p. 224.

[111] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 322.

[112] Respecto de los conceptos de lugar habitado, destinado a la habitación y sus dependencias, los amplios razonamientos de Etcheberry (*D.P.*, t. III, pp. 321 y ss.) sobre el punto son los que aparecen como más ajustados a la voluntad de la ley y a los antecedentes de su establecimiento, y también con los fines de política criminal que se tuvieron en vista, aunque hoy resulten discutibles y merezcan una urgente revisión. Como bien señala el referido autor, las otras disposiciones del Código que a veces hacen referencia a esta materia no aclaran mayormente el

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

107.4. Modalidades de la acción

Se hizo notar que la acción de apropiación en el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado no ofrece características que lo diferencien de la acción inherente a los demás delitos de apropiación por medios materiales, salvo en cuanto a la naturaleza de la fuerza empleada, que se encuentra taxativamente descrita en el art. 440, que se analizará a continuación. Se debe insistir que todos los medios para cometer el delito a que alude la disposición y que califica como constitutivos de fuerza, tienen como objetivo *entrar al lugar* habitado o a sus dependencias, y subjetivamente han de estar dirigidos a permitir el acceso al lugar donde se encuentre la cosa mueble que será objeto de la apropiación. Si el autor se introduce al recinto habitado empleando alguna de las maneras que se describen en la disposición citada, pero con objetivos diversos al de apoderarse de alguna cosa, como sería el caso de visitar clandestinamente a uno de los moradores con quien mantiene una relación sentimental, y ya en el interior al ver un cuadro que le interesa lo sustrae, comete hurto pero no robo, porque la forma irregular de entrar a la casa no fue *para* robar, sino juntarse con una persona.

107.5. Escalamiento

La primera forma de fuerza que menciona el art. 440 es el escalamiento, y junto con considerarla se preocupó de dar una noción sobre lo que debía entenderse por tal; en el N° 1 expresa: "entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto", pero a continuación agregó: "por forado o con rompimiento de pared o de techos, o fractura de puertas o ventanas".

La primera parte transcrita es el concepto estricto de escalamiento; la segunda hace referencia a lo que se denomina *efracción,* pero que la ley asimila al escalamiento.

---

problema interpretativo, pero por lo menos dejan en claro que no es lo mismo "habitar" que estar físicamente en el lugar; así, en el delito de incendio el art. 475 N° 1 se refiere al que se ejecutare en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados. El art. 476 N° 1 castiga al que incendiare un edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado, y otro tanto hace en su N° 2 respecto del que dentro de un poblado incendiare cualquier edificio o lugar, aunque no estuviere destinado ordinariamente a la habitación.

El escalamiento en sentido estricto consiste en emplear, para *entrar* al lugar habitado, una vía que no ha sido destinada por sus moradores a ese efecto. Esta noción no debe entenderse en su sentido gramatical o naturalista, sino normativo, porque lo que el legislador ha pretendido es sancionar con más drasticidad aquellos comportamientos que evidencian que el delincuente emplea un mayor esfuerzo o destreza para vencer los medios de protección de la cosa ajena, en los que hay una mayor audacia de su parte porque no sólo se apropia de la especie, sino que, a su vez, infringe los resguardos de la privacidad de la víctima. Saltar un muro o una reja para penetrar al lugar es una vía no destinada al efecto en el sentido de la ley, pero no lo es levantar la pierna para traspasar el cerco de muy baja dimensión que rodea la vivienda, o penetrar por la ventana abierta, ubicada a muy poca altura del piso,[113] o hacerlo por los orificios preexistentes en el muro protector,[114] que en esas condiciones ya ha dejado de serlo. Los ejemplos que se señalan en la efracción son demostrativos de esa voluntad de la ley, en el sentido que el escalamiento debe tener cierta gravedad, y no consistir en cualquier acto que formalmente calce en el enunciado del N° 1° del art. 440.[115]

La vía no destinada al efecto en que consiste el escalamiento tiene por objeto *entrar* al lugar cerrado, de manera que si ya en el interior de una casa el delincuente procede a introducirse a una de sus dependencias por la claraboya o por cualquier medio que no sea el acceso normal de esa dependencia, para los efectos del delito de robo no hay escalamiento,[116] tampoco lo hay si para *salir* se emplea una vía que no es la destinada a ese fin.[117]

No constituye escalamiento el solo hecho de usar escalas o trepar por el exterior del edificio, salvo que se emplee como una forma de penetrar al lugar por un medio distinto al autorizado. Sin embargo se puede entrar por la puerta habilitada y existir

[113] Bustos, op. cit., p. 201.

[114] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 324.

[115] Opinan en sentido diverso al señalado Quintano Ripollés (op. cit., t. II, p. 319); Etcheberry (*D.P.*, t. III, p. 324).

[116] Cfr. Labatut, *D.P.*, t. II, p. 224.

[117] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 203; Bajo Fernández, op. cit., p. 89; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 323.

escalamiento, como sucede cuando el acceso normal a esa puerta es una escala que los moradores recogen una vez que la han usado, dejando la puerta abierta; si los delincuentes trepan a la misma mediante cuerdas con ganchos están empleando una vía no destinada al efecto, que sólo la constituye la escala.[118] La esencia del escalamiento radica en forzar los medios de protección del lugar habitado.

Otro aspecto discutido en el escalamiento incide en si es suficiente sacar la cosa ajena por las vías no autorizadas por el dueño o morador del lugar habitado, como ser introduciendo un brazo o mediante un dispositivo especial (un gancho), o es necesario que el delincuente viole físicamente la intimidad de la morada, que introduzca todo su cuerpo. Mayoritariamente se estima que el escalamiento exige que el delincuente entre materialmente al lugar, porque consiste precisamente en "entrar" por vía no destinada al efecto; introducir un brazo o parte del cuerpo o un gancho no es entrar al lugar.

La *efracción o fractura* técnicamente es un medio distinto al escalamiento, pero normativamente no lo es. Consiste en *entrar* por *forado,* que supone hacer orificios en los muros, techos y cualquier defensa del lugar, en tal forma que por él se pueda introducir al interior; o con *rompimiento de pared o techos,* que comprende cualquier modo de destruir los mismos, sea violentamente o removiéndolos (mover las tejas de un techo); o *fracturando puertas o ventanas,* que es romper parte de ellas o sacarlas, sea violentamente o por medios más diestros, como desatornillarlas o librarlas de sus soportes.[119] Los medios indicados deben cumplir con las condiciones señaladas para el escalamiento estricto, han de emplearse para *entrar* al lugar, no para salir. Si se emplean en el interior del recinto habitado para pasar de una dependencia a otra, por ejemplo, no constituyen efracción.

---

[118] Bustos, op. cit., p. 202.

[119] No concuerda con esto último Etcheberry, quien identifica fractura con violencia, pero aquí se estima que escalamiento –en este caso fractura– importa forzar los resguardos del lugar habitado y que obliguen al autor a emplear fuerza o destreza, lo que en la especie sucede (*D.P.,* t. III, p. 325).

107.6. Haciendo uso de llave falsa, verdadera sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes (art. 440 N° 2)

En este número se mencionan tres tipos de instrumentos que se emplearían para entrar en el lugar habitado: llaves, ganzúas y otros instrumentos análogos. Todos son artefactos destinados a forzar en alguna forma los medios de protección del lugar, no mediante la aplicación directa de la fuerza material, sino a través de usar los referidos instrumentos como medio de abrir las puertas que permitan el acceso. Cada uno de ellos merece una breve explicación.

El primer instrumento que menciona en el N° 2 es la *llave,* especie cuyo fin específico es abrir o cerrar una cerradura. *Cerradura* es un mecanismo destinado a servir de seguro del cierre y apertura de una puerta o tapa, ventana y cosas análogas. La llave es el instrumento hábil para hacer funcionar la cerradura, sea para abrirla y permitir el acceso, o para cerrarla e impedir la entrada. Dentro del concepto llave, en la actualidad se comprenden las tarjetas informatizadas que permiten abrir cierros electrónicos de puertas y ventanas,[120] porque no interesa la forma que tenga, sino la función que el instrumento presta, en este caso abrir o cerrar una cerradura, sin dañarla o romperla. Si se emplea un instrumento como un cortafrío, o un soplete, puede abrirse una puerta, pero previa destrucción del cierre mecánico y por ello escapan al calificativo de llaves.

El Código distingue entre llave *verdadera* y llave *falsa,* la primera –la verdadera– es aquella o aquellas que el dueño destina para su uso. Habrá tantas llaves verdaderas como las autorizadas por el dueño (generalmente en una casa varias personas tienen llaves, porque el jefe de hogar las ha entregado a los diversos miembros de la familia; todas son verdaderas para estos efectos).

Llave *falsa,* en consecuencia, es la que se usa sin autorización del titular, la que excede al número de las permitidas por aquél (llave supernumeraria). Entre las falsas se encuentra la llave perdida por su propietario, la llave retenida por quien estaba autorizado, y que usa después que le fue retirado ese permiso, lo son a su vez los duplicados obtenidos sin autorización.

Llave *sustraída* es aquella verdadera, o sea de las autorizadas, que ha sido sacada subrepticiamente por un tercero que carece

[120] T. S. Vives, op. cit., p. 851.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

de derecho para usarla. Nótese que se hace referencia a una llave *sustraída* y no a una *hurtada,* y ello porque el tercero puede pretender usar la llave únicamente, pero no apropiársela, aun puede devolverla después de que se ha servido de la misma, para disimular u ocultar su acción. Queda comprendido en la expresión *sustraída* el hurto de la llave, pero su alcance se extiende a extremos más amplios que el delito de hurto.

Puede ofrecer duda si la llave de un candado queda o no comprendida entre aquellas a las cuales hace alusión el número dos del art. 440. La respuesta es positiva, porque un candado puede calificarse de cerradura: es posible emplearlo para abrir o cerrar una puerta o una ventana.[121] No constituyen cerradura para estos efectos los picaportes y los cerrojos, porque no requieren de llaves para manipularlos.

Si el tenedor de una llave verdadera (autorizada por el titular) procede a sustraer empleando para entrar al lugar cerrado esa llave, no comete robo, pero sí hurto.[122]

El uso de *ganzúas* para entrar al lugar habitado constituye robo. La palabra ganzúa se debe entender en su alcance corriente, esto es "alambre fuerte y doblado en una punta, a modo de garfio, que a falta de llave puede correr los pestillos de las cerraduras".[123] La ganzúa permite suplir la falta de una llave verdadera o falsa para abrir la cerradura de una puerta o ventana con el objetivo de entrar al lugar habitado.

Finalmente, el N° 2 en estudio menciona *otros instrumentos semejantes* a las ganzúas, expresión amplia que no debe entenderse en cuanto a que posea una forma análoga, sino en cuanto puede tener un uso adecuado para forzar las cerraduras. De consiguiente, comprende las llaves de otras cerraduras –que no pueden calificarse de tales cuando no corresponden a la cerradura para la cual fueron confeccionadas–, como también la llave maestra,[124] un punzón y cualquier artefacto que permita manipular un cierre mecánico.

---

[121] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 326.

[122] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 204.

[123] Labatut, *D.P.,* t. II, p. 225.

[124] Opina en sentido contrario Etcheberry (*D.P.,* t. III, p. 328), que califica tales instrumentos como llaves falsas, criterio que no se comparte porque la noción de falsedad se vincula con algo semejante o imitado a lo verdadero, lo que en las hipótesis cuestionadas no se da.

No está de más abundar en el sentido de que los medios antes señalados son constitutivos de modalidades de robo siempre que hayan sido empleados para *entrar al lugar habitado,* si ya en el interior se hace uso de los mismos para forzar puertas o armarios, esos actos no importan robo. Si el delincuente entra a la casa habitación por la puerta que por descuido quedó abierta, y ya en el interior fuerza la puerta de la pieza escritorio con una ganzúa, no comete delito de robo, sino de hurto.

107.7. Introduciéndose al lugar habitado o en sus dependencias mediante engaño

El N° 3 del art. 440 se refiere a esta forma *astuta* de introducción que califica como fuerza, y que presenta tres alternativas: a) seduciendo a algún doméstico, b) a favor de nombre supuesto, y c) simulando autoridad. Todos los recursos señalados tienen por objetivo penetrar al lugar habitado, de manera que si se emplean con otro objetivo, como facilitar la salida del lugar, o lograr la manifestación de la cosa ajena pretendida, no constituyen la fuerza requerida por el tipo penal.

Obvio es decirlo, en sentido estricto ninguno de estos recursos constituye fuerza, son simples medios engañosos empleados por el delincuente, que el legislador asimiló a la fuerza inherente al robo.

a) *Seduciendo a un doméstico.* El Código fue muy restrictivo al establecer esta modalidad de la acción, la limita a los *domésticos,* y por ellos han de entenderse a los que pertenecen a la casa habitación a la cual se pretende entrar y no a otros, y sólo a los que prestan servicios de esa clase, como los mayordomos, jardineros, cocineros y todo el que desarrolle funciones análogas. *Seducir* es una expresión que debe entenderse en su sentido vulgar, o sea persuadir o engañar con astucia, y no con el sentido que en otras disposiciones a veces la ley la ha usado, como sucede en el art. 233 N° 3 que refiriéndose a la prevaricación, considera autor de ese delito al que *seduzca* o solicite a una mujer.

El delincuente debe proceder a engañar a un empleado doméstico en una casa, sea hombre o mujer, a ganarse la confianza

del mismo con el objetivo de que lo deje entrar para apropiarse, una vez en el interior, de algún objeto valioso que allí encuentre. Si se gana la confianza del dueño o de la dueña de casa, o de alguno de sus moradores, no opera la circunstancia en referencia, porque el tipo exige que se trate de personal doméstico.

b) *Usar nombre supuesto.* Esta forma empleada por el autor para que se le permita la entrada en el recinto habitado, no consiste en que el sujeto use un nombre distinto al que realmente tiene o que corresponda a otra persona, porque esa situación no tiene incidencia relevante alguna en la comisión del delito; a la víctima le es indiferente que el sujeto diga llamarse Juan cuando su nombre real es Pedro. La hipótesis consiste en usar una identidad que induzca a los moradores a permitirle el ingreso a la casa, a provocarles un error en ese sentido; así sucedería si invoca la calidad de inspector sanitario o de funcionario de la empresa que suministra la electricidad, o de pariente.

c) *Simulación de autoridad.* Lo antes comentado se extiende a esta forma de cometer el delito de robo; el sujeto activo debe aparentar ser una autoridad, de aquellas que tienen poder para entrar en una casa o morada, tal como un receptor judicial o un agente policial con orden competente. El precepto establece que debe haber *simulación,* que es algo más que la mera afirmación de que se es autoridad; simular involucra un fingimiento, o sea el autor debe recurrir a medios que induzcan a error en cuanto a su aparente función, como emplear uniforme cuando se dice policía, o una credencial que respalde su presunta función.

107.8. Sanción que corresponde al delito de robo en lugar habitado

El art. 440 establece una sanción única privativa de libertad para este delito, con independencia del valor de los objetos sustraídos, que es la de presidio mayor en su grado mínimo. La pena no guarda siempre relación con la gravedad del hecho y frecuentemente en la práctica judicial puede resultar excesiva.

108. EL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN LUGAR NO HABITADO

108.1. Concepto del delito

Esta figura penal está descrita en el art. 442, que expresa: "El robo en *lugar no habitado,* se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna de las *circunstancias* siguientes:

1°. *Escalamiento.*

2°. *Fractura de puertas interiores,* armarios, arcas u otra clase *de muebles u objetos cerrados o sellados.*

3°. Haber hecho uso de *llaves falsas* o *verdadera* que se hubiere substraído, de *ganzúas* u otros instrumentos semejantes para *entrar en el lugar* del robo o *abrir los muebles* cerrados".

El delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado debe cumplir con todas las condiciones señaladas para el tipo objetivo y subjetivo en el caso del hurto, sin perjuicio de que en cuanto a su forma de ejecución y a los lugares donde debe llevarse a cabo la sustracción de la especie ajena ofrezca características que le son propias. De consiguiente, en este párrafo sólo se aludirá a los aspectos particulares que lo individualizan y que se describen en el artículo transcrito.

La disposición plantea un primer problema, que incide en determinar el alcance de las palabras *lugar no habitado.* Como se precisó al comentar el delito en lugar habitado, la forma verbal *habitado* no significa que haya gente en el lugar de que se trate, sino que se refiere al hecho de que se destine a morada de una o varias personas. De suerte que se considera como lugar *no habitado,* en principio, aquel que no está destinado a ser morada de una persona en el momento en que el delito se comete. Pero esa noción debe perfeccionarse teniendo en cuenta que en el art. 443 se hace referencia a *sitios no destinados a la habitación,* lo que permite establecer en cuanto a los recintos no habitados una diferencia entre los que son *lugares* y los que son *sitios.* Lugares son, en consecuencia, aquellos recintos cerrados, con ciertas protecciones que impiden el libre acceso, en tanto que sitios son espacios abiertos, sin protecciones especiales. En definitiva *lugar no habitado* es un recinto delimitado, con protecciones que le dan cierta reserva respecto de terceros, que además en el momento

de comisión del delito no está sirviendo de morada a ninguna persona, sea que al constituirlo o demarcarlo se haya pensado en dedicarlo a la habitación (una casa o un departamento recién construido pero que aun nadie lo ha ocupado para vivir) o haya sido construido para fines de otro orden (un galpón, una bodega).[125]

Precisado el recinto o espacio físico en que se debe cometer el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, es necesario analizar las diversas modalidades de fuerza descritas por el art. 442 en sus tres números.

108.2. El escalamiento (N° 1)

El Código Penal dio una definición de lo que entiende por escalamiento en el art. 440 N° 1 al describir el delito de robo en lugar habitado o destinado a la habitación que, como se señaló en su oportunidad, incorpora también a la efracción. Esa noción entendida en el sentido global antes indicado, esto es incluyendo la fractura, rige también para el robo en lugar no habitado, en atención a lo cual se da por reproducido lo que allí se comentó. Al igual que sucede en el robo en lugar habitado, el escalamiento constituye fuerza únicamente cuando se realiza para *entrar* al recinto no habitado.

108.3. Fractura de puertas y protecciones interiores (N° 2)

A diferencia de lo que sucede en el robo en lugar habitado, en este caso la fractura de puertas *interiores,* como de armarios, arcas y cualquier mueble cerrado o sellado ubicado en el lugar no habitado, constituye fuerza. Por lo tanto, la rotura de cajones de un escritorio, de un estante cerrado, de la puerta de una pieza interior de una bodega u oficina, constituyen fuerza para estos efectos. En esta clase de robo se extendió el concepto de fuerza además de las puertas o ventanas exteriores que pueden permitir el acceso al lugar, a las puertas interiores, a los armarios y en

[125] Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 320.

general a los objetos sellados o cerrados. No se dejó constancia de la razón por la cual no se hizo otro tanto en relación al lugar habitado y, lo que no deja de ser sorprendente, a pesar de las modificaciones que se han efectuado al Código, esta situación se ha mantenido.

108.4. Hacer uso de llaves falsas o verdadera sustraída, de ganzúas o instrumentos semejantes (N° 3)

El N° 3 del art. 442 presenta cierta diferencia con el N° 2 del art. 440, que se refiere a hacer uso de llaves falsas o sustraídas en lugar habitado, en particular porque en la hipótesis en estudio se considera el uso de llaves o ganzúas tanto para *entrar* al lugar no habitado como para "abrir los muebles cerrados" que se encuentren *dentro de él,* lo que no sucede en el primer caso. El delincuente que usa, en consecuencia, llaves o ganzúas, emplea fuerza en las cosas tanto si se vale de ellas para entrar al lugar no habitado, como cuando habiendo ingresado sin emplearlas, recurre a esos instrumentos para abrir en el interior muebles cerrados (estantes, baúles, cajones de escritorio).

Los conceptos de llaves falsas, verdadera sustraída, de ganzúas y de otros instrumentos semejantes, se precisaron cuando se comentó el robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Lo allí explicado vale igualmente en esta oportunidad.

La disposición se refiere a *muebles cerrados,* expresiones que deben entenderse en sentido amplio, o sea de cualquier objeto, de madera o de otro material, cuyo acceso a su interior se proteja con una cerradura que requiera de llave para abrirla. En el N° 2 del artículo en estudio se mencionan, aparte de los *muebles,* objetos cerrados o sellados (productos ensacados, o guardados en cajas de cartón o de madera), que en este N° 3 se omiten, pero su exclusión se justifica plenamente porque esas protecciones carecen de cerradura que requieran de llave. Si se abren violentamente esos objetos cerrados, tal acción constituye fuerza, pero no por lo dispuesto en el N° 3, sino que conforme al N° 2, que considera fuerza la fractura de objetos cerrados o sellados.

108.5. Pena que corresponde al delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado

La pena que se asignó a este delito es menos grave que la señalada al robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, y al igual que éste, no considera el valor de las especies sustraídas para regularla. Se trata de una pena privativa de libertad que tiene dos grados, presidio menor en sus grados medio a máximo, equivalente a la que el N° 1 del art. 446 regula para el hurto de especies de valor superior a 40 unidades tributarias mensuales, pero sin la multa que se agrega en el caso de hurto. Curiosa y anómalamente, si se roban especies por el valor indicado, a pesar de haberse empleado medios constitutivos de un mayor injusto, la pena es menos rigurosa que si simplemente se hurtan esas mismas especies, porque la privativa de libertad no va aparejada de la de multa.

109. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO O EN SITIOS NO DESTINADOS A LA HABITACIÓN

109.1. Características de este delito

El art. 443, inciso primero, expresa lo siguiente respecto de esta figura penal: "Con la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en *bienes nacionales de uso público* o en *sitio no destinado a la habitación* si el autor hace uso de *llaves falsas* o *verdaderas que se hayan substraído,* de *ganzúas o instrumentos* semejantes o si se procede, mediante *fractura* de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si utilizan *medios de tracción*".

Como sucede con las otras figuras de robo con fuerza en las cosas comentadas en los párrafos precedentes, lo que da individualidad a esta figura es el lugar donde se comete la sustracción. Las anteriores se referían a los lugares habitados y a los no habitados; la que se está analizando requiere que el robo se cometa en *bienes nacionales de uso público* o en *sitios no destinados a la habitación.*

Para precisar en qué consisten los aludidos lugares, hay que recurrir al Código Civil, cuyo art. 589 inciso primero, expresa:

"Se llaman *bienes nacionales* aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda", y agrega el inciso segundo: "Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman *bienes nacionales de uso público* o *bienes públicos*".

El concepto de bien nacional de uso público no merece dudas, se extiende a aquellos que pertenecen a toda la nación y cuyo uso puede ser ejercido libremente por todos sus habitantes. La noción de *sitio no destinado a la habitación* ofrece mayores dificultades, pero como se expresó al analizar el concepto de *lugar no habitado,* consisten en recintos no cerrados, que carecen de delimitación ostensible, y que nadie ocupa actualmente como morada, o sea en los momentos en que se comete la apropiación. De modo que la diferencia entre *sitio* y *lugar* no habitado consiste en que estos últimos son recintos protegidos, con resguardos que impiden su libre acceso, en tanto que el sitio carece de esa protección (no tiene cercos, muros, techo), lo que se desprende, además, de la misma disposición que los consideró junto con las calles, las plazas y los puentes. Por otra parte, si una persona instala su morada en un sitio de los descritos, donde pernocta y descansa, para estos efectos pasa a ser un lugar habitado. Si de allí un sujeto sustrae una especie se comete robo en lugar habitado o destinado a la habitación, siempre que se cometa con alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 440.

Para que en un bien nacional de uso público o en un sitio no habitado se cometa el delito de robo debe mediar cualquiera de las diversas clases de fuerza en las cosas que enuncia el art. 443 y que se explicarán a continuación.

110. USO DE LLAVES FALSAS O VERDADERAS QUE SE HAYAN SUBSTRAÍDO, DE GANZÚAS U OTROS INSTRUMENTOS SEMEJANTES

Se ha explicado en los párrafos anteriores el alcance de las expresiones empleadas por el legislador, tanto respecto de las llaves como de las ganzúas. Es frecuente que en las calles se amarren con cadena y un candado determinados efectos, como triciclos de reparto, escaleras empleadas para arreglos de alumbrado

público, o que en las plazas existan recintos cerrados, a veces subterráneos, que se aseguran con cerraduras, donde se guardan implementos de trabajo; esas cerraduras pueden ser forzadas con las llaves o ganzúas aludidas para apoderarse de los objetos allí protegidos. La ejecución de hechos como los recién señalados constituye robo con fuerza.

Las llaves o ganzúas pueden ser usadas tanto para *entrar,* si se trata de lugar cerrado, como para abrir estantes o cajones *en el interior o exterior del recinto;* la ley no hizo distinción en ese aspecto.

111. FRACTURA DE PUERTAS, VIDRIOS, CIERROS, CANDADOS U OTROS DISPOSITIVOS DE PROTECCIÓN

Esta forma de fuerza también ha sido tratada al analizar el robo con fuerza en lugar no habitado, pero refiriéndola a los muebles u objetos cerrados o sellados *interiores,* en tanto que en el presente caso no distingue si son interiores o exteriores, de modo que comprende a ambos, y además hace referencia a vidrios, aludiendo a las vitrinas o escaparates, como también a las puertas y, en general, a cualquier *dispositivo de protección* que comprende todos los sistemas que impiden el traslado de una cosa o sacarla de donde se mantiene, vale decir las cadenas con cerraduras, las rejas y ahora las alarmas automáticas. Se incluyen estas últimas porque si bien no existían cuando se redactó la disposición, constituyen por esencia dispositivos de protección, y el precepto menciona a estas últimas al final de la enumeración para comprender cualquier sistema de seguridad. En consecuencia los medios que enumera, tales como los cierros y candados, no pueden considerarse indiciarios del sentido de las expresiones *dispositivos de protección,* y restringirlos sólo a los análogos a aquellos que allí se mencionan expresamente, como sectores de la doctrina lo han entendido.[126]

En este N° 3 del art. 442 por primera vez se señala una forma de fuerza en las cosas que en los demás tipos de robo no se había indicado. Se trata de los *medios de tracción,* que son los que permiten arrastrar una cosa para llevársela. Tiene razón Labatut cuando

[126] Etcheberry estima que las alarmas automáticas no quedan comprendidas (*D.P.,* t. III, p. 332).

señala que en este número no siempre la fuerza es ejercida sobre la protección de la cosa; bien puede a veces ejercerse directamente sobre esta última.[127] Eso sucede cuando se usa la tracción, por ejemplo, para remolcar un vehículo estacionado en la vía pública.

Se ha pretendido limitar la expresión medio de tracción exclusivamente a aquellos medios que aumentan la fuerza física del sujeto activo,[128] pero esta restricción no parece tener respaldo dogmático, por cuanto una cuerda que permite arrastrar un objeto constituye un medio de tracción; esta palabra significa arrastrar, y para hacerlo cualquier medio ajeno al cuerpo mismo es suficiente, así una cuerda, una cadena, un tractor.

La *pena* que el Código determina para este delito es igual a la que se fija para el robo en lugar no habitado, o sea presidio menor en sus grados medio a máximo, y merece la misma crítica que se expresó en la oportunidad en que se comentó aquel delito.

112. AGRAVANTE ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD EN EL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS DESCRITO EN EL ART. 443: INTERRUPCIÓN O INTERFERENCIA DE SERVICIO PÚBLICO O DOMICILIARIO

En el inc. 2° del art. 443 se establece una circunstancia agravante de responsabilidad del autor de un delito de robo con fuerza de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación. El texto del referido inciso es el siguiente:

"Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso anterior, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo".

La Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, sustituyó el primitivo texto del art. 443, que en su inciso segundo sancionaba expresamente el robo de alambres de tendidos eléctricos y cosas semejantes, con una redacción extremadamente casuística; pero

[127] Labatut, *D.P.*, t. II, p. 226.
[128] Así lo afirma Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 332.

LEGAL PUBLISHING JURÍDICA

junto con eliminar esa disposición, creó en el actual art. 447 bis un tipo especial de hurto cuyo objeto material son "cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios". De suerte que si en el apoderamiento de tales objetos concurre alguno de los medios de fuerza propios del robo descritos en el art. 443, tal hecho queda reprimido por esta última norma y no como hurto, agravándose la sanción en la forma que se expresa en el inciso transcrito en el inicio, si con ocasión de la ejecución el delito se interrumpe o interfiere el suministro del servicio de que se trate. La pena señalada al delito, de consiguiente, ha de imponerse al autor en su grado máximo. Es útil señalar que no se trata de establecer una responsabilidad por la mera concreción de tal efecto, el mismo debe quedar abarcado por el dolo del agente.

113. TIPOS ESPECIALES VINCULADOS CON EL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

113.1. Generalidades

En los arts. 444 y 445, respectivamente, se hace referencia a dos situaciones muy particulares, una referente a la tentativa de robo, y la otra a la fabricación de instrumentos destinados a la comisión de esos delitos. Estas figuras –si pueden denominarse tales– fueron aprobadas por la Comisión Redactora[129] sin comentarios especiales sobre su establecimiento o las razones que las respaldaban. La primera de ellas originalmente tenía un tenor un poco diferente, pero durante la revisión del proyecto, en sesión posterior, se modificó su texto en la forma como se lee en la actualidad.[130]

113.2. Presunción de tentativa de robo

El art. 444 expresa lo siguiente: "Se presume *autor de tentativa* de robo al que se *introdujere* con forado, fractura, escalamiento,

[129] Acta de la Comisión Redactora N° 93, de 12 de junio de 1872.
[130] Acta de la Comisión Redactora N° 164, de 2 de julio de 1873.

uso de llave falsa o de llave verdadera substraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio *habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias*".

Este precepto estableció, a iniciativa del miembro de la Comisión señor Gandarillas, una *presunción legal de tentativa de robo en lugar habitado,* que presenta las siguientes características:

a) Se trata de una presunción legal; de consiguiente puede desvirtuarse rindiendo prueba en contrario;

b) Sólo opera tratándose de lugares habitados o destinados a la habitación, y las dependencias de éstos, que corresponde calificarlos de tales según los criterios que se indicaron en los párrafos precedentes, relativos al alcance de las expresiones lugar habitado o destinado a la habitación y no habitados. Quedan fuera de esta presunción los lugares no habitados, los sitios no destinados a la habitación y los bienes nacionales de uso público;

c) La presunción, según las circunstancias concretas del hecho, se refiere a los delitos de robo con fuerza en las cosas descritos en el art. 440 exclusivamente, no podrá presumirse una tentativa de delito de robo con violencia en las personas, no obstante tratarse de lugares habitados. También quedan excluidos los robos en lugares no habitados o en bienes nacionales de uso público;

d) Para que opere la presunción, el sujeto debe ser sorprendido dentro del lugar habitado, o sea haber penetrado materialmente al recinto de que se trate, que puede ser un aposento, una casa, un edificio o en sus dependencias, y

e) Para introducirse al lugar debe haber empleado alguno de los siguientes medios de ejecución: forado, escalamiento, fractura, llaves falsas o verdadera sustraída o ganzúas.

Si el inculpado no logra desvirtuar la presunción que obra en su contra, procede que se le condene como autor de tentativa de robo, pero no es aplicable en este caso el inciso primero del art. 450, que establece que la tentativa en algunos tipos de robo, entre ellos el descrito en el art. 440, se castigará como delito consumado. Los hechos indicados en el art. 444 en estudio dan origen a una presunción, lo que ya es algo excepcional, de modo que esos hechos imperativamente han de ser tratados como *tentativa* para todos los efectos legales, entre ellos lo relativo a su penalidad.

113.3. Tenencia o fabricación de implementos aptos para robar

El art. 445 se refiere a esta materia: "El que fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación, será castigado con presidio menor en su grado mínimo".

El precepto transcrito tiene una norma desfasada en el tiempo, que corresponde a reglas que existían en legislaciones de otras épocas, pero que nuestro país mantiene por un conservadurismo legislativo criticable.

La fabricación y tenencia de esos utensilios no son actos preparatorios ni menos ejecutivos del delito de robo; simplemente se describe una figura penal independiente, de *peligro abstracto.*[131] Lo que se prohíbe, de hecho, es la existencia de instrumentos que por naturaleza sirven para cometer delitos de robo, que tienen ese destino. Por ello se prohíbe fabricarlos, expenderlos (distribuirlos) o tenerlos,[132] aunque se ignore si van o no a ser usados para perpetrar un delito. Entre esos implementos peligrosos se mencionan, por vía ejemplar, las llaves falsas y las ganzúas, cuyo alcance y sentido se ha explicado con anterioridad.

Para liberarse de la sanción, el inculpado debe dar *explicaciones suficientes* (descargos) sobre la fabricación, expendición, adquisición o conservación; la suficiencia debe ser apreciada por el tribunal. Si alguno de esos implementos es empleado efectivamente para cometer un robo, se estaría en el caso de la *fabricación o expendición* ante un concurso material de delitos, siempre que el fabricante o el vendedor sea una persona diferente al autor del robo, porque este último hecho no consumiría la tenencia o fabricación que constituyen conductas ilícitas autónomas.

---

[131] Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 859.

[132] Algunos autores estiman que este delito es de peligro concreto, porque los implementos deben ser elaborados o se tienen *para cometer delitos determinados* específicamente, lo que se desprendería de la palabra "conocidamente" empleada por la disposición (Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 335). Si se acepta esa tesis, la tenencia o la fabricación de los implementos constituirían actos preparatorios, los que en caso de comisión del robo quedarían consumidos por éste (Bajo Fernández, op. cit., p. 103; Muñoz Conde, op. cit., p. 227).

La *pena* señalada para este delito es presidio menor en su grado mínimo. La independencia y benignidad de ella en relación a la pena del delito de robo, confirma la naturaleza de delito de peligro abstracto de esta figura.

El abigeato y otras figuras caracterizadas por el objeto sobre el cual recae la acción de apropiación

114. GENERALIDADES

La Ley N° 20.090, de 11 de enero de 2006, incorporó el párrafo cuarto bis en el Título IX, bajo el epígrafe "Del abigeato", que no existía como figura específica con anterioridad. Primitivamente la sustracción de animales era considerada como una posible causal de calificación del delito, posibilidad que quedaba entregada al criterio del tribunal; en la actualidad el legislador ha expresado su voluntad de dar un tratamiento especial a las apropiaciones de ciertos animales, o sea de ganado, y creó el delito de "abigeato". En el sistema se ha mantenido el criterio de agravar la pena de apropiaciones que recaen sobre determinados objetos materiales, como los vehículos o –en otros casos– se atenúa; así sucede con la sustracción o destrucción de expedientes administrativos o judiciales, como se observará en los párrafos siguientes.

A continuación se analizará el abigeato, en seguida el hurto o robo de vehículos y, finalmente, la sustracción de expedientes.

115. EL ABIGEATO

En el párrafo cuarto del título noveno, arts. 448 bis a 448 quinquies, se tratan varias situaciones. Primeramente, se sanciona como figura independiente el delito de abigeato en los arts. 448 bis y 448 ter, que se extiende a tres órdenes de comportamientos prohibidos: la apropiación de animales ajenos, el beneficio o destrucción de un animal para apropiarse de partes de su cuerpo y, por último, el hallazgo de animales y su no entrega a la autoridad o a sus dueños. Además, se castiga el porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente usados en estas

faenas (art. 448 quáter, inciso primero parte final) y la apropiación de plumas, crines, cerdas y pelos de animales (art. 448 quinquies). Se establecen ciertas presunciones de autoría y de dominio, como también algunas reglas referentes al transporte de ganado (art. 448 quáter). Se trata de una miscelánea de situaciones vinculadas específicamente con el ganado, que –no deja de sorprender– han sido materia de preocupación especial del legislador penal.

116. EL COMPORTAMIENTO PROHIBIDO

Como se anunció en el párrafo precedente, las conductas sancionadas como abigeato son varias:

a) *Apropiación de animales por medios subrepticios o violentos.* En el art. 448 bis se expresa: "El que robe o hurte uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor o porcino, comete abigeato y será castigado con las penas señaladas en los párrafos 2, 3 y 4".

Ha sido tradicional en el país la protección de la actividad agrícola y ganadera en siglos pasados porque tanto el transporte como la explotación agrícola se hacía con el empleo de animales y, hoy en día, por el importante desarrollo económico que ha alcanzado la industria ganadera y, en general, la crianza de animales. El incremento evidente de la actividad ganadera se ha traducido, a su vez, en una mayor ocurrencia de delitos vinculados a esa área, sobre todo la sustracción de ganado, lo que inclinó al legislador a establecer una figura especial con una pena más rigurosa, posición esta última que puede ser objeto de seria reserva en atención a qué medidas de esta índole carecen de verdadera efectividad como prevención general o especial.

La sustracción de ganado ha recibido tradicionalmente el nombre de abigeato, que se caracteriza porque la acción tiene como objeto material animales vivos, en particular los cuadrúpedos.

El origen de la expresión se encuentra en el Derecho Romano, del latín *abactatio*, que significa echar las bestias por delante, para conducirlas arriándolas.[133]

[133] Soler, op. cit., t. IV, p. 229.

El primitivo art. 449, con una redacción evidentemente defectuosa, enumeraba como posibles objetos de la acción delictiva a los caballos o bestias de silla o carga (o sea que transportan personas o cosas), de ganado mayor, menor o porcino. *Ganado*, como su alcance semántico lo señala, es un conjunto de bestias mansas de la misma especie, que sirve para el trabajo o la alimentación, y aun para la industria; se trata, por lo tanto, de un rebaño de cuadrúpedos de cierta talla.[134] El ganado mayor está compuesto por vacas, caballos, mulas o burros; el menor por camélidos, cabríos, ovejas o cerdos; la designación particular que hace el artículo respecto de estos últimos, si bien no es adecuada, se hizo para evitar la duda que podría suscitar sobre si estaban incluidos en el ganado menor. Quedaron excluidos los animales domésticos, como perros o gatos, los animales no domesticados como los conejos, y los usados en laboratorios (ratones y análogos).

El art. 448 bis, en su redacción actual, mejoró parcialmente el primitivo tenor del art. 449 antes aludido, pues expresamente hizo referencia a la sustracción de un animal, toda vez que al hablarse de "ganado" únicamente, se habían suscitado dudas al respecto, y se pensaba que en el abigeato era necesario que lo sustraído fueren varios animales; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia habían concluido que el delito comprendía la apropiación de una unidad. Con el texto actualmente vigente se descartó todo equívoco, de manera que la acción en el abigeato puede recaer tanto en una unidad como en una pluralidad de animales.

b) *Beneficio o destrucción de animales para apropiarse de todo o parte de ellos.* El inciso cuarto del art. 448 ter dispone: "Será castigado como culpable de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes". Se sanciona como delito de abigeato la acción de privar de la vida a un animal o destruirlo, siempre que se tenga como finalidad apropiarse del mismo o de alguna de sus piezas o partes. Se trata –en realidad– de un delito de daños, de la destrucción o muerte de un animal; que requiere para su existencia de un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente: apropiarse de todo o parte de los restos del

[134] Ibídem.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

cuadrúpedo. No se exige que el agente alcance o concrete su objetivo de apropiarse, el delito se consuma con la muerte o destrucción del animal, siempre que tales acciones hayan tenido como objetivo la apropiación del todo o parte de los restos.

Los verbos rectores son *destruir* o *matar*, conceptos que no son sinónimos. Por *matar* debe entenderse la privación de la vida del animal, en la noción *destruir* se comprende dejarlo incompleto, inútil o inepto para el servicio a los cuales por su naturaleza se le destina. La pena puede corresponder a la del delito de hurto, robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las persona, según la modalidad que se haya empleado para su ejecución, más el aumento de grado inherente al abigeato.

Si la muerte o destrucción no va aparejada del elemento subjetivo *apropiarse de los restos*, esos comportamientos no se subsumen en el art. 448 ter, sin perjuicio de que puedan encuadrarse en el delito *daños* (arts. 484 y siguientes) y, por consiguiente, serán las sanciones señaladas por esta figura las aplicables, sin el aumento de grado establecido para el abigeato.

117. LA PENALIDAD DE LAS DOS FIGURAS DE ABIGEATO RECIÉN COMENTADAS Y FORMA DE DETERMINARLA

El art. 448 bis expresa que la pena que corresponde a la apropiación de animales, es la misma sanción que corresponde –según la forma de comisión del hecho– al delito de hurto, de robo con fuerza en las cosas o de robo con violencia o intimidación en las personas. Pero de inmediato el art. 448 ter agrega: "Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la substracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes, el *juez deberá aumentarla en un grado*". En el inciso tercero del artículo citado se hace notar que cuando la pena consta de dos o más grados, el aumento en cuestión se hará después que se haya determinado la pena que le habría correspondido al imputado, sin considerar la circunstancia de tratarse de substracción de animales. De suerte que las penas señaladas para los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas o robo con violencia o intimación en las personas

son las aplicables en la especie, con el aumento de grado a que se ha hecho referencia.

Con respecto de la sanción en el caso del hurto de animales pueden suscitarse algunas dudas. Es sabido que la pena privativa de libertad del delito de hurto, como lo indica el art. 446, va aparejada de una pena de multa que se regula conforme a la cuantía de las especies substraídas, pero no así en los delitos de robo con fuerza en las cosas y con violencia, donde no rige la referida sanción pecuniaria. No obstante, tratándose del abigeato esa regla sufre una modificación, pues el inciso segundo del art. 448 ter establece que tanto en los delitos hurtos como en los de robo de animales, si éstos tienen un valor que excede a cinco unidades tributarias mensuales, el juez debe aplicar, además de la pena privativa de libertad calculada de la manera antes indicada, una pena accesoria de multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales. Debe concluirse, de consiguiente, que en la forma señalada se ha modificado el art. 446 en relación al hurto de animales, en cuanto a esta pena accesoria y que, por el carácter especial que tiene el art. 448 ter para el abigeato, su aplicación ha de ser preferente con respecto de la multa a que se refiere el art. 446. Ha de descartarse, obvio es decirlo, la posibilidad de que puedan imponerse ambas penas de multa simultáneamente, porque sin perjuicio de lo recién aseverado, se violaría también el principio *non bis in idem.*

118. ABIGEATO DE HALLAZGO

El inciso final del art. 448 ter sanciona lo que podría denominarse como abigeato de hallazgo, por cuanto se refiere a los animales perdidos o abandonados que no son entregados a sus propietarios o a la autoridad. El referido inciso expresa lo siguiente: "La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales comprendidos en el artículo anterior".

Por consiguiente, aquel que encontrare uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino, perdidos o abandonados cuyo valor exceda de una unidad tributaria mensual, constándole quien es su dueño y no lo entre-

gare a éste o a la autoridad, se le debe imponer la pena privativa de libertad señalada en el art. 448 aumentada en la forma que se indicará más adelante. Es útil precisar que en este caso la multa a imponer como pena accesoria es la determinada en el art. 448 –o sea, la que se especifica para las especies al parecer perdidas– y no así la del artículo 448 ter, inciso segundo –que es la que corresponde al abigeato–, pues sólo le es aplicable el inciso primero de esta última disposición, y no así el inciso segundo.

118 BIS. APROPIACIÓN DE PLUMAS, PELOS, CRINES, CERDAS O CUALQUIER ELEMENTO DEL PELAJE DE ANIMALES AJENOS

El art. 448 quinquies dispone: "El que se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio".

La conducta prohibida es la "apropiación" –o sea debe concurrir el *animus rem sibi habendi* de parte del agente–, pero en relación de especies determinadas. El objeto material de la acción es "cualquier elemento del pelaje de animales ajenos", y por vía ejemplar se enumeran los pelos, las crines o cerdas, que guardan relación con los animales que pueden ser objeto de abigeato; pero la disposición extiende el concepto mencionando también a las plumas, de manera que las aves –como las gallinas, los avestruces y otras– quedan comprendidas; otro tanto sucede con los animales domésticos, respecto de su pelaje o plumaje. Tampoco tiene importancia el valor de las especies de que se trate.

La forma de apropiarse del pelaje o plumaje puede ser cualquiera, como claramente lo indica la disposición, sea que se arranquen, corten o esquilen –como sucede con la lana de las ovejas– o simplemente se sustraigan una vez que se encuentren almacenadas o embaladas. Cuando directamente se separan del animal, éste no debe sufrir detrimento o perder la vida, pues en esta alternativa priman las figuras antes comentadas. La expresión "por cualquier medio que ello se realice", margina que esta clase de apropiación, si se emplea fuerza, violencia o intimida-

ción, se desplace al delito de robo con fuerza o con violencia, como se sostiene por sectores de la doctrina, sin perjuicio de que se pueda presentar un concurso material entre la figura del art. 448 quinquies con un posible delito de daños, de lesiones y aun de homicidio, que deberían sancionarse separadamente (opina en contra Bullemore-MacKinnon, t. IV, p. 60).

La cantidad de animales afectados o su clase –se apropie de plumas de aves y coetáneamente se corten crines de un caballo– no afecta a la unidad del delito; para establecer si se trata de uno o más delitos ha de estarse "a la continuidad espacio temporal de los hechos" y no a la variedad de las especies comprometidas ni al número de animales (Matus-Ramírez, t. I, p. 319).

La pena que corresponde al delito es presidio menor en sus grados mínimo a medio, sin considerar el valor de los objetos materia de la apropiación, la pena es única.

119. PRESUNCIONES SOBRE EL DOMINIO DE LOS ANIMALES Y SOBRE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN DE ANIMALES

El art. 448 quáter en su inciso segundo dispone que "las marcas registradas, señales conocidas, dispositivos de identificación oficial registrados ante el Servicio Agrícola Ganadero u otras de carácter electrónico o tecnológico puestas sobre el animal, constituyen presunción de dominio a favor del dueño de la marca o señal". Esta presunción de dominio es de naturaleza legal y, por consiguiente, admite prueba en contrario.

El mismo artículo, en su inciso primero, establece dos presunciones de autoría de delito de abigeato: a) para aquel "en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos, referidos en este párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia", y b) "al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales".

En la hipótesis de la letra a) podría estimarse que la presunción está establecida con demasiada amplitud, pues parece comprensible cuando los restos son encontrados en poder de una sola persona; pero cuando lo son en poder de distintas personas no vinculadas

la situación es más compleja. En todo caso, esta presunción puede descartarse acreditando la legítima adquisición de las especies.

La segunda presunción requiere que el agente sea sorprendido en predio *ajeno,* expresión que ha de entenderse en el sentido de que no se tiene derecho a facultad para estar en él. Pero el mero estar en predio ajeno necesariamente debe ir aparejado de cualquiera de las siguientes circunstancias: arriando animales también ajenos (que no sean del sorprendido), transportándolos, manteniéndolos cautivos, inmovilizados o maniatados.

Porte de armas. En el referido inciso primero del art. 448 quáter se sanciona como delito independiente, además, "el porte en dichas circunstancias (las anotadas en el párrafo anterior) de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados en estas faenas"; agrega que se castigará conforme lo establecido en el art. 445, o sea a la fabricación o tenencia de ganzúas y utensilio generalmente usados para cometer delitos de robo, esto es, presidio menor en su grado mínimo. Del precepto se desprende que el legislador consagra el porte de armas o instrumentos en cuestión como una figura independiente al abigeato que presume cometido por el sujeto portador de los mismos, debiendo imponérsele las dos penas, vale decir la correspondiente a cada delito en concurso material. Aparece como excesivo el rigor empleado por el legislador en esta clase de apropiaciones, sin que se observe una justificación que en este caso respalde tal posición.

Traslado de animales o partes de ellos en vehículos de transporte de carga. El Código Penal, con el fin de precisar las presunciones de autoría del inciso primero del art. 448 quáter, en su último inciso se ocupa de establecer reglas sobre el transporte de animales o partes de ellos en vehículos de transporte de carga, imponiendo a Carabineros de Chile la obligación de exigir factura o guía de despacho de los mismos que acrediten su propiedad, posesión o legítima tenencia. Si no se comprueban las referidas circunstancias o los afectados se niegan a exhibir los documentos ya señalados, Carabineros debe incautarse no sólo de los animales o sus partes, sino también del vehículo de transporte. Además debe dar aviso a la Fiscalía para que se inicie la investigación que corresponda y al Servicio de Impuestos Internos para que indague sobre el posible delito tributario.

Disposiciones comunes a los delitos de hurto, robo y abigeato

120. ASPECTOS GENERALES

El párrafo N° 5 del Título IX, del Libro Segundo, presenta un conjunto de disposiciones sobre una diversidad de materias, dirigidas a reglar algunas situaciones inherentes a estos delitos, las que se pueden agrupar en aquellas que se refieren al objeto material sobre la cual recae la acción, a la forma de castigar la tentativa en algunos robos y el concurso de calificantes en un mismo delito, a la autoría y a la devolución de lo sustraído, como a las circunstancias modificatorias.

121. SUSTRACCIÓN DE VEHÍCULOS

El art. 449 se ocupa en particular de la apropiación de vehículos. Expresa: "En los casos de robos o hurtos de vehículos, podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores, las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido.

Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinar la pena que habría correspondido al condenado con prescindencia de la expresada circunstancia.

Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de parte de ella".

El Código se ha ocupado de reprimir dos clases de comportamientos: a) la apropiación del vehículo mismo, y b)la destrucción del vehículo para apropiarse de parte o partes del mismo. Se han limitado estas figuras penales a los tipos de apropiación por medios materiales, robos y hurtos, por consiguiente quedan descartadas las apropiaciones realizadas por medio de engaño o abuso de confianza (estafas o apropiaciones indebidas).

