

OBJETO MATERIAL DEL HURTO O ROBO: NECESIDAD
DE SU DETERMINACIÓN EN EL PROCESO PENAL

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

I. ANTECEDENTES

1. Sentencia de primer grado

En su sentencia de treinta de noviembre de dos mil veintidós, dictada en causa RUC N° 2000752906-7, RIT N° 169-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó dio por establecidos los siguientes hechos: “El día 26 de julio del año 2020, a las 02:40 horas aproximadamente, el acusado RMCM concurrió al local comercial ‘Santa Sofía’, ubicado en calle Carampangue N° 1396, comuna de Copiapó y forzó el portón que resguarda dicho local para luego hacer ingreso hacia el interior y sustraer diversas especies, posteriormente el acusado se dio a la fuga del lugar con las especies sustraídas”. En su fallo, el tribunal, por decisión de mayoría, condenó al acusado como autor de un delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, a las penas de cuatro años de presidio menor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, además de al pago de las costas de la causa, sin conceder pena sustitutiva.

2. Recurso de nulidad

La defensa del acusado dedujo en contra de la sentencia un recurso de nulidad, fundado, como motivo principal, en la causal prevista en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), en relación con los artículos 432 y 442 del Código Penal (en adelante, CP). El recurrente invocó, además, dos causales subsidiarias: en primer lugar, la contemplada en el artículo 374 letra e) en conexión con el artículo 342 letra c), ambos del CPP

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

y, en segundo lugar, la prevista en el artículo 374 letra f) en relación con el artículo 341, ambas disposiciones también del CPP.

En la primera causal invocada, sostuvo el recurrente que, al condenar al acusado por robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, el tribunal sentenciador incurrió en una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo al fallo, pues calificó como delito un hecho que la ley no considera tal. Afirmó que los hechos que el tribunal *a quo* dio por acreditados no satisfacían todas las exigencias típicas de dicha figura delictiva, porque aquellos no contenían una individualización de las especies sustraídas ni de su propietario, lo que habría sido indispensable para dar por concurrente el requisito típico de la ajenidad del objeto material.

El contenido de las causales subsidiarias no resulta relevante para el presente comentario.

3. Sentencia de la Corte

La Corte de Apelaciones de Copiapó, en su sentencia de trece de enero de dos mil veintitrés, dictada en causa rol N° 552-2022, por decisión unánime, acogió el recurso de nulidad por la causal principal invocada, sin emitir pronunciamiento sobre las causales subsidiarias, anulando el fallo impugnado. Después de exponer y compartir algunos planteamientos doctrinales relativos a las partes objetiva y subjetiva de los tipos de hurto y robo, a la consideración de estas figuras como ataques contra la propiedad, no contra el patrimonio y a la determinación del bien jurídico afectado por tales delitos (considerando tercero), y de recalcar la exigencia de que el objeto material sea una cosa corporal, mueble, ajena, susceptible de apropiación y de apreciación pecuniaria (considerando cuarto), la Corte señaló que los hechos acreditados por el tribunal *a quo*, coincidentes con los relatados en la acusación fiscal, atendida la falta de individualización de las especies sustraídas y de la persona de su propietario, no colmaban todos los requisitos típicos del delito imputado relativos al objeto material (considerando quinto).

En la sentencia de reemplazo, que absolvió al acusado por el delito que se le imputó, la Corte advirtió que las falencias presentes en los hechos acreditados por el tribunal *a quo* también eran perceptibles en el relato fáctico contenido en la acusación presentada por el Ministerio Público. En sus palabras, claramente reveladoras de un cierto reproche dirigido al modo en que se formuló la imputación por el órgano persecutor, “el acusador institucional, no imputó en los presupuestos de hecho que determinan el juzgamiento, los elementos objetos del tipo penal que asumía concurrente, esto es un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado del artículo 442 N° 1 del estatuto del

ramo, omisión que deriva según se dijo, de no haber individualizado las especies sustraídas, ni tampoco haber indicado la identidad del propietario de las mismas. En esta dinámica resulta entonces absolutamente irrelevante que en el desarrollo de la audiencia, el acusador hubiese incorporado elementos de juicio que permitieran la determinación de las especies sustraídas como la identidad del afectado, pues como es sabido, solo se puede tener por acreditado lo que se ha imputado. No es esto, al parecer, lo que estimaron los jueces de mayoría, pues en los hechos que tuvieron por acreditados en el motivo noveno del fallo anulado, según el plexo probatorio de la audiencia de juicio, se mantienen las omisiones atributivas de la acusación fiscal” (considerando tercero). De un modo todavía más elocuente, añadió que “los elementos típicos antes de probarse deben ser imputados” (considerando cuarto).

II. COMENTARIOS

1. Sobre el orden de invocación de las causales del recurso

Un aspecto que llama poderosamente la atención es el orden en que fueron invocadas las causales del recurso conocido por la Corte de Apelaciones de Copiapó. Según lo que indica el inciso segundo del artículo 378 del CPP, cuando el recurso de nulidad se funda en varias causales, se debe señalar si se invocan conjunta o subsidiariamente. Según lo que ya se ha dicho, en el recurso resuelto por la Corte se invocaron tres motivos: como causal principal, la prevista en el artículo 373 letra b) del CPP (“*Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo*”) y, como causales subsidiarias, las establecidas en las letras e) (“*Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)*”) y f) (“*Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341*”) del artículo 374 del mismo Código.

Esta forma de invocación de una pluralidad de causales de un recurso de nulidad deducido por la defensa de un acusado se observa con bastante frecuencia en el ámbito forense, lo que probablemente obedece a una razón práctica: el acogimiento de un recurso de nulidad fundado en una errónea aplicación del derecho que perjudicó al imputado conduce a una rápida terminación del proceso, mediante la invalidación sólo del fallo impugnado y la dictación de una sentencia de reemplazo (art. 385 CPP). En los demás casos, el acogimiento del recurso se traduce en la nulidad de la sentencia atacada y del juicio que le precedió, debiendo realizarse un nuevo juicio (art. 386 CPP).