El objeto material sobre el cual debe recaer la acción son los *vehículos*, y por tales han de entenderse todos los medios de transporte de personas o cosas, conforme al alcance corriente

de la referida palabra. La fuerza que mueva al vehículo puede ser un motor u otro ingenio mecánico, comprende también los tradicionales sistemas de fuerza animal, sean caballares, vacunos o de otra especie. El concepto de vehículo ha sido usado en sentido normativo, restringiéndolo a los *terrestres,* lo que se desprende de la ubicación que se da a estos hurtos o robos, junto con el de ganado. No parece aplicable la voz vehículo a una nave aérea o marítima, de modo que quedan excluidos los aviones, los helicópteros, los buques; sí se comprenden las carretas, los automóviles, las motocicletas, una locomotora.

Se duda si los vehículos impulsados con la fuerza física de quien los guía quedan o no abarcados por la norma. Se sostiene, y parece ser lo correcto, que aquellos que responden a la fuerza física de la propia persona (un carretón de mano) quedarían excluidos, salvo si aumenta la potencia que para impulsarlo se emplea (una bicicleta).[135]

Hasta que se dictó la Ley N° 20.090, de 2006, que modificó el Código, la sustracción de partes del vehículo no era motivo para agravar la pena; pero esta situación varió conforme al texto del actual inciso segundo del art. 449, la apropiación de parte o partes de un vehículo obliga a aumentar la pena señalada al delito cometido, pero con una limitación, únicamente cuando se ha requerido *destruirlo.* Esta noción debe apreciarse por el tribunal en el sentido de un grave detrimento sufrido por la especie cuando se le han separado parte o partes de ella. Pues destruir equivale a deshacer, desmantelar, arruinar una cosa material; de suerte que la apropiación llevada a cabo de una marca o símbolo del vehículo, un espejo retrovisor, un farol o una antena, no queda comprendida en el inciso segundo del art. 449 y no corresponde aumentar la pena del hurto o robo a que dé origen.

Aumento de la pena. La pena al delito de hurto o robo debe aumentarse en un grado necesariamente en los casos en estudio, pero al igual que en la hipótesis del abigeato, si la señalada por la ley es de dos o más grados, el aumento debe hacerse en relación a la sanción que se determine para el delito sin considerar que se trata de la sustracción de un vehículo o parte de él.

[135] Ibídem.

Se ha sostenido, aludiendo al primitivo texto del art. 449 y el tenor del art. 443, que el aumento de pena de la primera disposición citada podría no aplicarse por el principio de *inherencia* inspirador del art. 63, que establece que aquellas agravantes tan inherentes al delito no pueden considerarse de tales. El referido criterio parte del supuesto que la agravación de la sanción del primitivo texto del art. 449, sería la misma que fluye del art. 443, o sea la facilidad que existiría para llevar a cabo apropiaciones de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, lugares donde normalmente se encuentran los vehículos (Matus-Ramírez, opus cit., t. II, p. 390). Es difícil aceptar esa interpretación por cuanto el aumento de pena en la apropiación de vehículos no puede considerarse como una agravante, atendido su naturaleza de calificante objetiva y especial del delito de robo o hurto que tiene fundamento en el objeto material sobre el cual recae la acción: un vehículo, y no así en la facilidad de la ejecución del hecho. La aplicación analógica del art. 63 en beneficio del agente en esta clase de apropiaciones no parece posible.

122. VALOR DE LA ESPECIE SUSTRAÍDA

Se ha visto que en los delitos de apropiación no siempre el valor de la especie sustraída ofrece particular interés, salvo para la determinación del daño inferido con su comisión, que a su vez puede ser considerado para la regulación definitiva de la pena (art. 69). Donde tiene importancia ese valor es en el delito de hurto, porque la sanción depende del valor de las cosas conforme lo dispone el art. 446. Esto hace necesario que el tribunal, durante el proceso trate de determinar ese valor, lo que generalmente se hace mediante informe pericial.

El art. 455 se dirige precisamente a determinar cómo debe obrar el tribunal si no se ha logrado fijar el valor. Dice lo siguiente: "Cuando del proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el *tribunal* hará su regulación *prudencialmente*".

123. DESTRUCCIÓN O SUSTRACCIÓN DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES

Para sancionar la destrucción o sustracción de procesos como los indicados, se dictó la Ley N° 5.507, de 9 de noviembre de 1934, que en su art. 4 expresa: "Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de E° 0,20 a E° 2, el que *sustrajere, hurtare, robare o destruyere* un *expediente administrativo o judicial,* que estuviere en tramitación o afinado. En la substanciación y fallo de los procesos por la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia".

El precepto resulta curioso, porque fuera de que la cuantía de la multa en la actualidad prácticamente carece de equivalencia, homologa para efectos de la penalidad distintos comportamientos que repetidamente la ley en otros textos mensura con cartabones distintos. Resulta particularmente grave que el *robo* de un expediente, que supone fuerza en las cosas o violencia en las personas, lo considere igual que una simple sustracción, con una pena privativa de libertad tan benigna como la de reclusión menor en su grado mínimo.

Puede darse una situación de concurso aparente con el tipo penal descrito como estafa en el art. 470 N° 5, que sanciona como tal al que defraudare a otro sustrayendo, ocultando o destruyendo, en todo o parte, un proceso o expediente. Para que se dé esta figura, el autor tiene que obrar con dolo de *defraudar* y objetivamente para consumarse debe causar un perjuicio a la víctima. Si en un hecho se cumplen esas condiciones el art. 470 N° 5 prefiere en su aplicación, por el principio de especialidad, al tipo penal descrito en la ley antes citada, que no exige esa voluntariedad y tampoco que materialmente se cause un perjuicio.

Reglas sobre la forma de castigar la tentativa de robo y el concurso de calificantes

124. PRECEPTO SOBRE CÓMO SANCIONAR LA TENTATIVA EN ALGUNOS TIPOS DE ROBO

El art. 450, en su inciso primero, contiene una regla particular para los delitos de robo con violencia o intimidación en

las personas y para el robo en lugar habitado o destinado a la habitación. Ese precepto expresa: "Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa".

Esta regla no es conveniente porque altera los principios generales que rigen la aplicación de las penas, y desde una visión política criminal resulta inefectiva en cuanto a su eficacia. De otro lado, su aplicación práctica trae aparejadas situaciones de evidente desequilibrio en cuanto a las sanciones; sistemas como el señalado deberían quedar, en cuanto a su aplicación, entregados a la apreciación del tribunal, que está en condiciones de valorar las circunstancias reales de cada caso.

Los delitos de robo con violencia e intimidación (comprendiendo además entre ellos al robo por sorpresa, a la piratería y a la extorsión), como también el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación y sus dependencias, conforme lo señala el precepto, desde que se encuentran en estado de tentativa, deben ser condenados como consumados. En el hecho, en esos delitos las fases de tentativa propiamente tal y de frustración desaparecen para efectos de su sanción. Escapan a la aplicación de ese precepto los hurtos y los robos con fuerza en las cosas en lugar no habitado y los cometidos en bienes nacionales de uso público.

125. CONCURSO DE CALIFICANTE

El art. 453 se ocupa de esta materia en los siguientes términos: "Cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado".

La disposición, atinadamente, plantea la alternativa de que en un hecho delictivo concurran coetáneamente diversas circunstancias calificantes, v. gr., se realiza con escalamiento de una casa habitación (fuerza en las cosas) y además lesionando a su propietario (violencia en las personas). En hipótesis como la

señalada, de acuerdo al art. 453, se prefiere la última –violencia en las personas– porque tiene asignada una pena más alta, la que a su vez se puede aumentar en un grado.

Presunción de autoría y devolución de la especie

126. PRESUNCIÓN DE AUTORÍA

El art. 454, expresa: "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".

Esta disposición consagra una presunción *legal de autoría* en contra de la persona en cuyo poder se encuentre materialmente la especie sustraída. No obstante, la misma disposición reconoce que esa presunción se puede desvirtuar por dos vías: acreditando la adquisición legítima de la especie, lo que debe hacer ante el tribunal, o probando que se ha tenido una conducta anterior irreprochable, y por ella ha de entenderse la exigida para la atenuante del art. 11 N° 6.

127. DEVOLUCIÓN DE LA ESPECIE SUSTRAÍDA (EL ARREPENTIMIENTO)

El autor de la apropiación ilícita puede devolver la especie sustraída a su dueño; si esa acción se lleva a cabo en determinadas condiciones puede reportarle un beneficio con trascendencia penal, que se señala en el art. 456: "Si antes de *perseguir* al responsable o antes de *decretar su prisión devolviere voluntariamente* la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434, se le aplicará la pena inmediatamente *inferior en grado* a la señalada para el delito".

La ley penal establece en esta disposición un reconocimiento especial al hecho de que el delincuente, con posterioridad a la apropiación del bien ajeno, lo devuelve a su dueño. Para establecer este beneficio, el legislador consideró aspectos de política criminal, como es la posibilidad de que la víctima recupere

el objeto del cual había sido despojada; la rebaja de la sanción incentiva esa devolución.

Sectores de la doctrina, equivocadamente, han denominado a esta institución como *arrepentimiento,*[136] pero en realidad no hay tal, porque arrepentirse involucra una posición subjetiva de parte del delincuente en relación a su acto, que sienta haberlo realizado, posición subjetiva que no se exige en este caso; es suficiente, según el precepto, que el autor devuelva las cosas de que se había apropiado, sea por haberse arrepentido o por cualquier otro motivo menos altruista; se trata de un acto objetivamente considerado.[137]

Para que opere esta circunstancia debe cumplirse un conjunto de condiciones que no la hacen fácil. En efecto, se exige –como requisitos positivos– que sea el delincuente quien *haga devolución* de la cosa hurtada o robada, que ese acto sea *voluntario de su parte,* y que lo lleve a efecto *antes de ser perseguido judicialmente* o de que se *decrete su prisión.* Como condiciones negativas, los hechos no deben constituir los delitos de *robo con violencia en las personas calificado* (art. 433) o *piratería* (art. 434).

La rebaja de pena procede tanto en el delito de robo (salvo las dos excepciones antes indicadas) como en el de hurto. En ambas alternativas el sujeto activo debe *devolver* las cosas de que se apropió a su dueño, sea que lo haga personalmente o por medio de otra persona, o que con ese objetivo las ponga a disposición de la autoridad.

La devolución debe hacerla *voluntariamente,* lo que no significa que la realice por objetivos moralmente positivos. Las razones que lo lleven a esa devolución no interesan para estos efectos, salvo que lo haga *coaccionado* por la fuerza o la intimidación, porque la restitución tiene que ser voluntaria. Subjetivamente es necesario que el ladrón *sepa* que está restituyendo aquello de que se apropió y tiene que *querer hacerlo;* una devolución hecha por error carece de valor.

El momento en que se lleva a cabo la devolución no tiene relevancia, siempre que lo haga antes de que sea *sometido a proceso judicial* por ese delito, o sea, que se dicte la resolución a que se

[136] Es la posición que ha tenido Etcheberry (*D.P.,* t. III, p. 358).

[137] Aunque no se pronuncia expresamente sobre el punto, Labatut parece compartir este criterio (*D.P.,* t. II, p. 234).

BIBLIOTECA DE HISTORIA DEL DERECHO UDEC

refiere el art. 274 del C. de P.P. (a esa resolución hace referencia la disposición cuando expresa "antes de ser perseguido judicialmente"), o antes de ser *sometido a prisión preventiva* (que es el "decreto de prisión" que se menciona en el artículo).

En el nuevo procedimiento penal, conforme al proyecto del Código Procesal Penal, las expresiones antes comentadas han de asimilarse a la "formalización de la investigación", que deben hacer los fiscales ante el juez de garantía y al decreto de prisión que este último puede dictar a petición del ministerio público.

La devolución de las especies sustraídas realizada por el autor tiene una consecuencia importante: la pena señalada por la ley al delito hay que aplicarla rebajada en un grado. Sobre este punto hay que precisar dos cuestiones: a) la rebaja de pena en un grado es *imperativa,* no queda sujeta al arbitrio del tribunal, y b) el beneficio no consiste en rebajar la pena que en definitiva le correspondería al autor, sino que esa sanción necesariamente debe ser *inferior en un grado a la "señalada para el delito",* rebaja que corresponde hacer desde el grado inferior de la pena que la ley asigna al hecho.

Disposiciones especiales sobre los concursos de delitos y sobre las circunstancias modificatorias

128. GENERALIDADES

El Código Penal, con su tendencia a reglar minuciosamente casos particulares, consagra un conjunto de preceptos relativos al concurso material de delitos, sobre el uso de armas y sobre circunstancias modificatorias de responsabilidad, las que se analizarán a continuación.

129. REITERACIÓN DE HURTOS EN CONTRA DE UNA MISMA PERSONA O EN UN MISMO LUGAR O RECINTO A DISTINTAS PERSONAS

El art. 451 se refiere a esta situación. "En los casos de reiteración de *hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona,* o a

distintas personas en una *misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar* el tribunal calificará el ilícito y hará la *regulación de la pena* tomando por base el *importe total de los objetos sustraídos,* y la impondrán al delincuente en su *grado superior.*

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447".

El Código establece esta modalidad particular de regular la pena en caso de reiteración de delitos *de hurto* solamente; en consecuencia, no se comprenden los de robo. Se regla la *reiteración* del delito, no un delito continuado, que es una institución claramente distinta. La disposición hace referencia a delitos de hurto *reiterados,* o sea varios hechos independientes, que no conforman una unidad jurídica como sucede en el delito continuado.

La regla consiste en que por esa pluralidad de hurtos el tribunal debe imponer una pena *única* para el *conjunto de ellos,* que debe determinar *sumando el valor de todas las especies muebles sustraídas en los diferentes hurtos cometidos* (recuérdese que la pena en el delito de hurto se regula según el valor de las cosas objeto del apoderamiento, art. 446), y la pena así determinada, si tiene más de un grado, deberá imponerse en el superior, o sea en su parte más alta. De conformidad con el inciso final, si se trata de alguno de los hurtos señalados en el art. 447 (los agravados por abuso de confianza), se mantiene la facultad que esta disposición establece, de carácter facultativo para el tribunal, de aumentar la pena antes mencionada en un grado.

Para que pueda imponerse la pena única en la forma recién indicada, deben cumplirse los presupuestos descritos en el art. 451, en sus dos alternativas: a) que el autor haya hurtado más de una vez a una misma persona, sin que tenga interés la ocasión o lugar donde los cometió, y b) que las víctimas sean distintas personas (más de una), y que los hurtos de que fueron objeto se hayan cometido en un *mismo recinto o lugar, no importa su naturaleza o características,* pues sólo por vía ejemplar la disposición indica una casa, un establecimiento comercial, un centro comercial y una feria.

130. PENAS ACCESORIAS PARA EL REINCIDENTE EN DELITOS DE ROBO O HURTO

El art. 452 expresa: "El que después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos, *además* de las penas que le correspondan por el hecho o hechos en que hubiere reincidido, el tribunal *podrá* imponerle la de *sujeción a la vigilancia de la autoridad* dentro de los límites fijados en el artículo 25".

Este precepto faculta al tribunal para imponer al condenado como responsable de un delito de hurto o de robo –indistintamente– una pena accesoria: que quede sujeto a la vigilancia de la autoridad por un período que determinará conforme al art. 25 inciso 4° (de sesenta y un días a cinco años). Esta sanción no es imperativa, el tribunal *puede imponerla* según las circunstancias, y afectar tanto al autor, al cómplice como al encubridor.

La sanción de vigilancia no se dispone para los casos de *reiteración* que, como se recordará, es la comisión en el tiempo de varios delitos –en este caso de robo o hurto y siempre más de uno– sin que se haya castigado al responsable por ninguno de ellos. La disposición se refiere específicamente a los *reincidentes,* que son aquellos que habiendo sufrido y cumplido una condena por uno de estos delitos, vuelve con posterioridad a cometer uno o varios de la misma especie (art. 12 N°s 14 y 15, en relación con el art. 92).

Para aplicar esta pena accesoria no importa que haya transcurrido el plazo de prescripción que señala el art. 104, porque esta disposición se refiere exclusivamente a las agravantes del art. 12 N°s 14 y 15, y no así a lo dispuesto en el art. 452.

131. USO O PORTE DE ARMAS EN LA COMISIÓN DE UN DELITO DE HURTO O ROBO

Los incisos segundo, tercero y cuarto o final del art. 450 reglan esta materia: "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".

En el caso del delito de *hurto,* el aumento de la pena contemplado en el inciso anterior se producirá si las armas que se portan son de *fuego, cortantes o punzantes.* Tratándose de otras armas, la mera circunstancia de portarlas no aumentará la pena si, a juicio del tribunal, fueren llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.

Para determinar cuándo el robo o hurto se comete con armas, se estará a lo dispuesto en el artículo 132".

Se ha sostenido que en este artículo, en su primitiva redacción, se consagraría una figura especial,[138] pero en realidad es una circunstancia de calificación[139], sobre todo respecto del hurto. Este artículo fue modificado en su texto por la Ley N° 19.975 (5 de octubre de 2004), que reemplazó su inciso segundo por el antes transcrito. El texto primitivo disponía que al portador de un arma al cometer un hurto o robo, como también si hacía uso de ella, se le castigaría con presidio mayor en su grado máximo, sanción de excepcional drasticidad desde una perspectiva político criminal y difícil de explicar en el plano sistemático.

Es suficiente *llevar* un arma durante la comisión de un delito de hurto o de robo para que la pena deba ser aumentada en un grado, porque la norma homologa llevar un arma y usar la misma. Respecto del robo, en el que debe concurrir violencia o intimidación, el uso de arma es algo normalmente inherente al delito; en el hurto, si se usa arma dejará de ser tal y conformará el delito de robo.

Se considera como arma, en esta hipótesis, los objetos que menciona como tales el art. 132: "toda máquina, instrumento, utensilio u objeto cortante, punzante o contundente que se haya tomado para matar, herir o golpear", noción de gran amplitud, donde una cuerda, un madero, una botella, se constituyen en armas. Para el delito de *hurto* se dan reglas especiales sobre lo que es arma; se deberán calificar como tales las de fuego, cortantes y punzantes, las demás –como un bastón, una cadena– no lo serán si a *juicio del tribunal* eran llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.

---

[138] Lo estima así Labatut, que expresa que constituye un "delito independiente" (*D.P.*, t. II, p. 232).

[139] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 363.

132. REGLAS SOBRE LA REPARACIÓN CON CELO DEL MAL CAUSADO O DE IMPEDIR SUS CONSECUENCIAS

Con el discutible criterio de que con leyes se puede restringir la comisión de delitos contra la propiedad, el legislador ha dictado una serie de reglas que si bien han endurecido el tratamiento de los delincuentes que resultan responsables de atentado en contra de ese bien jurídico, desde una perspectiva disuasiva no han tenido ningún resultado y, por otra parte, no ayudan tampoco a las víctimas de tales hechos. Un evidente ejemplo de esa equivocada política lo constituyen las normas que han limitado la aplicación de la atenuante del art. 11, N° 7, que califica como atenuante de responsabilidad en favor del delincuente "si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias".

Entre esas no siempre felices normas se pueden mencionar las siguientes:

a) El art. 450 bis: "En el *robo con violencia o intimidación en las personas no procederá la atenuante* de responsabilidad penal contenida en el art. 11 N° 7". Con este precepto desincentiva al delincuente de la posibilidad de devolver las especies al afectado o a prestarle auxilio con posterioridad al hecho.

b) El Código, además de excluir en los delitos de robo antes referidos la atenuante de reparación del mal, restringió su aplicación en los otros delitos de robo y hurto donde puede hacerse valer dicha circunstancia. En efecto, el art. 456 bis, en su inciso final expresa: "En estos delitos (robo y hurto) no podrá estimarse que concurre la circunstancia atenuante del N° 7 del artículo 11 por la *mera restitución* a la víctima de las *especies robadas o hurtadas* y, en todo caso, el *juez deberá considerar,* especificada la justificación *del celo con que el delincuente ha obrado*". En otros términos, aunque el delincuente restituya las cosas hurtadas o robadas, ese comportamiento no puede reputarse como reparación en el alcance que se establece en el N° 7 del art. 11, y si junto con esa restitución trata por otros medios de reparar a la víctima, tampoco ello es suficiente a menos que el tribunal considere que el delincuente ha *justificado en el proceso que ha obrado con celo.* Le corresponderá acreditar entonces las dificultades que tuvo para hacerlo y el esfuerzo que debió emplear, atendidas sus particulares condiciones. En un delito de homicidio o en uno de mutilaciones,

el legislador no hace tales exigencias, pero sí las establece para reparar la sustracción de una billetera y hechos análogos.

c) Se comentó con anterioridad que conforme a lo dispuesto por el art. 456, la devolución voluntaria de las cosas substraídas permitía rebajar la pena en un grado, pero siempre que no se trate de los delitos de robo con *violencia o intimidación en las personas calificado* o piratería.

133. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE AGRAVACIÓN

Por las mismas razones señaladas en el párrafo precedente, el Código ha establecido un conjunto de agravantes que afectan de manera particular a los delitos de *robo y de hurto.* Estas agravantes están descritas en el art. 456 bis, el que se transcribirá en sus cinco números a medida que se vaya comentando cada uno de ellos.

El art. 456 bis expresa: "En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:

"1°. Ejecutar el delito en sitios faltos de vigilancia policial, obscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que por cualquiera *otra condición favorezcan la impunidad".*

Esta agravante explica su verdadero sentido en su frase final, cometer la sustracción en cualquier sitio o lugar en condiciones *que quede favorecido el delincuente en cuanto* a que no *será descubierto.* La enumeración de situaciones tales como obscuridad, falta de vigilancia, sitios solitarios o sin tránsito, fija el marco de aplicación de la noción "condición que favorezcan la impunidad", que está vinculada con el *lugar de ejecución* del delito[140] y no con modalidades de la acción.

La agravante general del art. 12 N° 12, que considera tal cometer el hecho de noche o en despoblado, por su naturaleza queda subsumida en la del N° 1 del art. 456 bis, de contenido más amplio, que obedece a la misma finalidad.

[140] Comentando esta circunstancia, Jorge Mera afirma que no procede en el caso del robo con violencia o intimidación calificado, porque la gravedad de la pena consume el desvalor del lugar donde el hecho se realiza; por otra parte, estima que no es la indefensión de la víctima la razón de ser de la misma, sino el sentimiento de tranquilidad y seguridad, y tendría vigencia sólo para el hurto y el robo por sorpresa (op. cit., pp. 271 y ss.).

JURIDICA de Chile

"2°. Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en *manifiesto estado de inferioridad física.*"

La agravante –al igual que en el caso anterior– está determinada en la frase final: "*manifiesto* estado de inferioridad física" de la víctima en relación al sujeto activo. Siempre que se dé una circunstancia que haga difícil al sujeto pasivo proteger su patrimonio, por estar en condiciones de inferioridad física respecto del autor, y de que ésta sea ostensible (manifiesta), opera la agravante tanto en el robo como en el hurto. Las referencias a un *niño* y a un *anciano,* como también a un *inválido,* han de ser consideradas como criterios relativos, pues se alude a personas de pocos años o de muchos y a imposibilitados (la ley no determina quién es niño o anciano, como tampoco qué se entiende por inválido). Han de ser calificadas de tales según las circunstancias concretas que presente cada hecho en torno a las condiciones personales de víctima y victimario y de la noción de inferioridad física. En todo caso esta circunstancia agravante opera exclusivamente cuando esa inferioridad tiene trascendencia en la comisión del delito, lo que sucederá cuando haya un aprovechamiento o, por lo menos, la posibilidad de ello. Normalmente esta circunstancia se presentará en los robos con violencia o intimidación, pero no se ve qué rol podría tener en la hipótesis de un hurto. En otros términos, no se trata de una circunstancia *objetiva,* sino que debe ser apreciada en cada caso según las circunstancias.

Esta agravante se vincula con la general establecida en el N° 6 del art. 12, que exige abuso de parte del delincuente de la superioridad en que se encuentra en relación a la víctima, que prive a esta última de la posibilidad de defenderse, pero la establecida en el art. 456 bis prefiere en su aplicación respecto del robo y del hurto.

"3°. Ser dos o más los malhechores."

Esta agravante fue objeto de controversia y aun ahora hay opiniones divergentes sobre su alcance. La discusión se ha planteado en torno a la expresión *malhechores;* mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia han entendido que está empleada haciendo referencia a que sea más de una persona la que cometa el hurto o el robo, sea que hayan o no delinquido con anterioridad. Según esta opinión, malhechores sería equivalente a agre-

sores, y no tendría relación con el historial personal del pasado de los mismos.

Otro sector estima que la ley usa la voz *malhechores* para hacer referencia a más de un sujeto, pero no a cualquiera, sino a aquellos que han delinquido en el pasado, que han intervenido en la ejecución de crímenes o simples delitos; por eso los califica de malhechores, porque quien no los ha cometido todavía no es malhechor. Esta opinión, se sostiene, tendría respaldo en el N° 4 del art. 17, del que se desprendería ese alcance.

El punto es dudoso, pero son insuficientes para aclararlo los aspectos semánticos; más importantes son los sistemáticos y la *ratio legis*. Esta agravante vino a reemplazar a aquella que primitivamente existía para estos hechos, y que consistía en la intervención de más de tres individuos –la cuadrilla–, que tenía como fundamento la circunstancia de que frente a varios agresores las posibilidades de defensa de la víctima quedaban seriamente limitadas y aun eliminadas,[141] al igual de lo que sucede con la circunstancia general de agravación del art. 12 N° 11, que tiene la misma razón, o sea asegurar al autor la comisión del hecho y su impunidad, y que consiste en atacar con gente armada o que proporcionen impunidad. El actual N° 3 del art. 456 bis obedece a esos presupuestos, de manera que para el legislador lo trascendente es la circunstancia de que sean dos o más los agresores, siendo irrelevante si han o no cometido delitos con anterioridad; no se divisa, en el contexto de las agravantes del art. 456 bis, que los antecedentes anteriores de los realizadores del hurto o robo puedan tener valor agravatorio, y de ser así, qué razón habría para reconocerlo únicamente cuando son dos o más los que intervienen, y no así cuando lo hace solamente uno.

Por lo comentado, se concluye que la agravante se aplica siempre que sea más de uno el que intervenga en el delito, haya o no cometido hechos delictivos con anterioridad. Es necesario, en todo caso, que *materialmente actúen en el momento de la apropia-*

[141] Sectores de la doctrina estiman que no es ése el fundamento de la agravante, sino la afección del sentimiento de tranquilidad y de seguridad que se produciría cuando la apropiación violenta se lleva a cabo por dos o más malhechores, circunstancia que debería establecerse en cada caso conforme a las características del hecho (Jorge Mera, op. cit., p. 306).

ción,[142] aunque sea con su simple presencia, pues como se ha señalado, la agravación se refiere a la limitación o impedimento de la víctima para protegerse. En consecuencia, la agravante opera con dos sujetos por lo menos que deben *materialmente* participar en la ejecución del delito; si intervienen varios, pero uno solo es el autor material, y no así los restantes que ni presencian su ejecución, no rige la agravante (caso del inductor).

"4°. Ejercer la *violencia en las personas* que intervengan *en defensa* de la víctima, salvo que ese hecho importe otro delito."

Esta agravante concurre si durante la comisión del delito de robo o de hurto terceros procedan a defender a la víctima, y sólo si esos terceros son objeto de violencia, a menos que esa violencia constituya otro delito (lesiones u homicidio), caso este último en que se estaría ante un concurso material de delitos. Cuando la violencia empleada en contra de esos terceros no configura otro delito, puede constituir la agravante en cuestión.

"5°. Actuar con personas *exentas de responsabilidad criminal,* según el número 1° del artículo 10."

La circunstancia de agravación procede tanto en el delito de robo como en el hurto y requiere que se *actúe* con personas exentas de responsabilidad penal. No es necesario que el sujeto se prevalezca del inimputable,[143] como sí lo es en la hipótesis del inciso segundo del art. 72 tratándose de un menor. Tampoco se exige que lo emplee como instrumento, situación en la que habría una autoría mediata y sería autor únicamente el que usa al inimputable. Los casos referidos quedan abarcados por la agravante, pero también lo quedan todas aquellas alternativas donde una persona actúe con otra privada de razón; se trata de una circunstancia *objetiva,* donde puede aun el inimputable haber arrastrado al imputable a la comisión del hurto o del robo.[144]

---

[142] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 365.

[143] Así lo sostienen Labatut (*D.P.*, t. II, p. 235) y Etcheberry (*D.P.*, t. III, p. 366).

[144] En relación a la autoría mediata, Jorge Mera discrepa de la posibilidad de que opere esta causal de agravación fundamentado en el principio *non bis in idem,* porque se estaría considerando doblemente la privación de razón, una para establecer la autoría mediata y otra para la agravante (op. cit., p. 309), tesis que no se puede compartir porque la autoría mediata no está vinculada por naturaleza a la falta de razón del instrumento humano; se puede instrumentalizar tanto a un *loco o demente* como a una persona normal, y tampoco siempre que se actúe con un privado de razón hay autoría mediata.

La agravante está limitada a determinados inimputables, a los del N° 1 del art. 10, o sea al *loco o demente* y al *privado totalmente de razón por causas independientes de su voluntad;* los menores, de consiguiente, quedan excluidos.

Esta causal de agravación resulta incompatible con la del N° 3 del art. 456 bis, que consiste en ser dos o más los malhechores, pues en la hipótesis de la intervención de inimputable se supone que esa condición se presenta y, por lo tanto, prefiere a aquella otra.

134. LA ALEVOSÍA Y LA PREMEDITACIÓN EN EL ROBO Y EL HURTO (INCISO PENÚLTIMO DEL ART. 456 BIS)

El art. 456 bis en su inciso penúltimo señala lo siguiente: "Las circunstancias *agravantes* de los números 1° y 5° del artículo 12 *serán aplicables* en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas".

Se sabe que la agravante del art. 12 N° 1, o sea la *alevosía,* y la del N° 5, *premeditación conocida,* afectan única y exclusivamente a los delitos *contra las personas,* y que el robo y el hurto son contra la *propiedad,* de manera que no les serían aplicables, a menos que hubiera norma expresa en sentido contrario, como sucede en la especie. De consiguiente, estas agravantes operan en el robo y el hurto[145] porque el art. 456 bis lo dispone expresamente, exigiendo sí para ello que se ejerza *violencia por los delincuentes sobre las personas.* Como la mención que se hace de las *personas* es genérica, no se limita a las víctimas, se extiende a su vez a los terceros que pueden intervenir.

135. EL DELITO DE RECEPTACIÓN

135.1. Antecedentes de su establecimiento

La Ley N° 19.413, de 20 de septiembre de 1995, que modificó al Código Penal, agregó en el Título IX del Libro Segundo un

[145] Hay opiniones discrepantes sobre este punto. Jorge Mera sostiene que estas agravantes sólo proceden en el delito de hurto, no así en los de robo con violencia o intimidación, porque la elevada pena establecida por estas figuras absorbería la alevosía o premeditación que pudiere concurrir (op. cit., p. 313).

párrafo que numeró como "5 bis" y que tituló *De la receptación,* introduciendo así una nueva figura entre los delitos contra la propiedad. El referido párrafo consta de un solo artículo, el 456 bis A.

Junto con establecer este nuevo delito, se suprimió el inciso final del art. 454, que castigaba como cómplice del robo o hurto de una cosa a aquel en cuyo poder se encontraba, siempre que supiera o no pudiere menos de saber su procedencia ilícita, conducta que si bien podría calificarse de *encubrimiento* conforme a las reglas generales (art. 17), en este caso se sancionaba como complicidad. Las conductas castigadas hoy como receptación, de no existir una figura especial, normalmente podían reprimirse como *encubrimiento* del delito de robo o hurto, porque se trataría de actividades llevadas a cabo con posterioridad a la comisión de los referidos delitos, que se pueden adecuar al art. 17 y que tienden a agotar el hecho, facilitando el aprovechamiento o disposición de los bienes muebles substraídos.

135.2. Noción del delito

El art. 456 bis A, en su inciso primero expresa: "El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, *tenga en su poder,* a cualquier título, *especies hurtadas o robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda o comercialice* en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales".

El *tipo objetivo* del delito lo conforma la acción de *tener en su poder* el agente, o *comprar, o vender o comercializar,* a cualquier título, cosas muebles hurtadas o robadas o consecuencia de un abigeato. Se trata de un tipo penal de hipótesis *múltiple,* donde se describen comportamientos distintos de gran amplitud, como *tener* una cosa, que puede ser consecuencia de un acto de gentileza, al guardársela a un tercero, o simplemente transportarla o *venderla,* para lo cual puede no tenerla en su poder sino ofrecerla, además comprarla o comercializarla. Es un delito de *mera actividad,* no se exige un resultado independiente a la actividad

misma desarrollada, lo que descarta la posibilidad de *frustración;* podría sí quedar en grado de *tentativa.*

Este inciso mantiene una frase equívoca y aparentemente innecesaria, "aun cuando ya hubiere dispuesto de ella", que el legislador ha repetido simplemente porque el primitivo texto del art. 454, inciso final, la usaba.

El *objeto material de la acción* son las cosas muebles, hurtadas o robadas o producto de un abigeato, receptación o apropiación indebida, quedan excluidas las que son producto de una estafa o una defraudación. Las acciones prohibidas deben vincularse *directamente con la cosa misma robada o hurtada,* no con el producto de su venta o comercialización o con lo que se obtuvo en trueque.

El tipo *subjetivo,* como todo delito, requiere de *dolo,* o sea saber que se tiene la cosa, o que se compra o comercializa, y tener la voluntad de hacerlo. Pero además se exige un elemento subjetivo, tener conocimiento de que se trata de una especie robada o hurtada, conocimiento que ha de ser cierto, no una simple duda o sospecha. La disposición agrega que también se extiende a aquel *que no pudo menos de conocer el mal origen de las cosas,* esto significa conocimiento, con la modalidad de que en esta alternativa ese conocimiento puede quedar establecido por presunciones, cuando no existen pruebas fehacientes del mismo, lo que se desprende de la historia de la disposición, recogida del art. 28 de la Ley Patria de 7 de agosto del año 1849.

La *sanción* que corresponde a la receptación está determinada en el artículo transcrito, y corresponde copulativamente a una privativa de libertad y una pecuniaria, o sea presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales. Esta pena puede resultar claramente desproporcionada al delito del cual pueden provenir las especies; suficiente es imaginar la compra de especies hurtadas, y el hecho quede subsumido en el art. 446 N° 3. La severidad del legislador responde al tantas veces cuestionado criterio de que aumentando la rigurosidad de la sanción se evitará la comisión del delito, que se ha traducido en la práctica en crear otros serios problemas, como lo son el penitenciario por el incremento de la población carcelaria y el social, al agravar la desadaptación de los condenados y aumentar el número de familias que quedan en el abandono, sin que se logre la disminución de estos comportamientos.

El legislador, en su particular celo represivo, pasó a establecer en detalle algunas reglas para determinar la aplicación de la pena en el caso concreto. En el inciso segundo del art. 456 bis A dispuso: "Para la determinación de la pena aplicable el tribunal tendrá especialmente en cuenta *el valor de las especies,* así como *la gravedad del delito* en que se obtuvieron, si éste era conocido por el autor". Este último elemento es particularmente inútil si se considera que ese conocimiento es una exigencia del tipo subjetivo.

En el inciso cuarto insiste en la severidad, prescribiendo para el caso de reiteración o reincidencia –que para estos efectos homologa– un precepto especial: "Se impondrá el grado *máximo* de la pena establecida en el inciso primero, cuando el autor haya incurrido en *reiteración* de esos hechos o sea *reincidente* en ellos".

Receptación agravada

La Ley N° 20.273, de 28 de junio de 2008, modificó el art. 456 bis A del Código Penal con el objeto de proteger las redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, agravando la pana señalada para el delito de receptación cuando recae sobre objetos que forman parte de las referidas redes; e impone, además, la clausura definitiva del establecimiento de comercio involucrado, en su caso. El inc. tercero del art. 456 bis A prescribe lo siguiente: "Cuando el objeto de la receptación sean cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales. La sentencia condenatoria por delitos de este inciso dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar o transportar los elementos sustraídos. Si dichos elementos son almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente.

Finalmente, en la última parte del inc. cuarto del art. 456 bis A, se determina que en la alternativa de reincidencia o reiteración de delitos de receptación de objetos provenientes de las redes de suministro de servicios, la pena de presidio menor en su grado máximo señalada para el delito se aumentará en un grado para imponerla al responsable.

Los delitos de usurpación

136. ASPECTOS GENERALES

Las figuras comentadas con anterioridad, hurto y robo, son delitos de apropiación cometidos por *medios materiales;* los delitos de usurpación que se tratarán a continuación son a su vez delitos de *apropiación por medios materiales,* pero se diferencian de los otros en cuanto al objeto material sobre el cual recae la acción: en aquéllos son bienes muebles ajenos, en éstos *bienes inmuebles, derechos reales o aguas,* donde la *ajenidad no es una exigencia* general del tipo legal, como sí lo es en el hurto y en el robo.

El *bien jurídico* protegido por estos delitos no es la propiedad en sí, sino el ejercicio de las facultades que de ese derecho se derivan, o sea el poder *gozar real y libremente del bien inmueble o las aguas.* Lo que la usurpación protege es el efectivo y tranquilo disfrute del bien,[146] por cuanto tanto los inmuebles como las aguas están inscritos en los Registros Conservadores respectivos, inscripciones que constituyen la mejor garantía de su dominio, la pérdida de la tenencia material de ellos normalmente no lo afecta. Lo que sucede es que de facto –no jurídicamente– el dueño, poseedor o tenedor, es substituido por otra u otras personas, que materialmente se apoderan de la especie. La usurpación no es un delito pluriofensivo,[147] el bien que protege es únicamente el recién señalado; si bien el legislador alude a la violencia en las personas, ello es sólo para graduar la pena, pues expresamente dejó a salvo los otros delitos que relacionados con el apoderamiento pueden cometerse, los

[146] Bustos, op. cit., p. 223.
[147] Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 874.

que se penan de manera independiente en concurso real con la usurpación.

Se afirma que la creación de este delito corresponde a situaciones del pasado, donde los sistemas de comunicación eran difíciles y la economía particularmente agrícola rural, la que no era posible defender adecuadamente por las autoridades centrales. Autores del siglo pasado –de la solvencia de Pacheco y Groizard– criticaban la represión penal de la comisión de tales hechos, que por la vía civil podían ser objeto de amplia reparación. En la actualidad se ha estimado que la usurpación tiene, más que económica, una significación política,[148] por las ocupaciones de terrenos de grupos marginados.

La diferencia de los delitos de usurpación con los demás de apropiación por medios materiales es notoria:

a) El objeto sobre el cual recae la acción, como se hizo notar, necesariamente ha de ser un inmueble, derecho real o aguas;

b) La acción en este delito consiste en substituirse al dueño o tenedor de la cosa, no en sacarla de la esfera de protección de aquéllos, y normalmente se lleva a cabo mediante una *invasión física* del inmueble;

c) Los daños o detrimentos que se provoquen durante la ocupación material pueden conformar otros delitos punibles en concurso con la usurpación, sean hurtos, daños, lesiones o de otra índole;

d) La real lesión que sufre en su propiedad la víctima de este delito es de fácil reparación mediante la recuperación por vía civil del bien invadido ilegítimamente, lo que no siempre sucede en el hurto y en el robo, por ello la reacción penal es menos grave en la usurpación que en los delitos antes indicados, y

e) Podría en algunas circunstancias vincularse con el delito de *violación de morada,* pero se diferencian en el plano material y subjetivo. En el material, por la circunstancia de que el bien invadido en esta última figura necesariamente debe ser una morada, en tanto que en la usurpación puede ser cualquier inmueble; en el plano subjetivo se diferencia porque la usurpación requiere de voluntad de apropiación, la que no existe en el otro tipo penal.

[148] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 118.

El Código Penal, en el párrafo siguiente, *De la usurpación,* regla tres figuras diferentes, aunque estrechamente relacionadas: A) usurpación de inmuebles (arts. 457 y 458); B) usurpación de aguas (arts. 459, 460 y 461), y C) destrucción o alteración de términos o deslindes (art. 462).

A) *Usurpación de inmuebles*

El Código Penal distingue en la usurpación entre aquella en que se usa *violencia en las personas* para llevarla a cabo (usurpación violenta), y aquella en que no se emplea ese medio de ejecución (usurpación pacífica). Las características de ambas alternativas son las mismas, y están señaladas mayoritariamente en el art. 457, que se ocupa de describir la violenta; de la no violenta trata el art. 458. A continuación se analizarán los elementos del tipo usurpación de inmuebles en general, aplicables a las dos categorías señaladas. Es útil al efecto transcribir el art. 457, que dice en qué consiste el delito: "Al que con violencia en las personas *ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real que otro poseyere o tuviere legítimamente,* y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, *vuelto éste le repeliere,* además de las penas en que incurra por la violencia que causare, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si tales actos se ejecutaren por el *dueño o poseedor regular* contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente, la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada".

El *tipo objetivo* de la usurpación lo conforma un conjunto de elementos, siendo el fundamental la conducta prohibida. El precepto se refiere a dos modalidades de acción: *ocupar una cosa inmueble o usurpar un derecho real,* cosa y derecho han de estar en poder de *otra persona.* Ocupar y usurpar son dos verbos que para los efectos prácticos tienen el mismo alcance en este caso, por cuanto significan apoderarse de algo que tiene otro. Jurídicamente *ocupar un inmueble* es invadirlo, hacerse cargo de él materialmente, asumiendo de hecho su goce y disposición: *usurpar un derecho* es substituir al titular del mismo por un tercero que pasa a

ejercerlo. Los inmuebles se ocupan físicamente, son susceptibles de apoderamiento material, pero no es posible usurparlos; los derechos no pueden ser "ocupados", pero sí usurpados.

La ocupación se evidencia por actos materiales, es necesaria la entrada del usurpador al inmueble, debe permanecer en él físicamente y marginar a su actual tenedor de su goce, disposición, y de toda intervención; en términos simples, debe apoderarse del bien raíz y ejercer los derechos de dueño a su respecto. En la usurpación, la salida del lugar del que tenía el inmueble no es fundamental, será lo más frecuente, pero esa persona puede mantenerse en ese lugar, aunque privada del ejercicio de las facultades que tenía sobre el bien, que pasan a ser ejercidas por el invasor. No es suficiente, por otra parte, sacar al detentador del bien raíz, sino que el invasor tiene que introducirse y permanecer en él,[149] lo que puede hacer *personalmente* o por *terceros que actúen a su nombre* y por sus instrucciones. Como la actitud del usurpador debe ser constante, mantenida en el tiempo en relación al inmueble o al derecho real del que se ha apoderado, esa exigencia le otorga al *delito el carácter de permanente,* de manera que estará en estado de consumación en tanto la usurpación se mantenga.

Si la acción consiste en usurpar un derecho real, el agente deberá realizar actos que correspondan al titular, con independencia de la voluntad de ese titular, y que importen su goce o disposición.

El *objeto material de la acción* necesariamente debe ser un *inmueble* o un *derecho real.* La noción de inmueble se comentó al estudiar el delito de hurto;[150] como se dijo en aquella oportunidad, los conceptos civiles no se adecuan plenamente a los requerimientos penales, de manera que el concepto de inmueble queda limitado al casco terrestre en cuanto corteza misma, porque los minerales que se extraen de ella, los árboles que tiene, son muebles en el ámbito penal. Los derechos reales están señalados en el art. 577 del Código Civil: "Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales".

---

[149] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 368.
[150] Véase supra, párrafo Nº 82-b).

La legislación nacional no requiere, como sucede con la de otros países, entre ellas la española (art. 245 del Código Penal de España), que el bien materia de la usurpación sea ajeno; el art. 457, en el inciso segundo, plantea una hipótesis donde la cosa es propia del usurpador, y sin embargo hay delito.

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, no requiere cumplir condiciones especiales, puede actuar una persona solitariamente (acción individual) o ser varios los invasores (acción colectiva). En la *usurpación violenta el propietario del bien o su poseedor regular* están en condiciones de ser usurpadores, como lo deja expresamente establecido el inciso segundo del art. 457, cuando actúan en contra del poseedor de menor derecho o del tenedor ilegítimo, aunque con derecho aparente. Esta norma está dirigida a impedir el *ejercicio arbitrario del propio derecho,* porque se sanciona al propietario o poseedor legítimo que pretende recuperar el bien raíz por medios violentos, se prohíbe que se haga justicia por sí mismo. Si la persona en contra de la cual actúa el dueño o poseedor regular es un tenedor ilegítimo y carece de todo título para ocupar el bien, aun de uno aparente, puede emplear la violencia racionalmente necesaria para recuperar el bien usurpado; simplemente, estaría haciendo uso de la legítima defensa consagrada en el art. 10 N° 4.

Nada dice la ley penal para el caso que las personas antes indicadas recuperen el bien del tenedor ilegítimo y sin título aparente cuando emplean medios ilícitos, pero no violentos, atendido lo cual esas conductas quedan al margen del delito en estudio.

Se duda si el *comunero* puede ser calificado de usurpador cuando se apodera de todo el bien común, en atención a que cada miembro de la comunidad posee jurídicamente por todos los demás; pero el delito de usurpación se refiere a situaciones de hecho, no de derecho, de manera que cuando un comunero ocupa el inmueble que otro detenta, no se ve inconveniente para que incurra en el tipo penal en estudio.[151]

El *sujeto pasivo* en la usurpación puede ser el propietario del bien o derecho, su legítimo poseedor, como también el po-

[151] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 370; en contra Labatut (*D.P.*, t. II, p. 238).

EDICIONES JURIDICA DE CHILE

seedor ilegítimo con título aparente. Por título aparente debe considerarse cualquier antecedente de índole jurídica que haga verosímil la ocupación del detentador de la cosa, aunque sea discutible. A quien lo controvierta le corresponderá recurrir a los tribunales para dilucidar la situación.

El *tipo subjetivo* exige, por la naturaleza de la acción que *es usurpar,* que el autor al ocupar el inmueble, lo haga con el *ánimo de apropiarse* y de ejercer las facultades de señor y dueño con cierta permanencia, no de servirse temporal y circunstancialmente del mismo. Ese dolo es el que caracteriza al delito y permite diferenciarlo –como se hizo notar precedentemente– de otras figuras penales, como la violación de morada y las coacciones en general, donde el sujeto activo carece de esa voluntad y del ánimo de permanencia antes señalado, en relación al inmueble o al derecho real de que se trate.

El dolo debe extenderse a todos los elementos del tipo objetivo, *saber que se entra en un bien raíz, que se ocupa materialmente, que ese bien lo tiene un tercero, por lo menos con título aparente, y conocer que los actos que se realizan vinculados a ese bien son propios de ese tenedor al cual se ha desposeído.* Además, el autor debe tener *ánimo de apoderamiento y de permanencia* en el inmueble.

En el sistema nacional no se exige que el autor esté movido por el ánimo de lucro, ese elemento subjetivo se exige en el hurto y en el robo, no así en la usurpación, criterio que se ratifica por el hecho de que el dueño de la cosa o el poseedor regular de ella pueden ser autores del delito, alternativa donde el referido ánimo no es concebible.

Los elementos del tipo penal inherente a la usurpación de inmuebles y derechos reales son los antes comentados, de modo que corresponde a continuación distinguir aquellos que son propios de cada una de las dos clases que regla el Código Penal: violenta y no violenta.

a) Usurpación violenta

El art. 457 se inicia con las palabras "Al que con *violencia en las personas...*"; si bien la disposición alude exclusivamente a la violencia, se extiende la expresión al empleo de *intimidación,* porque el legislador en la mayor parte de las oportunidades en

que alude a la violencia en las personas, lo hace con el sentido amplio señalado, criterio compartido por la doctrina nacional y que corresponde, a su vez, al que se reconocía al precepto análogo de la legislación española de la época[152] que sirvió de antecedente al nacional.

Violencia en las personas tiene el mismo alcance que se expresó al analizar el delito de robo con violencia y otro tanto sucede con la *intimidación.*[153] Como se recordará, la violencia es la fuerza física ejercida sobre una persona, y la intimidación es la amenaza de emplear esa fuerza material. Ese es el sentido al que queda limitada la violencia en el delito de usurpación y siempre tiene que ser empleada en contra de las personas, la *fuerza que se ejerza sobre las cosas no se considera* para estos efectos.

En la usurpación la violencia se puede usar en dos oportunidades. En el inciso primero del art. 457 se establece que se debe ejercer *para ocupar el bien,* lo que significa que antes o durante esa ocupación puede tener lugar para lograr el apoderamiento. La situación más habitual será la señalada, pero el mismo inciso expresa que la violencia se puede ejercer en otro momento, cuando ocupado pacíficamente el bien en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, se rechaza su regreso y entrada, *ejerciendo* violencia sobre él. Esa fuerza física posterior a la ocupación da lugar a su vez a una usurpación violenta.

La violencia es un concepto amplio, puede consistir en amenazas, malos tratos de obra, lesiones y aun la muerte de personas, sea del usurpado o de terceros que intervienen en el hecho.

b) Sanción de la usurpación violenta

El art. 457 sanciona con benignidad este delito, le aplica únicamente una pena de *multa,* pero para determinar su monto distingue dos situaciones: a) si la usurpación fue realizada por el dueño del bien o por el poseedor regular, el monto es de seis a diez unidades tributarias mensuales, y b) si la lleva a cabo cualquier otra persona, el monto de la multa es de once a veinte unidades tributarias mensuales.

[152] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 853.
[153] Véase supra, párrafos N°s 94.1 y 94.2.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

La disposición prevé que la violencia puede dar origen a otros delitos además de la usurpación misma ("además de las penas en que incurra por la violencia que causare"), como serían los de daños, lesiones, homicidios, caso en el cual se está en una situación de concurso material, debiendo castigarse estos otros hechos con las penas que correspondan, sin perjuicio de la aplicada por la usurpación.

c) Usurpación no violenta

Esta figura está descrita en el art. 458, que expresa: "Cuando, en los casos del inciso primero del artículo anterior, el hecho se llevare a efecto *sin violencia en las personas,* la pena será multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

Las características y elementos típicos de la usurpación no violenta son los generales que se analizaron en los párrafos precedentes. La diferencia que tiene con la usurpación violenta –aparte precisamente de que no se ejerce violencia en contra de las personas– incide en que en la especie el dueño o poseedor regular no pueden ser sujetos activos de este delito, porque el derecho les reconoce la facultad de recuperar los bienes inmuebles que no tienen materialmente por medios no violentos.

En esta hipótesis el usurpador puede emplear cualquier sistema para ocupar el inmueble o el derecho real que pretende, siempre que no consista en ejercer violencia en contra de las personas. Los sistemas clandestinos, la astucia, el engaño y aun el abuso de confianza pueden quedar comprendidos.[154]

La sanción que corresponde por este delito es únicamente la multa indicada por la disposición transcrita; aquí no procede imponer otra pena, porque como no se hace uso de la fuerza física no se pueden generar las situaciones de concurso real a que se hizo referencia en el párrafo anterior respecto de la usurpación violenta.

B) *Usurpación de aguas*

El Código Penal contiene un conjunto de preceptos –los arts. 459, 460 y 461– que se ocupan con cierto detalle de tres situaciones distintas: a) la sustracción de agua sin fuerza y con fuerza en las

[154] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 372.

cosas (art. 459 N°s 1 y 2), b) atentados vinculados a los derechos de agua ajenos (art. 459 N°s 3 y 4) y c) el ejercicio fraudulento del propio derecho de agua (art. 461). En estas disposiciones se da un uso quizá impropio a la noción de usurpación, al calificar como tal a hechos como la sustracción de agua. Debe recordarse que cuando se comentó el delito de hurto, se hizo notar que el agua no podía ser objeto de ese tipo penal, salvo que estuviera envasada o en depósito, y siempre que el apoderamiento fuera del todo, o sea del conjunto, que pasaba a ser una cosa corporal mueble. En esa oportunidad se adelantó que la sustracción de agua corriente constituía para el Código Penal usurpación, porque para esos efectos la asimila a los inmuebles, y tan es así, que en la discusión que se planteó en la Cámara de Diputados al conocer del Proyecto, el miembro de la Comisión Redactora, señor Fabres, sostuvo que el agua era inmueble y no susceptible de robo o hurto.[155]

a) Sustracción de agua

El art. 459, en sus números 1 y 2, describe estos delitos: "Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que *sin título legítimo* e *invadiendo derechos* ajenos:

1°. *Sacaren aguas* de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las *apropiaren* para hacer de ellas *un uso cualquiera.*

2°. *Rompieren* o *alteraren con igual fin* diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos".

Se describen dos conductas que constituyen este delito, en una no debe mediar fuerza en las cosas, en la otra sí.

La primera conducta consiste en *sacar agua* de los lugares que allí se mencionan, que comprenden hasta las redes de agua potable y las instalaciones domiciliarias. Para hacerlo se puede emplear cualquier medio, mangueras, bidones, camiones u otros, siempre que no importen el uso de fuerza sobre las cosas, pues la ley se refiere exclusivamente al hecho de sacar agua, que no

[155] Mario Verdugo, op. cit., t. III, p. 988.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

significa dañar o realizar obras,[156] lo que proyectaría la conducta a otras figuras, como la de daños. En ese caso se daría una situación de concurso real o medial de delitos, la sustracción de agua y un delito de daño, u otro según las circunstancias.

La segunda conducta es *romper* (destruir) o *alterar* (modificar) *obras,* como diques, esclusas y análogos, existentes en los lugares antes señalados, rotura o alteración que debe perseguir sustraer el agua que allí se encuentre. En esta hipótesis, por la naturaleza de la misma, se requiere el uso de fuerza sobre las cosas, de manera que el rompimiento o fractura queda comprendido en la sanción.

Si bien sólo en el número primero se expresa que el agua tiene que sacarla el agente para *apropiarse* de ella y darle un uso cualquiera, tal exigencia se extiende también al rompimiento y alteración de obras, pues dañar esas obras o desviar aguas con objetivos diversos al de hacerse dueño del agua, puede constituir otros delitos, como el de daños o estragos.

Cualquiera persona está en situación de ser autor de estos delitos *(es un delito común),* siempre que no sea el dueño de las aguas, a menos que invada derechos ajenos, ello explica la exigencia de que el autor actúe "sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos" del inciso primero del art. 459.

La *pena dispuesta* para estos delitos es la de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Es una sanción de mayor gravedad que la señalada para la usurpación de inmuebles, que tiene sólo una de multa. El art. 460 establece una *circunstancia calificante* especial para estos delitos, al señalar: "Cuando los simples delitos a que se refiere el artículo anterior se ejecutaren *con violencia en las personas,* si el culpable *no mereciere mayor pena por la violencia* que causare, sufrirá la de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

De consiguiente, si el autor de la usurpación de aguas en estudio emplea violencia contra las personas, expresión que comprende el uso de *intimidación* y cuyo alcance se precisó al comentar el robo con violencia en las personas, sufrirá una sanción privativa de libertad más grave que la expresada en el art. 458, sin perjui-

[156] Opina en contrario Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 375.

cio que si por la violencia le correspondiera una superior a la establecida en el art. 460, se le imponga aquella superior.

b) Delitos vinculados con los derechos de aguas ajenos

Pueden darse dos alternativas, *usurpar un derecho* de agua de un tercero, o *perturbar* el legítimo ejercicio del *derecho* o de la *posesión* de esa agua. La conducta no es un simple apoderamiento material del agua, como en las situaciones analizadas en el párrafo anterior, sino que es usurpar el derecho pertinente o perturbar su ejercicio.

b.1) *Usurpar un derecho de aguas.* El art. 459 se refiere a este delito: "Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que *sin título legítimo* e *invadiendo derechos* ajenos:

4°. *Usurparen un derecho* cualquiera *referente al curso de ellas* o turbaren a alguno en su legítima posesión".

La conducta descrita es la *usurpación* de un derecho ajeno, de un tercero, pero referente al *curso de las aguas.* Usurpar, como se indicó en los párrafos anteriores, es arrogarse de facto las facultades que le corresponden al titular del derecho y ejercerlas por cuenta propia. Todas las condiciones generales que se comentaron para las hipótesis analizadas en la letra a) rigen para este comportamiento prohibido, y la pena que le corresponde al autor es la misma que allí se señaló, inclusive la calificante de violencia del art. 460.

b.2) *Perturbación de un derecho ajeno de aguas.* Se sanciona no sólo la sustracción de agua, o la usurpación del derecho, sino cualquier embarazo o perturbación que se haga al legítimo ejercicio de un *derecho de agua* o de su *posesión* tranquila. El N° 4 del art. 459 recién transcrito (en el párrafo b.1), expresa: "...o *turbaren* a alguno en su *legítima posesión*" y el N° 3 del mismo precepto señala que se impondrá la pena que en él se prescribe a quienes: "Pusieren *embarazo* al *ejercicio de los derechos* que un *tercero tuviere* sobre dichas aguas".

Las características genéricas de este delito y las penas que le corresponde, se han precisado en el párrafo signado con la letra a) y se dan por reproducidas en este apartado.

c) Ejercicio fraudulento del derecho de aguas propio

Se considera usurpador, y se sanciona como tal, al titular de un derecho de agua que en el ejercicio de ese derecho actúe *fraudulentamente,* o sea en perjuicio de terceros y en su propio beneficio. Parece indudable que al tipificar este comportamiento como *usurpación* se fuerza el sentido de la expresión, pero para hacerlo se debe haber considerado que, en alguna forma, actividades como las señaladas se traducen en la pérdida o disminución ilegítima del agua que les corresponde a terceros.

El art. 461 es el que regla este delito: "Serán castigados con las penas del artículo 459 los que teniendo derechos a sacar aguas *o usarlas* se hubieren *servido fraudulentamente,* con tal fin, de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una *forma diversa a la establecida o de una capacidad superior* a la medida a que tienen derecho".

La conducta sancionada es la de aquel titular de un derecho de agua que usa los conductos, marcos, etc., de manera diferente a la establecida o de una capacidad superior a la que le corresponde en forma *fraudulenta,* esto es, en perjuicio de terceros engañándolos o abusando de su confianza. Para que el delito se consume debe causar perjuicio a esos terceros afectados.

Esta es una figura penal *especial, exige un sujeto calificado,* que necesariamente debe ser un titular de un derecho de agua en la red de agua de que se trate; aquel que no sea propietario no puede incurrir en este delito.

La sanción que se debe imponer al responsable está precisada en el art. 459: presidio menor en su grado mínimo y multa. En esta situación no rige la calificante del art. 460, porque la posibilidad de violencia queda totalmente descartada en este delito, por la naturaleza del medio de ejecución que requiere: el fraude, al que le es inherente el engaño o el abuso de confianza, pero no la fuerza física o la intimidación.

Destrucción o alteración de términos o deslindes

137. NOCIONES GENERALES

El Código, en el último artículo del párrafo que se ocupa del delito de usurpación, hace referencia a una forma especial de

usurpar un inmueble, generalmente una parte de él, y que consiste en modificar su cabida, alterando o destruyendo los deslindes que lo determinan en la corteza terrestre. Cuando se analizó la usurpación de inmuebles se distinguió entre la realizada con y sin violencia en las personas, y se precisó que esa clasificación no tenía relación con las posibilidades de que se ejerza o no se ejerza fuerza en las cosas, en su alcance jurídico, sin perjuicio de que normalmente deberá consumarse mediante el uso de fuerza física, la necesaria por lo menos para destruir o cambiar los deslindes materiales o marcas que delimitan un bien raíz. Lo que se reprime en la disposición que se comenta no son los daños causados físicamente sobre los cierros o deslindes o la posible sustracción de éstos, sino que es la usurpación de los terrenos respectivos que ello involucra, aunque el legislador no haya usado la palabra *usurpación.*

El delito está descrito en el art. 462: "El que *destruyere* o *alterare* términos o límites de propiedades *públicas* o *particulares* con *ánimo de lucrarse,* será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

138. CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DE LA FIGURA

El *tipo objetivo* del delito está conformado por dos clases de acciones: *destruir o alterar* términos o deslindes de un inmueble. *Destruir* para estos efectos es sinónimo de deshacer, derribar, y *alterar* corresponde a variar, cambiar. El *objeto material de la acción* deben ser imperativamente "límites" o "términos", que en la disposición hacen referencia –el límite– a la línea divisoria entre dos predios, generalmente señalada con un muro, una cerca y aun una simple marcación puesta sobre el terreno, y la voz "término" a una marca material de carácter permanente, como una columna, una piedra, un hito, que determina una línea divisoria o un punto de referencia en un terreno. En síntesis, la conducta prohibida en su primera alternativa es la destrucción de los deslindes o términos, o sea de las señales que precisan en su extensión a dos o más predios, o de los hitos que sirven para determinar esos deslindes. Su segunda posibilidad es cambiar esas señales a lugares diversos de aquellos donde originalmente se encontraban.

Las acciones, objetivamente, han de hacer variar negativamente la extensión del predio de que se trate y, de consiguiente,

aumentar la de otro inmueble o, por lo menos, cambiar su ubicación material.

Los predios afectados pueden ser de *particulares o públicos,* de manera que la usurpación de parte de un camino, de una plaza, pueden constituir el delito en estudio.

El tipo *subjetivo* exige, además del dolo inherente a todo delito, el ánimo *de lucrar.* El sujeto activo debe pretender con su acción aumentar o mejorar su patrimonio, en la especie agrandar la cabida del propio predio o mejorar su ubicación (correrlo desde una parte pantanosa a una de cultivo) aunque no aumente su extensión en este último caso.

Es suficiente para que el delito se consume que el sujeto activo tenga el ánimo indicado, no es necesario que en el hecho se concrete ese lucro.

139. POSIBILIDAD DE CONCURSO DE DELITO

En este delito quedan comprendidos junto con los actos de usurpación, los daños y perjuicios materiales causados con la destrucción de los cierros o su alteración. Estos últimos son consumidos por el delito de destrucción o alteración, no constituyen tipos independientes (que podrían ser de daño o de hurto); para estos efectos conforman un solo hecho punible, el descrito en el art. 462. No sucede lo mismo con la *violencia que se puede ejercer sobre la persona* con ocasión de la destrucción o alteración, porque la citada disposición nada dice respecto de ella, de suerte que si el actor recurre a la violencia, ésta debe castigarse separadamente, según el delito que conforme (lesiones, homicidio), alternativa que daría lugar a un concurso real de delitos.

En todo caso, al adecuar un hecho en este tipo penal se ha de ser cuidadoso, por cuanto primeramente se ha de determinar si en verdad se trata de una usurpación o de un delito de *daño, de hurto o de robo.* Si el dolo del actor estaba circunscrito a *dañar,* o sea a destruir los cierros o términos, y no a modificar la cabida del predio o su ubicación, esa conducta constituye únicamente el delito de daños y no de usurpación. Algo semejante sucede si el actor al destruir los deslindes o términos, tie-

ne como finalidad exclusiva *apropiarse* de los materiales de que están hechos (postes, alambres, rejas), comete delito de hurto o robo, pero no el que se está estudiando.

140. PENALIDAD DEL DELITO

La sanción que se establece para este hecho es igual a la que se impone para el delito de usurpación de aguas, y más grave que la que corresponde a la usurpación de inmuebles. El art. 462 prescribe la de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

CAPÍTULO CUARTO

DE LAS DEFRAUDACIONES

141. ASPECTOS GENERALES

En el párrafo 7º del Título IX del Libro Segundo del C.P., bajo el epígrafe "De las defraudaciones", se describen los delitos que el legislador trata bajo esa denominación. El párrafo cuenta con un solo artículo vigente, el 466, pues los restantes (los artículos 463, 464, 465) fueron derogados el año 1929 al dictarse la primera Ley sobre Quiebras. En esa disposición se sancionan tres comportamientos distintos: el alzamiento de bienes, constituirse en insolvencia y celebrar contratos simulados.

Sectores de la doctrina han pretendido vincular estas figuras con los delitos relativos a las quiebras, pero en realidad son tipos penales independientes. La vinculación se asentaría en el hecho de que en los artículos derogados, citados en el párrafo anterior, se reglaban la insolvencia fraudulenta y la culpable en que incurría el *quebrado,* o sea aquel que había sido declarado en quiebra, situaciones que pasaron a ser sancionadas por la Ley sobre Quiebras, lo que supondría que todos los tipos del referido párrafo presuponían la quiebra del sujeto activo. En verdad el art. 466 no ha hecho referencia a la quiebra del agente, de manera que si bien algunas de las hipótesis del artículo 466 podrían servir de antecedentes de su declaración de quiebra, los delitos que allí se describen no requieren que previamente se declare la quiebra,[1]

[1] Se relacionan estas figuras con la declaración de quiebra civil del inculpado porque el art. 466 exige "perjuicio de los acreedores", lo que se interpreta por sectores de la doctrina, seguramente debido a los comentarios que sobre esta materia

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

como podría colegirse de algunos comentarios sobre la materia; se trata de figuras autónomas e independientes de la circunstancia de si el deudor está o no declarado en quiebra.

hizo Francisco Pacheco (op. cit., t. 3°, p. 310) en el sentido de que deben ser todos los acreedores del deudor los que han de sufrir esos perjuicios, lo que supone –al igual que en el procedimiento de quiebra– una universalidad. Además se afirma que en una primera oportunidad la Comisión Redactora eliminó el precepto que se refería al delito de alzamiento, considerando que esa conducta estaba comprendida en el delito de quiebra fraudulenta, pero al reparar que el deudor civil –no comerciante– podía quedar impune, habría restablecido esa figura –pero no en un artículo independiente– sino que adicionando aquel que castigaba la quiebra (el concurso) del deudor *no comerciante*. Entre otros, así lo expresa Etcheberry (*D.P.*, t. III, p. 386), que razona en el sentido recién indicado. Se disiente del referido criterio porque el art. 466, en el que la Comisión Redactora incorporó la hipótesis de alzamiento de bienes como delito, no sanciona el *concurso* (quiebra) del deudor no comerciante, como tampoco lo hacía el texto del Código español que le sirvió de fuente, sino la insolvencia del no comerciante por ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de sus bienes, independientemente de los delitos relacionados con la quiebra, lo que respalda los comentarios que sobre el punto hace Muñoz Conde: "El Código Penal de 1848 recogía dentro de esta sección tres diferentes delitos y a ellos respondía su titulación: Alzamiento, quiebra o insolvencia del deudor no comerciante. No se tipificaba, sin embargo, el *concurso*, que fue introducido posteriormente en el Código de 1870" (op. cit., p. 284). Corroboran la diferencia existente entre insolvencia y quiebra o concurso Cuello Calón (op. cit., t. II, p. 859) y Quintano Ripollés (op. cit., t. II, p. 340), que son categóricos en afirmar que no es necesaria tal declaración para que opere el delito, aun en el caso del deudor comerciante. Tampoco los comentarios de la Comisión Redactora pueden llevar a la conclusión criticada, pues si bien es cierto que en la sesión N° 99 de 1° de julio de 1872 determinó no recoger en el proyecto el artículo del Código español que estaba destinado a sancionar al deudor alzado –que se refería tanto al comerciante como al no comerciante sin aludir a su quiebra, porque consideró que ese delito quedaba comprendido en la quiebra fraudulenta–, no es menos cierto que de inmediato, en la sesión siguiente, la N° 100, de 5 de julio del mismo año, corrigió su error al representar el señor Renjifo que en el art. 456 (actual 466) no se había comprendido al "deudor alzado ni al que celebra contratos simulados", y acordó modificar la referida disposición –que no hace referencia a las quiebras– en la forma como rige hoy en día, o sea describiendo como delito el alzamiento de bienes del deudor no comerciante y la celebración de contratos simulados, sin hacer alusión alguna a los delitos del quebrado, hipótesis estas últimas que reglamentó en forma separada en los arts. 463, 464 y 465, que expresa y claramente se referían al *quebrado*, sin distinción de que fuera o no comerciante. La voluntad de los redactores queda en evidencia, porque en los artículos recién citados se consideraron los delitos relativos a las quiebras, y en el art. 466 únicamente a las defraudaciones que allí enumera, en que incurrían los deudores no comerciantes que no hubiesen sido declarados en quiebra. Finalmente es útil hacer notar que la voz "insolvencia" empleada por el art. 466 no debe entenderse en el sentido que podría haber tenido en el Código español de la época, sino del que se desprende en nuestro ordenamiento, que no es equivalente a "quiebra", sino al sujeto cuyos bienes en conjunto son inferiores al monto del total de las obligaciones pendientes que enfrenta, sea que esté o no declarado en quiebra. Insolvencia es la incapacidad del activo de un patrimonio para responder al pasivo que lo afecta. La figura se fundamenta en el abuso de confianza del deudor.

Si el deudor es declarado en quiebra, y tiene la calidad de comerciante, industrial, minero o agricultor (arts. 41 y 234 de la Ley de Quiebras), al incurrir en alguna de las conductas que se indican en los arts. 219 ó 220 de la referida Ley, puede responder por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, según las circunstancias, lo que podría dar lugar a un posible concurso aparente de leyes, que debería resolverse por el principio de la especialidad con la aplicación preferente de la figura reglada en esa Ley especial.

Las figuras a que se ha hecho referencia están descritas por el art. 466 en los siguientes términos: "El deudor no dedicado al comercio que se *alzare con sus bienes* en perjuicio de sus acreedores o que se constituya *en insolvencia* por *ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa de esos bienes,* será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

En la misma pena incurrirá si *otorgare,* en perjuicio de dichos acreedores, *contratos simulados*".

Del precepto transcrito se desprende que hay tres tipos penales distintos reglados conjuntamente: a) el alzamiento de bienes, b) la insolvencia punible y c) el otorgamiento de contratos simulados.

Se pasará a analizar separadamente cada uno de ellos.

El delito de alzamiento de bienes

142. ASPECTOS GENERALES

El bien jurídico protegido por este delito es el derecho de los acreedores a hacer efectivas sus acreencias en los bienes del deudor, pues el que se alza con sus bienes incumple la confianza que en él depositaron aquellos que le otorgaron recursos o medios económicos, en el entendido que contaba con un patrimonio que respaldaba esas obligaciones. Al disminuirlo puso en peligro los intereses de los acreedores en cuanto a la recuperabilidad de esos créditos. Como se ha señalado precedentemente, no es una conducta vinculada con la declaración de la quiebra del deudor, y tampoco propiamente con su insolvencia, situación esta última que aparece considerada parti-

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

cularmente por el mismo art. 466 que la describe como figura penal autónoma.[2]

Se trata de un delito de peligro, y no de lesión, pues no es necesario que realmente se cause un perjuicio al acreedor o acreedores; la descripción del tipo no colocó como elemento de la figura la exigencia de que se afectara realmente el patrimonio de los titulares de los créditos.[3]

143. TIPO OBJETIVO

El art. 466 describe el hecho aludiendo al "deudor no dedicado al comercio que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores", y por alzamiento históricamente se ha entendido el acto del agente de fugarse o de huir del lugar, llevándose u ocultando sus bienes.[4] Para que el tipo objetivo se dé es esencial que el deudor huya o se oculte junto con sus bienes, aunque sectores doctrinarios estiman que lo esencial sería el ocultamiento de bienes y no así la fuga o el ocultamiento personal del deudor,[5] pero tal forma de entender el tipo penal corresponde a los criterios españoles que tienen otra estructura de las figuras de alzamiento, la que en nuestra legislación debe descartarse, porque el ocultamiento de bienes constituye una figura penalmente independiente que está específicamente sancionada en el art. 466.

Si bien el alzamiento importa la fuga del deudor, esa huida debe ir aparejada del ocultamiento de los bienes, que no requiere ser total, porque no es inherente al alzamiento que el agente quede en insolvencia. El delito puede darse aun cuando el alzamiento de los bienes es parcial, que corresponde sólo a parte de los del agente, puesto que en esa forma se podrían provocar dificultades para la cancelación de las acreencias, lo que involucra que faltó a la confianza que se depositó en él. El alzamiento, si bien está catalogado como defraudación por el Código Penal, no requiere de engaño de parte del sujeto activo; el fraude se constituye por el

[2] Opina en sentido diverso Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 386.
[3] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 285; T. S. Vives, op. cit., p. 882.
[4] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 388.
[5] Así lo sostiene Labatut, *D.P.*, t. II, p. 241.

abuso de confianza que conlleva, lo que permite diferenciarlo del delito de estafa, en el cual el engaño previo es necesario, como también el desplazamiento de bienes de la víctima al estafador, lo que tampoco es necesario en el delito de alzamiento de bienes,[6] donde éste dispone de bienes propios.

El delito solo es posible cuando *existen personas vinculadas jurídicamente por obligaciones de índole patrimonial,* siendo una o unas acreedoras y otra deudora, o como dice Muñoz Conde, cuando existe una *relación jurídica obligacional* previa entre los intervinientes.[7]

Se trata, por lo tanto, de una figura *especial,* que requiere de un sujeto activo calificado, porque puede cometerlo exclusivamente quien tiene la calidad de deudor y siempre que la realice para perjudicar a su acreedor o acreedores. En consecuencia, el sujeto pasivo debe, a su vez, tener la calidad de acreedor del agente, no puede ser cualquier persona.

La ocultación de los bienes puede llevarse a cabo directamente o por interpósita persona, alternativa donde se planteará una situación de inducción o de autoría mediata, según las circunstancias concretas.

El *objeto material de la acción* lo constituyen los bienes del propio deudor, son éstos los que se lleva u oculta. Esos bienes deben cumplir con la condición de que sean propios del agente y susceptibles de que sobre ellos se hagan efectivas las deudas, pues el delito gira en torno al peligro de que se cause un perjuicio a los titulares de los créditos. Comprenden los bienes corporales y los incorporales, siempre que sean liquidables, de manera que los créditos que el agente tenga en contra de terceros quedan incluidos.

Se ha considerado la posibilidad de comisión del delito de alzamiento por *omisión,* pero esta modalidad de ejecución parece no ser viable, porque el verbo rector alude al *alzamiento,* lo que involucra una acción de parte del sujeto de quedarse con los bienes.[8]

La provocación de un efectivo perjuicio a los acreedores no es un elemento inherente al delito para su perfeccionamiento,

[6] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 339.
[7] Muñoz Conde, op. cit., p. 287.
[8] T. S. Vives, op. cit., p. 884.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ya se señaló que se trata de una figura de mera actividad, sin perjuicio del elemento subjetivo necesario en ese sentido, que es un aspecto distinto y que se comentará a continuación.

144. TIPO SUBJETIVO

Como todos los tipos de la parte especial del Código, se requiere de *dolo* del deudor, dolo que se limita al directo, porque aparte de que el sujeto ha de tener conocimiento de que se alza con los bienes sobre los cuales los acreedores podrían hacer efectivas sus obligaciones pendientes, ha de querer causarles ese perjuicio, dejarlos en la imposibilidad de recuperar los valores que le facilitaron, independientemente al hecho de que en la materialidad se cause. Lo señalado se desprende de las expresiones empleadas por el art. 466, que sanciona el alzamiento de bienes del deudor *en perjuicio de sus acreedores,* vale decir del realizado con tal finalidad. El texto legal mismo diferencia la real situación de insolvencia del deudor –en la cual es inherente que se cause el perjuicio– del delito de alzamiento –donde la provocación de ese efecto no es necesario–, por cuanto la insolvencia está reprimida como figura independiente en esa misma disposición.

145. CONSUMACIÓN DEL DELITO. SU SANCIÓN

Como se adelantó, se trata de un tipo de mera actividad, de modo que es suficiente la fuga del deudor llevándose sus bienes para que el hecho se consume, y como requiere de un elemento subjetivo del tipo, el actuar "en perjuicio de sus acreedores", descarta la posibilidad de que se presenten las formas imperfectas (tentativa y frustración). Si el deudor es declarado en quiebra, este delito queda desplazado por los de quiebra culpable o fraudulenta descritos por los arts. 219 y 220 de la Ley de Quiebras, que pasan a consumir, por el principio de consunción, el de alzamiento de bienes, que es una figura de peligro y queda consumida por la de resultado reglada en la ley citada.

El art. 466 sanciona el alzamiento de bienes en la misma forma que lo hace respecto de la insolvencia punible y la celebra-

ción de contratos simulados, con presidio menor en cualquiera de sus grados. La sanción es única y no queda sujeta a gradación por el monto de los bienes objeto de alzamiento. En la Comisión Redactora se había estimado que por la naturaleza del delito y para deshonrar menos al deudor, se colocara como pena alternativa la de presidio o la de relegación, y si bien el criterio fue acogido en principio, en definitiva no se concretó (Sesión N° 100, de 5 de julio de 1872).

La insolvencia punible

146. CONSIDERACIONES GENERALES

Esta figura está sancionada en el art. 466, que expresa que el deudor no dedicado al comercio que se *constituya en insolvencia* por *ocultación, dilapidación o enajenación maliciosa* de sus bienes incurre en delito. De consiguiente, la insolvencia punible puede revestir cualquiera de las distintas modalidades recién señaladas: enajenación, ocultación, dilapidación. En relación a todas ellas es imperioso precisar algunos conceptos; la insolvencia no requiere la declaración de quiebra y se trata de una figura con identidad propia, distinta, que en atención a sus antecedentes en la legislación española se ha pretendido vincular con el *concurso,* o sea con el procedimiento universal de liquidación de los bienes del deudor, lo que en el sistema nacional no corresponde. Se reproduce en esta parte lo comentado sobre el punto cuando se analizó el delito de alzamiento de bienes. La insolvencia punible no requiere de estados de concursos previos. La quiebra es un procedimiento judicial universal que está dirigido a liquidar la integridad de los bienes del deudor para satisfacer todas las deudas por él contraídas y que no ha satisfecho oportunamente, aun las sujetas a plazo, procedimiento que requiere para iniciarse de una resolución judicial denominada *declaración de quiebra.* Normalmente esa declaración sólo es posible si el deudor ha entrado en *cesación de pagos,* situación en la cual el sujeto se encuentra en la imposibilidad de cancelar las deudas que se le cobran, y que a su vez supone su *insolvencia,* o sea que los bienes que posee no alcanzan a cubrir los créditos

que se le han otorgado; en otros términos, que su activo es tan inferior a su pasivo, que enfrenta la imposibilidad de satisfacer sus deudas. Una persona puede estar en insolvencia pero no en quiebra, porque para ello es necesario que judicialmente así se haya declarado. En los delitos de insolvencia no se requiere la declaración previa de quiebra, es suficiente que por los hechos que el legislador describe en el art. 466, el sujeto se haya colocado en estado de insolvencia, lo que corresponde establecer en el proceso penal respectivo.

El delito de insolvencia punible, de consiguiente, es un delito de *resultado:* el deudor debe a consecuencia de los actos típicos en que incurrió, haber quedado en la imposibilidad de cancelar sus deudas, con el natural perjuicio inferido a sus acreedores, pero no es necesario que haya sido declarada su quiebra. Si esta declaración se hizo, la insolvencia del deudor como delito queda consumida por el delito de quiebra culpable o fraudulenta, en la forma como se comentó al tratar el alzamiento de bienes.

Todas las formas de caer en insolvencia que se mencionan en el art. 466 tienen una característica común que dice relación con el tipo *subjetivo* y que se desprende de la palabra *maliciosa* usada por la disposición; el deudor debe haber *querido caer en insolvencia,* la ocultación, dilapidación o enajenación de sus bienes las realizó con el conocimiento y la voluntad de que su patrimonio activo sufra un deterioro que lo ponga en la imposibilidad de enfrentar a sus acreedores.

Normalmente el legislador penal emplea la palabra *maliciosa* para limitar al dolo al *directo,* excluyendo el eventual, y eso es lo que sucede en el delito de insolvencia.

Veamos ahora cada una de las tres modalidades de insolvencia punible.

147. OCULTACIÓN DE BIENES

En esta hipótesis el deudor, con la finalidad de colocarse en situación de insolvencia, procede a esconder o disimular sus bienes ante sus acreedores, de modo que éstos no puedan, o tengan dificultades para hacer efectivos sus créditos. Las modalidades de operar pueden ser de distinta naturaleza; lo corriente será

que oculte materialmente sus bienes, en todo o parte, pues el tipo se satisface con el hecho de que el resto de su patrimonio sea insuficiente para asegurar la cancelación de sus obligaciones, no es necesario que los oculte todos. Puede también ocultar sus bienes recurriendo a medios legales,[9] siempre que el mismo no consista en enajenar los componentes de su activo o celebrar con ellos contratos simulados;[10] de ser así se desplazaría el delito a las otra formas de caer en insolvencia.

La insolvencia punible por ocultación de bienes es una figura independiente del alzamiento de bienes,[11] esta última consiste en la fuga del deudor llevándose todo o parte de sus bienes, en tanto que la insolvencia por ocultación se satisface con el hecho de ponerlos fuera de la vista de los acreedores, para que sobre ellos no puedan hacer efectivo los créditos que detenten.

148. INSOLVENCIA POR DILAPIDACIÓN

La segunda forma de incurrir en insolvencia punible que describe el art. 466, tiene lugar cuando el deudor dilapida sus bienes, lo que debe realizar precisamente para perjudicar a sus acreedores, puesto que –como se ha señalado precedentemente– el sujeto debe actuar *maliciosamente,* lo que supone de su parte dolo directo; en consecuencia, queda descartado el eventual. Debe existir necesariamente, por lo tanto, una voluntad dirigida a provocar un estado de insolvencia.

Dilapidar es una expresión que ha entenderse en el sentido corriente que se le asigna, como la acción *de malgastar los bienes que se tienen o administran,* lo que importa hacer gastos o inversiones exagerados al compararlos con los recursos que tiene el deudor, sin la adecuada posibilidad de recuperación. Es, en definitiva, malbaratar, derrochar, despilfarrar los bienes.[12] Que un sujeto malgaste sus bienes no es delito en sí mismo, a menos

[9] Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 882.
[10] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 389.
[11] Opina en otro sentido Labatut (*D.P.,* t. II, p. 241).
[12] Labatut, *D.P.,* t. II, p. 241.

que con esa actitud provoque una disminución ostensible de su activo en relación a las obligaciones cuyos cumplimientos están pendientes.

149. INSOLVENCIA POR ENAJENACIÓN

Como última alternativa del delito de insolvencia punible, el art. 466 sanciona la *enajenación de los bienes del deudor*, que también debe ser llevada a cabo maliciosamente, o sea con dolo directo para provocar el estado de insolvencia. La enajenación consiste en hacer que bienes que están en el patrimonio del deudor salgan del mismo por medio de maquinaciones jurídicas. La mera destrucción de esos bienes no queda comprendida en esta figura penal, porque la conducta prohibida es traspasar por arbitrios legales los bienes que integran el activo del deudor en todo o parte a terceros, de modo que los acreedores queden en la imposibilidad de hacer efectivos sus derechos sobre ellos. Estas maquinaciones pueden cumplirse transfiriendo el dominio de los bienes, constituyendo otros derechos sobre los mismos, como podrían ser servidumbres que los desvaloren, o una hipoteca o un usufructo.

La *pena* que corresponde al delito de insolvencia es la misma que se señala para el alzamiento de bienes, o sea presidio menor en cualquiera de sus grados, pena que corresponde imponer cualquiera sea el monto del perjuicio causado a los acreedores. Por ello, seguramente, el legislador amplió la posibilidad de recorrer la extensión de la sanción, permitiendo que el tribunal que la imponga lo haga en cualquiera de los tres grados que la integran.

Otorgamiento del deudor de contratos simulados

150. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El art. 466, en su inciso final expresa: "En la misma pena incurrirá (el deudor) si otorgare, *en perjuicio* de dichos acreedores, *contratos simulados*".

En el precepto se hace referencia implícita al deudor, de modo que desde luego se requiere de un sujeto calificado, puesto que sólo puede ser agente de este tipo penal alguien que tiene acreedores de índole pecuniaria, y no cualquiera persona.

El delito es de mera actividad y no requiere de un resultado o de que realmente provoque un perjuicio a los acreedores. No es necesario que el agente se ponga en situación de insolvencia ni, menos aun, que haya sido declarado en quiebra; la historia de la disposición es clara en este punto, pues los redactores en ningún momento aludieron a tales condiciones como elementos del delito[13] y no las consideraron para describirlo, como ostensiblemente fluye de la propia disposición.

El bien jurídico protegido es la facultad de los acreedores para exigir que el deudor mantenga bienes suficientes donde hacer efectivos sus derechos cuando corresponda, es evitar el peligro de que quede en insolvencia

El *tipo objetivo* lo constituye la acción de *otorgar un contrato simulado,* y por tal se entiende aquel que es mendaz en cuanto a la manifestación de voluntad del deudor. En él se aparenta realizar un acto que no se ha pensado realmente llevar a cabo, o que simplemente encubre otra operación efectivamente realizada de índole diversa. En substancia, en esta hipótesis existe una ostensible diferencia entre la voluntad real del sujeto y la que declara tener. No se exige que por la celebración del contrato salga del patrimonio del deudor parte de sus bienes, puede ello suceder, pero lo que sí

[13] Este inciso fue agregado al art. 456 (que ahora es el 466) por indicación del miembro de la Comisión señor Renjifo, en la Sesión N° 100, de 5 de julio de 1872, sin considerar supuesto alguno de quiebra, cuyos delitos se reglaron separadamente en los arts. 463, 464 y 465, actualmente todos derogados, y tampoco se consideraron situaciones que se vinculen con el concurso. Hay autores que opinan en distinto sentido (entre ellos Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 390), pero los argumentos con los que pretenden así sostenerlo referentes a que esa era la normativa que existía en la legislación española en esa época, no concuerda con el alcance que la doctrina ibérica mayoritaria le ha reconocido al precepto legal y que ha mantenido hasta estos días, como tampoco lo que se afirma respecto de la legislación nacional. La exigencia del art. 466 en el sentido que la acción se realice "en perjuicio de los acreedores", fuera de no hacer referencia a un real menoscabo de éstos, no tiene por qué vincularse con la quiebra del deudor o con la exigencia de un concurso de acreedores, a los cuales nunca se aludió en la Comisión Redactora; el referido artículo ha empleado esa frase para comprender tanto a la existencia de un solo acreedor como a la de varios, como fluye de su propio tenor.

debe desprenderse de su celebración es la intención de provocar un perjuicio de naturaleza pecuniaria a uno o varios acreedores, aunque en el hecho éste no se concrete. Tal sería simular el reconocimiento de deudas imaginarias u otro artificio semejante, que aparentemente disminuyan el activo del deudor.

Se ha sostenido que el contrato simulado en esta hipótesis no requiere escrituración o un documento en el que conste, pero esta idea debe descartarse. El contrato objeto del tipo penal requiere escrituración porque el legislador castiga su *otorgamiento,* que es algo diferente a su mera *celebración,* y esa primera expresión –otorgar– en el ámbito jurídico hace referencia normalmente a la intervención de una solemnidad, en la especie a su escrituración.[14]

La *omisión* no puede ser medio de ejecución de este delito, que supone un comportamiento activo del deudor: otorgar un contrato simulado.[15]

El perjuicio real del acreedor tampoco es un elemento del delito, el que se perfecciona con el mero otorgamiento del contrato. Como sucede con todos los delitos de defraudación que se sancionan en el art. 466, es un tipo penal de *peligro.*

El *tipo subjetivo* requiere de *dolo directo,* queda descartado el eventual, pues ese dolo se integra con el conocimiento del deudor de que celebra un contrato simulado y de su voluntad de hacerlo; además, ha de ir aparejado de un elemento subjetivo: la finalidad de perjudicar al o los acreedores; ese es el alcance de la expresión *en perjuicio de los acreedores* que emplea el art. 466. Tal como sucede con las demás formas de cometer defraudación, está descartada la *culpa* como modalidad de presentación de estos delitos, culpa que sí es posible en los tipos penales vinculados a las quiebras y que se describen en los arts. 219 y 220 de la Ley N° 18.175, que regla esas situaciones.

La sanción que corresponde al delito consumado es presidio menor en cualquiera de sus grados, y no parece posible que se dé la etapa punible de una tentativa o frustración punible, lo que es normal por lo demás en las figuras de peligro.

---

[14] Opina en sentido contrario Manuel de Rivacova y Rivacova, *El delito de contrato simulado,* Santiago, 1992, p. 54.

[15] Cfr. Manuel de Rivacova, op. cit., p. 40.

Se podría dar una situación de *concurso aparente* con el delito descrito en el art. 471 N° 2, pero como se explicará al comentar esta disposición (que sanciona al que en perjuicio de otro otorga un contrato simulado), prefiere el tipo reglado en el art. 466 que se está estudiando, porque requiere de un sujeto calificado y un elemento subjetivo particular, que el descrito en el art. 471 no exige.

Delitos relativos a la quiebra

151. ASPECTOS GENERALES

Como se señaló en los párrafos que preceden, en el Código Penal se eliminaron los tipos penales descritos en los arts. 463, 464 y 465 que sancionaban, los dos primeros, la insolvencia del *quebrado,* fraudulenta y culpable respectivamente, y el último precepto se ocupaba de señalar algunas modalidades que hacían variar la pena que correspondía a cada una de esas dos figuras penales. Las referidas disposiciones se encontraban en el párrafo correspondiente a las *defraudaciones* y fueron derogadas por la Ley de Quiebras N° 4.558, de 4 de febrero de 1929, la que a su vez fue reemplazada por la Ley N° 18.175, publicada el 28 de octubre de 1982. Por ello se acostumbra tratar los delitos que en esta ley especial se describen entre las defraudaciones, aunque debería hacerse entre los delitos establecidos por leyes especiales, por cuanto no están tratados en el Código, y su asimilación a las defraudaciones es discutible. Para respetar esa tradición enunciaremos brevemente los principales aspectos que ofrecen las dos figuras fundamentales que se reglan en esa ley: la quiebra fraudulenta y la quiebra culpable.

Los delitos de defraudación descritos en el art. 466, que se refieren a la insolvencia punible y al alzamiento de bienes, son figuras independientes a las vinculadas con la quiebra y pueden tener como sujeto pasivo a cualquier deudor, sea o no comerciante. Su principal parentesco con los delitos relativos a la quiebra incide en que en éstos también se necesita tener la calidad de deudor y contarían con un fundamento común, una situación de insolvencia. Pero los tipos de quiebra culpable y fraudulenta presentan diferen-

cias con las defraudaciones: aquellos delitos pueden conformarse cuando el deudor está en la imposibilidad de dar un tratamiento igualitario a sus diversos acreedores y, sobre todo, porque para consumarse exigen que el deudor haya sido declarado en quiebra, lo que no sucede con los sancionados por el art. 466.

En las figuras vinculadas con la quiebra es necesario que se cause un resultado que consiste precisamente en la declaración de quiebra, el estado de quebrado normalmente provoca un perjuicio en el patrimonio de terceros y en la economía en general, porque esa declaración da lugar a la apertura de un proceso jurisdiccional de naturaleza excepcional y universal que consiste en la liquidación de todo un patrimonio. La quiebra, sea fraudulenta o culpable, es un tipo *material o de resultado* y requiere de un sujeto activo *especial,* puesto que debe tener la *calidad de deudor.*

El *bien jurídico* en la quiebra culpable y fraudulenta no es único, si bien está vinculado con el patrimonio de los acreedores, que pueden resultar afectados en cuanto a la recuperación de sus acreencias, lesiona principalmente la intangibilidad de una universalidad, a un conjunto indeterminado de derechos, obligaciones y relaciones de naturaleza económico crediticia creadas por la actividad desarrollada por el fallido. Se trata de un delito pluriofensivo, que se concreta en un resultado de índole jurídico procesal: la declaración de quiebra, que afecta directamente a la fe crediticia. El derecho de los acreedores es un objeto secundariamente considerado frente al interés en proteger la sanidad del sistema de relaciones jurídico crediticias alterado con un proceso anormal de liquidación de bienes.[16] No se pretende crear o aumentar el número de figuras que se cobija en la ambigua noción de los denominados delitos económicos, simplemente se trata de aproximarse al máximo a la realidad del objeto amparado por estos tan particulares tipos penales. Compartimos la inquietud de Kolrausch que, refiriéndose a la libertad económica, recomendaba cautela y evitar transformar "cada abuso de esta libertad, sin más ni más, en

[16] Consúltese la muy completa exposición que sobre el tema hace Juan E. Puga Vial en su libro *Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra,* Santiago, 1994, pp. 51 y ss., donde mantiene una opinión distinta a la aquí expuesta.

un delito", cuando existen acciones civiles que pueden mejor garantizarla.[17]

Sectores doctrinarios afirman que el bien protegido por estos delitos "está constituido por el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor",[18] criterio compartido por otros autores que creen que no es el único objeto amparado, sino que también estaría en juego la fe pública.[19]

152. EN QUÉ CONSISTE LA QUIEBRA

La quiebra está reglada en la Ley N° 18.175 –hoy Libro IV del Código de Comercio– y consiste en un procedimiento civil que está definido en el inc. 2° del art. 1° de la referida Ley: "El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas...". Se trata de un procedimiento civil de naturaleza universal, destinado a liquidar la integridad de los bienes del deudor para hacer pago con el producido a todos sus acreedores. Esta liquidación la materializa un funcionario denominado Síndico de Quiebras. Este procedimiento se inicia con una resolución judicial que se denomina "declaración de quiebra", que es dictada por el juez civil. La declaración de quiebra del fallido supone que éste se encuentra en *insolvencia,* o sea que sus bienes han llegado a ser insuficientes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que ha contraído, estado que se manifiesta con la *cesación de pagos,* que tiene lugar cuando el deudor deja de cumplir alguna de sus obligaciones.

Se ha discutido en qué consiste el delito de quiebra culpable o fraudulenta, y se debe entender que, como su denominación legal señala, no es otra cosa que un complejo de actos o conductas en que incurre el deudor que lo lleva al estado de ser declarado en quiebra, actos y comportamiento que el legislador

[17] Citado por Lisandro Martínez Zúñiga, *De los delitos contra el patrimonio económico,* p. 81, Bogotá, 1985.

[18] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 864; Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 339; T. S. Vives, op. cit., p. 879; Bajo Fernández, *Manual,* p. 145.

[19] Muñoz Conde, op. cit., p. 284.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

ha enunciado casuísticamente, lo que autoriza a calificar a estos delitos como de hipótesis múltiple. La *declaración de quiebra* es el elemento *normalmente consumativo* de la figura,[20] y ello porque sin esa resolución judicial no puede haber delito de quiebra, podrá darse una defraudación, una estafa, pero no el delito en estudio. El perjuicio que esa resolución causa objetivamente en los acreedores y en el buen funcionamiento de la gestión social económica en el ámbito del crédito es indudable; el conjunto de acreedores debe concurrir en el procedimiento de liquidación universal de los bienes del deudor y la economía crediticia, genéricamente, sufre menoscabo con los efectos de esta declaración. No es la insolvencia en sí la causa del menoscabo que sufren los acreedores y la sociedad, pues es frecuente que el deudor se encuentre en insolvencia y no obstante, mientras no se declare su quiebra, sigue operando y según la habilidad con que actúe logre superar su estado de crisis. Lo que causa el perjuicio es el estado mismo de liquidación universal que provoca dicha declaración, donde los créditos pendientes en su vencimiento también se hacen efectivos.[21] No debe inducir a equívocos la asimilación que corrientemente se hace de estos delitos a las defraudaciones, porque el de quiebra es un tipo independiente de la defraudación y está reglado por una ley especial. La resolución judicial que declara la quiebra no es una *condición objetiva* de punibilidad, como sectores de la doctrina la consideran,[22] y tampoco puede calificarse como un mero presupuesto necesario para la procesabilidad penal de la insolvencia en que se colocó el deudor.[23]

---

[20] Se afirma que normalmente la resolución es el acto consumativo, por cuanto existen excepciones a esa regla, donde la referida resolución judicial y el comportamiento del deudor que motiva esa declaración es el inicio del delito, lo que sucede en los casos descritos en el art. 219 N° 6, art. 220 N°s 5, 10 y 13, y art. 221 N°s 2, 3, 4 y 7 de la Ley sobre Quiebras, que se perfeccionan con actividades del fallido realizadas con posterioridad a la resolución judicial, que la doctrina denomina como delitos posquiebra.

[21] Para autores como Etcheberry, el resultado del delito es el estado de insolvencia (*D.P.*, t. III, p. 383); en el mismo sentido Cobos Gómez de Linares, op. cit., t. II, p. 331; Bustos, op. cit., p. 319.

[22] Muñoz Conde, op. cit., p. 291; Bajo Fernández, *Manual*, p. 144.

[23] T. S. Vives, op. cit., p. 894; Bustos, op. cit., p. 318. La opinión de estos autores es comprensible porque la tipología del delito de quiebra es distinta a la que tiene el sistema nacional; en España lo sancionado es la *insolvencia*.

No es una condición objetiva de punibilidad porque para ser tal requiere ser ajena a la conducta del agente, opera en forma absolutamente independiente o separada de la actividad de aquel, en tanto que la declaración de quiebra es la resultante de una diversidad de actos provocados por el propio agente en el pasado, más el hecho de incurrir en cualquiera de las conductas señaladas por el art. 43 de la Ley de Quiebras, o sea haber sido requerido judicialmente por el cobro de títulos ejecutivos y no haberlos pagado o caucionado su pago, o que se fugue del territorio o se oculte y, en general, incurra en cualquiera de los hechos señalados en la disposición citada. Si no lleva a cabo las conductas recién indicadas no puede ser declarado en quiebra, y si tampoco ha realizado los comportamientos descritos en los arts. 219 y 220 no comete delito de quiebra. La descripción típica está constituida por dos órdenes de actividades del deudor, unas que están descritas en los arts. 219 y 220, y que según los casos pueden ser realizadas en el pasado o en el futuro, y otras que deben ser actuales, y corresponden a la descrita en el art. 41 (el deudor debe pedir su quiebra) o a cualquiera de las cuatro enumeradas en el art. 43. La resolución judicial constituye la consecuencia normativa y generalmente consumativa de las distintas acciones ilegítimas del agente, todas conformantes en conjunto de una unidad jurídica: la quiebra culpable o fraudulenta. De manera que la declaración de quiebra no es producto de la acción de un tercero como se ha sostenido –lo que podría otorgarle el carácter de condición objetiva de punibilidad–,[24] sino que corresponde a la propia actividad del deudor, es su comportamiento el que motiva esa resolución jurisdiccional. El juez se limita a declararla una vez que se dan los presupuestos conductuales del deudor y como consecuencia exacta del obrar de éste.