Sin embargo, tales consideraciones no pueden justificar un apartamiento de la lógica. Como es obvio, la posibilidad de invocar dos o más causales en forma subsidiaria se encuentra reservada para causales que sean incompatibles entre sí. Por ejemplo, no son compatibles los motivos absolutos del recurso de nulidad (art. 374 CPP) con la causal de errónea aplicación del derecho [art. 373 letra b) CPP], porque aquellos motivos absolutos suponen que la sentencia no cumple requisitos de validez, y en cambio esta última causal supone que la sentencia es válida, pero su contenido es injusto. Para que un recurso de nulidad se pueda fundar en un motivo absoluto, del artículo 374, y en la causal de errónea aplicación del derecho, del artículo 373 letra b), es necesario que esta última causal se haga valer en subsidio de aquel motivo. Una invocación inversa de las causales daría cuenta de un discurso que no respetaría la lógica, pues el recurrente, primero, sostendría la validez formal de la sentencia impugnada y atacaría sólo su contenido material, y luego, como alegación subsidiaria, se desdiría de lo anterior y negaría la validez formal del fallo¹. Para haber respetado la lógica en la invocación de las causales del recurso que fue conocido por la Corte de Apelaciones de Copiapó, debería haberse invertido el orden en que fueron invocadas por el recurrente: como causales principales debieran haber fungido las del artículo 374 y, como causal subsidiaria, la del artículo 373 letra b).

2. Sobre el objeto material de los delitos de hurto y robo

De la lectura del artículo 432 del CP se desprende que tanto el hurto como el robo poseen características comunes en lo que dice relación con el objeto material del delito, algunas de las cuales se encuentran explícitamente señaladas y otras sólo en forma implícita. Me refiero a las calidades de corporal, mueble, ajena y susceptible de apropiación y apreciación pecuniaria, que la cosa debe tener. A continuación, examino brevemente cada una de dichas características, dado que todas ellas han sido mencionadas en la sentencia objeto de este comentario².

¹ En el mismo sentido, véase TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. “La incompatibilidad de causales en el recurso de nulidad y otras características de sus motivos de procedencia: importancia de la lógica en la fundamentación de los recursos”, en *Actualidad Jurídica*, N° 19, tomo I (2009), pp. 127-137.

² Los siguientes párrafos de esta sección han sido extraídos, en ocasiones en forma literal, de OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Santiago: Thomson Reuters - LegalPublishing (2013), pp. 93-110.

a) *Cosa corporal*

Conforme al citado artículo 432, el objeto material del hurto y del robo es una cosa mueble. A su turno, de acuerdo con disposiciones del Código Civil (en adelante, CC), no sólo pueden ser muebles las cosas corporales, esto es, aquellas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, sino también las incorporales, es decir, las que consisten en meros derechos (arts. 565, 566 y 580). Esto obliga, antes de examinar el significado de la voz “mueble”, a analizar si el objeto material de estos delitos es una cosa corporal o incorporal.

Atendido el hecho de que la conducta típica consiste en apoderarse de una cosa, generalmente mediante su sustracción, con ánimo de señor y dueño, es evidente que dicha cosa no puede ser incorporal. Por su propia naturaleza, los derechos reales o personales no pueden ser sustraídos de una esfera de custodia o resguardo. El objeto material del delito es, pues, una cosa corporal³.

Sin embargo, la doctrina nacional suele señalar que el concepto civil de cosa corporal no resulta aplicable en esta materia, porque existen ciertas cosas que, a pesar de que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, no se las considera un posible objeto material de estos delitos, ya que no pueden ser aprehendidas y desplazadas de un lugar a otro, como, por ejemplo, el sonido, la luz, el calor, el frío, las energías⁴. Con mayor precisión, entonces, la doctrina plantea que, además de que sean reales y puedan ser percibidas por los sentidos, deben tener cierta extensión, ocupar un lugar en el espacio⁵.

El punto ha cobrado especial relevancia en lo que dice relación con la energía eléctrica. Por la falta de corporeidad que se le ha atribuido, algunos autores afirman que no resulta posible un hurto o un robo de electricidad y

³ La exigencia de que se trate de una cosa corporal también es común en la doctrina extranjera. Excepcionalmente, hay quienes aceptan la posibilidad de un hurto sobre una cosa incorporal. En este sentido, tomando en cuenta ciertas particularidades de la legislación peruana, GARCÍA CAVERO, Percy. “La aplicación del tipo penal de hurto al apoderamiento de acciones desmaterializadas de una sociedad anónima”, en *El Mismo, Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial. Una revisión normativa de los delitos contra el patrimonio*. Lima: Jurista Editores (2010), pp. 28-35.

⁴ Así, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo III, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1998), p. 299; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV, 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2008), p. 162.

⁵ Por todos, LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal*, tomo II, 7ª ed. actualizada por Julio Zenteno Vargas. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 199.

que tal es la razón por la cual habría sido necesario crear una figura especial, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería, cuyo actual texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, figura a la que, paradójicamente, se conoce con el nombre de *hurto* de energía eléctrica, aplicable, en términos generales, en los casos de consumo clandestino o fraudulento de dicha energía⁶.

Según mi opinión, es perfectamente posible considerar como cosa corporal la energía eléctrica, es viable sustraerla y es también procedente calificar tal sustracción como hurto o robo. Es claro que dicha energía forma parte de la realidad natural y puede ser percibida por los sentidos. Basta con introducir los dedos en una toma de corriente para comprobarlo⁷. Además, no es cierto que no tenga corporeidad. Como bien se encarga el profesor Guzmán Dalbora de recordárnoslo, la Física moderna ha superado la antigua separación entre materia y energía. Actualmente se sostiene que toda la materia está compuesta de electricidad y que los iones (elementos básicos de la energía eléctrica) tienen un soporte material. Por lo tanto, si materia y energía son sólo dos formas de aparición de un mismo sustrato, no tiene sentido negar a la segunda su existencia individual por una supuesta falta de delimitación. La energía eléctrica es materia e incluso puede ser separada del aparato que la genera⁸.

⁶ En este sentido, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2005), pp. 303 y 322; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 299; GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 162. En contra, aceptan la posibilidad de un hurto de electricidad GUZMÁN DALBORA, José Luis. “El hurto de energía eléctrica”, en El Mismo, *Estudios y defensas penales*, 3ª ed. Santiago: LegalPublishing (2009), pp. 57-63; SCHEPELER VÁSQUEZ, Enrique. *El delito de hurto. Estudio de doctrina, de jurisprudencia y de legislación comparada*. Santiago (1939), pp. 21-24; DEL RÍO, Raimundo. *Derecho Penal*, tomo III. Santiago: Editorial Nascimento (1935), p. 428.

⁷ Cfr. GUZMÁN DALBORA, ob. cit., p. 59: “La energía eléctrica [...] calza a pedir de boca en la definición del artículo 565, párrafo segundo, del Código del ramo” (civil) (p. 60). En el mismo sentido, CLARO SOLAR, Luis. “Las sustracciones de electricidad ante la ley penal”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. XXV, N° 5-6 (1928), p. 66.

⁸ GUZMÁN DALBORA, ob. cit., pp. 57-58. Similar, en la doctrina extranjera, UGARTE, José Manuel; VON LAPCEVIC, Sascha. *Hurto de energía eléctrica. Sustracción, apoderamiento ilícito y fraude*. Buenos Aires: Ediciones Depalma (1975), p. 27; MANTILLA JÁCOME, Rodolfo. *Delitos contra el patrimonio económico*, 2ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (1990), p. 21. En contra, NÚÑEZ, Ricardo. *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina (1951), p. 59; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte speciale*, volumen II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, 5ª ed. Bolonia: Zanichelli Editore (2007), pp. 28-29.

Por otra parte, la forma en que está descrita la conducta punible en el tipo de hurto de electricidad aporta otro argumento a favor de esta opinión. El artículo 215 del citado Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2006, sanciona el comportamiento de *sustraer* energía eléctrica. No resultaría posible realizar esta acción si tal energía no tuviera materialidad ni ocupara un lugar en el espacio.

Por lo demás, una interpretación progresiva o evolutiva de la expresión “cosa”, contenida en el artículo 432 del CP, no puede quedar congelada en su sentido originario, sino que debe tomar en cuenta las modificaciones que se producen en la sociedad para adaptarse a las necesidades actuales⁹. Una de tales modificaciones ha sido precisamente el surgimiento de la electricidad.

En consecuencia, con independencia del hecho de que existe una ley especial que sanciona la conducta –lo que plantea un problema, porque daría pie para sostener que la sustracción no autorizada de *otras energías* no estaría sancionada¹⁰, la energía eléctrica reúne las condiciones necesarias para ser objeto material de un hurto o un robo. La definición civil de cosa corporal puede ser aplicada sin problemas en esta materia.

Lo dicho permite considerar también como objeto material de tales delitos otras cosas, tales como los gases¹¹, los líquidos¹², los fluidos¹³, etc.¹⁴.

b) Cosa mueble

El citado artículo 432 exige que la cosa apropiada sea mueble. Esta exigencia se encuentra en numerosas legislaciones extranjeras. Excepcionalmente, hay algunas legislaciones en las que no se exige de modo expreso que el objeto material del delito sea una cosa mueble, sino que se alude genéricamente a cosas o

⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (1999), p. 121.

¹⁰ GUZMÁN DALBORA, ob. cit., p. 52.

¹¹ Así, SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., p. 21; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 299. En contra, GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 162.

¹² Cfr. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. “Hurto”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XIV. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina (1961), p. 655.

¹³ En contra, POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 303.

¹⁴ En la doctrina mexicana, acepta que el objeto material de estos delitos puede ser un elemento sólido, líquido o gaseoso, PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Robo simple. Tipo fundamental, simple o básico*, 2ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa (1989), p. 31. En la colombiana, MANTILLA JÁCOME, ob. cit., p. 21. En la argentina, NÚÑEZ, ob. cit., p. 56.

bienes, como sucede, verbigracia, en el Código Penal francés (art. 311-1), pero es evidente que de todas formas debe tratarse de una cosa mueble, ya que la conducta que ahí se reprime es la de *sustraer*, lo que implica la posibilidad de aprehensión y desplazamiento¹⁵.

Conforme al Código Civil, son muebles las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa (art. 567). El mismo Código distingue tres clases de cosas inmuebles: las que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras (inmuebles *por naturaleza*); las que adhieren permanentemente a ellas, como los árboles (inmuebles *por adherencia*) y las que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de ellas, como los animales destinados al cultivo de una finca, puestos en ella por el dueño de la misma (inmuebles *por destinación*) (arts. 568, 569 y 570).

El punto que ha suscitado alguna discusión es el relativo a si puede utilizarse en esta materia el concepto civil de cosa mueble. En este tema, una antigua opinión doctrinal postulaba que dicho concepto sí es aplicable¹⁶. La apropiación de una cosa adherida o permanentemente destinada a un inmueble por naturaleza puede constituir un hurto o un robo, a pesar de que la ley civil la considera inmueble. Pero dicha opinión doctrinal planteaba que no por eso debía sostenerse que el concepto penal de cosa mueble es distinto del civil, porque conforme a la ley civil los inmuebles por adherencia o destinación pasan a ser muebles desde el instante mismo en que el ladrón realiza la apropiación. En efecto, por lo que respecta a los inmuebles por adherencia, conforme al artículo 573 del CC, estos no dejan de serlo por su separación momentánea, pero desde que se separan para darles un destino diferente, recuperan su calidad de muebles. Y en cuanto a los inmuebles por destinación, del artículo 570 del mismo Código se desprende que si desaparece su destino permanente, también vuelven a ser muebles. Como el ladrón sustrae la cosa inmueble por adherencia o destinación para darle un destino diferente, se trataría de una cosa mueble¹⁷.