La legislación nacional no permite, como sucede en la de otros países, razonar en el sentido de que el delito de quiebra es una insolvencia;[25] el delito de quiebra conforme a nuestra ley es

[24] Así lo sostiene Bacigalupo, respecto de los actos anteriores a la declaración, *Insolvencia y Delito,* Buenos Aires, 1970, pp. 30 y ss.

[25] Deben, de consiguiente, considerarse con reservas los análisis que se hacen para la legislación española, cuyo Código Penal se ocupa de los delitos de quiebra (arts. 259, 260 y 261), en el Libro II, título XIII, capítulo VII, bajo el enunciado "De las insolvencias punibles".

un proceso complejo de comportamiento que gira en torno a la resolución judicial que declara la quiebra, donde sus diferentes componentes son cada uno elementos del tipo penal respectivo, sin perjuicio que la situación de insolvencia del deudor pueda tener también trascendencia.

Si bien es el juez civil quien debe declarar la quiebra, la existencia del delito de quiebra fraudulenta o culpable es resorte exclusivo del tribunal con jurisdicción penal, que ha de determinarla analizando si en el caso se da o no el complejo conjunto de hechos en que debe intervenir el deudor.[26]

153. LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS

Los delitos de quiebra son *especiales* porque requieren de un sujeto calificado, que debe tener la calidad de deudor; sólo aquellos que han contraído deudas pueden ser declarados en quiebra; pero fuera de esa característica, han de cumplir con la condición que señala el art. 41 de la Ley de Quiebras, o sea ejercer una actividad comercial, industrial, agrícola o minera. El art. 218 de la ley limita a los deudores recién señalados la posibilidad de ser sujetos de una quiebra culpable o fraudulenta; los demás deudores, aunque se constituyan en quiebra no pueden ser autores de estos delitos, sin perjuicio de que por sus actos incurran en los de defraudación reprimidos en el art. 466. A esta última situación alude el art. 234 del Libro IV del Código de Comercio, sobre las quiebras, en cuanto dispone que no se aplican al deudor no comprendido en el art. 41 los preceptos relativos a los delitos de quiebra culpable o fraudulenta, quienes quedan sujetos a las disposiciones del Código Penal, o sea a las defraudaciones sancionadas por el art. 466. Pero el citado art. 234 dispone también que si la declaración de quiebra del referido deudor tiene como fundamento la causal del N° 3 del art. 43 del Libro IV del Código de Comercio, o sea fugarse del territorio, le son aplicables las sanciones por quiebra culpable o fraudulenta.

Declarada la quiebra, conforme al art. 222 del Libro IV del Código de Comercio, la junta de acreedores puede denunciar el posible delito, como a su vez cualquiera de los acreedores puede hacerlo o

[26] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 383.

deducir la querella pertinente si así lo estima adecuado. Si no lo hicieren, le corresponde a la Superintendencia de Quiebras denunciar el posible delito al Ministerio Público, poner en su conocimiento la declaración de quiebra y los demás antecedentes, sin perjuicio de que este último pueda abrir de oficio la respectiva investigación

El sujeto pasivo ha de ser uno o varios acreedores, el art. 40 de la ley establece que un solo acreedor puede obtener la declaración de quiebra si el deudor no tuviere otros, siempre que concurran los demás requisitos legales; pero para ser sujeto pasivo es imperativo tener tal calidad.

154. LOS TIPOS PENALES DESCRITOS EN LA LEY DE QUIEBRAS

En el art. 218 se expresa que la quiebra del deudor puede ser de dos clases: culpable, a la que se refiere el art. 219, y fraudulenta, que trata el art. 220. Para precisar lo que entiende por una y otra clase de quiebra, el legislador emplea un sistema que ha sido objeto de serias críticas, y con razón. Los preceptos dicen que *se presume* culpable o fraudulenta la quiebra cuando se ha tenido alguna de las diversas conductas que en los referidos textos se enuncian. En realidad se ha mantenido una forma que tradicionalmente se ha empleado para describir esos tipos penales, cuya aparente explicación incidiría en que lo hace una ley no penal, de manera que el significado de las expresiones no puede entenderse en su alcance técnico jurídico penal, sino como meras formas de señalar cuáles son las acciones constitutivas de los ilícitos que sanciona. De manera que no constituyen jurídicamente presunciones de naturaleza probatoria de tales delitos, sino simples descripciones de los comportamientos prohibidos.

El art. 218 de la ley expresa que el delito consiste en la *quiebra del deudor a que se refiere el art. 41,* y luego precisa que puede ser fraudulenta o culpable, y los arts. 219 y 220 determinan cuáles son las hipótesis de una y otra; pero en todo caso el delito es la declaración de quiebra y para que tal declaración se haga deben cumplirse las condiciones que establece el art. 43. El sistema empleado por la ley para tipificar el delito es poco acertado, pero es evidente que los comportamientos que sanciona son complejos,

pues debe incurrirse en alguno de los expresados en el art. 43, que son los detonantes de la resolución judicial que declara la quiebra, complementada con alguno de los actos que se indican en el art. 219 –que permitirían calificarla como culpable– o en el art. 220 –que la harían calificar como fraudulenta–; estos hechos pueden haber sucedido antes de la declaración o con posterioridad a ella, según corresponda. Esos hechos –los descritos en los arts. 219 y 220– solitariamente considerados son ineficaces para conformar el delito de quiebra, sin perjuicio de que puedan dar vida a otro tipo penal; pero para constituir el delito de quiebra necesariamente tienen que ir aparejados de alguno de los comportamientos descritos en el art. 43, que conduce precisamente a la declaración judicial.

Para analizar los elementos típicos de estos delitos debe distinguirse la quiebra *culpable* de la *fraudulenta,* sin perjuicio de que luego de indicados aquellos que son propios de cada figura, se analicen los que son comunes a ambas.

A. *Quiebra fraudulenta*

La quiebra fraudulenta está descrita en el art. 220 en relación con los arts. 41 y 43 de la Ley de Quiebras, y para determinar su identidad es adecuado referirse previamente al tipo objetivo y luego al subjetivo.

A.1. *Tipo objetivo.* El art. 220 hace una extensa enumeración de diversos comportamientos que constituyen este delito, pero en su número 16 emplea una fórmula general que, podría decirse, compendia las demás hipótesis que enumera. La disposición se explica por sí sola y es del siguiente tenor:

"Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

1. Si hubiere ocultado bienes;

2. Si hubiere reconocido deudas supuestas;

3. Si hubiere supuesto enajenaciones, con perjuicio de sus acreedores;

4. Si hubiere comprometido en sus propios negocios los bienes que hubiere recibido en depósito, comisión o administración, o en el desempeño de cargo de confianza;

5. Si, posteriormente a la declaración de quiebra, hubiere percibido y aplicado a sus propios usos, bienes de la masa;

6. Si, después de la fecha asignada a la cesación de pagos, hubiere pagado a un acreedor, en perjuicio de los demás, anticipándole el vencimiento de una deuda;

7. Si ocultare o inutilizare sus libros, documentos y demás antecedentes;

8. Si, con intención de retardar la quiebra, el deudor hubiere comprado mercaderías para venderlas por menor precio que el corriente, contraído préstamos a un interés superior al corriente de plaza, puesto en circulación valores de crédito o empleado otros arbitrios ruinosos para hacerse de fondos;

9. Si, inmediatamente después de haber comprado mercaderías al fiado, las vendiere con pérdidas;

10. Si, antes o después de la declaración de quiebra, hubiere comprado para sí por interposición de un tercero y a nombre de éste, bienes de cualquier clase;

11. Si no resultare de sus libros la existencia o salida del activo de su último inventario, o del dinero y valores de cualquier otra especie que hubieren entrado en su poder posteriormente a la facción de aquél;

12. Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas;

13. Si hubiere celebrado convenios privados con algunos acreedores en perjuicio de la masa;

14. Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes;

15. Si el deudor, dentro del ejercicio en el cual cese en el pago de sus obligaciones o en el inmediatamente anterior, hubiere omitido, falseado o desvirtuado información de aquella que ha debido proporcionar de conformidad a la ley, acerca de su real situación legal, económica o financiera, y

16. En general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo".

Estas conductas debe realizarlas el deudor con anterioridad a la declaración de quiebra, pero hay excepciones; así, en el N° 5 se consigna una actividad que claramente debe llevarse a cabo con posterioridad a la referida resolución judicial.

Como se hizo notar con anterioridad, el delito de quiebra fraudulenta exige un comportamiento complejo que se desarrolla con

cierta duración en el tiempo, porque el deudor, sin perjuicio de que debe incurrir en alguna de las conductas descritas en el art. 200, además ha de hacerlo en alguna de las señaladas en los arts. 41 y 43 de la ley respectiva. Estas son aquellas que su texto establece como causales concretas y únicas para que el tribunal pueda declarar la quiebra. Esas últimas conductas si bien son antijurídicas, aisladamente consideradas no son típicas, pero acompañadas por la comisión de las descritas en el art. 220 (que tampoco son típicas miradas en forma independiente), pasan ambas actividades a constituirse en elementos del tipo penal de quiebra fraudulenta, con su efecto o resultado, la declaración de quiebra del tribunal civil. De suerte que el tipo objetivo del delito de quiebra fraudulenta se integra por la comisión de dos conductas distintas, la primera –cualquiera de las descritas en el art. 220– y la segunda –alguna de las enumeradas en el art. 43–, ambos comportamientos deben concurrir copulativamente y materializarse en el resultado declaración de quiebra.

El art. 41 obliga al deudor ha solicitar su declaración de quiebra antes de que hayan transcurrido quince días de que haya cesado en el pago de una obligación mercantil.

El art. 43 de la Ley de Quiebras expresa lo siguiente:

"Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo;

2. Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas, y

3. Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas".

La concepción del tipo delictivo queda notablemente establecida en el texto del art. 218 de la ley en estudio: "La quiebra del

deudor a que se refiere el art. 41 puede ser fortuita, culpable o fraudulenta"; no es la insolvencia del deudor lo sancionado, sino haber sido declarado en quiebra por los actos mencionados en los arts. 220, 41 y 43, ejecutados por el deudor sucesivamente; se trata de un comportamiento complejo integrado por varios actos de distinta naturaleza, los primeros extrajudiciales y los segundos judiciales.

A.2. *El tipo subjetivo en la quiebra fraudulenta.* De las diversas hipótesis que se describen en el art. 220 de la Ley de Quiebras se desprende que la quiebra fraudulenta, como todo delito, requiere de dolo. Así en el N° 8, expresa "si, con *intención* de retardar la quiebra..."; en el N° 16 dice "siempre que hubiere ejecutado *dolosamente...* ", en realidad es necesario que el agente actúe con conocimiento y voluntad de disminuir su activo o aumentar su pasivo, entendiendo también por voluntad la aceptación de que esa disminución se produzca. Lo comentado se ratifica por el hecho de que en algunas de las alternativas que se describen, como en las de los N°s 2, 6, 13, expresamente se señala que el deudor debe actuar en *perjuicio del acreedor o de la masa,* de manera que resulta evidente la exigencia de una dirección volitiva en el referido sentido.[27]

Pero a su vez debe mediar dolo también en las actividades del deudor descritas en los arts. 41 y 43 de la ley y que son las que hacen procedente la declaración de la quiebra (v. gr., no pagar el título ejecutivo cuando es requerido o fugarse), de modo que en la especie se requiere un doble elemento subjetivo, el exigido para incurrir en la primera conducta desvalorada (las del art. 220) y a su vez el necesario para que tenga lugar la segunda (las de los arts. 41 ó 43). Es insuficiente el hecho de que objetivamente se presenten en la realidad los sucesos que constituyen las causales, esos comportamientos deben contar con la dirección subjetiva precisa para conformar el dolo mencionado y que permite que la quiebra pueda ser calificada de fraudulenta.

La *pena señalada al delito* por el art. 229 de la Ley es presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, "salvo que cualquiera de los actos delictuosos que el fallido

[27] Cfr. Cobos Gómez de Linares, *Manual de Derecho Penal,* parte especial, t. II, p. 331.

hubiere cometido tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta".

B. *Quiebra culpable*

Las hipótesis de quiebra culpable que el legislador –inadecuadamente– describe como *presunciones,* están enumeradas en el art. 219 de la Ley de Quiebras, que expresa:

"La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

1. Si el deudor ha pagado a un acreedor en perjuicio de los demás, después de la cesación de pagos;

2. Si los gastos domésticos o personales del fallido hubieren sido excesivos, habida consideración a su capital, a su rango social y al número de personas de su familia;

3. Si el fallido hubiere perdido fuertes sumas en cualquier especie de juego, en apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa;

4. Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41, o si la manifestación que hiciere no reuniese las condiciones que prescribe el artículo 42;

5. Si el deudor fuere declarado en quiebra, por segunda vez, sin haber cumplido las obligaciones que hubiere contraído en un convenio precedente;

6. Si se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración de quiebra o durante el curso del juicio, o si se negare a dar al síndico explicaciones sobre sus negocios;

7. Si hubiere prestado fianzas o contraído por cuenta ajena obligaciones desproporcionadas a la situación que tenía cuando las contrajo, sin garantías suficientes.

8. Si hubiere hecho donaciones desproporcionadas a su situación de fortuna, considerada en el momento de hacerlas;

9. Si no tuviere libros o inventarios o si teniéndolos, no hubieren sido llevados los libros con la regularidad exigida, de tal suerte que no manifiesten la verdadera situación de su activo y pasivo. Respecto de quienes no estén obligados a llevar libros de contabilidad, se aplicarán las normas sobre tributación simplificada establecidas por el Servicio de Impuestos Internos;

10. Si no conservare las cartas que se le hubieren dirigido con relación a sus negocios;

11. Si hubiere omitido la inscripción de los documentos que ordena la ley, y

12. Si agravase el mal estado de sus negocios durante el período a que se refiere el inciso primero del artículo 177 bis".

El *tipo objetivo* del referido delito se conforma ejecutando alguno de los comportamientos que describe taxativamente la disposición transcrita, pero –al igual que se señaló en la quiebra fraudulenta– ello es insuficiente por sí solo, el comportamiento material conformante del tipo penal es complejo, debe estar aparejado de la realización de cualquiera de las conductas señaladas en los arts. 41 ó 43 de la Ley de Quiebras (entre otras, no pagar la obligación mercantil cuando ha sido requerido al efecto).

El *tipo subjetivo* respecto de las conductas enumeradas en el art. 219 puede ser, según las circunstancias, atribuible a *culpa o a dolo,* pues es evidente que en la causal 1° de la referida disposición la exigencia de que el pago a un acreedor se haga "en perjuicio de los demás", deja en claro la dirección volitiva dolosa del acto; pero se satisface con el simple descuido o falta de cuidado –*culpa*– en hipótesis como la descrita en el N° 3, cuando el deudor pierde "fuertes sumas en cualquier clase de juego, apuestas cuantiosas o en operaciones aventuradas de bolsa". En este punto no tiene razón aquel sector de la doctrina española que hace notar que la expresión *culpable* no debe identificarse con la de *culpa,*[28] en la legislación nacional la palabra *culpable* para los efectos de los delitos de quiebra tiene un alcance amplio, aparte de comprender la alternativa de culpa, comprende también la del dolo,[29] por lo menos el eventual, según corresponda.

Se indicó al referirse al tipo objetivo, que la conducta que conforma la quiebra culpable es compleja, porque aparte de los comportamientos señalados en el art. 219, el deudor debe, además, incurrir en alguno de aquellos señalados en los arts. 41 ó 43 y, en estos casos, debe necesariamente actuar dolosamente. Por la naturaleza de la actividad que se describe en ese artículo

[28] Cfr. Bajo Fernández, *Manual,* p. 148; T. S. Vives, op. cit., p. 894, aunque este autor sostiene que la voz *culpable* en este caso se contrapone a la de *fraudulenta.*

[29] Etcheberry sostiene que se trata de formas culposas de quiebra (*D.P.,* t. III, p. 382).

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

el deudor debe llevarla a cabo con dolo, pues importa eludir el cumplimiento de obligaciones frente a sus acreedores. Por lo tanto, en la quiebra culpable pueden concurrir coetáneamente culpa y dolo, aunque referidos a distintos comportamientos que, en conjunto, dan vida al tipo objetivo.

La descripción de estos delitos es susceptible de abundantes críticas, tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, y sería aconsejable someterlos a una seria revisión, e incorporarlos al Código Penal, para evitar toda posible duda de que quedan sometidos a los principios generales que en él se establecen.

El art. 229 *sanciona la quiebra culpable* con una pena menos rigurosa que la que aplica a la quiebra fraudulenta: presidio menor en cualquiera de sus grados.

Es útil precisar que los tipos de quiebra culpable y fraudulenta que se mencionan en los arts. 119 y 120 de la ley respectiva, son los *únicos* que se establecen en la legislación, de modo que las respectivas enumeraciones son taxativas.[30]

C. *Otras responsabilidades en relación con los delitos de quiebra*

La Ley de Quiebras se ha preocupado de la situación de personas diversas a los deudores que caen en falencia; así, considera de modo especial al cónyuge del fallido y ciertos parientes de aquél (art. 231). También la ley hace referencia a determinadas conductas de terceros que califica –erradamente– de *cómplices* (art. 221) y a los representantes de una persona jurídica o de una persona natural declarada en quiebra (arts. 232 y 233).

El art. 231 expresa lo siguiente:

"El cónyuge y los ascendientes o descendientes consanguíneos o afines del fallido que, con conocimiento de la quiebra, hubieren sustraído bienes pertenecientes a ésta, no serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta, pero serán castigados como reos comunes de hurto sin tomarse en consideración su calidad de cónyuge o de pariente".

Este precepto ha sido criticado, a pesar que el legislador pretendió con él aclarar una situación que podría suscitar duda. Se trata de hechos de *post quiebra,* o sea cometidos con posterioridad

[30] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 385.

a la declaración judicial pertinente y cuya aplicación se limitó exclusivamente a la quiebra *fraudulenta* (se excluyó la culpable). En los hechos que menciona el cónyuge o pariente debe actuar con "conocimiento de la quiebra". El tipo subjetivo se integra con el conocimiento de que el familiar ya ha sido declarado en falencia, no se exige que necesariamente actúe concertado con el fallido, el tercero está en condiciones de actuar independientemente del deudor, de manera que su actuación puede o no constituir una coautoría. En realidad el art. 231 de la Ley crea una figura especial para el familiar que interviene con posterioridad a la declaración de quiebra, por ello usa la expresión: "no serán considerados cómplices de quiebra fraudulenta"; es de todo punto de vista inadecuada la disposición, salvo si con ella se pretendió limitar el hecho exclusivamente a la quiebra fraudulenta. La última frase del artículo que dispone que no deberá tomarse en consideración la calidad de cónyuge o pariente del agente, ha pretendido excluir la aplicación de la excusa legal absolutoria establecida en el art. 489 del Código Penal, que libera de sanción a ciertas personas por los hurtos entre familiares. La preocupación puede parecer incorrecta,[31] toda vez que la sustracción no siempre afectaría al pariente fallido, sino a la masa de acreedores; pero no sería criticable la precisión hecha por la ley, porque así se excluye toda duda sobre el punto.[32]

Este precepto se ha considerado anómalo, porque quienes realizan las acciones que en él se indican podrían calificarse en algunos casos de coautores, y sin embargo el legislador pasa a denominarlos *cómplices;* pero cualquiera haya sido la denominación usada por el legislador, lo que se hace en el 231 es crear un tipo penal especial, que se sanciona con la pena correspondiente al delito de hurto, que está sujeta al valor de la especie objeto material del delito.[33] No se trata, de consiguiente, de una *participación* en un delito de quiebra fraudulenta, y por ello tampoco parece desacertado haberlos excluido del referido delito. Además, estas personas no cumplen con la condición especial inherente al sujeto activo de los delitos de quiebra, que exige que el sujeto activo

[31] Así lo estima Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 384.
[32] Cfr. Juan E. Puga, op. cit., p. 240.
[33] Ibídem, p. 384.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

tenga la calidad de *deudor*. En todo caso, esos parientes o cónyuge responderán como autores de hurto, siempre y únicamente cuando concurren los elementos del referido tipo penal.

D. *Complicidad en la quiebra fraudulenta*

El art. 221 describe este delito en los siguientes términos:

"Se presume que son cómplices de quiebra fraudulenta:

1. Los que, de acuerdo con el fallido, supusieren créditos o alterasen los verdaderos en cantidad o fecha;

2. Los que auxiliaren al fallido para ocultar o sustraer sus bienes, sea cual fuere su naturaleza, antes o después de la declaración de quiebra;

3. Los que, con conocimiento de la declaración de quiebra, ocultaren bienes, documentos o papeles de propiedad del fallido que tuvieren en su poder, o los entregaren a éste y no al síndico;

4. Los que, después de la declaración de quiebra, admitieren cesiones o endosos del fallido;

5. Los acreedores legítimos que celebraren convenios privados con el fallido en perjuicio de la masa;

6. Los que, con conocimiento de la cesación de pagos, obtuvieren el pago anticipado del todo o parte de su crédito, y

7. Los agentes, corredores o comisionistas que, después de declarada la quiebra, intervinieren en cualquier operación comercial del fallido, con perjuicio de la masa.

En los demás casos se aplicarán las reglas generales que sobre complicidad, establece el Código Penal".

El precepto merece observaciones, pero en esencia su objetivo es acertado, porque reconoce el principio de que los delitos de quiebra son especiales y requieren de un sujeto con la calidad de deudor. Los terceros no deudores que intervienen quedan fuera de esa figura, sin perjuicio de que sus comportamientos puedan constituir otros tipos penales. Eso es lo que la ley ha pretendido ofrecer, aunque de manera discutible.

Todas las hipótesis que describe la disposición corresponden a comportamientos que terceros tienen con posterioridad a la declaración de quiebra,[34] con excepción del N° 6, que alude a la

[34] El art. 221 hace referencia al fallido, o a la declaración en quiebra, expresiones que hay que entender en el sentido que se desprende de la propia Ley de Quiebras.

cesación de pagos, de modo que son delitos post quiebra cometidos por quienes no son deudores, aunque en un buen número de esas hipótesis deben actuar de acuerdo con el fallido, que no es coautor de este delito, porque su conducta quedaría consumida por el delito de quiebra fraudulenta que personalmente cometió. Las distintas modalidades que presenta el actuar de terceros encuadran en el tipo penal del art. 221 siempre que la quiebra de que se trate sea *fraudulenta,* como señala la frase inicial de esa disposición. Las otras posibilidades que pueden presentarse, según el inciso del art. 221, se rigen por las reglas generales que se ocupan de la complicidad.

E. *Quiebra impropia*

La doctrina ha denominado en la forma señalada las situaciones que se presentan cuando una *persona jurídica* es declarada en quiebra, y su giro es el comercio, la agricultura, la minería o la industria, o cuando se trata de factores o representantes de una persona natural o de un incapaz, y es esa persona natural o el incapaz quien es objeto de esta declaración. En estas alternativas son esos gerentes, directores, administradores o representantes los que responden por los delitos de quiebra culpable o fraudulenta.

El art. 232 de la ley se ocupa de la situación de las *personas jurídicas,* y expresa:

"Los gerentes, directores o administradores de una persona jurídica declarada en quiebra, cuyo giro quede comprendido en el artículo 41, serán castigados, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les pueda afectar, como reos de quiebra culpable o fraudulenta, según el caso, cuando en la dirección de los negocios del fallido y con conocimiento de la situación de éstos, hubieren ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220, o cuando hubieren autorizado expresamente dichos actos u omisiones.

Serán castigados con reclusión o relegación menores en su grado mínimo o medio si se han repartido dividendos a los socios, a propuesta del directorio, a sabiendas que no correspondían a utilidades efectivas. La pena se elevará en un grado si esos repartos han ocasionado la quiebra".

El último inciso del precepto establece una circunstancia de *calificación* del delito, con pena especial para aquellos directivos que hubieren repartido dividendos a los socios a sabiendas de que no habían utilidades reales.

Si el fallido es una *persona natural* y sus representantes o factores incurren en alguna de las conductas enumeradas en los arts. 219 ó 220 de la ley respectiva, son éstos los que responden del delito de quiebra culpable o fraudulenta, porque el art. 233 les impone expresamente tal responsabilidad, y extiende la misma a los representantes legales de los *incapaces que fueron objeto de la declaración de quiebra.* El art. 233 expresa:

"Los factores o representantes del fallido que sea persona natural serán castigados como autores de quiebra culpable o fraudulenta si, en representación de su principal o mandante y en conocimiento de la situación de éste, hubieren ejecutado sin órdenes o instrucciones suyas algunos de los actos o hubieren incurrido en algunas de las omisiones a que se refieren los artículos 219 y 220.

Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta".

ESTAFAS Y OTROS ENGAÑOS

155. GENERALIDADES

En el Libro II, Título IX, párrafo VIII, entre los delitos contra la propiedad, se describe un conjunto un tanto heterogéneo de figuras bajo la denominación de *estafas y otros engaños* (arts. 467 y siguientes). El legislador nacional recogió el sistema del C.P. de España de la época, respetando la ubicación de las figuras y la mayor parte del texto del articulado que aquél tenía. Seguramente los juristas locales concordaron con el comentario que hizo Francisco Pacheco respecto del Código español en el sentido de que eran tan numerosos los hechos que se deberían describir en este párrafo sobre los engaños y, de otro lado, ante la imposibilidad de dar una noción genérica que los comprendiera

a todos, y siguieron el camino de la casuística para describirlos. "Entre ambos escollos ha querido caminar nuestra ley: si no lo hubiera conseguido con perfección, debe al menos reconocérsele el mérito del intento".[35] Este comentario del penalista ibérico parece haber sido decisivo, pues la Comisión Redactora al iniciar el estudio de los arts. 456 y 457 (actuales 467 y 468), los aprobó sin mayores observaciones.[36]

Con fines didácticos, es aconsejable distinguir tres órdenes de figuras penales: aquellas que se realizan mediante *engaño,* aquellas que se materializan *abusando de la confianza,* y un tercer grupo en que se comprenden distintas figuras que se consumarían empleando *otros engaños,* diferentes a los anteriores. En el primer grupo, o sea donde el medio empleado es el engaño, se encuentran las estafas propiamente tales, con una figura básica y otras con modalidades (arts. 467, 468, 469, 470 y 471); entre los abusos de confianza se regla la denominada *apropiación indebida* (art. 470 N° 1), grupo en el cual también deben incorporarse algunos tipos especiales, y finalmente el delito de usura descrito en el art. 472. Cualquiera sea el criterio que se emplee para clasificar estas figuras, en definitiva resultará insatisfactorio y podrá ser motivo de críticas. Por esa razón no se cuestionará el ordenamiento que de ellas se hizo en el Código, sin perjuicio de que para efectos de facilitar la exposición y el análisis de los tipos que sanciona se procederá a comentarlos en un orden distinto al que en él se sigue.

Entre los delitos de estafa se comentará el tipo básico o fundamental, descrito en el art. 468, enseguida las variantes del mismo regladas en el art. 467 (entrega fraudulenta) y en los arts. 469 y 470 (estafas especiales). Se terminará con el análisis de la denominada estafa residual, descrita en el art. 473. Como en estas figuras el medio de comisión empleado es el *engaño,* se hará un comentario en carácter de introducción sobre el *fraude por engaño,* elemento que adopta en los distintos casos modalidades particulares, pero que es común a todos.

[35] Francisco Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 348.
[36] Acta de la Comisión Redactora N° 99, de 1° de julio de 1872.

Terminado el estudio de la estafa se continuará con los *fraudes por abuso de confianza,* cuyas figuras principales son la *apropiación indebida* (art. 470 N° 1), el abuso de firma en blanco (art. 470 N° 3) y la administración fraudulenta (art. 470 N° 2). Lo que caracteriza a estos tipos penales es el aprovechamiento de la confianza que la víctima ha depositado en el agente; éste comete el delito al no cumplir con la obligación civil que ha contraído. Finalmente, y aparte de la usura, se estudiarán otros tipos no fáciles de encuadrar en algún grupo (tipos especiales), entre los cuales se encuentra la supresión de documento para defraudar (art. 470 N° 5), la celebración de contrato simulado (art. 471 N° 2), la destrucción del bien objeto del embargo (art. 469 N° 6) y la sustracción de cosa propia (art. 471 N° 1).

Estos delitos ofrecen la modalidad de que aunque su objetivo es la apropiación de bienes que pertenecen a terceros, esa apropiación la concreta el agente empleando recursos *inmateriales,* que se comprenden bajo la expresión genérica de *fraudes* (que pueden ser por *engaño* o por *abuso de confianza).*[37] La fuerza física ni la coacción tienen lugar en ellos; estos últimos son los medios de apoderamiento que emplea el sujeto activo en el hurto y en el robo, que son delitos de apropiación también, pero esa fuerza o intimidación que les sirve de medio de apoderamiento destaca la clara diferencia que tienen con los que emplean el fraude (estafa y apropiación indebida), donde normalmente es la víctima la que voluntariamente entrega el bien o el derecho al delincuente, inducida por el engaño de que ha sido objeto o en mérito de un acto de confianza hacia aquél. El engaño y el abuso de confianza constituyen las dos fuentes del fraude.

No existe un fraude penal, mejor dicho no existe un delito de fraude genérico. El fraude es una noción que sobrepasa el campo del derecho penal, porque el incumplimiento de cualquier obligación o el engaño en la realización de algún acto jurídico puede constituir un fraude, pero esos fraudes tienen consecuencias en el área civil y nada más. Para que pueda hablarse de que existe un fraude penal, éste debe estar

[37] Esta noción de fraude en las dos alternativas señaladas ha sido recogida por la jurisprudencia, véase *R.D.J.,* t. LXXXV, parte 2ª, sec. 4ª, p. 23.

previamente *tipificado por una ley penal.*[38] Los comportamientos fraudulentos expresamente descritos por el legislador como constitutivos de delito son los únicos fraudes penales, no así los restantes, de modo que no hay diferencia entre un fraude de naturaleza penal y uno civil (salvo en cuanto a que el primero está sujeto a pena, y no así el segundo), sin perjuicio de que todo fraude penal es a su vez fraude civil, por la unidad de la antijuridicidad en todo el derecho. Pero, de otro lado, no todo fraude civil es penal; para serlo debe previamente haber un tipo penal que lo describa como tal.

Además, generalmente el objeto material de la acción en las estafas recae indistintamente sobre bienes *inmuebles* o *muebles* (salvo excepciones), al contrario de lo que sucede con los delitos de apropiación por medios materiales (hurto y robo), cuyo objeto material debe ser necesariamente un bien mueble.

En el sistema nacional los fraudes por engaño y los motivados por abuso de confianza han sido tratados bajo el subtítulo "Estafa y otros engaños", pero ambos grupos se integran por figuras de identidades diferentes, que por esa razón en otras legislaciones se sancionan independientemente, en párrafos separados, atendido a que corresponden a formas de actuar distintas. En el C.P. se describen los delitos por engaño y los cometidos abusando de la confianza en un mismo párrafo, porque se adhirió a la metodología del Código español de 1848, criterio que no mantuvo el legislador de la península, que los trata entre las defraudaciones, pero en secciones separadas.

El delito de estafa

156. MODALIDADES DE ESTOS DELITOS

Como se indicó en el párrafo que precede, no hay un solo tipo de estafa, el C.P. describe varias figuras que constituyen este delito en

[38] Opina en sentido distinto Jorge Mera, que sostiene que "no se trata, en verdad, de que no haya diferencia entre engaño civil y engaño penal [...] sino que lisa y llanamente existe simplemente el *engaño,* que constituye siempre y en todo caso, el requisito de la estafa". El delito de entrega fraudulenta, p. 72.

los arts. 467, 468 y 473, entre otros. Hay autores que distinguen entre estafas *propias* e *impropias,*[39] es decir, aquellas que cumplen con todos los requisitos del concepto *legal* de estafa y las que no lo cumplen; entre las últimas estarían, entre otras, las descritas en los arts. 469 N° 6, 470 N° 5 y 471. En ellas hay dos aspectos que les son comunes: el *bien u objeto jurídico* que amparan y un elemento que les otorgaría identidad, el *fraude mediante engaño;* este último permite al agente el apoderamiento de las especies o bienes que persigue sin recurrir a medios materiales o físicos. El engaño provoca un *error* en la víctima, que normalmente la lleva a *entregar voluntariamente* bienes de su propiedad o de un tercero; como la mecánica comisiva en los fraudes por engaño es la astucia en lugar de la fuerza o de la violencia,[40] se hace necesario hacer un análisis sobre lo que es el *engaño* con fines fraudulentos, como elemento genérico de las diversas figuras que se comprenden bajo la denominación de *estafa.* Pero antes de hacerlo se precisará la naturaleza del bien jurídico que tienen como objeto.

157. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta materia es una de las más controvertidas; mayoritariamente se entiende que el objeto jurídico en los fraudes por engaño es el *patrimonio,* pero no existe acuerdo respecto a si la lesión que sufre lo afecta en su globalidad, como una universalidad, o sólo a bienes o intereses determinados que integran ese patrimonio. Se discute también la noción misma de lo que se entiende como patrimonio, sobre cuál es su verdadero concepto.

Se distinguen tres nociones de patrimonio, una de índole *jurídica,* que lo considera como el conjunto de derechos patrimoniales de la víctima; de aceptarse quedaría excluida la posibilidad de que se configure una estafa con los atentados a bienes o intereses respecto de los cuales la víctima carece de un derecho determinado. Otra noción considera al patrimonio desde una

[39] Bajo Fernández, *Manual,* p. 164. Etcheberry emplea la terminología de fraudes propios e impropios (*D.P.,* t. III, p. 440), aunque no con sentido exactamente coincidente con el señalado.

[40] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 347.

perspectiva *económica,* como el conjunto de aquellos bienes que la víctima está en condiciones de *disponer,* hipótesis en que podría ser estafa la lesión de índole económica del simple "poder de señorío no protegido jurídicamente" que tiene el sujeto pasivo sobre un bien. La doctrina *intermedia* o *mixta* estima que el patrimonio está integrado por todas aquellas *posiciones* de poder que se poseen sobre una cosa, *posiciones* que teniendo una apariencia jurídica son susceptibles de una valoración económica. Según esta tendencia, podría ser sujeto pasivo de estafa el ladrón que es engañado por un tercero a quien le entrega la especie que acaba de sustraer, pues esa especie habría ingresado al patrimonio del ladrón con apariencia de propiedad.[41]

Resulta más conforme con nuestra legislación, en todo caso, considerar como bien jurídico protegido por los delitos en estudio a los *componentes mismos* del patrimonio, sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y no éste entendido como un todo,[42] pues en los arts. 467 y siguientes los delitos que en ellos se describen hacen referencia a bienes o derechos concretos, de suerte que lo amparado parecen ser las facultades que tiene el sujeto pasivo sobre esos bienes y derechos individuales, y no los que tiene sobre el patrimonio como universalidad.

158. NOCIÓN Y ELEMENTOS DEL FRAUDE POR ENGAÑO

Históricamente el fraude como delito tiene su origen en el derecho romano, en el *crimen falsi* (Lex Cornelia de falsis) que hacía referencia a las falsedades, pero con sentido más amplio al empleado en el fraude. En la época del Imperio se crea el *stellionatus,* haciendo referencia al parecer a la salamandra, de color indefinible por su permanente variación con la luz del sol, figura destinada a sancionar en parte aquellos comportamientos que causaban perjuicio mediante artificios engañosos.[43] El *stellionatus*

[41] Véase a Bajo Fernández, a quien se ha seguido en los conceptos explicados, *Manual,* pp. 166-167, y a José M. Valle Muñiz, *El delito de estafa,* Barcelona, 1992, pp. 73 y ss.

[42] T. S. Vives, op. cit., p. 900.

[43] José M. Valle, op. cit., pp. 27 y ss.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

se presenta como el antepasado más cercano de la noción del actual fraude penal.

La idea de fraude por engaño encuentra su mejor expresión en el derecho español moderno, en la definición que expresa Antón Oneca como "conducta engañosa, realizada por una persona que determina un error en otra a consecuencia de la cual ésta realiza un acto de disposición patrimonial para ella (o para un tercero) y el consiguiente provecho para el autor de la conducta engañosa (o para un tercero)".[44]

De modo que los elementos del fraude están constituidos por un *engaño,* que provoca un *error en una persona,* a consecuencia de la cual ésta efectúa una *disposición patrimonial* que provoca un *perjuicio* en el *engañado o un tercero.*

Es útil analizar cada uno de estos elementos.

A. *El engaño*

Según la ya clásica noción de Antón Oneca,[45] "el engaño consiste en una simulación o disimulación capaz de inducir a error a una o varias personas" y que ha sido recogida en nuestro país por la doctrina.[46] El sistema nacional no consagró un concepto de lo que debe entenderse por engaño, porque emplea, como lo hace habitualmente, la enumeración casuística por vía ejemplar (v. gr., art. 468) o una alusión demasiado genérica, como la realizada en el art. 473 (cualquier otro engaño...). Ello hace que doctrinariamente esa noción deba ser determinada normativamente, estableciendo sus limitaciones.

El engaño es, en definitiva, faltar a la verdad al expresar algo o al ejecutarlo, para presentar la realidad con un aspecto distinto al que en verdad tiene o posee. El engaño puede consistir, entonces, en una maquinación dirigida a aparentar la existencia de una cosa que no es real o hacerla aparecer con características o cualidades que no tiene (simulación), u ocultando aquellas que efectivamente posee (disimulación).

Se ha sostenido que el engaño siempre importa una *conducta*

[44] Citado por Muñoz Conde, op. cit., pp. 243-244.
[45] Citado por Muñoz Conde, op. cit., p. 244.
[46] Entre ellos Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 392.

activa, pues todas las hipótesis en el Código parten del entendido de que se embauca a otro, suponer actitudes o realizar actos que inducen a error a un tercero. Esto es diverso a no sacar de un error a ese tercero, aunque no existe un deber jurídico de decir la verdad; de consiguiente, el *comportamiento omisivo* no constituye engaño,[47] salvo que el que omite tuviera la *obligación* legal de hacer salir del error al que ha incurrido en él. Es útil hacer notar que varias de las hipótesis que se mencionan como de engaño por omisión, corresponden a conductas activas.[48] Así sucede con la estafa –muy frecuente– que se lleva a cabo omitiendo en una documentación antecedentes que podrían hacer que se denegara una pretensión determinada (omitir protestos y deudas en un estado de situación en que se solicita un crédito), situaciones éstas en que la pasividad supone una conducta activa previa del que omite, que le da especial relieve a la omisión, alternativas que constituyen verdaderos engaños activos y no propiamente omisivos.[49] Tal sucede con el sujeto que entra a un restorán y luego no paga el consumo, porque al entrar y solicitar el servicio realizó un acto previo que indujo a error al dependiente en el sentido de que contaba con el dinero necesario, pues lo normal es que quien carece de dinero no entre.[50] Distinto es el caso del que equivocadamente entrega al cajero más del dinero que corresponde, quien lo recibe en silencio sin devolver el exceso, porque en esta situación el error en que incurre el que paga de más es anterior a la omisión de devolverlo de quien lo recibe, de manera que ese error no es consecuencia del silencio mentiroso.[51]

Respecto a si la conducta del sujeto que guarda *silencio* y no saca de su error al tercero, tiene la posibilidad de constituir engaño, en principio debe rechazarse. Esto sin perjuicio de que puedan hacerse extensivos al silencio los principios aplicables a la *omisión.*

La *simple opinión,* aunque mendaz, no parece ser constitutiva del engaño requerido por el fraude,[52] pues consiste en un juicio

[47] Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 904; Bajo Fernández, op. cit., p. 171.
[48] Cfr. Mezger, op. cit., p. 242.
[49] Cfr. T. S. Vives, op. cit., p. 904.
[50] Bajo Fernández, op. cit., p. 170.
[51] T. S. Vives, op. cit., p. 904.
[52] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 872.

valorativo. Si aquel que vende una casa habitación no muy atractiva, durante la inspección que de ella hace un posible comprador la describe como acogedora, elegante, grata de habitar, limitándose a emitir juicios apreciativos, si éstos llegan a convencer al interesado no lo engaña, porque no ha alterado la realidad de lo que éste personalmente ha observado.[53]

Si la *mentira,* considerada como simple afirmación verbal artificiosa, es suficiente para constituir el engaño exigido en el fraude es una cuestión muy debatida. Sectores de la doctrina, aunque minoritarios, se inclinan por afirmar que la mentira es un engaño suficiente;[54] no obstante, no se puede compartir tal criterio, porque ya se ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un deber u obligación de naturaleza jurídica de decir la verdad y, por otra parte, la ley penal no tiene por objetivo proteger a los ingenuos o descuidados; la vida en relación exige de quienes la integran un mínimo de diligencia, como es la de razonar antes de aceptar algo. La credulidad, más que ingenuidad, es ausencia de acuciosidad. La mentira, según la doctrina mayoritaria, carece de idoneidad para calificarla como engaño; en países como Francia y Alemania, se comparte ese criterio, diferenciando las nociones de engaño y mentira, y exigen para la primera una *mise en scène* o *actos concluyentes.*[55] El ardid debe tener aptitud, idoneidad para inducir a incurrir en un error a una víctima en concreto, atendidas sus circunstancias individuales. No obstante, hay criterios en el sentido de que la naturaleza del engaño en cuanto a su potencialidad de inducir al error, debe ser considerada con *criterio objetivo,* apreciándola frente a la situación de un hombre medio, y no de aquel que en el hecho fue embaucado.

---

[53] Autores como Mezger diferencian sobre los juicios valorativos; según sea el tipo de opinión de que se trata, puede ser simplemente un juicio apreciativo (el mejor jabón del mundo) o importar la afirmación de un hecho (esta mercancía es buena y de venta fácil); el profesor alemán se inclina por marginar de la noción de engaño a los exclusivamente valorativos, no así aquellos que presuponen la existencia de un hecho (*Libro de Estudio,* parte especial, pp. 240-241). En el mismo sentido opina Bajo Fernández, op. cit., pp. 170-171. Estos autores reconocen, en todo caso, que no es fácil distinguir entre uno y otro juicio en los eventos que se presentan en la realidad.

[54] En ese sentido Maggiore, op. cit., t. V, p. 126; Ricardo Núñez, op. cit., t. V, p. 303, y en Chile Jorge Mera, *La apropiación,* p. 292.

[55] López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 220.

Quien *acepta* una simple mentira no ha sido engañado, sino *que ha creído,* y como no ha sido inducido por la actividad de un tercero –aparte de la mentira– a creer, aisladamente considerada esa mentira no puede calificarse como engaño en su alcance jurídico.[56] Distinta es la situación, en nuestro sistema, de la mentira expresada por quien tiene el deber de decir la verdad, deber que puede derivarse de la ley o del acuerdo de voluntades (contrato), que cumpliría las características necesarias para constituir el engaño requerido por el tipo penal, porque normalmente el ordenamiento establece que estas personas deben ser creídas, de manera que no se está ante una mera mentira, sino ante una falsedad expresada por alguien a quien por mandato del ordenamiento normativo debe creérsele, y es en esto donde incide el engaño. Autores como Etcheberry extienden esta posibilidad a lo que denominan *mentira circunstanciada o compleja,* que consiste en decir inexactitudes en un entorno adecuado, o sea en "circunstancias jurídicas o materiales que le confieren (a la afirmación falsa o mendaz) la calidad de simulación" inherente al fraude.[57]

En las hipótesis antes señaladas, y en los engaños en general –como ya se adelantó– han de tenerse en cuenta, a su vez, las *condiciones particulares* de la persona a la que se dirige la mentira u opinión falsa. La valoración del engaño es de orden *subjetivo,* porque corresponde se analice en relación a una persona determinada: la víctima.[58] "Un juicio de valor emitido por un abogado o notario, por ejemplo, ante una persona de poca o nula formación, con el fin de que acceda a un acto de disposición patrimonial, ocultando en ese juicio de valor una auténtica acechanza *ab initio* sobre el patrimonio ajeno, puede y debe constituir engaño típico."[59] En todo caso, procede que se considere *objetivamente,* también y principalmente, la naturaleza de la actividad realizada por el agente, la que ha de cumplir con cierta condición mínima de idoneidad para engañar; por lo tanto, deben excluirse las falsedades groseras o burdas, incluidas aquellas socialmente frecuentes y corrientes. En definitiva, el baremo para mensurar la actividad del agente

[56] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 490; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 394; Bajo Fernández, op. cit., p. 171.

[57] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 394.

[58] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 491; T. S. Vives, op. cit., p. 905.

[59] Gómez Benítez, citado por T. S. Vives, op. cit., p. 905.

ha de ser doble: *objetivo* y *subjetivo,* coetáneamente,[60] pero con la adecuada cautela para no salirse de los límites precisados por el tipo penal.[61]

La ignorancia total o absoluta de una persona o las creencias a las cuales ha adherido *(engaño irrelevante),* tampoco se pueden calificar de engaño. Tal sucede con los *curanderos, adivinos* y *magos,* que normalmente no hacen otra cosa que aprovecharse de las referidas situaciones, o a su reforzamiento; entonces sus acciones no constituyen engaño, porque los que recurren a los servicios de esos sujetos llegan a consultarlos habiendo *ya caído en el error* sobre sus poderes, en los cuales creen.[62]

El problema del engaño es más discutible en relación con la *publicidad* cuando falsea las condiciones de un producto o de una oferta, causando perjuicios a los consumidores o a los usuarios. Normalmente las legislaciones castigan estos actos como delitos especiales de publicidad, pero se puede plantear la interrogante de si constituyen o no el engaño inherente al fraude. En nuestro sistema se considera que el engaño debe ir dirigido a personas determinadas; la actividad mendaz o falsa ha de estar enfocada, encausada, en contra de uno o más destinatarios, aunque no se les conozca. Cuando el sujeto receptor carece de esa determinación, no se daría la clase de engaño a que los tipos en estudio hacen referencia. En esta materia entran además en juego aspectos relacionados con los actos socialmente adecuados y con el principio de intervención mínima del Estado en la actividad represiva penal, que inclina a marginarlos de la noción de engaño típico.

B. *El error*

El engaño debe ir dirigido a lograr que una persona se equivoque o a mantenerla en ese estado[63] si ya había incurrido en el error, y

[60] López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 223.

[61] Hay autores, como Gómez Benítez, que estiman que no se requiere en la víctima un *estado de error,* creen que es suficiente que el engaño tenga idoneidad para provocarlo, pues el derecho penal debe proteger al bien jurídico y a la víctima, aun en situaciones de simple *duda* de esta última (citado por López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, pp. 235-236).

[62] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 172; T. S. Vives, op. cit., p. 904; Bustos, *Manual,* p. 227.

[63] Mezger, op. cit., p. 244.

por error se entiende el concepto distinto al verdadero que alguien se forma respecto de un hecho o circunstancia. Error e ignorancia para estos efectos no es lo mismo; ignora aquel que carece de todo conocimiento respecto de algo, la sanción penal del fraude no tiene por objeto proteger al ignorante. Se prohíbe el engaño porque supone una maquinación o ardid dirigido derechamente a crear en un tercero un conocimiento apartado de la verdad respecto de una cosa o situación. Importa *engaño* desarrollar una actividad que tenga por finalidad inducir a que un tercero confunda lo que es con lo que no es, a que se represente falsamente la realidad, es lo que algunos denominan error activo, en contraposición a aquel que por ignorancia u otro estado de la mente toma por verdadero lo que es falso o viceversa (error pasivo).[64]

Para incurrir en error la persona debe contar con capacidad para ser engañada, tener las condiciones mínimas que la hagan potencialmente apta para ser inducida a un error, lo que supone que pueda entender y comprender su entorno y tenga la aptitud adecuada para adoptar decisiones según ese conocimiento. De suerte que generalmente un enfermo mental (enajenado) o un niño, no cumplirán con tal exigencia; respecto de ellos la disposición patrimonial que realicen constituye apropiación de parte del sujeto activo y podrá calificarse como hurto, pero no como fraude, sin perjuicio de que cada caso deba ser considerado en particular conforme a los criterios recién señalados, si tenía o no comprensión suficiente.[65]

Esta exigencia (de que la persona engañada tenga capacidad de incurrir en error), hace improbable que se puedan incorporar a los tipos de fraude por engaño las apropiaciones que se llevan a cabo por *medio mecánico electrónico,* en particular con la computarización, de suerte que quien logra conectarse con la red informática de su banco y suprime o borra las deudas que el sistema tiene registradas en su cuenta, no comete engaño en el sentido que esta noción tiene para el delito de estafa.[66] En este caso no se ha inducido a error a ninguna persona, pura y simplemente se ha manipulado en forma ilegítima un sistema de registro que

[64] T. S. Vives, op. cit., p. 908.
[65] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, pp. 237-238.
[66] Bustos, *Manual,* p. 226.