Reconociendo la lucidez de dicha opinión, no resulta aceptable. Efectivamente, el citado artículo 573 señala que las cosas accesorias a bienes raíces no dejan de considerarse inmuebles por su momentánea separación, y lo que

¹⁵ En relación con el antiguo Código Penal ecuatoriano, véase ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. *Delitos contra la propiedad*, tomo I. Guayaquil: Editorial Edino (1988), pp. 62-63.

¹⁶ Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. "Similitud del concepto de cosa mueble en el derecho civil y en el derecho penal", en *Revista de Ciencias Penales*, 2ª época, tomo VIII (1945), pp. 175-182. En el mismo sentido, LABATUT GLENA, ob. cit., pp. 198-199.

¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 177-179.

pretende el ladrón no es su separación momentánea, sino definitiva. Pero podría ocurrir que la cosa sea momentáneamente separada por su dueño, manteniendo por tanto su calidad de inmueble, y apropiada por un tercero durante dicha separación. Para el derecho penal podría haber un hurto o un robo, a pesar de que para la ley civil se trataría de una cosa inmueble¹⁸.

Además, dicha opinión no soluciona satisfactoriamente las hipótesis de tentativa, ya que mientras no tenga lugar la separación de la cosa del inmueble al que está adherida o destinada, no se trataría aún de cosa mueble para la ley civil. Haciéndose cargo de este punto, la opinión que critico sostenía que lo que devuelve al inmueble por adherencia o destinación su carácter de mueble no es tanto su efectiva separación, sino la voluntad de separarla definitivamente, creyendo ver en el artículo 571 del citado Código un argumento a favor de esta idea (según este precepto, “los productos de los inmuebles, y las cosas accesorias a ellos [...], se reputan muebles, aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño”)¹⁹. Pero es obvio que al apropiarse de la cosa, el ladrón no constituye ningún derecho sobre ella. Además, del artículo 573 del mismo Código no se desprende que las cosas accesorias a bienes raíces dejen de ser inmuebles desde que se pretende separarlas con el objeto de darles un destino diferente, sino desde que efectivamente se separan con dicho fin²⁰.

En consecuencia, el concepto civil de cosa mueble no es aplicable en esta materia. Para efectos del hurto y del robo, debe entenderse por cosa mueble cualquier objeto corporal que pueda moverse de un lugar a otro. Se trata, por ende, de un concepto más amplio que el civil. Así lo sostiene la mayoría de la doctrina nacional²¹.

En la doctrina extranjera también se propone un concepto de cosa mueble más amplio que el que proviene del Derecho civil, y que en general sólo exige que se trate de un objeto del mundo exterior susceptible de apoderamiento material y de desplazamiento²².

¹⁸ En este sentido, véase la crítica de POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *El delito de apropiación indebida*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur (1992), p. 80.

¹⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 180.

²⁰ Así, VODANOVIC Hernán, en Alessandri Rodríguez / Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, redactado, ampliado y puesto al día por Vodanovic H., tomo II, *Los bienes y los derechos reales*, 3ª ed. Santiago: Editorial Nascimento (1974), pp. 39-41.

²¹ Por todos, GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 164.

²² En la doctrina española, por todos, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch (2010), pp. 380-381; SÁNCHEZ MORENO, José. *El*

En todo caso, debe tenerse presente que existen cosas que, a pesar de ser muebles conforme al concepto señalado, no pueden ser objeto material del hurto ni del robo. Se trata de las aguas que se encuentran en cauces o depósitos naturales o artificiales, ya que ellas pueden ser objeto material de otro delito: el de usurpación (arts. 459 a 461 CP). Pero si se encuentran envasadas, sí pueden ser objeto de hurto o robo²³.

c) *Cosa ajena*

Además de que la cosa apropiada sea mueble, el artículo 432 del CP requiere que sea ajena. Se trata de una exigencia que también se encuentra en muchas legislaciones extranjeras, en las que se emplean expresiones tales como “ajena”, “de otro”, “perteneciente a otro”, etc.

Que la cosa objeto del hurto o del robo sea ajena significa que no debe pertenecer al sujeto activo. Esto no sólo puede deducirse del sentido natural y obvio de la voz “ajena”, sino del mismo texto del artículo 432. En efecto, este exige que el agente *se apropie* de la cosa mueble, lo que sería imposible si quien realizara la acción fuese su propietario. Además, si fuera el dueño de la cosa quien la arrebatare de manos de su legítimo tenedor, se configuraría un delito distinto, tipificado en el artículo 471 N° 1 del CP, al que se conoce con el nombre de *hurto de posesión*.

Sin embargo, para que la cosa sea ajena no es suficiente que no pertenezca al sujeto activo. Además de ello, se requiere que pertenezca a otra persona²⁴. El propio artículo 432 así lo requiere, al exigir que se obre “sin la voluntad de su dueño”.

Como se comprenderá, no es necesario que el sujeto activo conozca la identidad del dueño de la cosa de la que se apropia²⁵. Además, es indiferente que la única cosa apropiada pertenezca a una sola persona o a varias; en uno

hurto. Barcelona: Bosch (1999), p. 10. Similar, en la doctrina italiana, CHIARI, A. “Dei delitti contro il patrimonio”, en CADOPPI, Alberto; CANESTRARI, Stefano; VENEZIANI, Paolo (*a cura di*), *Codice Penale. Commentato con dottrina e giurisprudenza*. Piacenza: Celt (2011), p. 2395; en la doctrina argentina, DONNA, Edgardo Alberto. *Delitos contra la propiedad*, 2ª ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni (2008), pp. 43-44; en la doctrina peruana, GARCÍA CAVERO, ob. cit., pp. 34-35.

²³ Así, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 300.

²⁴ En este sentido, FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed. actualizada por Guillermo A. Ledesma. Buenos Aires: LexisNexis-Abeledo Perrot (2002), pp. 413-414; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di Diritto Penale. Parte Speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, 3ª ed. Padua: Cedam (2010), pp. 304-305. Mencionando sólo la no pertenencia de la cosa al sujeto activo, MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 381.

²⁵ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 414.

y otro caso, no habrá un concurso de delitos, sino un solo delito de hurto o robo²⁶.

Como consecuencia de lo dicho acerca del significado de la ajenidad, existe consenso en que ciertas cosas no pueden ser objeto material de un hurto o un robo. Tal es el caso de las cosas que la naturaleza ha hecho *comunes a todos los hombres*, las cuales no son susceptibles de dominio y nadie puede apropiárselas (art. 585 CC). Otro tanto ocurre con las llamadas *res nullius*, que son las cosas que no pertenecen a nadie y que pueden ser adquiridas por ocupación (art. 606 CC). Lo mismo sucede con las denominadas *res derelictae*, es decir, las cosas que han sido abandonadas por su dueño para que cualquier persona se las pueda apropiar.

En todo caso, las cosas abandonadas no deben ser confundidas con las cosas extraviadas o perdidas (*res deperditi*), que sí son ajenas y cuya apropiación puede dar lugar al delito de hurto de hallazgo (art. 448 CP). También son ajenos los *bienes nacionales de uso público*, ya que, si bien su uso corresponde a todos los habitantes de la nación, su dominio pertenece a la nación misma (art. 589 CC)²⁷. Lo corrobora el hecho de que constituye una circunstancia calificante del delito de daños que la acción recaiga sobre “puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público” (art. 485 N° 6 CP), en circunstancias de que en este último delito también es exigible que el objeto material sea una cosa ajena.

Un punto especialmente discutido en la doctrina nacional, a propósito de la ajenidad de la cosa objeto del delito de hurto o robo, es el relativo a la posibilidad de apreciar este delito cuando quien realiza la acción es un copropietario. La hipótesis que se tiene en mente es la del comunero que se apodera de la cosa común que está en manos de otro comunero. Algunos autores sostienen que en tal caso no puede apreciarse un hurto o un robo, porque mientras se tiene una cosa proindiviso no se puede hablar de cosa ajena en sentido estricto²⁸.

²⁶ POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 304; LABATUT GLENA, ob. cit., p. 198; MANTILLA JÁCOME, ob. cit., p. 23; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, 9ª ed. Milán: Giuffrè (1986), p. 256; VANNINI, Ottorino. *Manuale di Diritto Penale Italiano. Parte Speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni*. Milán: Giuffrè (1949), p. 257.

²⁷ Así, en relación con los bienes nacionales de uso público, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 301. En el mismo sentido, ZAVALA BAQUERIZO, ob. cit., p. 67. En contra, GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 165; POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 303.

²⁸ En este sentido, POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., pp. 303-304; MERA FIGUEROA, Jorge. “Delitos contra la propiedad. Revisión crítica y propuestas de reforma”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13 (2010), p. 60.

Otros afirman que sí puede configurarse el delito, porque se trataría de una cosa parcialmente ajena²⁹. En la doctrina extranjera el tema también ha sido objeto de discusión³⁰.

No existe en el Código Penal una figura destinada a sancionar específicamente estas conductas. En legislaciones extranjeras, en cambio, es frecuente encontrar disposiciones que sí lo hacen, apreciándose dos variantes. En algunas, se ha optado por incluir tales comportamientos mediante la introducción de una frase en el correspondiente tipo penal de hurto, que declara que la cosa objeto material del delito debe ser *total o parcialmente ajena*. En otras, se ha preferido incorporar una figura especial que cubra estas hipótesis.

A mi juicio y a pesar del silencio de nuestro Código sobre este punto, el hurto entre comuneros es admisible y puede ser sancionado. El hecho de que cuando la acción tiene lugar la cosa permanece indivisa y el sujeto activo tiene un derecho sobre ella no impide afirmar que se está apropiando de algo ajeno: aquella parte del bien común a que no tiene derecho y que es extraña a su patrimonio. Esta parte es tan ajena como cualquier otra cosa de la que no sea comunero³¹.

Además, a la idea proveniente del Derecho civil, de que el comunero se entiende poseer por todos los demás y que a todos ellos les está permitido el uso de la cosa común, puede replicarse que el propio legislador civil reconoce la posibilidad del hurto entre comuneros herederos. En efecto, conforme al artículo 1231 del CC, el heredero que sustrae objetos pertenecientes a una sucesión, además de perder la facultad de repudiar la herencia y de no tener parte alguna en los efectos sustraídos, quedará sujeto “criminalmente a las penas que por el delito correspondan”. Como es obvio, este delito del comunero no puede ser otro que el de hurto (o robo) de la parte que no sea suya³².

²⁹ Así, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 303; BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal*, tomo IV, Parte Especial, 5ª ed. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago (2022), p. 35; SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., pp. 45-48.

³⁰ En la doctrina española, la opinión mayoritaria plantea que no puede apreciarse un delito de hurto (o robo) si la cosa sustraída está sometida a un régimen de copropiedad indivisible, pero sí si hay una división en cuotas proporcionales. Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. “Delitos contra el patrimonio”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª ed. Barcelona: Atelier (2021), p. 236; GONZÁLEZ RUS, Juan. “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed. Madrid: Dykinson (2005), p. 458.

³¹ SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., p. 48. En el mismo sentido, CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, 9ª ed. Barcelona (1955), pp. 793-794.

³² SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., pp. 46-47.

Por otro lado, debe tenerse presente que en el Título IV de la Ley general de hurtos y robos, de 1849, ley que sirvió de antecedente a la regulación de dichos delitos en el Código Penal, se contemplaba una eximente de responsabilidad penal que se aplicaba cuando la cosa objeto del delito era de propiedad común. Como es sabido, al redactarse el Código no se previó ninguna disposición similar, por lo que es posible entender que es voluntad de la ley sancionar el llamado “hurto entre comuneros”.

La siguiente consideración de orden sistemático parece reforzar la misma idea. Si la cosa pertenece *totalmente* a quien la tiene (o a un tercero), quien la sustrae comete hurto. Si pertenece *totalmente* a quien la sustrae, este comete hurto de posesión (art. 471 N° 1 CP). No tendría sentido que no hubiera delito si la cosa pertenece *en parte* a quien la tiene y *en parte* a quien la sustrae.