JURIDICA de Chile

provoca un perjuicio a la institución bancaria. Pero hay opiniones disidentes sobre este punto; algunos autores estiman que en realidad hay engaño, ya que se ha inducido a error al que instaló la máquina y ofrece el servicio, "porque quien prepara un mecanismo automático para realizar un acto de disposición contra el pago de una cantidad, resulta engañado si el pago de esa cantidad no se realiza y sí, en cambio, el acto de disposición por haber introducido el estafador objetos falsos, provocando el funcionamiento de la máquina".[67]

Tampoco constituye estafa cuando se elude el *uso de fichas o monedas para hacer funcionar una máquina* que presta un servicio (teléfonos, venta de cigarrillos, etc.), tal conducta podrá constituir el delito de hurto (sustracción por medios clandestinos), pero no constituye fraude,[68] sin perjuicio de que se encuentren opiniones disidentes en el sentido de que el engañado sería el dueño de la máquina, que a su vez sufre el perjuicio con el ardid de que echó mano el usuario inescrupuloso.

Existen dudas respecto de si constituye engaño el *uso abusivo de una tarjeta de crédito,* pero en verdad se descarta la posibilidad de un fraude en una conducta como la indicada, porque el sujeto que acepta el pago mediante la tarjeta no considera la solvencia del que la usa, sino la seriedad de la institución financiera que la extiende; de consiguiente el sujeto no ha engañado al que acepta el pago[69] respecto de su situación crediticia.

De otro lado, no es imperativo que haya *identidad entre el sujeto engañado y el que resulta perjudicado,* pueden ser personas distintas,[70] como sucede cuando el depositario entrega la especie a un tercero que la reclama falsamente a nombre del dueño, alternativa donde el depositario es el que incurre en error y el dueño es

[67] Bajo Fernández, op. cit., p. 185.

[68] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 242. Este autor cita en el mismo sentido a Antón Oneca y Quintano Ripollés.

[69] Los tribunales españoles, sin embargo, no han seguido la referida doctrina y han calificado como estafa hechos como los comentados, sosteniendo que el que emplea la tarjeta sabe que su crédito está agotado, y al continuar usándola engaña sobre sus posibilidades de crédito al que erradamente consiente en recibir la cancelación de una obligación por ese medio (Cobos de Linares, op. cit., t. II, p. 243).

[70] Muñoz Conde, op. cit., p. 247.

quien sufre la pérdida. Pero sí debe existir esa identidad entre el que incurre en error y el que realiza el acto de disposición, que ha de ser una misma persona, como se constata en la hipótesis del depositario.[71]

Hay situaciones especiales donde resulta dudoso hablar de error. Se sostiene que en ciertas hipótesis la disposición patrimonial que se espera realice la víctima no es consecuencia de un error, porque mediarían otras circunstancias que excluirían el fraude. Se hace referencia al *viajero clandestino,* al *mendigo* y al *descuento de letras* que no son comerciables.

El *polizón* es una situación que se controvierte; se piensa que el pasajero anónimo no realiza ninguna actividad dirigida a engañar, lo que hace es usar un medio de transporte en forma subrepticia, sin engañar al conductor o transportista. Como el viajero clandestino no realiza ninguna actividad dirigida a inducir a error al que lo transporta, se cree mayoritariamente que no comete fraude.[72] Diversa es la situación del polizón que simula tener un boleto, usando uno vencido, o emplea cualquiera otra maquinación mañosa, donde sí habría inducción para hacer caer en error al conductor o revisor.[73] Estas mismas alternativas se dan con la persona que entra a una exhibición de teatro o de cine sin pagar la entrada y demás situaciones semejantes.

Tampoco se considera que se incurre en el error inherente al fraude cuando se satisface la petición de limosna del *mendigo,* porque generalmente quien responde a esa petición no es engañado, sino que actúa por piedad, o por librarse del sujeto o por la posibilidad de que verdaderamente se encuentra en un apuro.[74] Diferente es la situación del mendigo que simula mutilaciones o ataque para conmover, alternativas que –según sectores de la doctrina– se deben calificar como estafas, por cuanto no habría motivo para no considerar como engaño el ardid que motivó en definitiva el acto de disposición de la víctima.[75]

---

[71] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 248.

[72] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 228; T. S. Vives, op. cit., p. 909; Muñoz Conde, op. cit., p. 247; Bajo Fernández, op. cit., p. 172.

[73] Cfr. Mezger, op. cit., t. II, p. 244; Bustos, *Manual,* p. 228; Bajo Fernández, op. cit., p. 172; Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 397.

[74] Antón Oneca, citado por Vives, op. cit., p. 910.

[75] Ibídem.

Es frecuente que las instituciones financieras, en particular los bancos, tengan cierta tolerancia para descontar documentos mercantiles que no lo son verdaderamente, como una forma de conceder crédito a corto plazo a algunos de sus clientes. Hay tendencias en la doctrina a descartar la calificación de error en la concesión de esa clase de préstamos, por cuanto el dinero lo suministra la institución, no tanto por la presunta efectividad del documento, sino por la confianza que tiene en la solvencia y responsabilidad del cliente. De esta situación se excluiría, en todo caso, el empleo de letras de cambio con aceptantes cuyas firmas han sido falsificadas, pues aquí sí que habría una maquinación engañosa que induciría a error.

C. *Disposición patrimonial*

El engaño que no induce a error no puede constituir fraude penal. A su vez, el error que no provoca una disposición patrimonial de la víctima tampoco constituye fraude; lo mismo sucede si se realiza el acto de disposición, pero no por haber sido engañado, sino por otras circunstancias, como sucede en el caso del mendigo.

La *disposición patrimonial con perjuicio del sujeto pasivo del delito* es elemento esencial en la estafa, y marca la diferencia de este delito de apropiación con el robo y el hurto, en los cuales debe mediar apoderamiento del bien por un tercero sin la voluntad de la víctima, en tanto que en la especie es precisamente esta última la que de propia voluntad le hace la entrega.[76] Entrega o disposición que puede cumplir tanto *el que sufre el perjuicio como un tercero*[77] (la empleada doméstica que entrega el equipo de radio a quien dice lo retira para repararlo).

En el fraude, para ser tal, debe haber una actividad engañosa del agente, la víctima tiene que sufrir un error a consecuencia del engaño y ese error debe dar lugar a que voluntariamente (aunque con voluntad viciada), esa persona le haga entrega de una cosa al sujeto que hizo la maquinación engañosa. Por ello se sostiene que entre el ardid, la equivocación y la disposición patrimonial, tiene que existir una relación de causalidad, que no se refiere a una

[76] Muñoz Conde, op. cit., p. 246.
[77] Mezger, op. cit., p. 248.

causalidad *material, de carácter fenoménico,* sino a la posibilidad *de atribuir objetivamente* el acto de disposición al engaño de que se fue objeto; se trata de una causalidad de índole normativa.

El acto de disposición puede consistir en una *acción* (así entregar una suma de dinero al estafador), o una *omisión* (no exigir el pago del precio del objeto vendido al engañar al dependiente de que ya había sido cancelado). Puede consistir en la prestación de un servicio o en la constitución de un gravamen.

Como las estafas son delitos contra la propiedad, la disposición del que ha sido engañado tiene que corresponder a algo susceptible de ser *valorado económicamente.* Los bienes de otro orden, que no puedan ser objeto de una apreciación patrimonial, quedan excluidos.

D. *El perjuicio sufrido en el patrimonio*

La disposición patrimonial tiene que *causar un perjuicio,* al que sufre el engaño o a un tercero, que se constituye en sujeto pasivo del delito, porque el engañado es el sujeto pasivo de la acción, pero no siempre del delito,[78] a menos que él sea quien resulta –además de engañado– perjudicado con la entrega voluntaria que realiza. Cuando el perjuicio recae en un tercero diferente al engañado, la doctrina habla de estafa *en triángulo* (el encargado del guardarropa que entrega el abrigo a un tercero que se hace pasar por su dueño).

El perjuicio consiste en una disminución del patrimonio del sujeto pasivo, tiene que sufrir *una pérdida apreciable pecuniariamente,*[79] o sea de índole patrimonial; el problema se presenta en determinar qué se entiende por patrimonio para estos efectos. Tal como se hizo notar al comentar el bien jurídico amparado por estos delitos, con el patrimonio se hace referencia a las cosas que lo integran y, en general, a los derechos concretos poseídos con cierta apariencia jurídica.[80] Quedan descartadas en consecuencia las meras expectativas, las posibilidades inciertas de lograr un beneficio pecuniario, pero

[78] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 174; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 399.

[79] Cfr. Labatut, *D.P.*, t. II, p. 242.

[80] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 174; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 249.

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE

sí se comprenden los créditos, los lucros y ganancias futuras.[81] Los perjuicios que no sean susceptibles de una valoración económica no son aptos para conformar una estafa; quedan marginados los daños morales, sentimentales o análogos.

Hay dos situaciones, entre otras, que se discuten en relación a la noción de perjuicio, una de ellas es la referida a la *compensación* y la otra es el denominado *negocio con causa ilícita.*

En la entrega fraudulenta, entre otros casos, puede suceder que cuando un sujeto compra un automóvil de una marca determinada, le entregan uno de marca y modelo distinto, aunque de igual valor; ¿habría fraude a pesar de que no ha sufrido lesión en su patrimonio? Igual situación se produce cuando el coleccionista paga por un cuadro de Picasso y recibe uno de Matise, que tendría una valoración semejante. Sectores de la doctrina consideran que como no ha habido una disminución de carácter económico en estas hipótesis, no puede haber estafa, sin perjuicio de las situaciones que en el ámbito civil podrían suscitarse (Antón Oneca, Bajo Fernández). En tanto otros sectores, acertadamente, afirman que habría perjuicio en estos casos, siempre que subjetivamente haya concurrido un interés especial en recibir exactamente lo convenido, pues la noción de lesión patrimonial corresponde apreciarla frente a las circunstancias concretas, y en ellas la víctima juega un rol determinante, con fundamento en el principio de utilidad para el afectado. No recibir lo que verdaderamente se esperaba, sino algo en compensación de aquello y de igual o mayor valor económico, no presta al sujeto pasivo la misma utilidad. Los fines u objetivos de tener una cosa en determinadas circunstancias constituyen un valor de uso que no puede cercenarse para los efectos de determinar el valor económico; piénsese en la apreciación de las obras de arte o de los objetos de colección, donde concurren elementos de

[81] Esta materia no es pacífica, existen criterios que rechazan que el lucro cesante y las ganancias futuras puedan considerarse como perjuicios si se pierden, porque "no pertenecen al patrimonio los futuribles, las esperanzas y los proyectos, pero sí los lucros y las ganancias correspondientes a la entrega de una cosa o prestación de un servicio" (Bajo Fernández, op. cit., p. 175). Rodríguez Devesa, con una visión distinta, sostiene que se hace referencia únicamente a los bienes que ingresaron al patrimonio en la actualidad, marginando los que están por incorporarse, como serían el lucro cesante y las ganancias por recibir.

exclusividad o de interés personal que varían ostensiblemente. "Puede haber una minusvalía patrimonial, pese a la equivalencia de las prestaciones", una pieza de arte aislada puede tener un valor distinto a aquel que adquiere cuando integra una colección.[82] Por lo tanto, hay dos sistemas distintos en lo referente al monto de la defraudación: uno constituido por el *perjuicio requerido por el tipo penal* y el otro relativo a la cuantía del perjuicio para efectos de la *indemnización civil* (Vives, Cobos de Linares).

Con el *negocio con causa ilícita,* se presenta otra situación dudosa, que se puede graficar con el repetido ejemplo de Carrara, que –según afirma– nunca vio presentarse en su larga práctica: una mujer recurre a una hechicera para que le dé un veneno para matar a su cónyuge y ésta le cobra una suma elevada por un filtro inocuo.[83] La cuestión planteada aquí es si puede sostenerse que la mujer ha sido estafada por la hechicera, toda vez que conforme a los principios civiles los contratos sin causa o con causa ilícita no obligan (art. 1467 del C.C.). La doctrina, sin embargo, se inclina por separar los aspectos civiles de los penales, porque al sistema represivo le interesa mantener el principio de que no se puede ser víctima de un hecho penalmente prohibido en relación al propio patrimonio,[84] aunque el engaño tenga como causa un negocio ilícito; de adherir a este criterio habría que concluir que serían estafa estos dos casos.[85] Aparte de los posibles aspectos doctrinarios, el Código Penal no parece haber sido exigente en cuanto a la naturaleza de la operación o gestión en que uno de los intervinientes engaña al otro; para demostrarlo son suficientes disposiciones como el art. 469 N° 5, que califica de estafa la suposición de remuneraciones ilegítimas a empleados públicos, o el art. 470 N° 7, que hace otro tanto con el fraude empleado para asegurar la suerte en el juego.[86] Ambas conductas son ilegítimas y aun así el legislador considera esos hechos delitos de estafa, de manera que en el sistema nacional los ilícitos en cuestión pueden ser constitutivos de fraude.

---

[82] T. S. Vives, op. cit., p. 912.

[83] Carrara, *Programa,* t. 6, N° 2346, p. 428.

[84] Valle Muñiz, op. cit., p. 253.

[85] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 174; López Barja de Quiroga, op. cit., t. II, p. 257; Labatut, *D.P.,* t. II, p. 243.

[86] Etcheberry, *D.P.,* t. II, pp. 404-405.

E. *Inexigibilidad del ánimo de lucro*

Como afirmación general en nuestro sistema los delitos de estafa no requieren que el sujeto activo cometa el delito con ánimo de lucrar, de enriquecerse o aumentar su propio patrimonio. Eso será lo normal, pero los tipos penales no lo exigen, a diferencia de otras legislaciones, como la de España, donde el art. 248 de su último Código Penal sí lo exige como uno de los elementos de la figura. En el Código nacional, ninguno de los artículos que tratan de las estafas hace referencia a este ánimo, a diferencia de lo que hizo el art. 432, al definir el hurto y el robo, en los cuales sí lo establece como elemento subjetivo. En este punto hay acuerdo en la doctrina nacional.[87]

159. EL FRAUDE Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO

La noción de fraude y de la eximente establecida en el art. 10 N° 10, esto es, el ejercicio legítimo de un derecho, podrían plantear algunas dudas. El acreedor que con engaño obtiene que su deudor le entregue una suma de dinero, de la cual descuenta el monto de su crédito para hacerse pago, ¿comete delito de estafa? Autores como Maggiore, Soler y Fontán Balestra opinan que no hay delito,[88] porque el engaño es fraudulento cuando se persigue un fin injusto, algo contrario a derecho, no así cuando se busca un provecho lícito.

La situación hay que analizarla como un problema de juridicidad de la actuación, y en ese ámbito la respuesta en el derecho nacional es discutible. La justificante de responsabilidad del N° 10 del art. 10 se refiere al ejercicio *legítimo de un derecho,* no al ejercicio ilegítimo; sin embargo hay otras normas que establecen una visión distinta del legislador nacional, que aceptan comportamientos como los señalados, dejándolos al margen de toda sanción penal,[89] no obstante los reparos de orden general que importarían. En efecto, el art. 494 en sus N°s 16 y 20 contiene normas que dejarían al mar-

[87] Labatut, *D.P.,* t. II, p. 244; Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 402.

[88] Maggiore, op. cit., t. V, p. 131; Soler, op. cit., t. IV, p. 361; Fontán Balestra, op. cit., p. 496.

[89] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 403.

gen el uso de meras argucias. La primera disposición castiga como delito falta al "que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro *con violencia* hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera", y la segunda hace otro tanto con el "que *con violencia* se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella"; en ambas disposiciones sólo se castiga como falta penal el uso de violencia, de lo que se colige que al no emplearla –y el engaño no lo es– no correspondería imponer pena. Lo recién comentado parecería que abona el criterio de la doctrina de los autores antes nombrados; no obstante, el mismo legislador ha tenido un criterio distinto en el art. 471 N° 1, que expresa lo siguiente: "Será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales:

1°. El *dueño de una cosa* mueble que la *sustrajere* de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de un tercero"; aquí tampoco hay violencia, sólo una recuperación clandestina, y sin embargo el legislador sanciona ese hecho con pena de simple delito, que es más grave que la impuesta al delito falta. Esto constituye una paradoja, pues castiga con una sanción mayor la actividad clandestina no violenta, que el uso de la violencia en las faltas de los N°s 6 y 20 del art. 494.

Tipo básico de estafa

160. ASPECTOS GENERALES

El Código mantuvo el sistema del Código español de la época, que en lugar de describir un tipo de estafa con los elementos que le son inherentes, recurrió a una enumeración casuística de diversas conductas, a las cuales con frecuencia les da un sentido meramente ejemplar, para establecer las conductas prohibidas.[90]

[90] En un intento por sistematizar estos delitos, Etcheberry propone distinguir entre los delitos por engaño en tres grupos: a) los expresamente descritos, b) los semejantes de los descritos en el art. 468, y c) los restantes engaños, o sea los no expresamente descritos ni semejantes a los señalados en el art. 468, haciendo referencia a los comprendidos en el art. 473. Es una tentativa loable por su esfuerzo, pero se puede prestar a malas interpretaciones hacer referencia a engaños descritos y no descritos y, en todo caso, siempre la clasificación resulta dudosa en cuanto a su posible utilidad (*D.P.*, t. II, p. 406).

Muñoz Conde comentaba que se mencionaban más de veinte modalidades de conductas, y que no obstante esa exuberancia del texto, el intérprete tenía que recurrir a la analogía o a las cláusulas genéricas,[91] observaciones que son perfectamente aplicables a la situación del Código nacional.

El art. 468 describe este delito en los siguientes términos: "Incurrirá en las penas del artículo anterior el que *defraudare a otro* usando de *nombre fingido, atribuyéndose* poder, influencia o crédito supuestos, *aparentando* bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier *otro engaño semejante*".

El tenor de la disposición fue recogido casi textualmente del art. 450 del Código español de 1848, salvo el cambio que introdujo la Comisión Redactora de las expresiones "cualidades supuestas" que empleaba, por "créditos supuestos" que se usó en el nacional.[92]

161. TIPO OBJETIVO

La acción prohibida en esta figura básica de estafa consiste en *defraudar a otro,* o sea en incurrir en el comportamiento que se describió en el párrafo precedente, porque se debe engañar a una persona con el objetivo de inducirla a caer en error con el objeto de que realice una disposición patrimonial que le cause un perjuicio económico a ella misma o a un tercero. El comportamiento normalmente importará una acción, pero es posible que sea una omisión. Todo lo expresado al hacer referencia al fraude se debe dar por reproducido en esta parte, lo que vale no sólo para la figura básica de estafa que se está estudiando, sino que así mismo para las distintas modalidades del delito que se comentarán más adelante. Es posible que las actividades engañosas que quedan abarcadas en el tipo penal importen la ejecución previa de otros delitos, falsificaciones, sustitución de personas y semejantes, como bien lo adelantara Pacheco en sus comentarios, pero el tratamiento de esas hipótesis ha de resolverse con los principios propios de los concursos.[93]

---

[91] Muñoz Conde, op. cit., p. 244.

[92] Acta de la Comisión Redactora N° 99, de 1° de julio de 1872; en esa oportunidad no se dio explicación de la referida modificación.

[93] Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 350.

Esta clase de estafa es un delito *común* y de resultado o *material,* pues como se verá más adelante, puede ser cometido por cualquiera persona y para que se consume debe causar un perjuicio en el patrimonio del ofendido.

El tipo penal del art. 468 limita las modalidades del engaño inherente al delito, a las hipótesis que la disposición describe. No se trata en verdad de una limitación, más bien se señala un sentido o criterio interpretativo para precisar a qué clase de engaños se está refiriendo el precepto, porque la enumeración que la disposición realiza es meramente *ejemplar,* deja *abierta* la posibilidad de comprender dentro del enunciado a cualquiera de las diversas conductas que reúnan las características que allí se indican. En la descripción del tipo se emplean tres formas verbales: *usar, atribuirse* y *aparentar,* pero el artículo termina expresando, *o valiéndose de cualquier otro engaño semejante,* que es lo que constituye a la postre la regla general.

El legislador, como se adelantó, no ha descrito el comportamiento prohibido; optó por dar ejemplos para determinar aquellos que quedarían comprendidos en el tipo respectivo. Como en todos los ejemplos que señala aparece un *elemento que les es común* a cada uno de ellos, y que consiste en una *gestión engañosa,* en un *ardid para llevar a error a la víctima,* este elemento se alza como fundamental para determinar si un comportamiento dado debe o no adecuarse a la figura sancionada en el art. 468 en estudio.

Concretamente se refiere a cuatro conductas, que se pasan a comentar.

A. *"Usando nombre fingido"*

Esta frase debe ser entendida en su alcance normativo, no consiste en el simple uso del nombre de un tercero, sino que es inducir a error al afectado, en hacerlo suponer que puede confiar en la persona que le solicita determinado acto de disposición. El uso de nombre falso no constituye en general un ardid; para que sí lo sea debe mediar un uso fraudulento.[94]

El *nombre,* como es sabido, permite individualizar a una persona y diferenciarla de otra, y *fingir* es recurrir a uno que

[94] Fontán Balestra, op. cit., p. 497.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

no corresponda al verdadero, presentándolo como tal, para simular una identidad diversa a la que se tiene o para disimular la propia. En realidad no ofrece mayor interés el empleo de un nombre distinto al que en efecto se tiene, o que este corresponda al de otra persona o sea imaginario; en la mayor parte de las situaciones que se dan en la vida corriente esas actitudes nada significarán, suficiente es observar que no tiene importancia alguna que al comerciante a quien le compramos una revista nos dé un nombre diferente de aquel que le pertenece. Lo importante no radica en usar un nombre falso, sino en que el agente adopte una personalidad distinta de la que tiene, que lo presente con una falsa calidad, que induce a la víctima a creer que es un sujeto que responde a las condiciones necesarias para hacerle la entrega de un bien o a efectuar la disposición patrimonial que se le pide o aconseja.

Presentarse como encargado de una empresa para retirar una especie, usando el nombre del que realmente estaba comisionado al efecto, puede importar el ardid inherente a esta figura penal. En la jurisprudencia de los tribunales se ha considerado que el retiro de valores ajenos con un carnet de identidad de un tercero, adulterado previamente, constituye esta clase de engaño.

B. *Atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos*

Atribuir, para esos efectos, es más que la mera afirmación, que un simple decir. El sentido de la expresión es *simular, aparentar,* desarrollar una actividad en tal sentido,[95] pues debe asociarse la expresión con la noción de engaño propia de la estafa. De modo que no se cumple la exigencia con la mera afirmación de que se posee poder o influencia, han de emplearse medios adecuadamente convincentes para evidenciarlo falsamente frente al tercero afectado. La disposición se refiere a atribuirse *poder,* o sea tener mando, potestad, fuerza suficiente para hacer determinadas cosas, en tanto que *influencia* involucra ascendencia sobre otros, facultad de influjo, de persuasión, de inducir a personas en determinado sentido, de mediar positivamente en ciertas alternativas.

[95] Cfr. Soler, op. cit., t. IV, pp. 336-337.

Créditos supuestos, es otra de las alternativas planteadas, y consiste también en que el sujeto activo simula, mediante algún ardid,[96] que cuenta con recursos de orden económico, facilitados por instituciones u otras personas, para invertirlos u operar con ellos, a pesar de que en realidad carece de ellos.

El análisis de estas hipótesis ha de ser cuidadoso, por cuanto comportamientos como los descritos pueden proyectarse a otras figuras diferentes a la que se estudia. En el caso del fraude que consiste en aparentar remuneración a empleados públicos, existe un tipo especial de estafa en el art. 469 N° 5. Si efectivamente se ha pagado la dádiva a un funcionario facultado para hacer lo que se persigue, el hecho puede constituir cohecho, descrito en el art. 249; tratándose de un funcionario judicial rige el art. 223 N° 2.

Cuando el sujeto activo realmente tiene poder o influencia y ofrece emplearla pero en definitiva no lo hace, pudiendo hacerlo, los criterios que se enuncian para calificar esta conducta no son uniformes. Hay sectores de la doctrina que estiman que la situación reglada en el art. 468 en estudio[97] comprende únicamente la influencia o poder imaginario, pero no así cuando se tiene el poder y no se usa.[98]

C. *Aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios*

Se emplea la forma verbal *aparentando,* con significado análogo al indicado precedentemente, o sea como algo más que una mera afirmación, la que necesariamente debe ir acompañada de circunstancias que la hagan verosímil, sea haciendo propaganda por los medios de publicidad, instalando una oficina o establecimiento, registrando marcas y cualquier acción dirigida a simular algo inexistente.

Por *bienes* deben entenderse aquellas cosas y derechos que forman parte de la noción de patrimonio,[99] pero dirigidas a si-

[96] Autores como R. Núñez no aceptan esa doctrina, pues sostienen que *aparentar* es algo diverso al *ardid* o maquinación engañosa; aparentar no requeriría suscitar falsas representaciones (op. cit., t. V, pp. 317-318).

[97] Así lo estiman Fontán Balestra, op. cit., p. 499; R. Núñez, op. cit., t. V, p. 321.

[98] Etcheberry piensa que en las referidas situaciones se daría la figura de estafa, fundado en la noción de "engaño semejante" a que se refiere el art. 468, donde calzarían comportamientos como los comentados (*D.P.*, t. II, p. 409).

[99] R. Núñez, op. cit., t. V, p. 318.

mular riqueza, fortuna, solvencia económica.[100] *Comisión* es todo acuerdo mediante el cual se encarga a otro la gestión de algún mandato o negocio; en la especie lo que hace el agente es aparentar, por medios creíbles para la víctima, que está a cargo de una operación o negocio por mandato de un tercero. *Negociación o empresa* es toda organización de carácter económico "destinada o no a objetivos lucrativos, por simple que sea [...]. Son tales los establecimientos, las casas u oficinas comerciales o industriales, también las organizaciones menores y de objetivos menos estables, como las tendientes a recolectar fondos para un viaje, para levantar un monumento o para realizar obras caritativas".[101] La palabra *negociación* hace referencia a transacción o acuerdo de índole comercial de cualquier clase, siempre que no queden comprendidas en la noción de empresa. Tanto la empresa como la negociación no deben existir en la realidad, pues el legislador exige que sean *imaginarios,* esto es, meros inventos o creaciones, que el agente sabe que carecen de base o posibilidad real de materialización.

Como una especie de estos engaños se menciona *la venta de cosa ajena,* y se sostiene, fundamentándose en criterios civiles, que el Código Civil declara válida la enajenación de cosas ajenas; de consiguiente, no podría calificarse de estafa una operación de esta naturaleza. El problema se plantea cuando se vende como propia una cosa que es ajena y para hacerlo se recurre a artificios que induzcan a error al comprador, que cree estar tratando con el dueño de la especie. En hipótesis como la señalada es evidente que se ha incurrido en un fraude que puede conformar el delito de estafa del art. 468. El mismo principio rige la venta de una cosa gravada que se presenta como saneada.

Entre las modalidades mencionadas en este grupo se encuentra la de *aparentar créditos,* forma de engañar que como indica Etcheberry, es difícil de distinguir de la conducta de *atribuirse créditos* ya antes comentada. La diferencia, aunque sutil, radicaría en que quien aparenta créditos simula tenerlos ya concedidos, en tanto que el que se atribuye créditos sólo miente sobre su capacidad para conseguirlos.

---

[100] Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 408.
[101] R. Núñez, op. cit., t. V, p. 320.

D. *Valiéndose de cualquier otro engaño semejante*

Como se adelantó, la enumeración de las conductas ya expuestas son meros ejemplos de los comportamientos que el legislador pretendió describir en el art. 468. Por ello termina con una frase que constituye, verdaderamente, *la regla general: cualquier otro engaño,* semejante a los descritos previamente. La característica de estos engaños, en consecuencia, radica en que obedecen a lo que se denomina como una maquinación astuta o un ardid, dirigido a crear una falsa realidad frente a la víctima, pero siempre en la línea de las actividades antes comentadas y siempre que no queden comprendidas entre las ya enunciadas por la disposición.[102] En definitiva, el tipo objetivo del delito de estafa es *abierto,* será el tribunal el que deberá apreciar cada caso y determinar si cumple con las exigencias que el art. 468 establece, lo que no parece ser un sistema aconsejable.

162. EL TIPO SUBJETIVO

El dolo requerido por la estafa básica o fundamental se extiende a todos los elementos del tipo objetivo, entre ellos al empleo de medios engañosos, de astucia para inducir a error a la víctima. Esta característica de la actividad subjetiva, o sea querer realizar la maquinación mendaz, con el objetivo de que la víctima por error lleve a cabo un acto de disposición que provoque un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero, obliga a concluir que sólo es posible el dolo *directo, no así el eventual.*[103] No obstante, hay sectores de la doctrina que estiman que se puede estafar con dolo eventual.[104]

El dolo debe ser previo a la conducta artificiosa del agente, porque tiene que ser anterior o, por lo menos, coetáneo al engaño, el dolo posterior, subsiguiente a la conducta del agente, es inhábil para transformar en fraudulento el hecho.[105]

---

[102] Cuello Calón, op. cit., t. 2°, p. 883.

[103] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 496; Soler, op. cit., t. IV, p. 341; Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 405.

[104] Mezger, op. cit., t. II, p. 261.

[105] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 176.

El análisis del elemento subjetivo en el delito de estafa debe ser cuidadoso, pues hay que descartar el dolo cuando el sujeto activo ha partido, él mismo, de un error al que nadie lo ha inducido, porque creyó honestamente en la posibilidad del negocio o que si bien se trataría de una operación riesgosa, pensó que valía la pena enfrentarla por los posibles beneficios que podría obtener si tenía éxito.[106]

En el sistema nacional la estafa *no requiere,* como sucede en el español,[107] que el agente actúe con *ánimo de lucro,* de enriquecerse. El tipo de estafa exige una voluntad dirigida a perjudicar, pero no así la de alcanzar un beneficio para sí mismo.

163. *ITER CRIMINIS* Y PARTICIPACIÓN

El delito de estafa se consuma cuando se han concretado todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo; por lo tanto, la actividad del sujeto tiene que provocar un perjuicio de carácter pecuniario en el patrimonio del engaño o de un tercero. Como se trata de un delito de resultado o material, que se consuma cuando el sujeto pasivo sufre un detrimento en su patrimonio, son viables las etapas imperfectas, tanto de tentativa como de frustración. La *tentativa* se presenta cuando la *actividad personal del delincuente,* si bien fue iniciada, no alcanza a desarrollarse en su totalidad, por causas independientes a su voluntad. De otro lado, si el agente completó toda su acción personal, el hecho no se encuentra consumado aun porque a su vez el engañado debe realizar un acto de disposición, por ejemplo entregar voluntariamente al tercero que lo embaucó, la especie ajena que recibió en depósito. Esta es una actividad necesaria para que el delito se consume, porque es la que causa el perjuicio en el patrimonio del depositante, y no es una actividad del sujeto activo, sino que de la víctima; si esta última no alcanza a llevarla a cabo por causas independientes de la voluntad del agente, el delito queda en etapa de *frustración* y no de tentativa.

---

[106] Soler, op. cit., t. IV, p. 341.

[107] El Código de España, en el art. 248, expresa: "Cometen estafa los que, con *ánimo de lucro,* utilizaren engaño...".

La estafa acepta las diversas modalidades de participación punible; el sujeto activo puede ser un autor solitario, o varios pueden actuar en coautoría. Son posibles las hipótesis de instigación, de complicidad y de encubrimiento. Es útil precisar que también procede la autoría mediata en la estafa cuando se instrumentaliza a una persona para que engañe a otra; no debe confundirse en todo caso esa situación con la del engañado que no sufre el perjuicio, que sí sufre un tercero; el engañado no es autor inmediato del delito, sino víctima, por cuanto no ha sido instrumentalizado por el estafador. Así en el ejemplo del encargado del guardarropa que recibió una prenda de vestir que entrega erradamente a un tercero que sustituye dolosamente al propietario; el encargado es la víctima del engaño y no el instrumento (ejecutor inmediato) del autor de la apropiación.[108]

164. PENALIDAD DE LA FIGURA BÁSICA DE ESTAFA

Para determinar la sanción que corresponde al delito, el art. 468 se remite al art. 467, que regula la pena considerando la cuantía de valor de las especies o bienes estafados. La disposición, en lo pertinente, expresa: "será penado:

1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de *cuarenta unidades tributarias mensuales.*

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de *cuatro unidades tributarias mensuales* y no pasare de *cuarenta unidades tributarias mensuales.*

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de *una unidad tributaria mensual* y no pasare de *cuatro unidades tributarias mensuales.*

Si el valor de la cosa defraudada excediere de *cuatrocientas unidades tributarias mensuales,* se aplicara la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

[108] Cfr. T. S. Vives, op. cit., pp. 914-915.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Si lo defraudado no supera el valor de una *unidad tributaria,* el hecho *no es punible,* porque el art. 494 N° 19, que sanciona los delitos patrimoniales que no sobrepasan el referido monto, no comprende la estafa básica descrita en el art. 468. Conductas como las señaladas serían atípicas, a menos que se pretenda hacer aplicación –si procediere– del tipo penal descrito en el art. 473, donde no tiene trascendencia la cuantía de lo defraudado, calificando los ardides de la naturaleza de los señalados en el art. 468 no superiores a una unidad tributaria como *cualquier otro engaño,* solución que no parece satisfactoria, pues se extendería el tipo penal sancionado en esta disposición a situaciones a las que en realidad no comprende.[109]

Es frecuente que en la práctica judicial no se puedan precisar las fechas en que se realizaron las apropiaciones parciales que responden a un solo engaño empleado por el delincuente, sobre todo tratándose de delitos de índole tributaria o de asalariados que a través del tiempo se apropian de cantidades de dinero de la empresa en que prestan sus servicios, empleando un mismo sistema. Lo mismo suele suceder cuando se trata de grandes fraudes cometidos por ejecutivos de empresas bancarias u organismos financieros, donde además es difícil precisar a todos los perjudicados, que normalmente constituyen una universalidad no individualizable y el perjuicio sufrido por cada uno de los afectados es de poca cuantía en relación al total de lo apropiado, que suma cantidades a veces considerables. La práctica judicial en España ha recurrido a la noción de *delito continuado* o a la del *delito masa,* según las circunstancias. Frente a la imposibilidad de precisar el número y modalidades concretas de los diversos hechos, o de las oportunidades en que realmente se llevaron a cabo, o de la identidad de los perjudicados, los tribunales optaron por sumar el conjunto de valores objeto de las diversas apro-

[109] La situación de atipicidad de las estafas realizadas por algunos de los medios indicados en el art. 468 cuando su monto no sobrepasa el valor de una unidad tributaria, se mantiene desde la promulgación del Código Penal (indudablemente que con valores determinados en otra forma). En todos los estudios realizados por los primeros comentaristas de su texto aparece que el art. 468 no se menciona en la enumeración que hace el art. 494 N° 19; suficiente es leer a Robustiano Vera (p. 728), Alejandro Fuensalida (t. III, p. 280) y Pedro J. Fernández (p. 315). Este último comenta que no es posible encontrar el origen del N° 19 del art. 494 en las Actas de Comisión Redactora, lo que es efectivo.

piaciones durante el período total de ejecución, e imponer una pena única conforme a la cuantía globalmente considerada. En Chile se ha abierto paso la doctrina del delito continuado que ha sido mayoritariamente recogida por los tribunales.

165. CONCURSOS

Las estafas, en general, no dan lugar a situaciones de concurso con los delitos de hurto y robo, que también son figuras de apropiación, porque los medios de ejecución son distintos; en estos últimos es el delincuente quien se apodera de la especie mediante medios clandestinos o empleando violencia o intimidación, mientras que en los tipos de estafa es la propia víctima la que hace entrega voluntaria del bien materia de la defraudación y el medio empleado para lograrlo es el engaño.

Es con otras figuras donde el problema se suscita, generalmente con la falsificación documental, salvo las hipótesis en que la falsedad integra el tipo del delito de estafa, como sucede en los arts. 469 N° 3 y 470 N°s 3 y 4. Si no se da la situación recién indicada, corresponde hacer distinción entre la falsificación de un documento privado y de uno público. En la falsificación de un documento privado el tipo penal para consumarse requiere que se cause perjuicio a un tercero, de modo que normalmente la falsificación preferirá a la estafa en su aplicación, por el principio de especialidad, porque en definitiva constituye una modalidad especial de estafar descrita como tipo independiente.

Si la falsificación es de un documento público –delito de peligro que no requiere del uso del documento o de que con él se cause un perjuicio para consumarse–, al ser empleado para engañar a un tercero puede concurrir con el delito de estafa que tal engaño constituiría, hipótesis que daría lugar a un concurso medial de delitos –la falsedad es el medio usado para estafar–, situación que se resuelve conforme lo dispone el art. 75, o sea, imponiendo la pena mayor asignada al delito más grave.

Con el tipo penal de giro de cheque sin fondo pueden presentarse dos problemas. Si se *gira el cheque* simplemente sin haberlo cubierto previamente y quien lo recibe resulta perjudicado al no ser pagado por el banco, al que lo suscribió le corresponde

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO

la pena especial que señala el art. 22 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques (D.F.L. N° 707, publicado el 7 de octubre de 1982). Puede suceder que un cheque con las características indicadas en el art. 22 ya citado, se use por una persona diversa a su girador *para engañar y perjudicar* a un tercero; en este supuesto, además del giro doloso, hay una actividad engañosa posterior, y podría darse una situación de concurso medial entre el giro doloso y la estafa, cuya sanción quedaría sujeta a lo que dispone el art. 75, o sea, imponer una sola pena, la mayor correspondiente al delito más grave, siempre que haya habido concierto entre los autores. En caso contrario, cada uno responderá de su propio hecho; el girador como autor del delito de giro doloso y el que usó el documento con posterioridad sabiendo su condición, como autor de estafa.

El delito de entrega fraudulenta

166. CONCEPTO DEL DELITO

La entrega fraudulenta es una clase especial de estafa, que en legislaciones modernas se trata como una forma agravada del tipo fundamental. En el sistema nacional se ha mantenido el art. 467 como un delito con individualidad, aunque no se visualiza cuál es el objetivo de su tratamiento específico y diferenciado de las otras estafas. Es una estafa porque el legislador al describirla emplea el verbo rector *defraudare,* que al relacionarlo con las situaciones que enuncia la disposición legal, involucra el uso de astucia, de artificios dirigidos a engañar a otro.

El concepto de este delito y su sanción lo señala el art. 467: "El que *defraudare* a otro en la *sustancia, cantidad o calidad* de las cosas que le entregare en virtud de un *título obligatorio,* será penado:

1°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de *cuatrocientas* unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

El precepto transcrito debe relacionarse con el art. 469, que en sus números 1° y 2° pormenoriza formas especiales y calificadas de entrega fraudulenta, las que serán analizadas más adelante.

Esta figura ha existido en el pasado en la generalidad de los países, vinculándola particularmente con la calidad de los metales preciosos o con las joyas; casi en todas las legislaciones su noción ha sido más o menos equivalente. El art. 467 del texto chileno encuentra su antecedente en la antigua legislación de España, como el Fuero Real y las Partidas, que lo describían en forma muy semejante al tenor del texto hoy vigente.

167. EL TIPO OBJETIVO

La conducta descrita por el art. 467 queda circunscrita a la *entrega* de una cosa que debe cumplirse en virtud de un *título obligatorio,* lo que supone un acto con consecuencias jurídicas que liga al sujeto pasivo con el sujeto activo, celebrado con anterioridad a la conducta que se sanciona. Entre agente y víctima debe haber, en consecuencia, una *relación jurídica válida* de naturaleza civil, que *obliga* al primero a *entregar* un bien al segundo.[110] Una compraventa, un arrendamiento, una permuta, quedan comprendidas en esa relación como cualquier acto que importe la obligación de entregar un bien, aunque su origen sea comercial, laboral o de otro orden. La obligación de entregar puede tener su fuente en una resolución judicial,[111] un contrato o un acto nulo y pueden ser título suficiente en tanto no se declare su invalidez.

Mayoritariamente se estima que el título obligatorio ha de ser *oneroso,* porque sólo en ellos el cumplimiento inadecuado

[110] Cfr. Mera, Jorge, *El delito de entrega fraudulenta,* Santiago, 1971, p. 139.
[111] Cfr. Creus, op. cit., t. II, p. 487.

causa perjuicio en el receptor de la cosa,[112] no así cuando se trata de un título gratuito. No obstante, autores nacionales estiman que pueden darse casos en que un título gratuito cree la obligación de entregar y su cumplimiento fraudulento podría dar lugar al delito en estudio,[113] puesto que lo que fundamentalmente interesa es que la víctima tenga un derecho de carácter patrimonial y susceptible de valoración en dinero, en relación con las cosas.

De manera que los elementos objetivos del tipo penal en estudio son la existencia de un *título civil obligatorio entre los afectados* y el *cumplimiento* de esa obligación mediante *una entrega fraudulenta,* a consecuencia de la cual se causa un *perjuicio* al sujeto pasivo.

Es conveniente dejar en claro desde luego que no se trata del incumplimiento o cumplimiento imperfecto de cualquiera obligación válidamente contraída, por cuanto esto sería un problema exclusivamente civil. Para que una entrega cumpla las características del tipo penal ha de ser una realizada mañosamente, disimulando u ocultando que se cumple mal o aparentemente. De suerte que no todo cumplimiento defectuoso se puede subsumir en el art. 467; sólo aquellos en que se han ocultado o disimulado expresamente sus imperfecciones o defectos, y siempre que derivado de ello sufra un perjuicio de índole económica el sujeto pasivo.

El *engaño* o *actividad fraudulenta* que requiere esta figura está determinado por el art. 467, que lo circunscribe a determinadas cualidades que debe tener la cosa que se debe, o sea, a la *substancia, a la cantidad o a la calidad de los objetos* que el agente entrega en virtud del título obligatorio. Pero, como se señaló, no se trata de un simple error del agente, en el que puede incurrir al hacer la entrega, sino en una actividad engañosa desarrollada para inducir a la víctima a creer que recibe lo acordado.[114]

La noción de *cosa* es amplia, se extiende a todo objeto corporal, sea *mueble o inmueble,* susceptible de valoración económica,[115] pues no debe olvidarse que esta modalidad de estafa no deja de

[112] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 878; R. Núñez, op. cit., t. IV, p. 330.
[113] Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 413; Mera, op. cit., pp. 145 y ss.
[114] Creus, *Derecho Penal,* parte especial, t. I, p. 486.
[115] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 502.

ser un delito contra el patrimonio. La *entrega de la cosa o cosas debe ser realizada fraudulentamente,* o sea con engaño, aparentando que se cumple con la obligación contraída o cumpliéndola mal. Ese engaño necesariamente debe recaer sobre alguna de las características o modalidades de la cosa que se entrega, sea su *substancia,* su *calidad* o su *cantidad;* son los únicos artificios o ardides que calzan en este tipo *penal.*

La *substancia* es aquello que corresponde al ser de una cosa, a su esencia misma (se compra una joya de oro y se entrega una de plata); la *calidad* hace referencia a la mejor o peor forma de ser de una cosa, que es de la substancia acordada (se adquiere un anillo de oro de dieciocho quilates y se entrega uno de oro, pero sólo de doce quilates). La *cantidad* de una cosa dice relación con el número de las entregadas, o también con el peso de ella o con su medida,[116] según las circunstancias. La diferencia entre lo que se está obligado a entregar y aquello que realmente se entrega tiene que ser objeto de una actividad dirigida a ocultar esa diferencia o a aparentar que la cosa posee las características requeridas; en ello incide el fraude, el comportamiento engañoso que constituye el delito.

Como en todo fraude, el que recibe lo entregado *debe sufrir un perjuicio,* como se explicó al comentar la noción de fraude por engaño al iniciar el estudio de la estafa.[117]

168. EL TIPO SUBJETIVO

En la entrega fraudulenta se requiere de *dolo directo,* porque el agente debe actuar conociendo las anomalías de lo que entrega en relación a lo que debe, y hacerlo mediante un ardid que haga creer a la víctima que se ha cumplido lealmente la obligación. Como el dolo debe cubrir todos los elementos del tipo objetivo, el sujeto activo también ha de querer perjudicar a la víctima. El dolo eventual no parece tener cabida en la entrega fraudulenta.

[116] R. Núñez, op. cit., t. IV, p. 330.
[117] Véase supra, párrafo N° 108.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES DELITO

169. CONSUMACIÓN E *ITER CRIMINIS*

La entrega fraudulenta es un delito material, de resultado, que se consuma cuando se produce el perjuicio en el patrimonio del sujeto pasivo.[118] El perjuicio se produce una vez que la víctima y el victimario han cumplido con sus respectivas prestaciones, o en otros términos, una vez que se lleva a cabo la última de ellas,[119] porque en ese momento es cuando se causa la lesión en el patrimonio del que recibe la entrega. En esa oportunidad el delito se consuma; si la víctima recibe la entrega antes de haber pagado su precio, por ejemplo, no puede sostenerse que ha sufrido un perjuicio, sólo lo va a sufrir cuando realice ese pago.

Como se trata de un delito material, que se consuma una vez que el perjuicio se provoca (resultado), admite la etapa de frustración, y como es posible realizarlo en etapas distintas, admite la tentativa inacabada.

170. TIPOS AGRAVADOS

En el Código Penal se describen dos modalidades agravadas de entrega fraudulenta a las que el legislador decidió darles un tratamiento más estricto. Este tratamiento más riguroso puede haber tenido justificación en la época de promulgación del Código, pero en la actualidad resulta evidentemente inadecuado e inútil desde una perspectiva político-criminal. Una de estas modalidades se refiere a los joyeros y la otra a los traficantes, y están descritas en el art. 469, en sus números 1° y 2°, que tienen el siguiente tenor:

"Se impondrá respectivamente el máximum de las penas señaladas en el artículo 467:

1° A los plateros y joyeros que cometieren defraudaciones alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio.

2° A los traficantes que defraudaren usando de pesos o medidas falsos en el despacho de los objetos de su tráfico".

---

[118] Mera, op. cit., pp. 206 y ss.

[119] Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 413.

El tratamiento especial que la ley le da al fraude cometido por joyeros y plateros, tendría su fundamento en el hecho de que para el particular es muy difícil constatar el engaño de que habría sido objeto, porque el que adquiere joyas actúa en la confianza de la seriedad del artesano que la confecciona o del establecimiento que la ofrece.

Los *traficantes* son los comerciantes, pero el fraude que aquí se sanciona es el cometido con pesas o medidas falsas, y no por otros medios; se trata de un engaño específico.

La sanción para esos comportamientos corresponde al máximo de las que se señalan en el art. 467, atendiendo a la cuantía de lo defraudado.

La simple tenencia de pesas o medidas falsas conforma un tipo de falta que se describe en el art. 495 N° 16, y se castiga con multa, que se impone al "traficante que tuviere medidas o pesos falsos, aunque con ellos *no hubiere defraudado*".

Remuneraciones supuestas a empleados públicos

171. DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DELITO

En el art. 469 N° 5 se sanciona una forma especial de estafa: "Se impondrá respectivamente el *máximum* de las penas señaladas en el artículo 467:

5°. A los que cometieren *defraudación* con pretexto de *supuestas remuneraciones a empleados públicos,* sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda".

En este precepto se sanciona una forma particular de engañar, que constituye una figura agravada de estafa que como tal afecta al patrimonio, pero que, al mismo tiempo, puede afectar a otro bien jurídico, distinto al recién señalado, como es el honor de un tercero: el empleado público.

El comportamiento prohibido consiste en *defraudar,* de manera que en esencia constituye una estafa, porque lo reprimido es la actividad destinada a engañar a otro causándole un perjuicio patrimonial. Pero exige una modalidad especial de ejecución, que consiste en suponer o aparentar que se remunera a un empleado público para que realice o se abstenga de hacer algo que queda

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO

en la órbita de sus funciones. Se simula ese pago indebido para obtener la prestación pertinente de la persona engañada, que entrega el dinero necesario y que normalmente irá en beneficio del estafador (el abogado que solicita a su cliente una cantidad de dinero, con el falso pretexto de que la entregará al juez para obtener una sentencia en un sentido determinado, y que aprovecha en su propio beneficio).[120] Esa conducta afecta al patrimonio del engañado y también a la dignidad del empleado a quien falsamente se le atribuye cohecho; por ello, la disposición deja a salvo la acción por el delito de calumnia en favor de este último.

Puede dar origen sólo a la acción de estafa, cuando el delincuente efectivamente pague al empleado parte de lo que el engañado le entregó y guarde para sí el exceso que le solicitó como necesario para cancelar la remuneración ilegítima (en el ejemplo anterior, si el abogado realmente paga al funcionario judicial una suma de dinero, pero él le pide el doble de ella a su cliente, quedándose con el exceso).

La expresión *empleado público* que usa el artículo 469, no ha sido precisada por el Código Penal, y tampoco lo hace el Estatuto Administrativo (Ley N° 18.834, publicada el 23 de septiembre de 1989), pero la jurisprudencia nacional ha entendido que el concepto que se señala en el art. 260 –que conforme a su tenor tiene únicamente aplicación en los delitos reglados en el Título V y párrafo IV del Título III, ambos del Libro Segundo del Código– debe hacerse extensivo a estos tipos penales que se describen fuera de los títulos recién mencionados. Esta doctrina parece ser la más aceptable.[121]

El tenor del art. 260 es el siguiente: "Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo *el que desempeñe un cargo o función pública,* sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque *no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado.* No obstará a esta calificación el que el cargo sea de *elección popular*".

[120] Fuensalida, op. cit., t. III, pp. 219-220.
[121] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 414.

Suscripción de documento por engaño

172. NOCIÓN Y ELEMENTOS DEL DELITO

El lograr mediante el empleo de un ardid que una persona firme un documento, constituye delito, siempre que con ello se cause un perjuicio en el patrimonio de un tercero. Esta forma específica de estafar está descrita en el art. 470 N° 4, que dice: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

4°. A los que *defraudaren* haciendo *suscribir* a otro con *engaño* algún documento".

Este precepto es un tanto inútil, por cuanto se trata de un engaño que quedaría comprendido en el art. 468; no obstante, el legislador prefirió aludir al mismo expresamente.

La acción que se prohíbe es hacer suscribir a una persona un documento mediante procedimientos fraudulentos que la induzcan voluntariamente, aunque por error, a firmarlo (o sea mediante una maquinación engañosa). Si esa firma es obtenida mediante fuerza o intimidación, ese hecho constituye delito de extorsión (art. 438). *Suscribir* es firmar el documento, lo que supone necesariamente que éste debe estar extendido previamente. Por documento ha de entenderse cualquier instrumento, sea público o privado, que cumpla con dos condiciones: la de estar escriturado previamente[122] y la de que por el hecho de firmarlo la víctima sobrevenga un perjuicio para *ella misma* o para un *tercero;* el precepto no hace distinción sobre este punto. La firma, por ejemplo, de una fotografía, de un cuadro, no calza dentro de este tipo penal, aunque se haya obtenido con engaño, sin perjuicio de que si perjudica a un tercero ese hecho pueda constituir la estafa señalada en el art. 468 ó 473, pero no la aquí descrita. Otro tanto sucede si el documento estaba extendido y suscrito por la víctima, pues el tipo sancionado en el precepto en estudio consiste precisamente en hacerlo firmar, sin perjuicio de que si la entrega de ese documento se obtiene con engaño podría ese hecho adecuarse al delito de estafa descrito en el art. 468.[123] Si la suscripción del documento no causa perjuicio, tampoco se conforma la figura en estudio; a

[122] El alcance de la voz documento debe ser el mismo que se señaló para los efectos de las falsedades documentales. Véase párrafo N° 28.

[123] Labatut, *D.P.*, t. II, p. 247.

FOTOCOPIA DE LIBROS ESCRITOS

su vez si se trata de un documento firmado en blanco y el que lo tiene abusa del mismo, ese abuso escapa a este tipo penal porque está sancionado en el art. 470 N° 3.

El delito es de *resultado o material;* supone para su consumación que se *defraude a otro.* Para que se *consume* ha de provocar un perjuicio; de consiguiente, aunque el documento esté firmado puede no estar consumado.[124] En el caso, v. gr., de que se firme el finiquito de una deuda por engaño, el perjuicio se sufrirá de inmediato y en consecuencia el delito estará consumado, en tanto que si lo firmado es la compraventa de un inmueble, el perjuicio se producirá una vez que se inscriba la transferencia en el Conservador de Bienes Raíces, y recién en ese momento el bien saldrá del patrimonio del sujeto pasivo y se consumará el hecho. Lo señalado permite concluir que el delito admite formas imperfectas, tanto la tentativa como la frustración.

Celebración de contratos aleatorios con fraude

173. CARACTERES DE LA FIGURA

El N° 6 del art. 470 expresa: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

6°. A los que con datos *falsos u ocultando antecedentes* que les son conocidos celebraren dolosamente *contratos aleatorios* basados en dichos datos o antecedentes".

Esta disposición fue incorporada por la Comisión Redactora, y no encuentra antecedentes en la legislación española de la época.[125]

El *tipo objetivo* lo constituye la actividad prohibida por esta disposición, que consiste en *celebrar* contratos *aleatorios,* y éstos están enumerados en el art. 2258 del Código Civil: "Los principales contratos aleatorios son: 1°. El contrato de seguros; 2°. El préstamo a la gruesa ventura; 3°. El juego; 4°. La apuesta; 5°. La constitución de renta vitalicia; 6°. La constitución del censo vitalicio". Respecto de la *apuesta* y del *juego,* quedan excluidos los de

[124] Cfr. Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 225.
[125] Comisión Redactora, acta N° 100, de 5 de julio de 1872.

azar por ser ilícitos según el art. 1466 del C.C., se comprenden únicamente aquellos donde predomina la destreza física o la inteligencia.[126] Sin perjuicio de lo señalado, el fraude en los juegos de azar no permitidos podría adecuarse en el N° 7 del art. 470.

La celebración de estos contratos debe llevarse a cabo, además, con *datos falsos u ocultando antecedentes* por una de las partes, con la finalidad de inducir a error a la otra sobre las consecuencias de la operación. Como en eso consiste el engaño necesario e inherente al delito, el agente tiene que haber realizado una actividad dirigida a suministrar detalles o particularidades sobre el acuerdo que no correspondan a la realidad o haber disimulado otros que hayan estado en posibilidad de ser captados o conocidos por su contraparte.

Subjetivamente el tipo exige que el sujeto activo actúe *con conocimiento* de esos antecedentes y *basado* en los mismos, o sea que aprovechándose de ellos haga incurrir en error a la víctima. De modo que el estafador ha de actuar con dolo directo, dirigido precisamente a engañar.

La *consumación* del delito, que es de resultado o material, exige que se cause un perjuicio a un tercero, pues es una forma de fraude donde la lesión en el patrimonio es necesaria. Si el realizador del hecho sólo alcanzó a iniciar la acción o la terminó sin lograr causar el perjuicio se estará, según las circunstancias, frente a una simple tentativa o a un delito frustrado.

Fraudes causados en el juego

174. ELEMENTOS DEL DELITO

El Código Penal sanciona esta clase de estafa en el art. 470 N° 7: "Las penas del art. 467 se aplicarán también:

7°. A los que en el *juego* se valieren de *fraude para asegurar la suerte*".

Fuensalida pensaba que esta norma era innecesaria, por cuanto el juego es un contrato aleatorio, y a éstos ya se había hecho referencia en el N° 6 antes comentado,[127] pero en el referido

[126] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 416.
[127] Fuensalida, op. cit., t. III, p. 228.

número se hace referencia a una manera especial de engañar, que queda restringida exclusivamente a los juegos lícitos, en tanto que el N° 7 se refiere a cualquier fraude, siempre que esté dirigido a asegurar la suerte y se extiende tanto a los juegos permitidos como a los prohibidos; como bien señala Etcheberry, el texto se refiere a asegurar la *suerte*, de modo que de su tenor se desprende que comprende los de azar.[128]

El tipo *objetivo* hace referencia a la actividad desarrollada con motivo de un juego, actividad que debe tener por objeto engañar a los demás jugadores con algún ardid de cualquiera naturaleza, siempre que esté dirigido a eliminar el azar, garantizar el resultado en beneficio de algún o algunos jugadores, en perjuicio de los restantes. El dolo del sujeto activo debe ser directo.

El delito es de resultado, de manera que se perfecciona con el perjuicio real sufrido por terceros; no es suficiente por lo tanto la simple ejecución de la actividad engañadora. Como son posibles etapas o momentos distintos de ejecución, el delito es susceptible de tentativa y de frustración.

Obtención fraudulenta de determinadas prestaciones

175. CARACTERES DEL DELITO

El art. 470 N° 8 dispone que se aplicarán las penas señaladas en el art. 467 "A los que *fraudulentamente obtuvieren* del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, *prestaciones improcedentes,* tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas". Este número se incorporó muy posteriormente a la promulgación del Código, en el año 1980, para sancionar penalmente una serie de operaciones que se realizaron con demasiada frecuencia en la vida nacional y que llegaron a perjudicar –en esa época– los sistemas de previsión, principalmente mediante el cobro indebido de ciertos beneficios.

[128] Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 417. En contra Labatut, *D.P.,* t. II, p. 248, que respalda su criterio con el art. 2260 inc. 3° del C.C.

Este delito de estafa afecta a la administración pública, pues no es el patrimonio de los particulares el que resulta generalmente afectado, sino los recursos del Estado, sean económicos o de prestación de servicios (por ejemplo, atenciones médicas); no obstante, el legislador ubicó esta figura como una forma especial de estafar. En el hecho hay en la actualidad un conjunto de leyes especiales que se han preocupado de reprimir esta clase de actos que han convertido esta norma en subsidiaria, aplicable en ausencia de un precepto especial preferente.

El tipo *objetivo* se conforma por una actividad engañosa llevada a cabo para obtener una prestación determinada, por lo tanto debe desarrollarse una dinámica mendaz cuya meta es inducir a error a ciertas instituciones estatales. De modo que percibir una prestación por simples errores, sea de la autoridad o del particular que la recibe, es insuficiente para constituir el delito porque es el fraude la razón fundamental de ser del mismo.

El *objeto* material de la acción es una *prestación,* o sea una subvención, auxilio o beneficio económico, o la obtención de un servicio al que no se tiene derecho, como puede ser una asignación familiar por una carga que no existe, una jubilación sin que se tengan los presupuestos requeridos al efecto, atenciones médicas indebidas y demás situaciones semejantes. En el N° 8 el legislador hizo una enumeración, pero sólo por vía ejemplar menciona a las remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones.

Todas estas prestaciones deben tener una característica común: ser *indebidas.* Indebido significa que los beneficiados con esas prestaciones no han de tener derecho a las mismas o, por lo menos, a la modalidad conforme a las cuales las percibieron.

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, pero el *pasivo* debe necesariamente ser alguna de las distintas instituciones que taxativamente enumera el precepto legal. Los servicios son el *Fisco,* las *municipalidades,* las *cajas de previsión* y las *instituciones centralizadas y descentralizadas del Estado.* De suerte que otro tipo de instituciones, como las Administradoras de Fondos de Pensiones actualmente existentes, creadas por el D.L. N° 3.500, no quedan abarcadas por el referido texto, y los fraudes de que puedan ser objeto han de examinarse conforme a los tipos penales señalados en los arts. 468 y 473.

Tipo residual de estafa

176. ANTECEDENTES Y NOCIÓN DEL DELITO

En los comentarios a los preceptos del Código español de 1848, Pacheco señalaba que "la idea de engaño es sumamente múltiple, y hasta cierto punto vaga: no solo podía ser, sino era lo probable, que no hubiese previsto la ley todas las diferencias, todas las categorías que en la misma eran posibles",[129] explicando y justificando de ese modo la existencia del art. 459 de esa codificación, que sirvió de fuente del art. 473 del texto nacional.

El art. 473 expresa: "El que *defraudare o perjudicare* a otro usando de *cualquier engaño que no se halle expresado* en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

El carácter residual del tipo penal descrito en el precepto transcrito señala desde luego su naturaleza subsidiaria: *"usando de cualquier otro engaño que no se halle expresado..."*, de modo que a falta de una descripción específica, si el ardid empleado para lesionar patrimonialmente a una persona no cuadra con alguna de las descripciones anteriores a la del art. 473, puede subsumirse en esta última disposición.

De consiguiente, para que pueda operar esta disposición ha de cumplirse con todas las condiciones que requiere el delito de estafa y que se precisaron al analizar el engaño,[130] ha de ejecutarse una maquinación falsa que induzca a error a la víctima, y que la incline a realizar un acto de disposición patrimonial que perjudique pecuniariamente a ella o a un tercero.

La interrogante que surge es la diferencia que existe entre este tipo penal y el descrito en el art. 468, que autores como Etcheberry creen encontrar en la *gravedad o intensidad* del medio empleado para engañar. Conforme a esta tesis, el art. 468 requiere necesariamente una *mise en scène o ardid,* en tanto que en la

[129] Francisco Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 379.
[130] Véase supra, párrafo N° 158.

estafa residual el engaño no lo exigiría, siempre que consista en algo más que una mera mentira.[131]

Pretender diferenciar en un plano morfológico la noción *otros engaños* usada por el art. 473, de los engaños que se señalan como conformadores del tipo de estafa básica o fundamental del art. 468, no es el camino más aconsejable. En el art. 468 se menciona una *línea o sentido* que han de tener los engaños que pretende abarcar, que pueden concretarse mediante una acción o una omisión, recurriendo a una *mise en scène* o a una mentira en las circunstancias oportunamente señaladas,[132] pero ello en caso alguno significa que en la realidad de la convivencia social no existan otras alternativas de engaño en sentido o dirección distintos a los precisados en el art. 468, los cuales se puedan llevar a la práctica a su vez con una *mise en scène* o con una mentira y por ello quedan al margen del ámbito de posibilidades del referido art. 468, pero que sí pueden ser recogidos en el tipo descrito en el art. 473. Para estos efectos son valederas las expresiones de Pacheco antes transcritas y las que a fines del siglo pasado escribiera Fuensalida al comentar el art. 473: "pero como esta materia (haciendo referencia a los engaños) es tan inconmensurable como la inteligencia y la perversidad humanas, no ha podido (el legislador) decir su última palabra sobre ella sino en una disposición general que previniese todos los hechos olvidados y mal expresados". El señalado –por lo demás– es el sentido que los tribunales nacionales le han reconocido al art. 473.

La estafa residual es un tipo *de resultado,* para consumarse debe causar un perjuicio de índole patrimonial porque es un delito contra la propiedad. El *sujeto activo* y el *pasivo* pueden ser cualquiera persona, no deben cumplir ninguna condición especial. El tipo penal descrito por el art. 473 tiene las mismas exigencias de los tipos objetivo y subjetivo que se indicaron al comentar la estafa fundamental, o sea la reglada en el art. 468, salvo en lo relativo a la *clase de engaños de que se trata.* Los que conforman la estafa subsidiaria –sea un ardid o una mentira– no han de quedar comprendidos en los descritos por el art. 468 ni

[131] Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 422. Este autor sostiene: "Por consiguiente, tenemos así limitados en sus dos extremos el campo de los *otros engaños:* no deben llegar a constituir un ardid, pero deben ser algo más que una simple mentira".

[132] Véase supra, N° 161.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

en ninguna de las disposiciones del párrafo en que se ubica el art. 473 y que lo preceden.

177. PENALIDAD DE LA ESTAFA RESIDUAL

Es interesante precisar que la *penalidad* establecida para este delito no depende de la cuantía del perjuicio causado, como sucede con la estafa básica, lo que evidencia que la Comisión Redactora consideró, respetando el criterio que tenía la legislación española sobre el punto,[133] que esta clase de engaños no tenía la misma gravedad o trascendencia que aquellos que describió con minuciosidad en el art. 468 y demás disposiciones preferentes en su aplicación. Por ello procedió a castigarlos con una sanción menos rigorosa; no obstante, considerando las opiniones de los miembros Gandarillas y Fabres, que hicieron notar la variedad de situaciones que podían adecuarse al referido tipo, estableció penas alternativas amplias, pues en ciertos casos estimó necesario imponer una sanción de más gravedad. Esa razón explica el establecimiento de una privativa de libertad,[134] y que, en definitiva, los otros engaños a que se refiere el art. 473 hayan sido reprimidos con presidio o relegación menores en sus grados mínimos, más multa.

Los fraudes por abuso de confianza

178. NOCIONES GENERALES

En el sistema nacional no existe, en realidad, un párrafo que agrupe estos delitos. La figura que se comentará y que es la más representativa de aquellas que se vinculan con los abusos de confianza, es la denominada *apropiación indebida,* figura que en la actualidad la doctrina se inclina por calificar como un atentado a

[133] El Código Penal de 1848 en su art. 459 lo sancionaba con una pena de multa.

[134] Comisión Redactora, acta N° 100, de 5 de julio de 1872.

la *administración desleal del patrimonio ajeno,*[135] delitos que tampoco han sido reglados como tales en nuestra legislación. Ha sido motivo de crítica la forma como se ha descrito este delito y la ubicación que se le ha dado; sin embargo, no deja de ser curiosa la situación y evolución que ha tenido en España la apropiación indebida, que en el Código de 1822, siguiendo la influencia francesa, se trataba bajo el rubro de abusos de confianza, pero en el de 1848 se procedió a distinguir en ella dos comportamientos, ubicando su forma negativa (de recibir dinero o una cosa mueble) entre los hurtos, y su forma positiva de apropiación entre las estafas. En el de 1870 se mantuvo esa situación, y en el año 1944, al igual que en el texto actualmente vigente, se remitió a un párrafo separado del de las estafas, que se encuentra a continuación de este último.[136]

En la doctrina nacional, como se explicó con anterioridad,[137] se ha hecho distinción entre aquellos que se realizan mediante *engaño* –que han sido comentados en los párrafos precedentes– de los fraudes que se cometen *abusando de la confianza* de la víctima; no obstante lo señalado, todos ellos han sido reglados en un único párrafo del Código Penal, el N° 8 del Título IX. Por razones didácticas es conveniente respetar esta sistematización, razón por la cual se analizarán a continuación los delitos de *apropiación indebida,* de *administración fraudulenta* y el *abuso de firma en blanco,* los que se caracterizan por ser maneras de abusar de parte del agente, de la confianza en él depositada. Este grupo de figuras normalmente responde al *incumplimiento voluntario de obligaciones civiles,* que tienen origen en actos legítimos, que han vinculado a la víctima con el victimario. Esas obligaciones incumplidas, de consiguiente, tienen origen en relaciones civiles lícitas que suponen o están respaldadas por actitudes de confianza de uno de ellos (sujeto pasivo) respecto del otro (sujeto activo), confianza a la cual falta este último causando un perjuicio en el patrimonio del primero. Este tipo penal se daría, por vía de ejemplo, cuando el mandatario habilitado para cobrar una deuda de la que es acreedor su

[135] T. S. Vives, op. cit., p. 952.
[136] Bajo Fernández, op. cit., p. 268.
[137] Véase supra, párrafo N° 155.

BIBLIOTECA DE DERECHO PENAL

mandante, una vez recibido el pago dispone del dinero en su propio beneficio.

No todo incumplimiento de obligaciones civiles constituye delito, sólo algunas situaciones excepcionales que deben estar expresamente tipificadas, de manera que las restantes dan lugar únicamente a las acciones civiles pertinentes, pero carecen de acción penal.

La apropiación indebida

179. ANTECEDENTES Y CONCEPTO DEL DELITO

El delito de apropiación indebida está ubicado en el párrafo de las estafas y otros engaños, en el art. 470 N° 1, que expresa: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

1°. A los que *en perjuicio* de otro se *apropiaren o distrajeren* dinero, efectos o cualquiera otra *cosa mueble que hubieren recibido* en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca *obligación de entregarla o devolverla".*

El *objeto jurídico* protegido por este delito es la propiedad de las cosas muebles, aunque es indudable que no es suficiente ese bien para respaldar la existencia de una figura como la apropiación indebida. Esa protección se presenta como más comprensible si se toma en cuenta que en esta forma de atentar en contra de la propiedad concurren otras circunstancias que le dan cierta particularidad. Con la apropiación indebida se sanciona también el hecho de que el agente infrinja la *obligación de todo deudor de mantener su patrimonio para responder al pago de las deudas* que ha contraído, cuando queda en la imposibilidad de restituir la especie mueble –de la cual dispuso como dueño–; se ha puesto en situación de *insolvencia* frente a sus acreedores, aumentando así el desvalor inherente a la acción de apropiarse de aquello que debía devolver.[138] Se estima que esta situación de *insolvencia* es la que respalda la existencia del delito como figura independiente, y que permite a su vez diferenciarla de una simple *prisión por deudas,* ya que es algo más que el mero incumplimiento de una obligación civil.[139]

[138] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 257; Bajo Fernández, op. cit., p. 277.
[139] Bajo Fernández, op. cit., p. 277.

Esta figura es calificada como la más representativa o fundamental de aquellas en que la modalidad de la apropiación de lo ajeno tiene su antecedente en el abuso de confianza, y no en el engaño, que es la tónica de las figuras de estafa. En la apropiación indebida el objeto material de la acción (dinero, efectos o cosa mueble) se encuentra ya en manos del agente, en virtud de un negocio jurídico válido y preexistente; el abuso de su parte radica en que con posterioridad se apropia unilateralmente de ese bien e infringe la obligación de restituirlo, causando así un perjuicio al sujeto pasivo.[140] El delito se caracteriza, entonces, porque el agente, con voluntad unilateral, altera la *tenencia legítima* que inicialmente tenía sobre la cosa, transformándola en una *propiedad ilegítima* al incorporarla dolosamente *(dolo subsequens)* a su patrimonio, con clara violación de la confianza que normalmente respalda esa clase de negocios o acuerdos.[141] La dinámica de este delito se desarrolla en dos estadios diferentes, el primero formado por la entrega voluntaria que hace la víctima del dinero o especie mueble al agente, mediante un acto legalmente válido que conlleva la obligación de devolverlos en el tiempo oportuno, y el segundo por la apropiación antijurídica posterior de ese bien de parte del sujeto activo[142] –mediante un acto doloso de disposición o distracción– y del incumplimiento de la obligación jurídica de restituirlo.

180. DIFERENCIAS DE LA APROPIACIÓN INDEBIDA CON EL HURTO Y LA ESTAFA

El delito de estafa se diferencia de la apropiación indebida porque en esta última figura los bienes han sido entregados al delincuente con motivos de actos jurídicamente válidos, perfectamente legítimos (puede ser con motivo de un depósito, de un comodato), la voluntad de apropiación surge con posterioridad, en tanto que en la estafa la entrega es siempre consecuencia de

[140] Cfr. Creus, op. cit., t. I, p. 488.
[141] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 259; T. S. Vives, op. cit., p. 952.
[142] Luis Rodríguez Ramos, op. cit., t. II, p. 304.

un *engaño previo* que induce a la víctima a realizarla.[143] Además hay otras diferencias de orden secundario, que dicen relación con el objeto material de la acción, que en la estafa pueden ser bienes muebles o inmuebles, pero en la apropiación indebida sólo muebles.

Con el hurto las diferencias son más problemáticas, por cuanto sectores de la doctrina han llegado a sostener que la apropiación indebida, por ser un tipo penal más simple que el hurto y la estafa, constituiría el *tipo básico de los delitos de enriquecimiento* (así Rodríguez Debesa); no obstante, existe acuerdo en que la diferencia entre ambas figuras no debe buscarse en el hecho de la tenencia, sino en el título que respalda la tenencia, toda vez que en la apropiación indebida esos títulos están precisados en la ley penal, que los limita a los que producen la obligación de entregar o devolver la especie. La diferencia en este caso no depende de la posesión o tenencia legítima de la cosa mueble en manos del agente, por cuanto en el hurto hay alternativas límite en que el apoderamiento recae sobre especies muebles que están en poder material del sujeto activo, generalmente en los hurtos llamados de abuso de confianza (art. 447), como se puede comprobar en los repetidos ejemplos del criado doméstico que se adueña de los objetos que le entregan para que los limpie o del cajero que usa para sí los dineros de la caja chica a su cargo,[144] que son autores de hurto, a pesar de que eran los tenedores materiales de la cosa hurtada en el momento de la apropiación. De allí que la diferencia debe encontrarse en el título de la tenencia y las facultades que confiere, pero no en la naturaleza misma de la tenencia. La cosa puede ser entregada a aquel que la reciba simplemente para que la tenga materialmente, sea con el fin de que la observe (la mujer que examina en una tienda una prenda de vestir que le pasa el vendedor) o para que preste circunstancialmente un determinado servicio (limpiar un jarrón de cristal que la dueña de casa entrega a su empleada doméstica); ese título de tenencia legítima no habilita al sujeto para que ejerza respecto de la cosa ningún derecho sobre ella, salvo cumplir una función determinada, pero el objeto sigue bajo la

[143] Véase infra, párrafo N° 158, III.
[144] Muñoz Conde, op. cit., pp. 255-256.

custodia y posesión del dueño, de manera que si esas personas se apropian del bien, cometen delito de hurto y no de apropiación indebida. No sucede otro tanto cuando el título de esa entrega es una comisión o administración o, en general, cuando el sujeto pasivo transfiere la custodia u otra facultad determinada sobre la especie a quien la recibe con la obligación de restituirla, porque en esta alternativa adquiere el receptor deberes y derechos respecto de ellos, sobre todo su custodia, de suerte que si se adueña de la misma comete apropiación indebida, y no hurto (entregar un automóvil al comisionista para que lo exhiba o al mecánico para que lo repare).

181. TIPO OBJETIVO

El delito de apropiación es una figura especial, por cuanto sólo puede darse cuando el agente se encuentra en una situación determinada respecto de la víctima. Ambos han de estar vinculados por una relación jurídica legítima[145] anterior, que puede consistir en un *depósito, comisión o administración,* o cualquier otro *título que produzca la obligación de entregar o restituir* una cosa mueble.

Depósito es un contrato –según el art. 2211 del C.C.– que consiste en entregar una cosa mueble a una persona, que asume la obligación de cuidarla y restituirla en especie. La doctrina excluye de esta posibilidad al denominado *depósito irregular,* que es aquel que recae sobre dinero que no se mantiene en una caja sellada que impida sacarlo, a menos de violar su cierre, en estos casos se entiende que el dinero se entrega en dominio, porque en la práctica importa un mutuo; quedan excluidos por lo tanto aquellos títulos que otorgan la facultad de disponer o de apropiarse de las cosas entregadas.[146] La *comisión o administración* son variaciones del *mandato,* mediante ese contrato se pueden encomendar y entregar bienes muebles para determinados efectos

[145] Autores como Bajo Fernández sostienen que no es necesario que el título sea legítimo o válido, que también el delito de apropiación se puede dar cuando se trata de una vinculación ilegítima, como la obligación de devolver una especie que le ha depositado aquel que la había hurtado previamente (op. cit., p. 283).

[146] Creus, op. cit., t. I, p. 489.

con la obligación de restituirlos. El depósito y el mandato son modalidades de las relaciones posibles que deben servir de título para estos efectos, porque como bien señala el art. 470, cualquier otro *título que produzca la obligación de entregarla o devolverla* (la cosa de que se trate), puede ser hábil al efecto, de manera que este "cualquier otro título" a que alude el artículo en el hecho pasa a constituir la regla general.

El *título,* de consiguiente, ha de ser el creador de la obligación de restituir la especie que se entrega; esta última obligación –la de restituir– no puede desprenderse de la entrega misma, o tener en ella su fundamento, o en una circunstancia posterior. Pueden ser autores de este delito sólo aquellos que recibieron materialmente el bien mueble y que contraen la obligación de entregarlo o restituirlo precisamente en mérito del título por el cual lo recibieron, y no de otro diferente.[147]

Si se entrega la especie por un título distinto a los señalados, y el que la recibe se apropia de ella, no incurre en el delito en estudio. Podrá configurarse una estafa, situación que se presenta, por ejemplo, cuando un sujeto indebidamente cobra el crédito de un tercero y se queda con la suma que se le paga.[148]

La recepción de la cosa mueble por el agente debe ser espontánea, libremente realizada por quien hace la entrega, pues si la lleva a cabo *engañado* por aquél, podrá haber delito de *estafa,* pero no apropiación indebida.

El agente debe recibir la cosa como mero *tenedor,* un título traslaticio de dominio no puede dar origen a una apropiación indebida.[149] De otro lado, si el bien ya se encontraba bajo el poder del sujeto activo, y con posterioridad se altera el dominio que se tiene sobre él, que pasa a un tercero, a quien el tenedor no se la entrega, ese tenedor no comete delito de apropiación porque no ha recibido previamente del nuevo propietario la cosa con la obligación de devolverla; con este propietario no está vinculado por ningún título. A su vez, el que sin haberla obtenido del propietario vende una especie ajena y luego de recibido el precio se

[147] Cfr. Araceli Majon-Cabeza Olmedo, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida,* Madrid, 1988, p. 99.

[148] Ibídem, p. 490.

[149] Sergio Politoff L., *Apropiación indebida,* Stgo., 1957, p. 114.

niega a entregarlo al primitivo dueño, no comete apropiación indebida porque tampoco ha recibido la especie con la obligación de devolverla.

Los títulos pueden ser distintos y de cualquiera clase, como un comodato, un usufructo, la agencia oficiosa, y muchos otros, de suerte que para determinar si ha habido apropiación indebida han de examinarse la naturaleza y circunstancias del mismo, porque como sucede en el mutuo de dinero, siempre la cantidad entregada se hace a título de dominio, pero con obligación de restituir otro tanto.

La *entrega de la especie* debe ser a título de *mera tenencia,* en el sentido antes indicado, pues si se recibe a título traslaticio de dominio y sin obligación de restituir, quien la recibe no puede apropiarse de ella porque la especie ya se ha incorporado a su patrimonio.[150] En atención a lo señalado –que la entrega debe conferir una mera tenencia– no puede hablarse de *posesión* de la cosa de parte del receptor de ella,[151] como lo hace la doctrina extranjera, por cuanto en nuestro sistema la posesión supone el ánimo *rem sibi habendi* (de señor y dueño), de manera que los títulos que confieren la posesión no dan lugar al delito en estudio, porque en esos casos no se reconoce el dominio ajeno del bien entregado y, siendo así, tampoco es posible con posterioridad apropiarse de ese bien que ya se estima como propio.

Dándose la relación jurídica de *recibir una cosa mueble con la obligación de devolverla,* para que el tipo *objetivo* se cumpla se requiere la concurrencia de varios elementos:

a) Que el agente realice la conducta descrita en el art. 470, o sea se *apropie o distraiga* lo recibido en virtud del título respectivo, lo que es posible cumplir conforme a dos modalidades, una activa, *disponiendo del bien,* y la otra pasiva, *desconociendo la entrega.* Es efectivo que el art. 470 no hace la referida distinción, sino que alude a apropiarse o distraer lo recibido, pero la doctrina está mayoritariamente de acuerdo en el sentido de que estas últimas formas verbales son normativamente sinónimas. En efecto, distraer significa dar a una cosa un uso distinto al determinado, emplearla para un fin diferente al acordado, pero sucede que

[150] Sergio Politoff L., *Apropiación indebida,* Stgo., 1957, p. 114.
[151] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 450.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

no hay distracción sin apropiación, pues importa "disponer de la cosa como propia".[152] El ánimo del agente de recuperar después la especie para devolverla, que podría mediar en la *distracción,* en nada hace variar la situación de haber previamente *dispuesto de ella como señor y dueño.*[153] No obstante hay sobre este punto opiniones en sentido diverso al señalado.[154]

La doctrina está de acuerdo en que *negar el hecho de haber recibido la especie,* es un acto de apropiación, a menos que esa actitud se deba efectivamente a un error del sujeto activo. Lo normal es que aquel que con voluntad de apropiarse de la especie niega haberla recibido, incurre desde luego en un acto de disposición inherente al dominio.[155]

El incumplimiento de la obligación de entregar o restituir las especies recibidas es lo que importa el *abuso de confianza* que caracteriza a esta figura. No se trata de faltar a la confianza personal que se puede tener en una persona concreta y determinada, sin perjuicio de los casos excepcionales en que eso puede suceder, sino de la confianza que es consecuencia de las relaciones jurídico-patrimoniales que se crean en la vida social, donde el depositante de un banco, por ejemplo, *confía,* por la naturaleza del sistema, de que esa institución financiera le devolverá su dinero en el momento oportuno. En la apropiación indebida se viola, se quebranta esa confianza, lo que a su vez no debe confundirse con el simple incumplimiento de una obligación civil, que va supuesto en este delito, porque *no siempre* todo incumplimiento conforma un ilícito penal. Los simples incumplimientos no conforman el tipo penal, a menos de mediar dolo de defraudar, que comprende a su vez la voluntad de apropiarse ilegítimamente de lo ajeno y de lesionar el patrimonio de un tercero. En otros términos, constituyen delito únicamente los actos realizados abusivamente, en que ha habido un aprovechamiento de la confianza depositada en el agente, y no los meros incumplimientos.

b) *El objeto material de la acción.* La acción de apropiación, conforme la exigencia del art. 470 N° 1, debe recaer necesariamente

[152] Bajo Fernández, op. cit., p. 279.
[153] Politoff, op. cit., p. 232; Labatut, *D.P.,* t. II, p. 253.
[154] Así T. S. Vives, op. cit., p. 957; Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 425.
[155] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 279; T. S. Vives, op. cit., p. 957.

sobre *dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble;* quedan marginados los inmuebles, que sin embargo pueden ser objeto de estafa o usurpación, según los casos. La expresión *dinero* en cuanto a su alcance no ofrece dudas, salvo respecto de su naturaleza fungible. Por *efectos* se entienden los valores mobiliarios, como bonos, acciones, cheques, letras de cambio y análogos, y que algunos comprenden en el concepto de *títulos valores.*[156] La enumeración es enunciativa, porque el delito tiene como objeto material *cualquier bien mueble,* y eso es lo que constituye la regla general.

El objeto material plantea controversia cuando se trata de cosas *fungibles* o *consumibles,* que necesariamente entran al dominio de quien las recibe, porque lo que se conviene entre las partes es que se haga devolución de las cosas recibidas en igual cantidad y calidad de lo que se entregó, a menos que esa entrega se haya hecho en arcas o depósitos cerrados, lo que normalmente es excepcional. Es diferente, en todo caso, entregar en dominio una cantidad de dinero que entregarla en comisión o depósito. El comisionista recibe dinero que debe restituir a su mandante, ese dinero no se entrega en dominio, tampoco para que disponga de él, a diferencia de cuando se recibe una suma análoga *en mutuo,* oportunidad en que la entrega tiene como objetivo que se haga dueño de ese dinero. Si el comisionista dispone del dinero que recibe puede incurrir en el delito de apropiación indebida, no así el mutuario que lo recibió para que dispusiera libremente de él. Dependiendo del tipo o clase del título que motiva la recepción de la especie, de la obligación de restituir y de la forma de apropiación –que debe ser ilegítima–, no se divisa inconveniente para que las cosas *consumibles* o *fungibles* puedan ser objeto material de este delito; dable es señalar que el dinero es el objeto material de la acción delictiva más frecuente en la apropiación indebida.[157]

[156] Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 427.

[157] En contra Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 411, para quien sólo puede hablarse de apropiación indebida cuando "el dinero se ha recibido por algún título que impida al tenedor usarlo libremente, esto es, que le prohíba todo uso o le imponga un uso determinado" (*D.P.,* t. II, p. 426).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO

182. EL PERJUICIO

Este delito, como la mayoría de los que están reglados en el párrafo N° 8 del Título VIII, es una figura de *resultado o material,* de suerte que para alcanzar la etapa de consumación tiene que causar en un *resultado,* que se traduce en *el perjuicio inferido al patrimonio del sujeto pasivo,* como consecuencia del acto de apropiación o disposición del agente.[158] La exigencia del tipo penal se manifiesta claramente en el art. 470 N° 1 cuando expresa "a los que *en perjuicio de otros* se apropiaren...". Los meros actos de apropiación o distracción –si bien fundamentales– son insuficientes para consumar esta figura penal, la víctima tiene que sufrir como consecuencia de esas acciones un daño en su patrimonio, una disminución del mismo apreciable económicamente.[159] De manera que quien pretende disponer de la cosa mueble que recibió en prenda vendiéndola a un tercero, que en definitiva no la adquiere, no consuma el delito, porque a pesar de haber actuado como dueño, con la actividad de ofrecerla en venta, el perjuicio no ha sido inferido aún al verdadero propietario de la especie. Ese comportamiento sólo podría sancionarse como tentativa.

183. EL TIPO SUBJETIVO

El tipo subjetivo en el delito de apropiación indebida no ofrece modalidades especiales, es suficiente que concurra el dolo, aun el eventual, para que la figura se presente. Sin perjuicio de lo señalado, y atendido a que es esencial en estas figuras que el sujeto activo se *apropie* de un bien mueble, tiene que actuar con el ánimo *rem sibi abendi,* o sea de señor y dueño, ya se ha señalado que la conducta de *distraer* importa a su vez la de apropiarse, aunque

[158] Autores como Politoff opinan en forma distinta: "A nuestro entender, este elemento (el perjuicio) es una *condición objetiva de punibilidad,* vinculada en forma mediata a la acción de apropiarse e independiente de la culpabilidad" (op. cit., p. 225). El autor citado afirma, citando a Chauveau y Hélie, que "el delito existe desde que la restitución es denegada o se ha vuelto imposible".

[159] T. S. Vives, op. cit., p. 959.

piense devolver ese bien con posterioridad.[160] El ánimo de devolución en el futuro que pueda tener el agente en el momento que dispone de la cosa que tiene que devolver, no modifica el hecho de que el delito se cometió al realizar el acto de señor y dueño, esto es al *disponer* como propietario del bien y afectar el patrimonio de la víctima.

El dolo indicado debe formarse en el sujeto activo con *posterioridad a la recepción legítima* del bien mueble, pues –como se ha señalado con anterioridad– si el sujeto activo obtuvo la entrega por medio de un engaño, esa conducta no constituye apropiación indebida, sino estafa. Por lo tanto, si el agente recibió la especie con la voluntad de apropiarse de ella y no de restituirla, no comete apropiación indebida, sino que delito de estafa, pues actúa con dolo antes de la recepción, y no con posterioridad a ésta, como lo exige la figura en estudio.

En el sistema nacional no se exige que el agente actúe con *ánimo de lucro,* es suficiente la *voluntad de apropiación,* si bien amplios sectores de la doctrina afirman que el referido ánimo va implícito en la noción más amplia que importa el ánimo de apropiación.[161] En España mayoritariamente se considera que el ánimo de lucro es exigible en la apropiación indebida, aunque el art. 248 del Código de ese país no hace referencia expresa al mismo.

El tipo subjetivo no se da si el acto de apropiación del agente se produce porque *incurre en un error. Eso sucede si* cree ejercer legítimamente un derecho sobre el bien mueble (art. 10 N° 10) o cuando cree ejercer válidamente el *derecho legal de retención,* como ocurre –entre otros casos– con el poseedor vencido para asegurar el pago de las mejoras que se le deben, a quien el art. 914 del C.C. permite retener las cosas que debe restituir hasta que se verifique la cancelación. En este último evento, o sea cuando se trata del ejercicio del derecho legal de retención, se está ante un caso de *atipicidad,* porque "se retiene la cosa en prenda, y no con ánimo de apropiación",[162] en esta hipótesis hay ausencia de dolo.

[160] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 261.
[161] Politoff, op. cit., p. 215.
[162] Bajo Fernández, op. cit., p. 290.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

184. LA PENALIDAD DEL DELITO

La sanción que corresponde al delito de apropiación indebida está señalada en el art. 467, disposición a la que se remite el art. 470, que establece las penas de presidio menor y multa señalados para el delito de entrega fraudulenta, las que fueron indicadas al comentar ese tipo penal, y cuya gravedad –como se recordará– se determina por el valor que tengan las especies apropiadas, siempre que éste exceda al de una unidad tributaria mensual. Si el valor de la especie no supera el monto recién indicado, el hecho debe sancionarse como delito falta con la pena establecida en el art. 494 N° 19, o sea una multa cuyo monto es de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

El delito de administración fraudulenta

185. CONCEPTOS GENERALES

En el Código Penal hay tres disposiciones en el párrafo de las estafas y otros engaños que describen comportamientos prohibidos bajo conminación de pena, que dicen relación con la administración fraudulenta. Se trata de los arts. 469 N°s 3 y 4 y 470 N° 2. En estas disposiciones se reglan delitos que afectan a los *comisionistas* y a los *capitanes de buques,* si bien han perdido trascendencia en la actualidad porque las actividades respectivas han variado considerablemente en sus formalidades y circunstancias, en su época fueron objeto de amplia discusión en la Comisión Redactora, que los vinculó con normas del Código de Comercio.[163]

El art. 469 describe distintos comportamientos constitutivos de engaños o abusos de confianza, que se consideran de más gravedad que los restantes y, por ello, se les impone el máximo de las respectivas sanciones señaladas en el art. 467, que –como se ha precisado en los párrafos anteriores– se determina atendiendo al monto de las especies o cantidades defraudadas. En el art. 470 se aplica la sanción establecida para la estafa básica o fundamental, sin agravarla.

[163] Consúltese la sesión N° 100, de 5 de julio de 1872, de la Comisión Redactora, con las intervenciones de los miembros Renjifo y Fabres.

En seguida se analizará cada uno de los tipos que se describen en los dos artículos citados.

186. MALA ADMINISTRACIÓN DEL COMISIONISTA

Es el art. 469 N° 3 el que se ocupa de este delito, en los siguientes términos: "Se impondrá respectivamente el *máximum de las penas* señaladas en el artículo 467:

3° A 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".

Esta figura penal es una modalidad de la *apropiación indebida,* pues la conducta que la conforma importa un *abuso de confianza,* y si bien el agente recurre a medios engañosos –la alteración de las cuentas– no los emplea para cometer el delito, sino para ocultarlo.

187. EL TIPO OBJETIVO

La acción descrita se desprende de la locución "cometieren defraudación", lo que significa que tiene que haber apropiación de valores o especies ajenas en perjuicio de un tercero. De manera que el comportamiento prohibido es el mismo que se ha señalado para efectos de la apropiación indebida, disponer como dueño de aquello que se ha recibido por cuenta del mandante o de parte de éste con la obligación de restituirlo.

Lo comentado se desprende de la naturaleza de la actividad inherente a una *comisión mercantil,* que es un contrato *intuito personae*[164] que motiva a su vez una rendición de cuentas. La disposición no lo dice expresamente, pero en la Comisión Redactora se dejó expresa constancia del referido alcance al momento de la discusión del precepto: "El acto criminal, en su concepto –dijo el señor Fabres–, nace de la defraudación que se causa con la cuenta falsa, no de su sola presentación a que no se sigue

[164] Cfr. Pedro Davis, *El delito de estafa,* Santiago, 1942, p. 135.

pago"; en el acta se agregó: "de modo que sólo se comprende el caso en que haya llegado a percibirse el valor de la cuenta falsa o adulterada"[165] y se complementa con el comentario que hizo Fuensalida, uno de los primeros estudiosos del Código, el siglo pasado: "Estos números dan una sanción penal a los preceptos de los arts. 480 y 913 del Código de Comercio que califica de hurto con falsedad a todos los hechos que los números indican y que son en realidad verdaderas estafas con la circunstancia agravante del abuso de confianza".[166] Los artículos citados del Código de Comercio no están vigentes con esa numeración, pero no cabe duda de que el primero de ellos alude al actual art. 280.

El tipo penal es *especial,* requiere de un *sujeto que cumpla con la condición de ser comisionista,* en el sentido que tiene para los efectos penales, o sea de mandatario comercial, que supone a su vez un *sujeto pasivo* como mandante, que es lesionado en su patrimonio por la actividad de ese comisionista, quien se apropia de los bienes que administra, y oculta o disimula esa actividad con cuentas falsas o adulteradas. Aquí existe, de consiguiente, un *abuso de la confianza* que el mandante tuvo en el comisionista, y además *un engaño,* pues la cuenta falsa o adulterada constituye un ardid para disimular u ocultar la apropiación indebida.

El comportamiento prohibido es complejo, está integrado por *dos actos distintos:* una apropiación primero y luego una rendición de cuenta mañosa. Esta última puede adoptar las siguientes modalidades: a) *alterando los precios* de las cosas o las condiciones de los contratos, b) *suponiendo gastos* que no se efectuaron y c) *exagerando los gastos* que realmente se hicieron. No exige el art. 469 que se trate de un conjunto de actos, es suficiente que el delito se refiera al acto o a las gestiones que queden comprendidos en una comisión encargada a un tercero, son los términos de la comisión los que precisarán el o los actos que comprenden, que a su vez determinarán la administración y su naturaleza fraudulenta.[167]

---

[165] Acta N° 100 de la Comisión Redactora, de 5 de julio de 1872.

[166] Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 219.

[167] Autores como Etcheberry piensan que debe tratarse de un conjunto de actos de administración realizados en cumplimiento de un mandato, pero no se divisan en la disposición elementos que insinúen tal exigencia (*D.P.*, t. II, p. 436).

188. EL TIPO SUBJETIVO

Subjetivamente la administración fraudulenta del comisionista exige dolo tanto para los efectos de la apropiación como para la rendición de cuenta posterior necesaria para que este tipo especial se presente. El dolo de la rendición falsa de cuenta debe ser directo, el eventual queda descartado, puesto que la naturaleza del tipo hace necesaria una voluntad dirigida a engañar al mandante, un error en la presentación, el desorden con que se haga la misma, son insuficientes para configurar el elemento subjetivo típico.

189. CONSUMACIÓN DEL DELITO

La administración fraudulenta es una figura *material, de resultado,* de manera que para su consumación se exige que se cause un perjuicio económico en el patrimonio del sujeto pasivo. Se sanciona al comisionista que *cometiere defraudación,* y esta exige un perjuicio en la víctima, en tanto el mismo no se produzca la rendición de cuenta falsa por sí sola no configura el delito en estudio. Son posibles la tentativa y la frustración.

190. CONCURSOS Y PENALIDAD

Esta figura puede concurrir con la estafa y la apropiación indebida, pero por el principio de la especialidad, preferirá en su aplicación a aquéllas, más aun cuando constituye un tipo *agravado,* porque debe castigarse con el máximo de la sanción que establece el art. 467 dentro de la escala respectiva, que se regula conforme a la cuantía de lo defraudado.

191. ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA DEL CAPITÁN DE BUQUE

El art. 469 N° 4 expresa: "Se impondrá respectivamente el *máximum* de las penas señaladas en el artículo 467:

A los *capitanes de buques* que *defrauden* suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho, o cometiendo cualquiera otro fraude en sus cuentas".

Esta defraudación es un tipo *agravado* y especial, pues el sujeto activo tiene que ser necesariamente un *capitán de buque,* que comete una defraudación en contra de su mandante, que es el naviero, causándole un perjuicio de naturaleza económica en su patrimonio. Cualquier otro sujeto que defraude y altere las cuentas –v. gr., el contramaestre, el piloto– no comete el delito en comentario. Conforme al art. 905 del Código de Comercio, "El *capitán* es el jefe superior de la nave *encargado de su gobierno y dirección* y está investido de la autoridad, atribuciones y obligaciones que se indican en este Código y en las demás normas legales relativas al capitán".

Todo lo que se expresó en el párrafo precedente en relación a la administración fraudulenta de los comisionistas es aplicable a la que le corresponde al capitán de buque, de modo que se da por reproducido para estos efectos. Aparte de lo señalado, debe recordarse que tal como se expresó en esa oportunidad, el capitán tiene que incurrir en apropiación de bienes determinados, en forma previa o coetánea a la rendición de la cuenta; además de las alternativas que se indicaron para falsear la cuenta que se debe rendir en el caso de los comisionistas (alterar el precio o condiciones de los contratos, suponer gastos o exagerar los mismos), el capitán puede emplear otra clase de engaños al hacerlo, porque la disposición alude a *cualquier otro fraude,* la forma de comisión del hecho está concebida con mucha más amplitud.

El tipo subjetivo lo conforma el dolo directo, la manera de operar exige un conocimiento y una voluntad de abusar y de querer perjudicar, lo que descarta el dolo eventual. El dolo debe mediar tanto en la realización de actos de disposición como cuando se presenta la cuenta mentirosa.

192. ABUSOS DE CONFIANZA DEL CAPITÁN DE BUQUE NO AGRAVADOS

El Código Penal en el art. 470 N° 2 se ocupa de sancionar comportamientos del capitán de buque que, al margen de aquellos que

se traducen en una rendición de cuenta mendaz que recién se ha comentado, conforman delitos de abuso de confianza no agravados. En la disposición citada tales conductas son reprimidas con las penas generales previstas para las estafas y apropiaciones indebidas.

La referida disposición expresa lo siguiente: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

2°. A los *capitanes de buques* que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas por la ley, *vendieren* dichos buques, *tomaren dinero* a la gruesa sobre su casco y quilla, *giraren letras* a cargo del naviero, *enajenaren* mercaderías o vituallas o *tomaren provisiones* pertenecientes a los pasajeros".

Los capitanes tenían en el pasado un conjunto de facultades que les permitían realizar ciertas operaciones, aun vender la nave, siempre que cumplieran con determinadas solemnidades. En la actualidad esas facultades han sido replanteadas y adaptadas a las circunstancias y al progreso alcanzado por los medios de comunicación y de transporte.

El delito que aquí se describe debía relacionarse con el art. 913 del Código de Comercio en su texto primitivo, donde se castigaban como *delito de hurto* las acciones que se describen en el N° 2 transcrito,[168] figura que se denominaba *baratería marítima* o *baratería del capitán.*[169] Esa normativa fue reemplazada cuando se sustituyó el Libro III del Código de Comercio por el que actualmente rige, por mandato del art. 1° de la Ley N° 18.680, de 11 de enero de 1988.

Las conductas descritas en el N° 2 del art. 470 constituyen defraudaciones cometidas abusando el capitán de las atribuciones que le reconoce la ley y de la confianza que en el ejercicio de su función han tenido los armadores. Las ventas, tomar dinero a la gruesa y girar letras debe hacerlo el capitán en representación o a nombre de sus mandantes o como jefe del buque para que el tipo penal se presente, lo que sucederá siempre que tales acciones causen perjuicio, pues se trata de un delito material o de resultado donde se han de perjudicar los intereses de índole pecuniario de la víctima. En la ejecución del delito el capitán no necesita recurrir a ninguna maquinación o ardid, como sucede en la estafa, porque las especies están en su poder y se les ha con-

[168] Pedro Davis, op. cit., p. 138.
[169] Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 438.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

fiado para que las administre o mantenga, es la violación de los deberes que le corresponden por su condición de administrador la que da origen al delito.