Finalmente, como último argumento, el tenor literal del artículo 432 del CP, que simplemente alude a una cosa *ajena*, no resta fuerza a mi opinión, ya que nada impide entender incluidas, además de las cosas totalmente ajenas, las que lo son parcialmente.

d) Cosa susceptible de apropiación

El citado artículo 432 no contempla una exigencia explícita de que el objeto material del delito de hurto o robo sea una cosa susceptible de apropiación. Pero es evidente que se trata de un requisito implícitamente exigido, ya que de lo contrario no podría realizarse la acción que se castiga (apropiarse de la cosa).

En general, la doctrina suele señalar que sólo tienen el carácter de cosa susceptible de apropiación los objetos y los animales, no así las personas³³. Los cadáveres tampoco pueden ser considerados cosas susceptibles de apropiación, sin perjuicio de la posible comisión de un delito de inhumación o exhumación ilegal (arts. 320 y 322 CP)³⁴ o de ultraje de cadáver o de sepultura (arts. 322 bis y 322 ter CP). Lo mismo sucede con las partes del cuerpo de una persona viva³⁵.

Sin embargo, es necesario matizar estas afirmaciones. Si bien es cierto que los cadáveres no revisten el carácter de cosas susceptibles de apropiación, en

³³ Véase ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 301, quien arriba a esta conclusión sobre la base del artículo 19 N° 2 de la Constitución, que establece que en Chile no hay esclavos.

³⁴ BULLEMORE; MACKINNON, ob. cit., p. 35.

³⁵ POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 303.

ocasiones pueden llegar a tener dicho atributo, cuando entran a formar parte del comercio, como sucede, por ejemplo, con las momias en los museos³⁶. Lo mismo ocurre con los órganos y fluidos del cuerpo. Piénsese, verbigracia, en los bancos de sangre y de semen, y en los miembros corporales que son objeto de investigación científica en centros de estudio³⁷.

En todo caso, el hecho de que, en general, el cadáver no sea cosa susceptible de apropiación para efectos del delito de hurto o robo, no impide considerar que sí puedan ser objeto de dichos delitos las ropas, joyas u otros objetos con que se le haya revestido, ya que estos pertenecen a la sucesión del difunto, aun cuando se encuentren depositados en la tumba³⁸. La circunstancia de que tales objetos estén en un sepulcro no permite sostener que hayan sido abandonados para que cualquier persona se los pueda apropiar, sino sólo que se encuentran en una esfera de custodia, dentro de la cual se quiere que permanezcan siempre. No impide esta conclusión la existencia de los tipos de ultraje de cadáver (art. 322 bis CP) y ultraje de sepultura (art. 322 ter CP), porque el fin de estas disposiciones no es proteger la propiedad, sino los sentimientos de piedad por los difuntos, especialmente los de sus familiares y seres queridos.

e) Cosa susceptible de apreciación pecuniaria

De la lectura del artículo 432 del CP no se deduce que la cosa objeto material del delito de hurto o robo deba ser susceptible de apreciación pecuniaria. Pero es obvio que debe serlo. Por lo que respecta al hurto, tal conclusión se extrae del criterio de punición empleado en los artículos 446 y 494 bis del mismo Código, los que atienden al valor de la cosa sustraída. Y en cuanto al robo, si bien es cierto que ni en el que se ejecuta con fuerza en las cosas ni en el que se comete con violencia o intimidación en las personas el legislador atiende al valor de la cosa apropiada para determinar la pena aplicable, la conclusión debe ser la misma. En efecto, tanto en una como en otra clase de robo, debe existir antijuridicidad material del comportamiento, lo que exige una afectación de bienes jurídicos, dentro de los cuales se encuentran la propiedad, la posesión y la mera tenencia, entendidas como una relación patrimonial entre una persona y una cosa, que permite a su titular obtener un beneficio económico. En otras

³⁶ Así, MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 380; MANTILLA JÁCOME, ob. cit., p. 21.

³⁷ Cfr. GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 166, quien considera que han ingresado al tráfico mercantil las prótesis (por ejemplo, una pierna ortopédica) y la sangre cuando ha sido envasada.

³⁸ Así, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 302. En contra, SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., p. 40.

palabras, aunque la ley no lo diga expresamente, para poder apreciar un robo, la cosa apropiada debe tener un valor económico³⁹.

De lo señalado se desprende que no basta con que la cosa sustraída tenga únicamente un *valor de afección*⁴⁰, como sería, por ejemplo, el caso de una flor marchita que se guarda entre las páginas de un libro, como recuerdo de un amor de la adolescencia. Ni siquiera podría aceptarse que se diga que en tales casos –si no media fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas– se trate de un hurto falta, argumentando que lo único que exige el artículo 494 bis del CP es que la cosa hurtada no valga más de media unidad tributaria mensual⁴¹, ya que tal disposición señala que *el valor* de la cosa hurtada no debe pasar de dicha cantidad, lo que demuestra que la cosa debe tener algún valor económico.

En todo caso, se debe ser especialmente cuidadoso en esta materia, ya que a veces ciertas cosas carecen de valor económico o este es prácticamente inexistente para la generalidad de las personas, pero sí lo tienen, además de un valor afectivo, dentro de un círculo más o menos amplio de gente. Piénsese, por ejemplo, en el valor que a un antiguo sello de correos usado se le puede dar dentro de un grupo de filatelistas⁴².

Un punto interesante en relación con el valor económico de la cosa apropiada es el de la situación de los *documentos de pago*. Como es sabido, dichos documentos tienen una materialidad que, intrínsecamente considerada, es de un valor económico mínimo, como sucede, por ejemplo, con los billetes de banco, los cheques, los vales vista, etc. Sin embargo, se les considera como medios de pago cuyo valor pecuniario está constituido por la cantidad de dinero que en

³⁹ Cfr. GARRIDO MONTT, ob. cit., pp. 167 y 192. En este mismo sentido, MANTILLA JÁCOME, ob. cit., p. 15. Similar, en la doctrina italiana, MOCCIA, Sergio, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. Padova: Cedam (1988), pp. 105-106; VANNINI, ob. cit., p. 256; en contra, PEDRAZZI, Cesare, *Diritto Penale*, II, Scritti di Parte Speciale. Milán: Giuffrè (2003), pp. 18-20.