La situación es distinta si el capitán vende la nave a nombre propio, o en su beneficio y por su cuenta se apodera de las mercaderías, pues esos hechos constituirán el delito de apropiación indebida en el primer caso y el de hurto en el segundo,[170] en estas hipótesis el capitán ha actuado al margen de las funciones que como mandatario administrador le corresponden, no se ha extralimitado de ellas como sucede en la otra alternativa, sino que las ha ignorado.

El tipo subjetivo, en atención a las características de las acciones descritas, exige dolo directo.

Abusar de firma en blanco

193. CONCEPTO DEL DELITO

Esta figura es otro caso de fraude por abuso de confianza, esa es su característica.

El Código Penal en el art. 470 N° 3 describe el delito: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

A los que cometieren alguna defraudación *abusando de firma* de otro en *blanco* y extendiendo con ella algún *documento en perjuicio* del mismo o de un tercero".

Hay autores que consideran que se trata de una figura mixta, donde además del abuso de confianza (determinado por el uso indebido de la firma de la víctima), interviene el engaño inherente a la estafa, que provoca el error en que incurre el tercero que en mérito del documento hace la prestación causadora del perjuicio. No obstante, es opinión mayoritaria que el fundamento de la figura radica en el abuso de la confianza depositada en quien se hace cargo del documento firmado, pero no escriturado. Se pensó también (Groizard) que era dudosa la consagración de este delito, por cuanto entregar un papel firmado a otra persona importaba un acto de ingenuidad o temeridad, más que de confianza, que hacía discutible su protección por la ley penal.

[170] Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 438.

Por *documento firmado en blanco* ha de entenderse "un pliego firmado y entregado por el firmante con el fin de que sea llenado con declaraciones, de las cuales la firma es anticipada ratificación".[171] El pliego puede estar totalmente en blanco o parcialmente extendido, dejando en blanco algunos espacios, como ser la cantidad a que asciende el reconocimiento de deuda que se hace, o la oportunidad en que será cancelada o cualquiera otra, que deba ser llenada por la persona que recibe el documento conforme a las instrucciones que se le impartan, lo que constituye un verdadero mandato al tenedor. De manera que el pliego firmado puede ser entregado para que en él se extienda en su integridad un documento previamente acordado, o para que se complete el que ya ha sido en parte escrito.[172] Esta firma y entrega al tenedor debe ser voluntaria de parte de quien lo suscribe, voluntariedad que se extiende no sólo a la firma, sino al contenido que ha de tener. Si se emplea violencia o intimidación para lograrlo, el hecho constituye extorsión (art. 438); si la firma se obtiene con engaño, el delito se desplaza a la figura de estafa, sancionada en el art. 470 N° 4.

No constituye documento firmado en blanco aquel que estando escrito con todos los enunciados que se habían determinado por el suscriptor, tiene espacios en blanco que son aprovechados por el tenedor para intercalar declaraciones que en él no se habían hecho, pues esto constituye falsificación (arts. 193 y siguientes). Tampoco lo es el documento firmado en blanco pero entregado en custodia a un tercero, sin mandato para llenarlo.[173]

El documento firmado en blanco puede ser *público o privado,* el art. 470 N° 3 no hace distinción respecto de la naturaleza del mismo.

194. LA CONDUCTA PROHIBIDA

El comportamiento típico es *abusar* de un documento firmado en blanco; para que ello suceda el *sujeto activo* tiene que ser

[171] Soler, op. cit., t. IV, p. 388.
[172] Ricardo Núñez, op. cit., t. V, p. 336.
[173] Cfr. Creus, op. cit., p. 495.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

especial. Debe tratarse de una persona a la cual el suscriptor del pliego se lo entrega con instrucciones determinadas sobre la forma de llenarlo; la entrega, además de la firma, han de ser voluntarias. Por lo tanto, si un tercero que sustrajo el documento, o que lo encontró es, quien lo llena, no comete abuso de firma en blanco porque no le ha sido *confiado,* no ha recibido un mandato sobre la forma de usarlo, sin perjuicio de que su acción sea delictiva; en ciertos casos podría constituir estafa.

Es insuficiente que el tenedor del documento se limite a no cumplir el mandato de cómo extender o completar el documento, o que no lo haga exactamente de la manera como esperaba el suscriptor, porque el tipo exige más que eso, es necesario que *el tenedor abuse* de la confianza en él depositada, y esto importa la concurrencia de dos condiciones: primeramente que no se respeten las instrucciones impartidas por el firmante o el espíritu de ellas y, además, como segunda condición, que el documento en la forma de como se llenó irrogue un perjuicio para aquél o para un tercero. De modo que el *abuso* importa que el tenedor del documento, junto con no cumplir la voluntad del suscriptor en cuanto a su escrituración, lo llene en forma que cause perjuicio. El delito no consiste en una conducta omisiva del tenedor, sino en un comportamiento activo que cause un perjuicio. El perjuicio es necesario porque el delito es *defraudar a otro,* es causar un menoscabo valorable económicamente.

195. EL PERJUICIO

El abuso de firma en blanco no es un delito de peligro, es un delito de *resultado,* se consuma únicamente cuando se ha causado un perjuicio, perjuicio que debe afectar realmente al patrimonio de la víctima o al de un tercero; en este último caso siempre que el signatario tenga poder para obligarlo.[174] El abuso de firma en blanco es punible conforme al tipo en estudio únicamente cuando con él se *defrauda* a otro, y ya se ha precisado que defraudar es perjudicar mediante el engaño o el abuso de confianza. El

[174] Ricardo Núñez, op. cit., t. V, p. 337.

perjuicio puede derivarse del documento mismo o del uso que el tenedor haga de él.[175]

El perjuicio, de consiguiente, es determinante para la consumación del delito, y en ciertos casos aun para su existencia. Agregar una cláusula *compensatoria* no acordada por el suscriptor, pero que corresponde a la realidad, no configuraría este delito. Por ejemplo, extender un recibo en un documento en blanco para probar un pago efectivamente realizado al suscriptor del documento, aunque no se haya entregado para ese objetivo, no constituiría abuso punible, porque no habría perjuicio[176] para quien aparece suscribiéndolo.

Como es un delito material, son posibles las etapas imperfectas de *tentativa* y *frustración*.

Tipos especiales descritos en el párrafo de las estafas y otros engaños

196. GENERALIDADES

El legislador nacional, siguiendo la tradición de la legislación española de la época, incorporó en el párrafo "De las estafas y otros engaños", varias figuras que presentan dudosa relación con los que se enuncian en el subtítulo y que algunos autores denominan *fraudes impropios,* porque en ellos no se presentarían los elementos típicos inherentes a las referidas figuras, o sea el *engaño* y el *abuso de confianza.*[177] En verdad son figuras anómalas cuya ubicación dentro del esquema del Código nacional no era fácil, lo que seguramente inclinó a la Comisión Redactora a mantenerlos entre los delitos contra la propiedad y darles la ubicación tradicional. Se trata de la *supresión de documento para defraudar,* la *celebración de contratos simulados,* la *destrucción del bien embargado* y el denominado *hurto de posesión.*

[175] Creus, op. cit., p. 495.
[176] Creus, op. cit., p. 496.
[177] Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 440.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Supresión de documento para defraudar

197. DESCRIPCIÓN DEL DELITO

El art. 470 N° 5 da la siguiente noción de esta figura: "Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

A los que cometieren *defraudaciones sustrayendo, ocultando, destruyendo o inutilizando* en todo o en parte algún *proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase*".

Se ha criticado esta disposición porque en ella se estarían sancionando acciones propias del delito de hurto (sustracción) o del delito de daños (destruyendo); sin embargo, el precepto reprime en forma especial el comportamiento de *defraudar*, de engañar a otro para perjudicarlo en su patrimonio. En eso consiste el delito, que es un tipo de *resultado* y no de mera actividad.

198. LA CONDUCTA TÍPICA

El comportamiento castigado es el de *defraudar*, noción que se ha explicado al hacer referencia a la estafa y que consiste, en breve, en perjudicar el patrimonio ajeno mediante el engaño o el abuso de confianza. El engaño estaría constituido por hacer desaparecer un elemento importante –normalmente un medio de prueba– que causa en el patrimonio de la víctima un menoscabo en el ámbito pecuniario.

Las modalidades de la acción están descritas estrictamente: *sustraer, ocultar* y *destruir o inutilizar*. La *sustracción* requiere de un sujeto que no tiene en su poder el documento, sino que lo obtiene subrepticia o clandestinamente del lugar donde se encuentra, en tanto que su *ocultación* supone que aquel que tiene a su cargo o posee un documento lo esconde respecto de los terceros. *Destruir* un documento es romperlo, suprimirlo materialmente, noción distinta a *inutilizarlo* que ha de entenderse en el sentido de que, como instrumento, deje de prestar la función o servicio para el cual estaba destinado, así sucedería si en un pagaré se borra la cantidad a la cual correspondía, o se cercena físicamente parte importante de él, pueden también agregársele leyendas

o signos que hagan variar su sentido haciéndolo inútil para los efectos que motivaron su extensión. Esas acciones pueden constituir otro delito, pero calzan en el tipo en estudio cuando lo perseguido es defraudar a otro; este objetivo lo distingue de una simple falsificación o delito de daño o de hurto, según las circunstancias.

El *objeto material de la acción* puede ser un *expediente,* judicial o administrativo, la ley no ha hecho diferencia; un *documento,* expresión a la que se le debe dar el alcance que se señaló al estudiar las falsedades documentales, o sea un pliego o papel escrito que deje constancia de un evento determinado. La disposición agrega "u otro papel de cualquier clase", locución no muy feliz porque de aplicarse literalmente podría ampliar el tipo penal a límites inadecuados; por esa razón normativamente debe limitarse su alcance a los objetivos de la figura, vale decir que hace referencia a un papel con alguna escrituración que sirva de elemento acreditativo de alguna circunstancia con repercusiones de orden patrimonial. Debe ser un medio apto para defraudar a otro recurriendo a alguna de las acciones antes indicadas. A nuestro juicio han de descartarse las fotografías, las grabaciones y objetos semejantes, toda vez que cuando el legislador ha querido comprenderlos ha hecho mención expresa a los mismos; en materia penal no corresponde hacer interpretaciones analógicas cuando se trata de determinar el alcance de los tipos penales.

La acción del sujeto activo debe traducirse en un *perjuicio para la víctima,* y ese perjuicio debe ser un menoscabo de orden patrimonial, o sea evaluable pecuniariamente. En tanto no se cause el perjuicio indicado el delito no está *consumado.* Es posible que pueda quedar en etapa de tentativa o frustración.

El *tipo subjetivo* requiere de *dolo directo,* el sujeto activo tiene que conocer los actos materiales que constituyen la acción y saber que causará un perjuicio a la víctima o a un tercero cuando los realice, o sea subjetivamente el agente debe tener la voluntad de defraudar, es este elemento subjetivo el que le da identidad propia a esta figura penal.

FILOSOFIA DE DERECHO PENAL

Celebración de contrato simulado

199. NOCIÓN DEL DELITO Y SUS CARACTERÍSTICAS TÍPICAS

Al tratar las defraudaciones –en particular el art. 466 inc. 2°– se comentaron las características del delito de defraudación de los deudores mediante el otorgamiento de un contrato simulado. En el art. 471 N° 2 se describe otra figura con identidad propia y distinta a la antes señalada. Esta disposición expresa: "Será castigado con *presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa* de once a veinte unidades tributarias mensuales:

2°. El que otorgare *en perjuicio* de otro un contrato *simulado*".

Se explicó al analizar la defraudación[178] qué se entiende para estos efectos por *contrato simulado,* y se dijo que no consistía en aparentar la celebración de un acto jurídico, sino que realmente se otorgaba un contrato, que en su contenido no revelaba la verdadera voluntad de los intervinientes, que no han pensado ni han querido realizar el hecho o acuerdo que en él se describe, o porque disimula u oculta el que realmente acordaron, que es de otra naturaleza del que aparentemente da constancia el que suscribieron.

La conducta sancionada es *otorgar* el tipo de contrato antes indicado y es suficiente que los contratantes lo extiendan y suscriban; se entenderá que así sucede cuando cumple con las formalidades inherentes a la naturaleza del pacto aparentemente celebrado, que en ciertos casos podría ser consensual. Se ha discutido la existencia del *engaño* en este caso, puesto que aquí no se duda de que no hay abuso de confianza; en realidad la mentira en cuanto al contenido del acto llevado a cabo es lo que constituye el ardid inherente a los fraudes por engaño, que induce a error a la víctima al creer que se ha realizado algo que en el hecho la perjudica, pero que en realidad es sólo aparente (simular que se ha vendido el bien dado en prenda o hipoteca).

Como la conducta consiste en celebrar un contrato falso, por exigencia del tipo han de concurrir por lo menos dos personas en la comisión del delito, pero no se trata de una coautoría,

[178] Véase supra, párrafo N° 150.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

como equivocadamente algunos señalan, sino de autorías complementarias y necesarias. La calidad de los sujetos que intervienen en el delito marca la diferencia que existe entre este tipo penal y el descrito en el art. 466 inc. 2°; en este último el sujeto es *especial,* porque debe tener la *calidad de deudor* de aquellos en cuyo perjuicio celebra el acto simulado, que han de ser sus *acreedores,* en tanto que el delito reglado en el art. 471 N° 2 es un delito común, que puede ser realizado por personas que no requieren tener una calidad especial o particular, salvo que uno de ellos tenga una *vinculación jurídica, en alguna forma, con el tercero* al que se pretende perjudicar con el falso contrato, pues si falta esa relación no se observa en qué forma podría resultar lesionado en su patrimonio,[179] como lo requiere la referida disposición.

Mayoritariamente la doctrina estima que para que se *consume* el delito, debe efectivamente causarse un perjuicio a terceros, como sucede con buena parte de los delitos reglados en el párrafo 8 del Título VIII en estudio.[180] El perjuicio debe emanar precisamente de la celebración del contrato simulado y ha de ser de naturaleza económica, o sea afectar al patrimonio de la víctima. Si el contrato se celebra para inducir a error a un tercero para que realice un acto de disposición patrimonial que le causa el perjuicio, el hecho es constitutivo de estafa y no del delito que se analiza. Tampoco se adecua en el tipo reglado en el art. 470 N° 2 la simulación de un acto con el cual se pretende ocultar un daño que fue inferido por una actividad diferente y anterior, lo que puede suceder con el mandatario o apoderado que se apropia indebidamente de dinero que tiene en administración y luego trata de evitar que el hecho se descubra celebrando contrato falso para justificar el faltante.

El *tipo subjetivo* exige que los sujetos que celebran el contrato actúen con dolo directo, por lo tanto requiere que los autores no sólo tengan conocimiento de la mendacidad del contrato, sino de que con él se irrogará un perjuicio a un tercero, porque el conocimiento debe extenderse a todos los elementos del tipo.

[179] Cfr. Creus, op. cit., p. 501.

[180] Fontán Balestra, op. cit., p. 121; Soler, op. cit., t. IV, p. 393; Creus, op. cit., p. 501; Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 443.

PROPIEDAD INTELECTUAL

La *penalidad* del delito se distancia del sistema general que orienta la reprensión de estos hechos, por cuanto la pena no queda sujeta a la cuantía del perjuicio causado, sino que está determinada para todos los casos: presidio o relegación menores en sus grados mínimos o multa.

Destrucción del bien objeto de un embargo

200. NOCIÓN DE LA FIGURA

El delito está descrito como una *figura agravada* en relación a los engaños generales sancionados en este párrafo. El art. 469 N° 6 expresa: "Se impondrá respectivamente el *máximum* de las penas señaladas en el artículo 467:

Al *dueño* de la cosa embargada, o a *cualquier otro* que, teniendo noticia del embargo, *hubiere destruido fraudulentamente* los objetos en que se ha hecho la traba".

Este hecho se describe entre los delitos de estafa y otros engaños, de modo que debe entenderse en ese marco la conducta descrita, más aun cuando se exige que la destrucción sea *fraudulenta,* lo que significa que se hace con el objetivo de perjudicar en su patrimonio precisamente al acreedor en cuyo beneficio se trabó la medida judicial. Indudablemente esa clase de acciones no puede calificarse de engaño, y no siempre importa un abuso de confianza; pero lo que el legislador ha pretendido dejar en claro en este caso es que no es la destrucción misma el objetivo del comportamiento, sino el de provocar un perjuicio de carácter económico al acreedor empleando, como medio para llevarlo a cabo, la destrucción.

La acción típica. Consiste en *destruir una cosa embargada,* destruir es deshacer, suprimir algo y por *cosa* se debe entender cualquier objeto material, porque únicamente se puede destruir algo que tenga materialidad. La expresión *cosa* queda limitada, además, a las *muebles,* de suerte que quedan excluidos los inmuebles, por cuanto la disposición hace alusión más adelante a los "*objetos* en que se ha hecho la traba" (del embargo).

Los objetos tienen que haber sido *embargados,* o sea existir una resolución judicial que los deja a disposición del tribunal. Embargo para estos efectos es cualquier medida judicial que retenga o limite

la disposición de un bien determinado en un proceso judicial, con fines de garantizar el pago o cumplimiento de una obligación. Estos bienes constituyen el *objeto material* sobre el que recae la acción.

El *sujeto* activo puede ser el *dueño* de la especie –como dice el texto de la disposición– *o cualquiera otra persona.* El delito es *común* porque no necesita un sujeto especial; pero el *sujeto pasivo* necesariamente tiene que ser el acreedor que obtuvo el embargo del bien o bienes en cuestión.

La conducta del sujeto ha de causar un *perjuicio* en la víctima de índole económica como sucede con todos los fraudes, en tanto ese perjuicio no sobrevenga el delito no se puede consumar. El monto del menoscabo en el patrimonio sufrido por el afectado determina la gravedad de la pena que corresponde aplicar al autor, la cuantía del perjuicio se precisa considerando el todo o parte del crédito que perdió su garantía. Si la deuda tenía un valor inferior al de la especie destruida, el perjuicio equivaldría al monto de la deuda (si se embargó un vehículo que costaba tres millones de pesos y el crédito era de un millón, el perjuicio será de un millón de pesos); de otro lado, si es mayor el valor del crédito, el perjuicio queda limitado al valor de la cosa embargada y destruida (si el valor del crédito era de cinco millones de pesos y el automóvil embargado costaba tres millones, el perjuicio equivaldrá a esta última cantidad).[181]

El *tipo subjetivo* exige dolo directo, que se extiende al conocimiento de todos los elementos de la figura penal, vale decir el agente tiene que saber que se trabó el embargo, tiene que querer destruir el objeto material sobre el cual recae la medida judicial y, al mismo tiempo, ha de querer perjudicar al acreedor.

La sustracción de la cosa de que se es dueño (Furtum possessionis)

201. DESCRIPCIÓN DEL DELITO

El art. 471 N° 1 sanciona este delito: "Será castigado con *presidio o relegación* menores en sus grados mínimos *o multa* de once a veinte unidades tributarias mensuales:

[181] Cfr. Etcheberry, *D.P.*, t. II, p. 441.

1°. El *dueño* de una *cosa mueble* que la *sustrajere* de quien la tenga legítimamente en su poder, *con perjuicio* de éste o de un tercero".

La doctrina denomina a este delito como *hurto de posesión.* En nuestro país, como bien comenta Etcheberry,[182] debería llamarse hurto de tenencia. Otros autores, entre ellos Soler, lo conocen como "hurto impropio".[183] La norma transcrita es una copia textual del art. 456 N° 1 del Código español de 1848, y al decir de Pacheco, el tipo penal gira en torno a la idea del perjuicio inferido,[184] más que a la forma de operar.

202. EN QUÉ CONSISTE LA ACCIÓN

La conducta sancionada es *sustraer una cosa mueble,* y la expresión *sustraer* importa sacar clandestinamente una cosa del ámbito de custodia de quien la tiene o detenta; en el hecho es una actividad que constituye una forma de afectar un derecho o facultad que ejerce legítimamente el sujeto pasivo de tener esa cosa, por ello algunos autores consideran a este delito como la "frustración de derechos".[185] En nuestro sistema no parece compatible con la expresión "sustraer" empleada por la disposición, la idea de que se prive de la cosa a su tenedor por medios engañosos;[186] la conducta conlleva el uso de actividades materiales y clandestinas. No debe inducir a error la descripción del delito, menos confundirlo con el de *hurto,* por su forma de comisión, o sea por realizarse con la sustracción material de una cosa mueble, por cuanto el tipo penal no hace referencia a una *apropiación* –lo que es inherente a la figura de hurto–; en el delito en estudio se exige *sustracción* y no apropiación. Por lo demás, sería imposible que ello ocurriera, por cuanto el que realiza la acción por exigencias del tipo tiene que ser el *dueño de la cosa.*

[182] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. II, p. 441.
[183] Soler, op. cit., t. IV, p. 430.
[184] Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 374.
[185] Así Fontán Balestra, op. cit., p. 545.
[186] R. Núñez tiene opinión distinta y acepta ciertas hipótesis donde el autor emplea medios no materiales para sustraer la especie (op. cit., t. V, p. 363).

De manera que el hurto de posesión es un delito *especial* puesto que el sujeto activo puede ser únicamente quien es propietario del total de la especie,[187] el autor del delito necesariamente tiene que ser titular del derecho de dominio sobre la integridad del objeto sustraído. El propietario de una parcialidad de la cosa no puede incurrir en este delito; si se apodera de ella responderá por hurto, pero no por el tipo sancionado en el art. 471 N° 1. La víctima, a su vez, ha de estar vinculada jurídicamente con ese bien, sea por una convención o por un acto de la autoridad, pero siempre debe contar con un título que lo autorice para tenerlo legítimamente.

El *objeto material* de la acción siempre ha de ser una cosa *corporal mueble* que debe estar en poder de sujeto pasivo por un título legítimo, vale decir un comodato, un arrendamiento y, en general, en virtud de cualquier contrato o acto de la autoridad que le confiera la tenencia de la especie.

La sustracción de la cosa, conforme a este delito, debe provocar un *perjuicio a la víctima o a un tercero.* Como la mayor parte de los fraudes, el que se estudia es un delito *material,* que requiere un resultado que consiste en el perjuicio que sufre el detentador del bien o un tercero, como consecuencia de la acción de sustracción.

El *tipo subjetivo* se satisface con el dolo directo, porque el autor debe tener conocimiento de que es propietario de la especie y que el detentador tiene derecho a mantenerla en su poder, además debe querer sustraerla y saber que con ello causa un menoscabo en el patrimonio del tenedor o en el patrimonio de un tercero. Si el agente incurre en error respecto de algunas de esas circunstancias, queda excluido el dolo.

El delito no se perfecciona con la sustracción, se exige para la *consumación* que la sustracción cause un perjuicio, que puede inferirse directamente al detentador o tenedor legítimo, o a un tercero vinculado en alguna forma con la tenencia del objeto, lo que hace posible la forma imperfecta de presentación del hecho, sea como tentativa o frustración.

[187] Cfr. R. Núñez, op. cit., t. V, p. 362.

El delito de usura

203. ANTECEDENTES Y NOCIÓN DEL DELITO

En el sistema nacional se describe este tipo penal entre los de estafas y otros engaños, manteniendo la tradición hispánica, aunque existen serias dudas respecto de si debe considerarse como una forma o especie de los delitos contra la propiedad, que es donde se ubica a las estafas. En todo caso, el legislador nacional se separó del sistema español en esta materia en forma muy ostensible, no recogió buena parte de la normativa que reglaba en el Código lo relativo a los delitos vinculados a los préstamos de dinero.[188]

En el art. 472 se expresa: "El que suministrare valores, de cualquiera manera que sea, a un *interés que exceda del máximo que la ley* permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados.

Condenado por usura un *extranjero,* será expulsado del país; y condenado como *reincidente* en el delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país.

En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena.

En la sustanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales *apreciarán la prueba en conciencia*".

La figura como está descrita en la ley penal –que la limita al préstamo con interés excesivo voluntariamente aceptado– aparece en esta época como discutible, porque en el sistema económico de libre mercado el dinero es un bien comerciable más, que se rige por las leyes de la oferta y la demanda. No obstante, históricamente el delito de usura ha sido objeto de un tratamiento distinto; su origen aparecería sustentado en el pensamiento aristotélico, que consideraba al dinero como un bien estéril que no producía frutos, doctrina que fue asimilada por los escolásticos que la introdujeron al derecho canónico que pasó a castigar la usura.[189]

---

[188] Son de interés los comentarios que sobre esta materia se hicieron por los miembros Fabres y Gandarillas en las sesiones N° 100, de 5 de julio; N° 101, de 12 de julio, y N° 102, de 22 de julio, todas del año 1872.

[189] Bajo Fernández, op. cit., p. 313.

La legislación hispánica, influenciada por el pensamiento de la época, en el siglo XIX estableció límites a las tasas de interés, criterio que a su vez fue recogido por los países americanos para dar fundamento y respaldo al delito de usura. En el Código Civil se estableció en el art. 2206 una limitación respecto del acuerdo de pagar intereses, norma que sigue vigente y que expresa: "El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados *por ley especial;* salvo que, no limitándolo la ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, en cuyo caso será reducido por el juez a dicho interés corriente". La ley a la que alude el artículo transcrito es la N° 18.010, de 17 de junio de 1981, que se refiere exclusivamente a las operaciones de crédito de dinero, y no es aplicable por lo tanto a los mutuos y demás acuerdos que no calcen en la noción de operación de créditos, en las que opera únicamente el citado artículo del Código Civil, y corresponderá rendir prueba sobre cuál era el interés corriente al tiempo de la convención.

Tratándose de operaciones de crédito en dinero rige la ley N° 18.010 y son tales aquellas operaciones en que una persona entrega o se obliga a entregar a otra una cantidad de dinero, y ésta, a su vez, a pagarla en un momento diferente de aquel en que se celebra la convención. Se califican también como operaciones de crédito en dinero el descuento de documentos que representan dinero. En las operaciones de crédito en dinero la ley distingue entre las que son reajustables de las que no lo son, y señala reglas sobre los intereses pertinentes en el art. 2°: "En las operaciones de crédito de dinero *no reajustables,* constituye interés toda suma que reciba o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital.

En las operaciones de crédito en dinero *reajustable,* constituye interés toda suma que percibe o tiene derecho a percibir el acreedor por sobre el capital reajustado.

En ningún caso constituyen intereses *las costas* personales ni las procesales".

La referida ley da un concepto de lo que se entiende por *interés corriente* en el art. 6°, señalando que es el promedio de los intereses cobrados por los bancos y las sociedades financieras en las operaciones llevadas a efecto en el país, lo que le corresponde determinar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones

Financieras, respecto de las operaciones realizadas durante cada mes calendario y que se publica en el Diario Oficial en la primera quincena del mes siguiente.

El *bien jurídico* del delito de usura es el *patrimonio* primeramente y también la *libre voluntad*[190] del que acepta el préstamo, que está en situación de inferioridad en relación al prestamista; es más débil su posición en el mundo económico y por ello el derecho establece limitaciones a la fijación de intereses. Además se protege *la economía monetaria del país,*[191] porque al generalizarse esos comportamientos puede resultar seriamente afectada. El patrimonio resulta lesionado con la usura, pero se considera que esto es relativo, toda vez que el patrimonio está integrado por bienes disponibles, de consiguiente, si voluntariamente el prestatario acepta un interés excesivo, simplemente dispone de sus recursos económicos, de manera que el derecho debe proteger algo más que el patrimonio, esos otros intereses que se tienen en vista son la libre voluntad del prestatario y la economía monetaria del Estado, que en una u otra forma aparecen comprometidos.[192]

204. LA CONDUCTA PROHIBIDA

En el delito de usura la conducta prohibida es la de *suministrar valores con intereses* que excedan el máximo que la ley permita estipular. De suerte que el delito supone la existencia de un acuerdo de voluntades en virtud del cual una de las partes (el prestamista) suministra valores a la otra con una tasa de interés superior al autorizado por la ley. La forma como ha de operarse en la realidad, el legislador la abarca con la expresión "de cualquier manera"; no importa entonces la modalidad que se haya adoptado, porque la disposición legal comprende todas las formas en que se ha concretado el pacto, el título no tiene trascendencia,

[190] Bajo Fernández, op. cit., pp. 316-317.

[191] E. Orts, op. cit., p. 983; Masnatta, H. y Bacigalupo, E., *Negocio usurario,* Buenos Aires, 1972, pp. 166-167.

[192] Se acerca a esta visión Etcheberry, que considera como bien jurídico de estos delitos a los intereses económicos generales (*D.P.,* t. III, p. 459).

puede ser un mutuo u otro acto, de origen civil o comercial. Es posible ocultar una operación de usura en un contrato de venta con pacto de retroventa, lo que sucede corrientemente; la ley no hace distinción sobre el medio empleado.[193]

El *objeto material de la acción* puede ser dinero, que será lo más frecuente, pero la norma se refiere a *valores,* noción amplia y comprensiva de cualquier otro objeto pecuniariamente apreciable, o que tenga un valor de cambio.[194]

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, se trata de un delito *común,* siempre que sea una persona que suministre valores a otra. El delito es de participación necesaria, pues deben concurrir dos partes, una que entrega los valores y otra que los recibe y se obliga a pagar los intereses excesivos, pero sólo se sanciona al primero, porque el segundo es a quien se protege en cuanto a la libertad que tiene para pactar; lo normal será que carezca de ella al aceptar el préstamo apremiado por deudas u otras situaciones angustiosas, aunque no necesariamente debe ser así; piénsese en el industrial que solicita un préstamo con el objetivo de aumentar el giro de sus negocios que pueden ser positivos, o en el jugador que lo obtiene para continuar apostando.

Los intereses que se pactan deben ser excesivos, y por tales se entiende aquellos que sobrepasan el máximo permitido por la ley, como se explicó precedentemente.

El *tipo subjetivo* se conforma con el *dolo directo,* la actividad usuraria supone una voluntad en suministrar dinero u otro valor con un interés superior al autorizado por el sistema legal. El agente tiene que saber que está facilitando algo con un interés superior al permitido, de manera que el dolo eventual queda descartado, pues quien duda sobre la tasa de interés que impone al deudor no "sabe" que está haciendo un cobro prohibido.

205. CONSUMACIÓN DEL DELITO

La usura es una figura de *mera actividad,* lo castigado es el hecho de suministrar valores a intereses no permitidos, por la peligrosi-

[193] Cfr. Verdugo, Mario, op. cit., t. III, p. 1029.
[194] Labatut, *D.P.,* t. II, p. 256.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

dad que involucra para mantener una economía sana. No es necesario, de consiguiente, que se paguen los intereses acordados o se produzca cualquier otro resultado como consecuencia del suministro de valores. Esta circunstancia descarta la posibilidad de *frustración* del delito, pero no la de *una tentativa punible,* que es concebible.

206. NORMA PROBATORIA

En el inciso final del artículo 472 se establece una norma especial de naturaleza probatoria, que faculta al tribunal para apreciar la prueba –no para fallarla– en conciencia. La medida pretende dar mayor libertad al juez para valorar los elementos de acreditación del delito, que no siempre será posible que consten en aquellos que con demasiada rigurosidad se reglan en el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente. La usura es una actividad que se disimula u oculta por diversos medios para impedir precisamente su descubrimiento y punición; no apreciar de acuerdo a las rígidas reglas procesales los elementos de acreditación hace más viable la persecución de estos hechos.

207. PENA QUE CORRESPONDE A LA USURA

La sanción establecida para este delito se aparta de los criterios aplicados normalmente para los que atentan contra la propiedad, que regularmente depende del valor del perjuicio sufrido o de las especies apropiadas; en el caso de la usura se impone un castigo de privación de libertad independiente del monto del posible perjuicio causado que, como se ha dicho, no ofrece interés para los efectos del tipo que es de mera actividad. El art. 472 determina la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados, reacción social que tiene una amplitud suficiente para adecuarla a la importancia y gravedad del hecho, según las circunstancias que presente.

208. SITUACIONES ESPECIALES

La ley ha sido estricta respecto del extranjero que suministra valores a intereses excesivos; si es condenado se dispone que, además de cumplir la sanción general de la usura, debe ser expulsado del país. Si ese extranjero tenía carta de nacionalidad chilena, y es *reincidente* en la comisión del delito de usura, corresponde que se le cancele la nacionalidad y también se le expulse del territorio nacional.

La pena de expulsión se lleva a efecto, en estos dos casos, una vez que haya cumplido la pena impuesta por el delito de usura.

De manera que al extranjero le corresponde, aparte de la pena general establecida por el art. 472, esta otra de especial gravedad, que consiste en su expulsión.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

CAPÍTULO QUINTO

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD POR DESTRUCCIÓN*

209. CONCEPTOS GENERALES

Entre los delitos que atentan en contra de la propiedad, el Código del ramo, en dos párrafos separados, hace referencia a estos delitos. En efecto, en el párrafo IX del Título IX del Libro Segundo (art. 474) describe los delitos de incendio y otros estragos, y en el párrafo X (art. 484) hace otro tanto con los de "daños".

Estas figuras se distinguen de las restantes tratadas entre los delitos contra la propiedad, porque no se produce en ellas un desplazamiento de la propiedad de la víctima al delincuente, como ocurre en el hurto, el robo o las estafas. Lo que sucede en las figuras en estudio es la destrucción de una cosa, generalmente ajena, o por lo menos su menoscabo.

No deja de sorprender que en nuestro ordenamiento se mantuvo el criterio tradicional español, que formalmente independizó el delito de *daño* del de *incendio* y de los *estragos,* a pesar que la doctrina estima que son una especie o modalidad del delito de daños, caracterizados por el uso de fuego en el caso del incendio, o por los medios catastróficos empleados en los estragos, pero en todos ellos lo frecuente es que causen la destrucción o el deterioro de un bien.

La diferencia que existe entre el incendio como delito de resultado y el de daños es sutil, aparece más ostensible esa diferencia con la hipótesis de incendio como delito de peligro para la seguridad social.[1]

---

* Este capítulo fue escrito con la colaboración de doña Yelica Lusic Nadal.

[1] Bajo Fernández, op. cit., p. 358.

FOTOCOPIA DE LIBRO EN DERECHO

Al reglar estas figuras el Código incurre en uno de sus principales defectos, el casuismo, que llega a extremos exagerados. No obstante los detalles y pormenores en que incurre, no consideró uno de los problemas que enfrenta la realidad de nuestro tiempo, la gravedad que alcanzan los incendios de bosques, que ha tenido que ser objeto de una legislación particular en la denominada Ley de Bosques (Decreto Ley N° 4.363, de 1931), cuyo texto ha sido materia de numerosas modificaciones.

Las figuras que integran los atentados de destrucción son el incendio, los estragos y los daños, los párrafos siguientes se ocuparán de su estudio.

El delito de incendio

210. ANTECEDENTES GENERALES

El delito de incendio es de antigua data en el derecho romano, se castigaba con excepcional rigurosidad cuando tenía lugar dentro de Roma o en sus alrededores (Lex Cornelia de Sicariis). El derecho español consideró ese delito en el Fuero Juzgo y en Las Partidas, particularmente cuando afectaba a bosques y mieses. El sistema nacional tiene su antecedente en el Código español de 1848 y el de Bélgica[2] y el primer proyecto de articulado lo redactó el Secretario de la Comisión, Manuel Renjifo.

211. CARACTERÍSTICA DEL DELITO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La característica de este delito es el medio de ejecución, que es el fuego, pero ello es insuficiente para determinar su verdadera naturaleza, que depende de la visión política criminal que se tenga del mismo. Puede concebirse como un delito contra la propiedad, por el *daño que provoca en los bienes* de las personas y por la ubicación que se le dio en el Código Penal podría pensarse que esa sería su identidad. También puede concebirse como un suceso

[2] Sesión N° 102, de 22 de julio de 1872.

que atenta a la seguridad pública por el *riesgo de su propagación* y sus posibles consecuencias perjudiciales para las personas (la vida o la integridad física de éstas) y para los bienes ajenos. En el primer caso se trataría de un delito de *lesión o de resultado,* en el segundo de un *delito de peligro.*

Es frecuente que las legislaciones, como sucede con la nacional, conciban el incendio con criterios pragmáticos y le reconozcan naturaleza múltiple, sea de daño, de peligro o de ambas alternativas a la vez. Esa circunstancia hace complejo encontrar una definición del delito omnicomprensiva de sus distintas posibilidades.[3]

El *bien jurídico en el incendio* no es único; nuestro sistema a veces ha considerado la vida o la integridad física de las personas, en otras ocasiones los bienes materiales mismos, y en determinadas circunstancias el peligro para la seguridad colectiva. Ejemplo del primer caso se encuentra en el art. 475, del segundo en los arts. 476, 477 y 478 y del último en los arts. 475 y 479.[4] De manera que no es posible sostener que el incendio tiene un bien jurídico único que responda a las diversas formas sancionadas de provocar un incendio, todas las que han recibido un tratamiento punitivo distinto.

En esencia, este delito es de *lesión* o de resultado, tanto porque se encuentra ubicado entre aquellos que atentan contra la propiedad (el Título IX), como por el hecho que su característica es la destrucción o deterioro de una cosa por el fuego, sin perjuicio de que a veces se considere además la lesión o muerte

[3] Por lo indicado resultan insatisfactorias definiciones como la expresada por Etcheberry: "la destrucción de cosas mediante el fuego, con peligro para las personas o la propiedad" (*D.P.,* t. III, p. 462), porque no siempre el peligro es considerado, sino solo por excepción. En el mismo sentido que Etcheberry, el trabajo colectivo dirigido por Antonio Bascuñán Valdés, *El delito de incendio,* Editorial Jurídica de Chile, 1974, p. 63; Sanchis Ferrero, Julia Aurora, *El delito de incendio y la piromanía,* Buenos Aires, 1961, pp. 20 y ss.

[4] Sectores de la doctrina nacional lo han calificado como delito de daño o de peligro para las personas, según las circunstancias del hecho (Labatut, *D.P.,* t. II, p. 259). Se ha sostenido a su vez que se trata exclusivamente de un delito de peligro abstracto, en el que concurriendo determinadas circunstancias, el legislador pasa a presumir que hubo peligro, sin que se pueda rendir prueba en contrario (Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 464). Lo cierto es que el incendio es un delito de lesión, sin perjuicio de que en determinados casos para regular la sanción se considere el peligro que involucra.

de personas, o su comunicación a otros objetos o el peligro de la seguridad pública.

212. LA CONDUCTA PROHIBIDA EN EL INCENDIO

La acción prohibida en este delito está precisada en las expresiones empleadas por los artículos al describir los hechos prohibidos. En los arts. 474, 476 y 477, se alude tanto al que incendiare como al incendiario; el art. 478 emplea formas de expresión como "aplicarse el incendio a...". De consiguiente, lo prohibido en este delito es la acción *de prender fuego a una cosa ajena* para destruirla o deteriorarla. La conducta consiste en provocar la combustión de algo; la trascendencia o magnitud de ese fuego no es significativa, suficiente es que el objeto principie a arder. Lo que se castiga es destruir o dañar bienes mediante el fuego, como se desprende claramente del art. 477 que regula la sanción según la valoración del "daño causado a terceros" y del art. 479 que considera "la destrucción" de otros objetos, como se desprende del contexto del párrafo respectivo. El verbo *incendiar* lo emplea el legislador en sentido corriente, vulgar, o sea prender fuego a algo que no debería quemarse; el fuego provocado o comunicado a una cosa que no debe ser puesta en llamas o en ignición, eso es lo que caracteriza a la actividad prohibida. No se exige, como algunos autores afirman, que se provoque un fuego incontrolable, lo que importa vincularlo con la noción de peligro.[5] Conforme esa tesis quedaría fuera del delito en estudio la destrucción de una cosa ajena mediante fuego si se emplean los recursos técnicos que existen en la actualidad que permiten que ese fuego sea cuidadosamente controlado por su autor, lo que está fuera del texto y del espíritu de la ley. En el Código Penal el delito de incendio es un delito de daño cometido con fuego,[6] que si bien frecuentemente es un medio catastrófico, esta circunstancia no es inherente al delito; sin perjuicio que cuando se causen muertes o lesiones o exista la posibilidad de

[5] En ese sentido Soler, op. cit., t. IV, pp. 524 y ss.; Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 462.

[6] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 359; E. Orts, op. cit., p. 990; Rodríguez Ramos, Luis, op. cit., t. II, p. 358; trabajo colectivo dirigido por Antonio Bascuñán Valdés, op. cit., p. 55.

ciertos peligros que la misma normativa determina, se tengan esos hechos en consideración, pero solamente como un plus, como una extensión del bien jurídico protegido.

Es posible la comisión del delito de incendio mediante una *omisión,*[7] pues si bien la mayor parte de las disposiciones que describen los tipos de incendio emplean expresiones que lo presentan como un comportamiento activo –al que incendiare–, atendida la naturaleza del tipo penal es susceptible de concretarse por omisión (impropia), cuando el agente se encuentra en una posición de garante en relación a la persona que enciende el fuego o respecto del bien que está en riesgo de combustión (el padre del menor que no impide que éste encienda fuego a las cortinas de la casa donde está de visita; el cuidador nocturno de la fábrica que constata el cortocircuito que se ha producido y no adopta ninguna medida para impedir sus consecuencias).

213. EL OBJETO SOBRE EL CUAL RECAE LA ACCIÓN

Del conjunto de disposiciones que se ocupan de reglar los delitos de incendio, se desprende que el objeto material sobre el cual debe recaer la acción del agente ha de ser una cosa ajena, sea *mueble o inmueble, pública o privada, individual o colectiva.* Los arts. 474, 475, 477 mencionan a los "buques", "tren de ferrocarril", "objetos no comprendidos en los artículos anteriores"; el art. 476, entre otros, se refiere al incendio de "edificios", el art. 478 a "chozas", "cobertizos"; el art. 475 menciona a las bibliotecas, museos, arsenales, monumentos públicos, y el art. 476 inciso segundo a bosques,[8] mieses, pastos, montes.

Prender fuego a cosa propia no constituye incendio, salvo excepciones, como lo señala el art. 482: "El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, *aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia.*

[7] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 360.

[8] El incendio de bosques ha sido objeto de una reglamentación especial en la denominada "Ley de Bosques" (Decreto Ley de 1931, N° 4.363), que ha tenido numerosas modificaciones después de su promulgación.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Pero no incurrirá en tales penas el que rozare a fuego, incendiare rastrojos u otros objetos en tiempos y con circunstancias que manifiestamente excluyan todo propósito de propagación, y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia".

También el incendio de cosa propia puede ser sancionado cuando con ello perjudique a terceros, como se desprende del art. 483, a través de fórmulas de presunciones: "Se presume responsable de un incendio al comerciante *en cuya casa o establecimiento tiene origen aquél*, si no justificare con sus libros, documentos u otra clase de prueba, que no reportaba provecho alguno del siniestro.

Se presume también responsable de un incendio al *comerciante* cuyo seguro sea exageradamente superior al valor real del *objeto asegurado* en el momento de producirse el siniestro. En los casos de seguros con póliza flotante se presumirá responsable al comerciante que, en la declaración inmediatamente anterior al siniestro, declare valores manifiestamente superiores a sus existencias".

214. EL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL DELITO DE INCENDIO

Las diferentes disposiciones que se refieren al delito lo describen como "el que incendiare", o al "incendiario", o "el que ejecutare un incendio", expresiones que al relacionarlas con la acción prohibida, que consiste en destruir una cosa por el fuego, obligan a concluir que se requiere dolo directo para que el delito se conforme, el dolo eventual es insuficiente, salvo excepciones. El sujeto activo debe tener la voluntad de destruir aquello que pone en ignición, lo que deja de lado la culpa, sin perjuicio que en algunas hipótesis proceda el dolo eventual (arts. 475 y 479).

215. LAS ETAPAS DE EJECUCIÓN. CONSUMACIÓN DEL DELITO

Como todo delito de lesión o de resultado, el incendio se consuma desde que el tipo objetivo se cumple en el evento real, esto es, desde que el fuego inicia la destrucción de la cosa de que se trate. El objeto que se pretende destruir o dañar debe iniciar su combus-

tión, sin que ofrezca relevancia para estos efectos el hecho que las llamas o la ignición adquieran grandes proporciones o se hagan incontrolables; esta circunstancia no ha sido considerada por el Código nacional. Es necesario para la consumación que se haya iniciado la destrucción o deterioro de la especie objeto del delito, aunque no importa que no se logre su total destrucción o deterioro. El delito se consuma cuando el objeto entra en ignición, sin que tenga importancia el grado de combustión que alcance.

Como se trata de un delito de resultado, cuya acción se puede parcializar, es posible concebir la tentativa y la frustración. El sujeto que quiere incendiar el automóvil *incombustible* de un tercero será autor de tentativa si en la ignorancia de la referida condición, luego de haber lanzado parafina en el lugar donde está estacionado, pretende encender este líquido inflamable, pero un policía impide que lo haga. Responderá de incendio frustrado si enciende la parafina, y dada la naturaleza del automóvil el fuego provocado no logra ponerlo en ignición.

216. LOS TIPOS PENALES DE INCENDIO SANCIONADOS POR EL CÓDIGO PENAL

Hay varios tipos penales descritos en el párrafo N° 9, pero el legislador estableció una *figura genérica* en el art. 478, porque sanciona el daño causado mediante fuego de cualquier objeto que valga más de cuatro sueldos vitales, con excepción de aquellos que están expresamente considerados en los artículos anteriores.

Quedan excluidos de esa figura genérica: a) los incendios ocurridos en cualquier lugar, si han causado la muerte, mutilación o lesión gravísima de una o más personas (art. 474); b) los provocados en edificios o lugares especiales enumerados en los arts. 475 y 476, o en buques de guerra o mercantes cargados con explosivos, depósitos de pólvora, museos, bibliotecas, oficinas o monumentos públicos y lugares semejantes, y c) el que incendiare cosas cuyo valor no excediere de cuatro sueldos vitales, o choza, pajar o cobertizo (art. 478). Los tipos señalados en las letras a) y b) son *agravados* y el citado en la letra c) es *privilegiado.*

En los párrafos siguientes se comentarán los referidos tipos, iniciando el estudio con la figura genérica reglada en el art. 477.

217. LA FIGURA GENÉRICA DE INCENDIO (ART. 477)

El art. 477 expresa: "El *incendiario de objetos no comprendidos* en los artículos anteriores será penado:

1°. Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si *el daño causado a terceros* excediere de *cuarenta unidades tributarias mensuales.*

2°. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el *daño excediere* de *cuatro unidades tributarias mensuales* y no pasare de *cuarenta unidades tributarias mensuales.*

3°. Con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de *cinco unidades tributarias mensuales,* si el *daño excediere de una unidad tributaria mensual* y no pasare de *cuatro unidades tributarias mensuales".*

Si bien el delito descrito en el art. 477 se presenta como un tipo de naturaleza *subsidiaria,* en realidad constituye al apreciarlo en su contexto la figura general de incendio entendido como delito de lesión o daño material, porque la enumeración de objetos que se hace en los arts. 475 y 476, aunque extensa, se refiere exclusivamente a algunos de los que pueden destruirse por el fuego, y por ello tienen un carácter de excepcional.

El objeto sobre el cual recae la acción o que es objeto de la omisión, puede ser mueble o inmueble, público o privado, pero siempre debe ser *ajeno,* característica esta última que se desprende de lo señalado en el art. 482 inciso primero, como se hizo notar en el párrafo anterior.

La acción prohibida debe cumplir con las condiciones que se señalaron al tratar la conducta prohibida.

La *pena* que corresponde a este delito es compuesta por una privativa de libertad y otra pecuniaria, su regulación depende del valor del daño causado, el que debe ser objeto de regulación por el tribunal que instruye el proceso.

218. COMUNICACIÓN DEL FUEGO DEL OBJETO DE LA ACCIÓN INCENDIARIA A OTROS BIENES

Puede suceder que el autor del delito haya pretendido dañar o destruir un objeto determinado, pero por las condiciones en

que se encontraba, el fuego se comunicó a otros bienes cuyo incendio el autor no pretendía y para los cuales la ley señala una pena mayor. Con criterios objetivistas, de responsabilizar por el resultado, el Código Penal establece la siguiente regla en el art. 479: "Cuando el fuego se *comunicare* del objeto que el culpable se propuso quemar, a *otro u otros cuya destrucción,* por su naturaleza o consecuencias, debe *penarse con mayor severidad,* se *aplicará la pena más grave,* siempre que los objetos incendiados estuvieren colocados de tal modo que el fuego haya *debido comunicarse* de unos a otros, atendidas las circunstancias del caso". El autor en estos casos, como en todo delito de incendio, debe actuar con dolo en relación al objeto que pretende quemar, pero respecto de aquellos otros daños que no estaban en su mira, pero que eran previsibles, para que se le imponga la sanción más grave que a éstos les señala la ley, por lo menos debe haber incurrido en culpa o en dolo eventual en relación a este mal mayor, según las circunstancias.[9]

Objetivamente es necesario que las cosas a las cuales se comunicó el fuego, se hayan encontrado en una posición material que hacía posible esa propagación y esto era previsible.

219. INCENDIO DE BIENES PROPIOS

Incendiar bienes propios en general no constituye delito de incendio, pero excepcionalmente puede constituir uno cuando pone en peligro a personas o bienes ajenos, o cuando dolosamente han sido empleados los bienes propios como medio de cometer un delito de incendio de objetos ajenos. De esta última hipótesis se preocupa el art. 482: "El culpable de incendio o estragos no se eximirá de las penas de los artículos anteriores, *aunque para cometer el delito hubiere incendiado o destruido bienes de su pertenencia.*

Pero no incurrirá en tales penas el que *rozare a fuego,* incendiare *rastrojos u otros objetos* en tiempos y con circunstancias que manifiestamente excluyan *todo propósito de propagación,* y observando los reglamentos que se dicten sobre esta materia".