⁴⁰ En este sentido, POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 304. En contra, SCHEPELER VÁSQUEZ, ob. cit., p. 20.

⁴¹ Con una argumentación de esta clase, una opinión minoritaria en España plantea que es posible el hurto de una cosa que sólo tenga valor afectivo, y que se castiga como falta. Así, ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Akal (1988), p. 27; DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. Barcelona: PPU (1994), p. 204; SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. “Introducción a los delitos contra el patrimonio”, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II. Madrid (1997), p. 90. La mayoría, en cambio, excluye las cosas con un valor puramente afectivo. Por todos, GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 457.

⁴² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 307.

ellos aparezca en el momento de la sustracción, valor que es adquirido por el sujeto activo junto con la apropiación del documento.

En consecuencia, si un sujeto se apropia de diez billetes de diez mil pesos, cada uno de los cuales tiene una materialidad que cuesta sólo diez pesos, no comete un hurto de una cosa que vale cien pesos, sino uno de una cosa que vale cien mil pesos. Del mismo modo, si se apropia de un cheque que se encuentra girado al portador por una suma de quinientos mil pesos, teniendo el papel en que consta un valor de trescientos pesos, no hurta una cosa que vale trescientos pesos, sino una que vale quinientos mil pesos. En ambos casos, el sujeto se hace de un medio de pago que puede, sin más, utilizar en el mercado (en el primero, de cien mil pesos, con que puede adquirir bienes o servicios; en el segundo, de quinientos mil pesos, con que también puede realizar una adquisición o cobrar el documento).

Pero si en nuestro ejemplo el cheque del que se apropia el agente se encuentra con todas sus menciones en blanco –como muchas veces sucede en la práctica–, el hurto es de una cosa que sólo vale trescientos pesos (el costo del papel), ya que no se hace de un medio de pago que pueda utilizar sin más en el mercado. Para poder usarlo en la adquisición de bienes o servicios o en su cobro necesita llenar previamente sus menciones, lo que puede dar lugar a un delito de falsificación de documento privado (art. 197 CP). Lo mismo ocurre si lo apropiado es un talonario de cheques en blanco o un cheque nominativo (que sólo puede ser cobrado por su beneficiario). Por eso, bien cabría la posibilidad de aplicar en estos casos el principio de insignificancia, como criterio excluyente de la imputación objetiva del comportamiento a efectos del hurto, sin perjuicio de la eventual responsabilidad por el posterior delito de falsificación de documento privado⁴³.

En síntesis, como afirma Garrido Montt, “lo decisivo [...] en estos casos, es si el valor que representa el título es o no adquirido por el delincuente juntamente con su apoderamiento”⁴⁴.

Por la misma razón, cuando se trata de documentos que permiten a quien los porta adquirir algún bien o servicio, su valor pecuniario es el del bien o servicio a que dan derecho, no el de su materialidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las entradas para asistir al cine, a un espectáculo deportivo, etc.⁴⁵.

⁴³ Así, ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 235-236.

⁴⁴ GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 163. Similar, POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 305. En contra, MERA FIGUEROA, ob. cit., pp. 55-56.

⁴⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes. *El delito de hurto*. Valencia: Tirant lo Blanch (1998), p. 100.

Otro punto, vinculado con el anterior, es el relativo a la situación de los *billetes de lotería* o de otros juegos de azar. La doctrina suele efectuar a este respecto un distingo, según si el billete resulta en definitiva premiado o no: si así ocurre, el valor de la cosa hurtada es el del monto del premio; si no sucede así, el valor es el del billete (lo que costó su adquisición)⁴⁶. Como se puede advertir, se parte de la premisa de que la conducta tiene lugar antes de que se realice el sorteo. Si la acción se ejecuta después de que se sabe que el objeto a ser apropiado es el billete premiado, hay claridad en que el valor de la cosa hurtada no puede ser otro que el monto del premio⁴⁷.

Según mi opinión, este planteamiento no puede aceptarse, ya que la solución del problema se hace depender del azar. No es de recibo que el valor de la cosa hurtada se determine por una circunstancia fortuita que pueda ocurrir con posterioridad al momento en que se ejecutó la acción, de lo cual puede depender la calificación del hecho como simple delito o como falta, con las importantes consecuencias prácticas que ello tiene. Si la conducta se realiza cuando aún no tiene lugar el sorteo, el valor de la cosa apropiada no puede ser otro que el costo del billete, pues en él va incorporada toda la expectativa del premio. El hecho de que en definitiva aquel resulte premiado sólo podría tomarse en cuenta para efectos de la responsabilidad civil⁴⁸, y eventualmente en la determinación de la cuantía exacta de la pena, conforme al criterio de la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (art. 69 CP).

En otro orden de ideas, como cualquier otro elemento del delito, el hecho de que la cosa apropiada sea susceptible de apreciación pecuniaria debe ser acreditado en el proceso. Ello, no sólo cuando se trata de un hurto, cuya sanción depende precisamente de cuál sea el valor de la cosa sustraída, sino también en el robo, por las razones de antijuridicidad material expuestas más arriba.

A propósito de este punto, debe tenerse presente que, en nuestro sistema económico, en general, es el mercado el que determina el valor de las cosas. En consecuencia, es este valor, al que se llega por el juego de las leyes de oferta y demanda, el que debe ser probado en el proceso penal por hurto o por robo⁴⁹; el valor que la cosa tenía cuando fue apropiada, no el que tiene cuando el proceso se lleva a cabo⁵⁰.

⁴⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, ob. cit., pp. 383-384, quien se muestra crítico con esta forma de solucionar el problema planteado.

⁴⁷ Así, GARCÍA ARÁN, ob. cit., p. 101.

⁴⁸ ROBLES PLANAS, ob. cit., pp. 235-236.

⁴⁹ POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 304.

⁵⁰ Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, ob. cit., p. 35.