[9] Cfr. Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 471.

El inciso segundo se refiere a la quema de *rastrojos* (paja que se forma en el campo después de las cosechas) y al *roce de tierras* (quemar árboles, arbustos y malezas que existen en un terreno para prepararlo para labores agrícolas); se comprende también el incendio de *otros objetos,* que al tenor de la disposición han de ser análogos a los antes indicados. Si se hacen estas labores por el propietario de esos elementos no incurre en delito, salvo que –como lo señala la disposición transcrita– el fuego del roce o de los rastrojos se comunique a bienes ajenos, de terceros. Pero aun en este caso, si el propietario al realizar tales labores se atuvo *a los reglamentos y no tenía el propósito* de que el fuego se propagara en la forma en que sucedió, no incurre en delito penal; eso es lo que expresa el art. 482, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que le correspondan por los daños que puede haber causado a los bienes de otras personas.

220. TIPOS DE INCENDIO AGRAVADOS

Para agravar la sanción en el caso del incendio, el Código Penal considera tres circunstancias: a) Que el incendio cause la muerte de una o más personas, o sin privarlas de la vida, les mutile un miembro importante o les cause una lesión de las calificadas como gravísimas (art. 474); b) que el fuego ponga en peligro la vida o salud de alguna persona (art. 475 N° 1), y c) cuando la cosa incendiada por su naturaleza pusiere en riesgo la seguridad pública (arts. 475 N° 2 y 476).

a) Que el incendio cause la muerte de una o más personas, o sin privarlas de la vida les mutile un miembro importante o les cause una lesión de las calificadas como gravísimas (art. 474).

Es el artículo 474 el que se refiere a esta materia, expresando: "El que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque *u otro lugar cualquiera,* causando *la muerte de una o más personas* cuya presencia allí *pudo prever,* será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

La misma pena se impondrá cuando del incendio no resultare muerte sino *mutilación de miembro importante* o *lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397.*

Las penas de este artículo se aplicarán respectivamente en el grado inferior de ella si *a consecuencia de explosiones* ocasionadas por incendios, *resultare la muerte o lesiones graves* de personas que se hallaren a *cualquier distancia del lugar* del siniestro".

La disposición se refiere a distintos lugares, pero por vía de ejemplo y para precisar que su naturaleza es indiferente, puede ser una cosa inmueble como una mueble, de allí la cita de un *edificio, tren de ferrocarril o buque.* Lo interesante es que se puede tratar del fuego de "otro lugar cualquiera"; lo exigido es que se encuentren en él una o más personas en el momento del siniestro y que alguna muera a consecuencia del incendio, o quede mutilada de un órgano importante (los precisados en los arts. 395 y 396) o sufra una lesión de aquellas indicadas en el art. 397 N° 1.

El tipo subjetivo exige que el autor haya actuado con *dolo respecto del incendio,* o sea, haya querido poner en llamas el lugar de que se trate, pero en cuanto a la muerte, mutilación o lesiones, ellas pueden quedar al margen del dolo, es suficiente que el agente haya sabido o *podido saber que se encontraban una o más personas en el lugar;* en otros términos es *suficiente la culpa respecto de esos resultados* no perseguidos por el autor.

Innecesariamente se dejó constancia en las actas por la Comisión Redactora que no quedaban comprendidas las muertes o lesiones que sufrieran las personas que voluntariamente se acercaban o introducían al lugar[10] durante el incendio, porque el art. 474 es categórico al hacer referencia a las personas que estaban presentes en el lugar en el momento en que se provocó el fuego.

El inciso final de la disposición se refiere a la situación extrema de que la lesión o muerte de una persona que se *hallare a cualquier distancia* del lugar del siniestro sea consecuencia de las explosiones provocadas por el incendio, y establece que la pena en estas alternativas será inferior en un grado a las que prescribe en su texto. Esta norma importa una peligrosa inclinación a castigar por el resultado y no por la culpabilidad.

[10] Acta N° 103, de 25 de julio de 1872.

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

b) Que el fuego ponga en peligro la vida o salud de alguna persona (art. 475 N° 1).

El art. 475 N° 1 tiene el siguiente tenor: "Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo:

1°. Cuando ejecutare el incendio en edificios, tren de ferrocarril, buque o lugar habitados o en que actualmente hubiere una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia".

El precepto transcrito se explica por sí solo, el agente debe provocar *dolosamente* un incendio en cualquier lugar mueble o inmueble; lo único que se requiere es que en el mismo se encuentren una o más personas, como se señaló en la hipótesis comentada en el párrafo anterior, pero aquí lo que se reprime –aparte del incendio mismo– es el peligro en que se colocó a esas personas que estaban presentes, peligro que al agente, por lo menos, le debe ser atribuible a culpa. El incendiario quiere provocar el fuego en el lugar, pero no persigue matar o lesionar a las personas que allí se encuentran, cuya existencia puede ignorar, pero que era previsible. Es conveniente señalar desde luego que si bien el legislador emplea las expresiones "lugar" en los arts. 474, 475 y 476 y "objeto" en los arts. 477, 478 y 479, de ese uso no puede colegirse que ha pretendido darles un sentido diferente. El contexto de las disposiciones y la aplicación genérica que tienen los arts. 479 y 482, permiten colegir que las palabras en cuestión se usan con igual alcance para comprender cosas muebles o inmuebles.

c) Cuando la cosa incendiada, por su naturaleza, pusiere en riesgo la seguridad pública (arts. 475 N° 2 y 476).

La ley penal se preocupó de reglar dos situaciones donde la seguridad pública resulta puesta en peligro atendidos los lugares o cosas que se incendian, por ello sin perjuicio de la sanción por el incendio mismo, se agrava ésta por el peligro que la acción del incendiario involucra para toda la sociedad.

El art. 475 N° 2 señala: "Se castigará al incendiario con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

2°. Si lo ejecutare en buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, en buques de guerra, arsenales, astille-

ros, almacenes, fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u *otros lugares análogos* a los enumerados".

En la enumeración de los lugares el legislador incurre en cierto abigarramiento casuístico; naves, astilleros, arsenales, fábricas o depósitos de pólvora son recintos donde se guardan o mantienen sustancias altamente explosivas, de manera que incendiar los mismos es crear un serio peligro para la comunidad. La norma comprende lugares de interés público, como las bibliotecas, los museos, oficinas y monumentos públicos. Prender fuego a alguno de esos lugares, u otros análogos, es crear un peligro a la administración del Estado y a la comunidad misma en cuanto a los servicios que en ellos se prestan, lo que justificaría que se haya agravado la pena.

El art. 476 se ocupa de la segunda situación que el legislador considera como peligrosa por sí misma. La disposición expresa: "Se castigará con presidio mayor en cualquiera de sus grados:

1°. Al que incendiare un *edificio destinado a servir de morada,* que no estuviere actualmente habitado.

2°. Al que *dentro de poblado* incendiare *cualquier edificio o lugar,* aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación.

3°. El que incendiare *bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos".*

Se impone una sanción de particular gravedad al incendiario de ciertos recintos o lugares que crean peligro por su trascendencia, sea que estén ubicados en una población o en el campo.

En el N° 1 la disposición menciona un *edificio destinado a servir de morada,* pero que aún no presta esa función, se encuentre en un poblado o en el campo; debe tratarse de un "edificio" que se destina a que personas vivan en él, lo ocupen como morada.

En el N° 2 se vuelve a hacer referencia a un *edificio o lugar,* sin importar su destino, pero que se encuentre en un poblado, que ha de entenderse como un conjunto de construcciones donde la gente vive, aunque no alcance el rango de una ciudad.

Por último, en el N° 3 se alude a los incendios que se provocan en el campo o la actividad agrícola usando expresiones que –como las empleadas en los números anteriores– deben ser

entendidas en su sentido corriente, el que coincide con su alcance lexicográfico. *Bosque* es un sitio poblado por árboles y matas, *mieses* corresponde a los sembrados de granos, particularmente de trigo; *pastos* son las hierbas de los terrenos donde el ganado se alimenta directamente; *montes,* terrenos incultos poblados por árboles, arbustos o matas; *plantíos* son las tierras plantadas, y por *cierros* se entienden las tapias, cercas o vallados que separan los terrenos, sean de madera, de vegetales (cercos vivos) o de otro material. Si se vincula la gravedad de la sanción dispuesta por la ley penal con la naturaleza de las acciones descritas, se concluye que la prohibición no se relaciona con el daño causado por esas acciones, sino por el peligro intrínseco que conllevan.

221. DELITOS DE INCENDIO PRIVILEGIADOS

En casos especiales que se indican en el artículo 478, el incendio de objetos o cosas que tienen poco valor, no se castiga con las sanciones prescritas para este delito, sino que con las que corresponden al "delito de daños". El texto del art. 478 es el siguiente:

"En caso de aplicarse el incendio a *chozas, pajar o cobertizo* deshabitado o a *cualquier otro objeto cuyo valor no excediere de cuatro sueldos vitales* en tiempo y con circunstancias que manifiestamente *excluyan todo peligro de propagación,* el culpable no incurrirá en las penas señaladas en este párrafo; pero sí en las que mereciere por el *daño que causare,* con arreglo a las disposiciones del párrafo siguiente".

El precepto ratifica la afirmación de que las cosas sobre las cuales recae la acción deben ser *ajenas,* pues si se queman las propias con las seguridades señaladas en la disposición y cumpliendo con la normativa reglamentaria, simplemente se ejerce un derecho. De allí que cuando un tercero realiza esas acciones responde penalmente, pero no por el incendio en sí, sino única y exclusivamente por los daños causados; vale decir, como autor del delito de daños.[11]

[11] En la doctrina nacional se ha mantenido la idea de que el incendio es un delito de peligro, y se ha tratado de interpretar toda la normativa legal a través de esa visión, sin respetar –a nuestro entender– el claro sentido que se desprende de

La enumeración de objetos que hace la disposición es sólo ejemplar, pues comprende la de *cualquier otro objeto,* siempre que su valor *no supere los cuatro sueldos vitales.* Es útil resaltar que para adecuar el delito en esta disposición lo importante no es determinar el valor del daño causado, *sino del objeto incendiado,* que pueden ser distintos. Además el hecho debe llevarse a cabo en tiempo y condiciones que claramente *excluyan el peligro de propagación del fuego.* Por otra parte, aun en el caso de que el objeto del siniestro tenga un valor no superior a cuatro sueldos vitales, si el monto del daño causado no supera el valor de una unidad tributaria el hecho debe ser sancionado como *falta,* conforme lo dispone el art. 495 N° 21. De más está insistir en los descuidos legislativos, pues se introdujeron modificaciones al Código para emplear la unidad tributaria en la regulación del monto de las multas y la cuantía de diversas materias, pero ha mantenido la noción de sueldo vital para otras, entre ellas a la que se refiere la disposición en estudio, con la desarmonía consiguiente.

222. LA TENENCIA DE BOMBAS EXPLOSIVAS O LA REALIZACIÓN DE ACTOS PREPARATIVOS PARA INCENDIAR

La ley penal, con criterio parecido al que tuvo en el delito de robo con el art. 445, adelanta peligrosamente la represión penal en relación al incendio y los estragos en el art. 481, que señala: "El que fuere aprehendido *con bombas explosivas* o *preparativos conocidamente dispuestos para incendiar* o causar alguno de los estragos expresados en este párrafo, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio; *salvo* que pudiendo considerarse el hecho *como tentativa de un delito determinado* debiera castigarse con mayor pena".

Se califica como delito el mero hecho de tener bombas explosivas o preparativos dispuestos para incendiar, lo que ha de entenderse como implementos de otra clase que sirvan para pro-

los preceptos positivos en el alcance de que se trata de un delito de lesión. Ello ha llevado en buena parte a sostener que el dueño de la cosa incurre en incendio si le prende fuego, lo que las normas positivas no sancionan –salvo excepciones–, ampliando los tipos penales a situaciones que no corresponden. En esta línea de pensamiento se encuentra Alfredo Etcheberry (*D.P.,* t. III, pp. 461 y ss.).

vocar fuego. La expresión "conocidamente" importa que aparezcan, conforme las circunstancias, como claramente dirigidos a la realización de un incendio. Subjetivamente, como el actor tiene que conocer y querer la concreción de los elementos objetivos, debe actuar dolosamente, o sea tiene que conocer la naturaleza de esos implementos y tenerlos precisamente para incendiar. El precepto legal ha subsistido en nuestro sistema, aunque son tan categóricas y obvias las razones que aconsejan su supresión, que para así sostenerlo no son necesarios mayores comentarios.

223. DISPOSICIONES ESPECIALES QUE SE REFIEREN EN PARTICULAR A LOS COMERCIANTES EN RELACIÓN CON EL DELITO DE INCENDIO

La tendencia del legislador ha sido la de dar un tratamiento más estricto al comerciante que enfrenta el incendio de su casa o establecimiento y, al efecto, endurece la sanción que le corresponde al imponerle una multa que no afecta al incendiario no comerciante.

Coetáneamente establece varias presunciones de autoría en su contra, que tampoco rigen para el no comerciante. A continuación se analizarán brevemente ambas situaciones.

a) Sanción especial para los comerciantes responsables de incendio

El Código Penal, con particular rigor, establece una sanción pecuniaria para el comerciante responsable de un delito de incendio, cualquiera que éste sea porque no distingue al respecto, la que debe aplicársele además de aquella señalada en cada caso al tipo penal correspondiente. Así lo dispone el art. 483 b): "A los *comerciantes responsables* del delito de incendio se les aplicará también una *multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales,* tomándose en cuenta para graduarla la naturaleza, entidad y gravedad del siniestro y las facultades económicas del inculpado.

Si no se paga la multa, el condenado sufrirá por vía de *sustitución y apremio, un día* de *reclusión* por cada un *quinto de unidad tributaria mensual* de multa, no pudiendo exceder la reclusión de seis meses.

La multa impuesta se mantendrá en una cuenta especial a la orden de la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, la cual anualmente la distribuirá proporcionalmente entre los distintos Cuerpos de Bomberos en el país".

La multa en cuestión debe aplicarse al comerciante sea que haya intervenido como autor o cómplice del delito; pensamos que no es posible aceptar que pueda calificarse al encubridor, para estos efectos, como responsable del delito de incendio, expresiones que aluden a los que han intervenido en la producción o comunicación del fuego, en tanto que el encubrimiento dice relación con la ocultación o disimulación del hecho o de sus responsables.

b) Presunciones sobre responsabilidad del comerciante en el delito de incendio.

En el art. 483 se establecen una serie de presunciones, de naturaleza *legal,* respecto de la responsabilidad que a los comerciantes les puede afectar con ocasión de un delito de incendio. Son presunciones *simplemente legales,* que admiten prueba en contrario.

El art. 483 prescribe: "Se *presume responsable de un incendio* al comerciante en cuya *casa o establecimiento tiene origen* aquél, si no justificare con sus *libros, documentos u otra clase de prueba, que no reportaba provecho alguno del siniestro.*

Se *presume también responsable* de un incendio al *comerciante cuyo seguro sea exageradamente superior al valor real* del objeto asegurado en el momento de producirse el siniestro. En los casos de seguros con póliza flotante se presumirá responsable al comerciante que, en la declaración inmediatamente anterior al siniestro, declare valores manifiestamente superiores a sus existencias.

Asimismo, se presume responsable si en todo o en parte *ha disminuido o retirado las cosas aseguradas* del lugar señalado en la póliza respectiva, sin motivo justificado o sin dar aviso previo al asegurador.

Las presunciones de este artículo *no obstan a la apreciación de la prueba en conciencia".*

Las presunciones que aquí se indican afectan única y exclusivamente al comerciante y es tal, conforme al artículo 7° del Código de Comercio, aquel que hace del comercio su actividad habitual.

La disposición establece tres presunciones de *autoría* del delito; aunque el artículo 483 emplee la palabra "responsable", el contexto del precepto evidencia que se trata precisamente de atribuirle la autoría. Las presunciones son: a) cuando el fuego ha tenido origen en su casa (se refiere a aquella donde ejerce el comercio) o establecimiento; b) cuando el seguro sea exageradamente superior al valor real de las cosas aseguradas, y c) si ha retirado en todo o parte las cosas aseguradas del lugar señalado en la póliza.

En cada una de esas alternativas se indica la forma como desvirtuar esas presunciones, lo que no margina otra clase de pruebas.

224. SANCIÓN ESPECIAL PARA EL CONTADOR DEL COMERCIANTE O EL PARTICULAR QUE ADULTERE SU CONTABILIDAD

El art. 483 a) se preocupa de esta situación: "El *contador* o *cualquiera persona* que *falsee o adultere la contabilidad del comerciante que sufra un siniestro,* será sancionado con la pena señalada en el inciso segundo del *artículo 197;* pero no le afectará responsabilidad al contador por las existencias y precios inventariados".

La disposición está redactada en forma muy equívoca, pues se refiere a una adulteración de la contabilidad sin establecer si debe producirse antes o después del siniestro, y su tenor literal pareciera referirse a la adulteración realizada con posterioridad al incendio.

El delito se describe aparentemente desvinculado de aquel en que puede incurrir el comerciante con motivo del incendio, y aun podría sostenerse que se refiere exclusivamente a aquel en que el comerciante es víctima del incendio (*sufra* un siniestro), aunque la última frase del artículo plantearía una duda sobre este punto.

La sanción que se impone al contador o al particular que comete la falsedad, corresponde a la del delito de falsificación de instrumento privado que conforme al artículo 197 es de presidio menor en cualquiera de sus grados más una multa, a menos que lo adulterado sean letras de cambio o documentos mercantiles, alternativa en que debe aplicarse la referida pena en su grado máximo y la multa se aumenta en su cuantía.

El delito de estragos

225. ASPECTOS GENERALES

Tal como se señaló respecto del delito de incendio, el texto de las normas que se ocupan de los estragos (arts. 480 y 482) fue redactado por Manuel Renjifo, miembro de la Comisión Redactora, quien por instrucciones de la referida Comisión consideró para hacerlo el Código español de 1848 y el Código Penal belga. La proposición de Renjifo fue aprobada sin modificaciones y su tenor se ha mantenido hasta la fecha.

226. EL TIPO PENAL EN EL DELITO DE ESTRAGOS

Se encuentra descrito en el art. 480: "incurrirán respectivamente en las penas de este párrafo los que *causen estragos* por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes, explosión de minas o máquinas de vapor, y *en general por la aplicación de cualquier otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados*".

Se trata de un delito de *resultado,* porque exige que se cause un daño en la propiedad ajena empleando medios *catastróficos o calamitosos,* o sea altamente peligrosos. Lo señalado se colige de la enumeración de orden ejemplar de la disposición: *sumersión o varamiento* de una nave, que equivale a hundirla o encallarla; *inundación,* que no es otra cosa que invadir o anegar con agua terrenos con el desastre que ello conlleva; *explosión de minas o máquinas de vapor.* La voz "explosión" se ha empleado en su significado corriente, esto es "liberación brusca de una gran cantidad de energía encerrada en un volumen relativamente pequeño"; por minas han de entenderse tanto los recintos de minerales como los artefactos explosivos, el legislador no hizo diferencia sobre el punto.

La enumeración es meramente enunciativa, porque termina refiriéndose a "cualquier otro agente de destrucción tan poderoso como los expresados". La redacción no fue feliz, la enumeración no comprende *medios de destrucción* propiamente sino sucesos o desastres de envergadura, pero que –en todo caso– son

indiciarios de aquellos a los cuales el precepto pretende referirse, que han de tener el gran poder destructivo que los referidos eventos suponen.

Al igual que en el delito de incendio, los bienes perjudicados o dañados han de ser *ajenos,* lo que se desprende del art. 480 al relacionarlo con el art. 482, que castiga como autor del delito de daños al que para cometerlo haya tenido que destruir bienes propios.

El tipo penal requiere de dos elementos importantes en el aspecto objetivo: el empleo de medios destructivos altamente peligrosos, por un lado, y la provocación de daños de importancia o gravedad extrema, por el otro. La conducta prohibida involucra riesgo en cuanto a la forma de llevarla a cabo y catástrofe en relación a los efectos; ambas circunstancias han de ir aparejadas en el delito de estragos y constituyen su característica, como se desprende claramente del contexto del artículo 480.

227. EL TIPO SUBJETIVO

El delito de estragos es doloso, exige la concurrencia de una voluntad dirigida a emplear el medio catastrófico y a provocar un daño de proporciones, aunque sea a título de dolo eventual. En otras legislaciones, como sucede en la de España, se extiende la responsabilidad a los comportamientos *culposos.* El art. 267 de ese país sanciona los deterioros causados por imprudencia grave, siempre que su valor exceda cierta cuantía, pero como delito de daños porque el delito de *estragos* como tipo especial ha sido eliminado.

Es interesante observar que en el plano subjetivo es posible diferenciar el delito de estragos de la circunstancia agravante del art. 12 N° 3, que consiste en cometer un delito mediante el uso de medios de naturaleza catastrófica. La agravante, si bien exige el empleo de medios de ejecución que en la materialidad pueden causar grandes estragos, la actividad del delincuente tiene una dirección subjetiva diversa a la perpetración de daños de envergadura en la propiedad ajena, lo que pretende es concretar otros hechos típicos, como podría ser la muerte de una o varias personas, donde la catástrofe se presenta como una forma o modalidad de ejecución.

La circunstancia del N° 10 del art. 12, que también agrava la responsabilidad y que consiste en cometer un delito *con ocasión* de un incendio, inundación u otra calamidad, tampoco ofrece problemas con el delito de estragos, porque en esta hipótesis el delincuente se limita a aprovechar esas desgracias, en cuya ocurrencia no ha tenido intervención, para cometer un delito distinto.

228. ETAPAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO DE ESTRAGOS

Este delito se entiende consumado, como todo tipo resultativo o de lesión, cuando se provoca el daño calamitoso; de consiguiente son posibles las etapas de frustración y de tentativa propiamente tal.

229. PENA QUE CORRESPONDE AL DELITO DE ESTRAGOS

El art. 480 no determina una sanción particular para este delito, sino que hace aplicable cualquiera de las establecidas para el de incendio en las distintas hipótesis que describe en los artículos que preceden al recién citado. La disposición expresa: "Incurrirán respectivamente en las penas de este párrafo los que causen estragos...", de modo que frente a la ocurrencia de un delito de estragos, para precisar la pena que corresponde aplicar se deberá homologar el hecho a alguno de los tipos penales correspondientes a los delitos de incendio, sistema absolutamente inadecuado, pues deja en un ámbito de incertidumbre la sanción a imponer, puesto que no siempre resultan compatibles las distintas figuras.

230. TENENCIA DE BOMBAS EXPLOSIVAS

Al tratar el delito de incendio se comentó el art. 481, que sanciona al que fuere aprehendido con bombas explosivas o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o *causar alguno de los estragos expresados en este párrafo.* Lo señalado en esa oportunidad se da por reproducido en este apartado.[12]

[12] Véase supra, párrafo N° 224.

El delito de daños

231. ASPECTOS GENERALES

Los códigos penales han mantenido esta figura particular para identificar las acciones productoras de perjuicios o de destrucción de la propiedad ajena. La expresión *daños* se emplea, a su vez, en otras áreas del derecho, como la civil, para referirse a los menoscabos que ameritan indemnización, lo que sucede en particular en los arts. 2314 y siguientes del C.C., que reglan los delitos y cuasidelitos *civiles,* como fuente productora de indemnización pecuniaria para quien ha sufrido el menoscabo o destrucción de alguno de sus bienes.

La expresión *daños* puede ser objeto de interpretaciones disímiles, y en el hecho las diversas áreas del derecho no siempre la entienden en un sentido unitario. De manera que, en general, han de descartarse los alcances estrictamente semánticos de la palabra, porque lo que corresponde determinar es el sentido sistemático del *delito de daño,* que es un instituto jurídico, o sea algo distinto al significado que puede tener la voz *daño* para efectos lexicográficos.

La figura penal, históricamente, tiene antecedentes en la primitiva Ley Aquilea en el ordenamiento jurídico romano, que era una muy completa reglamentación destinada a conseguir la reparación por los daños inferidos. En la legislación española también fue objeto de reconocimiento en textos tan importantes como el Fuero Juzgo, que hacía referencia tanto a la propiedad urbana como a la rural, y las Siete Partidas. Para estructurar el texto nacional la Comisión Redactora se basó en el Código español de 1848 y en el Código belga; su redacción se encomendó a don Manuel Renjifo, integrante de esa Comisión.[13]

232. CONCEPTO DEL DELITO

En el art. 484 el Código Penal da una noción genérica de lo que constituye el delito de daños: "Incurren en el delito de daño y están sujetos a las penas de este párrafo, los que en la *propiedad*

[13] Acta de la Comisión Redactora N° 104, de 29 de julio de 1872.

ajena causaren alguno que *no se halle comprendido en el párrafo anterior*".

El carácter *residual o subsidiario* del tipo penal en estudio queda expresamente señalado por el artículo transcrito; sólo aquellos daños no comprendidos en los párrafos anteriores –el incendio y los estragos, ya antes comentados– son los que pueden constituir el presente delito de daños. Quedan excluidos, entonces, los menoscabos o destrucciones de bienes ajenos provocados por el fuego o por el empleo de medios catastróficos. Por mandato del art. 488, además quedan excluidos aquellos daños que es posible adecuar en otros delitos que merezcan mayor pena, circunstancia que confirma su carácter de figura subsidiaria. La disposición citada expresa: "Las disposiciones del presente párrafo sólo tendrán lugar cuando el hecho *no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena*".

233. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien objeto de protección en el delito de daños es la *propiedad* de las cosas ajenas; no es el bien mismo, sino las facultades inherentes al derecho de dominio, su uso, goce y disposición. Cuando esas facultades aparecen afectadas por la acción de un tercero, el derecho penal entra a proteger al titular del derecho con el delito de daños, siempre que esa acción *recaiga sobre la cosa misma.*

La propiedad que se ampara es la ajena, la de los terceros, que puede tener el carácter de *pública o privada,* porque en el art. 485 se hace alusión a bibliotecas, archivos, museos públicos, monumentos, estatuas y análogos.

Secundariamente el delito protege otra clase de bienes, como son el ejercicio de la autoridad, la seguridad pública, y aun el patrimonio del perjudicado. En esa dirección se toma en cuenta la circunstancia de que el autor persiga entorpecer la aplicación de las leyes, o causar infecciones o el contagio de animales domésticos, o la *ruina* del afectado (art. 485).

234. CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL

El tipo penal en el delito de daños ofrece varias interrogantes que es útil contestar. Como se adelantó precedentemente, la expresión

daños empleada por el art. 484 puede ser entendida en diversos sentidos. Corresponde en esta oportunidad determinarlo en el ámbito normativo penal concreto, precisando si se refiere al efecto de detrimento que sufre un bien o al comportamiento de una persona dirigido a provocar consecuencias lesivas. Y en este último caso, si comprende sólo el detrimento de una cosa o queda incluida también en el concepto de daño la destrucción o inutilización. Finalmente, cabe preguntarse si el perjuicio patrimonial de la víctima es elemento inherente al delito de daños.

El tipo penal es de *resultado o material,* de manera que se conforma por una actividad dirigida a provocar el daño y por la consecuencia de esa conducta, vale decir el real deterioro o destrucción de un bien ajeno. De modo que la figura está integrada tanto por la acción como por el efecto de aquélla, porque el tipo penal según el art. 480 consiste en *causar* un daño en la propiedad ajena, noción que confirman los arts. 484, 485 y 486.

Por daño ha de entenderse el menoscabo o detrimento que sufre una cosa o su destrucción.[14] Normalmente en ambas situaciones se habla de *daño,* sea que se desmejore una cosa (romper los vidrios de una casa, desinflar los neumáticos de un automóvil) o se destruya un bien (hacer astillas un mueble de madera, desarmar un televisor y romper sus piezas). El problema no se plantea en los aspectos señalados; existe acuerdo que ambos casos quedan comprendidos en la noción de daño. La duda se suscita en otros planos, como queda en evidencia en el conocido ejemplo del sujeto que libera los canarios de la jaula donde los mantiene su dueño o lanza al río el collar de perlas de una dama. Hipótesis donde las especies mismas no han sufrido ningún cambio o deterioro, pero su propietario pierde, como resultado de esas acciones, la posibilidad de ejercer sobre ellas las facultades inherentes al dominio de que es titular, puesto que la dueña del collar o de las aves ha sido privada de la posibilidad de gozar o disponer de esos bienes, aunque el collar o los pájaros se encuentren íntegros y sin detrimento alguno. Situaciones como las recién planteadas conforman el tipo penal de daños, en atención a que ésta es una figura que se ubica entre los atentados a la propiedad, o sea que

[14] Cfr. Rodríguez Ramos, Luis, op. cit., p. 352.

el daño o lesión desvalorado por el legislador no es el que recae en la cosa misma, sino el que recae sobre el derecho de dominio que se tiene sobre ella, derecho que de facto es posible perder o restringir en su goce o disposición,[15] por esa clase de conductas, lo que sucede en los ejemplos antes mencionados. El elemento señalado se desprende del tenor del art. 480, que castiga los daños que se causaren "en la propiedad ajena" y no en cosas o bienes ajenos, sin perjuicio que los deterioros o destrucción de que estos últimos sean objeto, constituyan a su vez atentados al derecho de dominio que se tiene sobre ellos y conformen el delito de daños. De manera que tanto la destrucción material y el deterioro físico del bien ajeno, como la pérdida de su *valor de uso o de disposición* constituyen daños sancionados por el tipo penal.

La doctrina ha discutido, además, si conforma el tipo penal el daño que se causa a una cosa que, en definitiva, mejora o aumenta el patrimonio de su propietario. En otros términos, se cuestiona si es necesario como elemento típico del delito de daño que la víctima *sufra un perjuicio en su patrimonio* o es suficiente la destrucción, deterioro o pérdida del valor de uso de una cosa. Los ejemplos que se dan son numerosos: la destrucción de uno de los dos únicos ejemplares de una estampilla, que hace subir el valor de la que conserva el propietario al pasar a constituir una pieza exclusiva; la muerte del caballo viejo que no le prestaba servicio alguno a su dueño, y que lo libera de incurrir en los correspondientes gastos por su alimentación. El art. 480 no exige que el daño cause un perjuicio patrimonial a la víctima, se satisface con la circunstancia de que el detrimento o destrucción se materialice; de modo que agregar a ese efecto otro más, como sería el perjuicio, no puede hacerse jurídicamente e importaría limitar el alcance del tipo sin respaldo sistemático. No debe llevar a equívocos que el art. 486 regule la pena del delito tomando en cuenta el valor del deterioro o menoscabo, porque se refiere al importe del mismo y no al de los posibles perjuicios sufridos por el pro-

[15] Cfr. E. Orts, op. cit., p. 1002; Bajo Fernández, op. cit., pp. 346-347. Muñoz Conde sostiene doctrina en sentido inverso: afirma que la liberación del animal no constituye una acción de alteración o menoscabo del animal; otro tanto sucede a su juicio con la acción de dejar abierta la espita del tonel de vino, porque no se altera la esencia o substancia del vino y, de consiguiente, no se incurriría en el delito de daños (op. cit., p. 321).

pietario como consecuencia de ese daño, situaciones ambas que constituyen nociones diferentes. Tampoco ha de llevar a error el hecho de que en el art. 485 se mencione la *ruina* del perjudicado, por cuanto esto es un plus que se toma en cuenta para efectos de agravar el injusto o desvalor del acto. En conclusión, el delito de daño no exige que la víctima sufra un perjuicio en su patrimonio, y por lo tanto la figura penal se conforma aun cuando la víctima resulte beneficiada pecuniariamente por el hecho.[16]

El comportamiento prohibido consiste en *causar un daño,* lo que generalmente supone una actividad *positiva* del agente; no obstante es concebible la omisión en este delito, porque la expresión *causar* debe entenderse en sentido normativo. Puede provocarse un daño mediante un no hacer cuando el sujeto se encuentra en posición de garante respecto del bien (la modista debe evitar que ante ella su perro destroce el vestido que una cliente le ha entregado para su reparación).

El *objeto material* sobre el cual recae la acción es una *cosa corporal ajena,* mueble o inmueble, que el sujeto activo destruye, deteriora o inutiliza para su dueño (la joya de una persona lanzada al mar por un tercero). Los animales (semovientes) son cosas corporales y pueden ser objeto del delito de daño para sus propietarios. En estos casos no se produce, como sucede en los delitos de apropiación, un traspaso de hecho de las facultades propias del dominio del bien del propietario a manos del agente. El comportamiento prohibido es causar el daño, no asumir la calidad de dueño.

La cosa sobre la cual recae la acción debe ser *ajena,* no hay delito de daño sobre cosa propia, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civiles que de acciones en tal sentido podrían derivarse.[17]

Los *documentos* pueden ser el objeto material sobre el cual recae la acción de este delito, a menos que las conductas calcen en los delitos de *falsedad* (en los que se modifica el contenido de los mismos o su integridad). Las situaciones dudosas deben solucionarse con los principios que reglan los *concursos.*

[16] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 320.
[17] Cfr. Labatut, *D.P.,* t. II, p. 265; Etcheberry, *D.P.,* t. III, p. 478.

235. EL TIPO SUBJETIVO

El delito de daños requiere de dolo, y éste acepta todas las posibilidades, directo, indirecto o eventual. A pesar de lo que algunos sostienen, no se requieren en el sujeto activo estados anímicos especiales, como *el de lucrar en su beneficio* con la comisión del delito de daños. Como se señaló con anterioridad, el ánimo de lucrar no es un elemento del tipo subjetivo en el delito de daños. El autor debe saber y aceptar que deteriora una cosa ajena, que la destruye o que priva al propietario de su goce, no necesita perseguir un beneficio de orden pecuniario o el empobrecimiento de la víctima. Esta característica de los daños permite diferenciar situaciones límite, entre otras, distinguir entre el delito de daños y el de hurto, tipo penal este último donde sí es necesario el ánimo de lucro. Se considera que hay ánimo de lucro cuando por la apropiación misma de la especie el sujeto espera obtener un beneficio, y no así cuando logra ese beneficio de circunstancias distintas al acto de apoderamiento. El que lanza una joya ajena al mar no obtiene por esa acción, directamente, provecho patrimonial alguno. Si en este caso lo logra al tener, por ejemplo, una joya gemela que pasa a ser única y aumenta por ello su valor extraordinariamente, ese beneficio no proviene directamente de la acción misma antes indicada, sino de otra circunstancia: en esta hipótesis poseer una joya gemela y única (delito de daño). No sucede otro tanto con aquel que en un centro comercial toma una botella de bebida y la consume en el mismo lugar, porque con el apoderamiento ha obtenido un beneficio –consumir el producto– apreciable económicamente (hurto).

Excepcionalmente puede constituir daño un comportamiento atribuible a culpa, en el caso del delito *falta* descrito en el art. 495 N° 21: "Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

El que intencionalmente o con *negligencia culpable cause daño* que no exceda de una unidad tributaria mensual en bienes *públicos* o de *propiedad particular*".

El precepto no deja de ser curioso, por decir lo menos; sanciona con multa la culpa del daño que no exceda en su cuantía del valor de una unidad tributaria, pero si supera ese monto el hecho es atípico y sólo da origen a responsabilidades civiles.

236. ETAPAS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

En los párrafos precedentes se señaló que el delito de daños es material o de resultado; esa característica de la figura permite que se puedan dar en su ejecución las etapas imperfectas. De modo que la frustración como la tentativa propiamente tal son posibles.

237. LAS CLASES DE TIPOS DE DAÑOS SANCIONADOS EN EL CÓDIGO PENAL

En el tratamiento de los daños el legislador mantuvo el criterio que tenía la antigua legislación española en relación a los delitos de destrucción, o sea recurrir a la casuística y no al establecimiento de una idea central o de un criterio rector. Entre los *delitos* de daños el Código describe una *figura genérica* que regla en el art. 487 y un *tipo calificado* que describe en los arts. 485 y 486. Ambas hipótesis constituyen simples delitos, en que los daños causados deben exceder del valor de una unidad tributaria mensual. Cuando los daños tienen un valor no superior a una unidad tributaria mensual configuran un *delito falta* de daños, sancionado en el art. 495 N° 21.

Finalmente, para los daños *causados por animales* que entran en heredades ajenas, consagró un *delito falta* específico en el art. 497, en el que no se considera el valor del daño sufrido.

A continuación se explicarán los diversos tipos enunciados.

238. FIGURA GENÉRICA DEL DELITO DE DAÑOS

El art. 487 se ocupa de este tipo penal en los siguientes términos: "Los daños *no comprendidos* en los *artículos anteriores,* serán penados con reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Esta disposición no es aplicable a los daños causados por *el ganado* y a los demás que deben calificarse *de faltas,* con arreglo a lo que se establece en el Libro Tercero".

El tenor del precepto precisa el alcance de esta figura, que consiste en el comportamiento de una persona que causa en

la propiedad ajena un daño de valor superior a una unidad tributaria mensual, sin que constituya incendio o estragos o que hayan sido provocados por animales en heredades ajenas y, por otra parte, que tampoco conformen un delito de daños calificados. De modo que aparte de los elementos *positivos* que lo integran (causar un menoscabo o destruir la propiedad ajena por un valor superior al indicado), deben a su vez concurrir elementos *negativos* (que no consista en un incendio u otro estrago, que no constituya un daño calificado y que no haya sido causado por animales en una heredad ajena).

Es un delito *común* que puede ser cometido por cualquier persona y queda sujeto a todas las exigencias generales que se comentaron en los párrafos precedentes. Su sanción es alternativa, reclusión menor en su grado mínimo o una pena de multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

239. DELITO DE DAÑOS CALIFICADO

La figura está descrita en los arts. 485 y 486, y consiste en causar daño en la propiedad ajena concurriendo, además, alguna de las ocho circunstancias que se mencionan en la primera disposición citada y siempre que el valor del daño sea superior al de una unidad tributaria mensual; el deterioro o destrucción en todo caso no debe ser la consecuencia de un incendio o de otro estrago.

La determinación de la pena que corresponde al delito queda sujeta al monto del daño causado: si excede de cuarenta unidades tributarias mensuales, o si es superior a cuatro unidades y no excede de cuarenta, o si es superior a una unidad y no pasa de cuatro.

El art. 485 expresa: "Serán castigados con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales los que causaren daño cuyo importe *exceda de cuarenta* unidades tributarias mensuales:

1°. Con la mira de impedir el *libre ejercicio de la autoridad* o en *venganza de sus determinaciones,* bien se cometiere el delito contra empleados públicos, bien contra particulares que como testigos o de cualquiera otra manera hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las leyes.

LA LEY COPIA DE LIBROS NO PERMITIDA

2°. Produciendo por cualquier medio *infección o contagio de animales* o aves domésticas.

3°. Empleando *sustancias venenosas o corrosivas.*

4°. En *cuadrilla* y en *despoblado.*

5°. En *archivos, registros, bibliotecas o museos públicos.*

6°. En puentes, caminos, paseos u otros *bienes de uso público.*

7°. En *tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte* colocados en edificios o lugares públicos.

8°. *Arruinando* al perjudicado".

La disposición debe complementarse con el art. 486, que expresa: "El que con *alguna de las circunstancias expresadas* en el artículo anterior causare daño cuyo importe *exceda de cuatro unidades tributarias mensuales y no pase de cuarenta* unidades tributarias mensuales, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimos a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Cuando dicho importe *no excediere de cuatro unidades tributarias mensuales ni bajare de una unidad tributaria mensual,* la pena será reclusión menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales".

Las ocho circunstancias calificantes tienen, cada una, determinadas características. La del N° 1 se caracteriza por el estado anímico especial que impulsa a actuar al agente; las de los N°s 2, 3, 4 y 5 por el medio o forma de ejecución empleado por el autor que representa un particular desvalor, y por último, las de los N°s 5, 6 y 7, por el objeto sobre el que recae el daño provocado que ofrece o presenta un interés público. Es suficiente que concurra en el daño cualquiera de las referidas circunstancias para que el hecho se encuadre en el tipo calificado.

La primera circunstancia exige que el daño se cause por el agente "con la mira de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones". No es necesario que el sujeto logre esos objetivos, sino que actúe impulsado por ellos. En otros términos, además del dolo inherente al delito (saber que se causa un daño y querer causarlo), en el sujeto activo debe concurrir un *elemento subjetivo de tendencia interna intensificada:* impedir el ejercicio de la autoridad o vengarse de sus determinaciones.

Las circunstancias mencionadas en los numerandos 2, 3, 4 y 8 se han consagrado teniendo en cuenta que el medio o la forma de comisión del daño importa un peligro que excede al inherente del daño mismo provocado; así sucede con la infección o contagio de animales domésticos,[18] o el empleo de sustancias venenosas o corrosivas, o actuar en cuadrilla y en despoblado (deben concurrir coetáneamente ambas condiciones). Otro tanto sucede con la ruina de la víctima, lo que ha de entenderse como la pérdida de una parte significativa de su patrimonio; no es necesario que quede privado de todos sus haberes.

En las calificantes N°s 5, 6 y 7 se agrava el desvalor del acto por el lugar donde se causan los daños, esto es, el objeto sobre el cual recae la acción prohibida: archivos, bibliotecas, museos, puentes, caminos, paseos y en general bienes de uso público, tumbas, monumentos,[19] estatuas y análogos. El alcance de locuciones tales como *uso público o edificios o lugares públicos* que se emplean en la disposición, se ha de determinar sin considerarse su acepción jurídico-técnica, sino aquel que se desprende del contexto de la disposición, vale decir de edificios o lugares donde el público tenga libre acceso, aunque sean de carácter particular, como bien comenta Etcheberry.[20]

240. DELITO FALTA DE DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

El art. 497 describe esta figura: "El dueño de *ganados que entraren en heredad ajena cerrada* y causaren daño, será castigado con multa, por cada cabeza de ganado:

[18] La redacción del precepto es doblemente desafortunada, pues hace referencia a "domésticas" cuando lo adecuado era hablar de "domésticos" y, por otro lado, se refiere a "animales" y "aves", como si estas últimas no fueran animales.

[19] La Ley N° 17.288, de 4 de febrero de 1970, sobre Monumentos Nacionales, dice en su art. 38: "Los particulares que destruyan u ocasionen perjuicios en los Monumentos Nacionales o en los objetos o piezas que se conserven en ellos o en museos, sufrirán las penas que se establecen en los artículos 485 y 486 del Código Penal, sin perjuicio de la responsabilidad civil que les afecte, para la reparación de los daños materiales que hubieren causado en los aludidos monumentos o piezas".

[20] Etcheberry, *D.P.*, t. III, p. 480.

1°. De una unidad tributaria mensual si fuere vacuno, caballar, mular o asnal.

2°. De un quinto de unidad tributaria mensual si fuere lanar o cabrío y la heredad tuviere arbolado.

3°. Del tanto del daño causado a un tercio más, si fuere de otra especie no comprendida en los números anteriores.

Esto mismo se observará si el *ganado fuere lanar o cabrío y la heredad no tuviere arbolado*".

En esta falta queda sancionada la conducta dolosa como la culposa, siempre que el ganado entre en una heredad cerrada.

241. EL DELITO FALTA DE DAÑOS EN GENERAL

El art. 495 N° 21 describe esta figura: "Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

El que *intencionalmente* o con *negligencia culpable* cause daño que no exceda de *una unidad tributaria mensual* en bienes *públicos* o de propiedad *particular*".

Si excede de la cantidad de una unidad tributaria el daño causado, constituye el delito de daños establecido en el art. 487, siempre y únicamente si se actúa con *dolo*. Tal como se señaló en párrafos precedentes, es curioso que se castigue como falta el daño culposo cuyo monto no exceda de una unidad tributaria mensual, pero no así el de un valor superior.

242. EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA PARA LOS DELITOS DE HURTO, DEFRAUDACIÓN Y DAÑOS

242.1. En qué consiste la excusa

El Código, en el párrafo N° 11 del Título IX, bajo el epígrafe de "Disposiciones generales", se ocupa de reglar esta excusa legal. El párrafo tiene un artículo único, el 489, que expresa: "Están *exentos de responsabilidad criminal* y sujetos únicamente a la *civil* por los *hurtos, defraudaciones o daños* que recíprocamente se causaren:

1°. Los parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta.

2°. Los parientes consanguíneos legítimos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.

3°. Los parientes afines legítimos en toda la línea recta.
4°. Los padres y los hijos naturales.
5°. Los cónyuges.

La excepción de este artículo *no es aplicable a los extraños* que participaren del delito".

Para que opere este precepto, la apropiación, defraudación o daño tiene que cumplir todas las condiciones requeridas por el tipo, por la antijuridicidad y la culpabilidad, para calificarlos como delitos penales. El hecho constituye un delito pero la norma libera de pena al responsable que a su vez cumple con los presupuestos de parentesco o matrimonio en ella precisados.

Se trata en consecuencia de una *excusa legal absolutoria,* de carácter *personal,* en virtud de la cual el legislador renuncia a imponer una sanción por razones de política criminal, toda vez que el hecho es merecedor de sanción, pero esa sanción aparece como no necesaria frente a las vinculaciones parentales y a los beneficios de la vida familiar. No es una circunstancia de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta; aquí el beneficiado debe ser culpable, no inculpable. Tampoco se exige que actúe motivado por estímulos especiales para ser favorecido con la exención de responsabilidad, es suficiente que *objetivamente* se dé, entre víctima y victimario, la relación conyugal o parental necesaria.

242.2. Cuáles son los delitos comprendidos por la excusa

El beneficio no se extiende a todos los delitos contra la propiedad, está limitado a los *hurtos, defraudaciones y daños.* Ha suscitado duda el alcance de la palabra *defraudación;* corresponde entenderla en sentido amplio o restringido, limitada a los delitos que el Código regla como tales, o sea a los del párrafo N° 7 del Título IX que tiene como enunciado "De las defraudaciones", que en la actualidad cuenta con un solo artículo, el 466, que se ocupa del alzamiento de bienes del deudor no comerciante y de otros hechos semejantes. No parece ser este último el sentido del tenor del art. 489, primero porque dadas las características de las defraudaciones que se describen en el 466 es poco probable que se presenten entre cónyuges o los demás parientes allí enumerados lo que haría inaceptable una interpretación en el sentido

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

restrictivo señalado. Por otra parte, las leyes penales frecuentemente emplean la expresión "defraudar" haciendo referencia a los engaños en general, como se observa en los artículos 467 y siguientes, que tratan los delitos de estafa y otros engaños, y son éstos los que con mayor probabilidad podrían tener lugar entre parientes o cónyuges. En consecuencia, la expresión defraudación es comprensiva de los diversos engaños de orden patrimonial, y entre ellos los reglados en el párrafo N° 8 como "estafas y otros engaños".

Los *delitos de robo en sus diversas especies no están afectos a esta excusa legal,* porque el artículo 489 se refiere exclusivamente a los de hurto –aparte de las defraudaciones y daños– y no a los robos. De manera que si un cónyuge roba un bien mueble del otro, responde penalmente por ese delito. Cuando la Comisión Redactora incorporó la disposición extendió el beneficio a los delitos de robo, porque como lo sostuvo uno de sus miembros, Alejandro Reyes, "la unión estrecha de intereses y los vínculos naturales tan íntimos que ligan a las personas que el artículo enumera, no permiten suponer que haya delito en la apropiación de sus cosas".[21] No obstante lo señalado, en sesión posterior otro de los integrantes de esa Comisión, Alejandro Renjifo, hizo notar que en el robo "hay un ataque a las personas que no interesa sólo al ofendido, sino que importa una amenaza a la sociedad", comentario que hizo variar el criterio y se excluyó el delito de robo".[22]

242.3. A QUÉ RESPONSABLES BENEFICIA LA EXCUSA

El beneficio se reconoce únicamente a los cónyuges y demás parientes consanguíneos y afines expresamente enumerados por la disposición, que han participado en la comisión del delito. Si en el delito han intervenido, además de los favorecidos, otras personas que no están vinculadas con la víctima en la forma señalada, estas últimas responden penalmente por el hecho, como lo dice expresamente el precepto legal transcrito. La excusa *es de carácter personal,* favorece exclusivamente a los responsables vinculados

[21] Acta de la Comisión Redactora N° 95, de 17 de junio de 1872.
[22] Acta de la Comisión Redactora N° 106, de 5 de agosto de 1872.

y no a los extraños. Otro tanto sucede en sentido inverso, si son varias las víctimas, y los vínculos familiares del autor o partícipe se refieren a alguna de ellas, este intraneus responde por el hecho respecto de los no parientes (Francisco y Pedro trabajan juntos y guardan sus valores en una caja de seguridad común a ambos; el hijo de Francisco, al encontrarla abierta, se apodera de esos bienes; quedará exento de pena por el hurto de los valores de su padre, pero responde penalmente por el hurto de los de propiedad de Pedro).

242.4. Efectos del beneficio

Las consecuencias de esta excusa legal para los favorecidos consiste en que quedan liberados de la sanción penal, pero no así de la responsabilidad civil que por esos hechos les corresponde frente a sus parientes o cónyuge, la que subsiste. Responden civilmente entonces de los perjuicios causados y de las indemnizaciones correspondientes.