Normalmente, cuando se trata de la apropiación de cosas que se encuentran a la venta en establecimientos comerciales, su precio de venta corresponde, más o menos, al del valor de la cosa, incluso considerando que entre los diversos establecimientos puede haber diferencias de precio. Sin embargo, no siempre existe dicha correspondencia, ya que a veces se colocan objetos a la venta muy por debajo de su precio de mercado (por ejemplo, para sacar del mercado a algún competidor) o, a la inversa, a un precio muy superior al de mercado (por ejemplo, para producir un efecto esnob y atraer a ciertos clientes). En estos casos, el precio de venta de la cosa no coincide con el valor que el mercado le asigna, lo que en sistemas que, como el nuestro, establecen la sanción del hurto en función del valor de la cosa sustraída, implica que la determinación de la pena queda en buena medida entregada a la víctima. Por eso, no resulta aconsejable que el legislador establezca en materia de hurto o robo una regla absoluta que considere, como valor de la cosa hurtada o robada, su precio de venta, tal como ocurre, por ejemplo, en el artículo 365, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española⁵¹. En este sentido, parece más razonable lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 390 de nuestro CPP, que tras señalar que, si un hurto falta se comete en un establecimiento de comercio, para determinar el valor de la cosa se considerará su precio de venta, agrega la siguiente frase: “salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Esto hace posible prescindir del precio de venta de la cosa, precisamente, cuando este difiere en forma considerable del valor de mercado.

3. Sobre el fondo de lo resuelto por la Corte

La decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Copiapó en este caso merece una valoración positiva. Los hechos que resultaron acreditados (“*El día 26 de julio del año 2020, a las 02:40 horas aproximadamente, el acusado RCMC concurrió al local comercial ‘Santa Sofía’, ubicado en calle C. N° ..., comuna de Copiapó y forzó el portón que resguarda dicho local para luego hacer ingreso hacia el interior y sustraer diversas especies, posteriormente el acusado se dio a la fuga del lugar con las especies sustraídas*”), coincidentes con los relatados en la acusación fiscal, no permitían considerar cumplidos todos los requisitos típicos del delito por cual el acusado había sido condenado por el tribunal *a quo*. Desde luego, la exigencia de que la acción recayera sobre una

⁵¹ Véase la crítica de SERRANO GÓMEZ, ALFONSO / SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed. Madrid: Dykinson (2006), p. 354.

cosa corporal mueble sí podía estimarse cumplida, dado que se probó que el acusado sustrajo diversas especies y huyó con ellas del lugar en que estas se encontraban, lo que demuestra que efectivamente se trataba de cosas corporales muebles. Pero varios otros requisitos relativos al objeto material del delito no podían considerarse cumplidos.

Por una parte, los hechos probados no daban cuenta clara de la necesaria ajenidad de las cosas sustraídas. La vaga referencia que se hizo a ellas en el relato de hechos acreditados, identificándolas simplemente como *especies*, no permitía discriminar entre múltiples alternativas posibles: que se tratara de cosas pertenecientes al acusado (por ejemplo, cosas suyas que se le habían quedado dentro del local comercial la última vez que lo visitó), de cosas abandonadas (verbigracia, desechos que se encontraban en un contenedor de basura al interior del local), de cosas ajenas perdidas, posible objeto material de un “hurto de hallazgo” (por ejemplo, un pañuelo que el día anterior se le había caído a un cliente en el interior del local, sin que aquel se diera cuenta de ello), de cosas ajenas no perdidas (verbigracia, especies que se encontraban a la venta en el interior del local), etc.

Por otra parte, los hechos acreditados tampoco daban clara cuenta de la exigencia de que las cosas sustraídas fueran susceptibles de apropiación. La parca alusión a *especies* no permitía discriminar entre distintas alternativas posibles: que se tratara de cosas no susceptibles de apropiación (por ejemplo, cadáveres); que fueran cosas susceptibles de apropiación, pero objeto material de un delito distinto (verbigracia, caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor), etc.

Además, los hechos probados tampoco permitían dar por cumplida la exigencia de que las cosas sustraídas fueran pecuniariamente apreciables. La lacónica referencia al objeto material de la acción realizada por el acusado (*especies*) bien podría haber comprendido cosas sin ningún valor comercial.

Pero incluso si no hubieran existido las anteriores falencias imputativas, todas las cuales giraban en torno al objeto material del delito, dado el modo en que fueron descritos los hechos acreditados, tampoco habría sido posible estimar cumplidas las restantes exigencias del delito atribuido al acusado, en relación con la conducta típica. Ello es así, por un lado, porque en los hechos probados no se hizo ninguna alusión al ánimo de lucro con que debía realizarse la acción punible. Aunque estos hechos hubieran establecido con claridad que las cosas sustraídas eran ajenas, susceptibles de apropiación y apreciables pecuniariamente, la parquedad del relato fáctico tampoco era idónea para considerar concurrente este elemento subjetivo del tipo, al no permitir discriminar entre diferentes alternativas: que las cosas hubieran sido sustraídas sin ánimo de lucro (por ejemplo, que hayan sido sacadas sólo para destruirlas);

que hubieran sido sustraídas sólo con el ánimo de beneficiar a un tercero, en cuyo caso tampoco se habría satisfecho el requisito típico, pues este consiste en obrar “con ánimo de *lucrarse*”⁵², o que efectivamente hubieran sido sacadas por el acusado con el propósito de obtener él mismo un provecho apreciable pecuniariamente.

Por otro lado, tampoco se contiene en los hechos acreditados alguna referencia a otro aspecto subjetivo que debe estar presente en la conducta punible. Como es sabido, no basta con acreditar que haya habido una sustracción o apoderamiento de una cosa o, expresado en términos más normativos, que se haya roto la custodia anterior sobre la cosa y se haya constituido una nueva sobre ella, sino que es necesario demostrar, además, que tal acción se realizó con la intención de comportarse como dueño de la cosa (*animus rem sibi habendi*, *animus domini* o ánimo de señor y dueño). Sólo así se verifica una *apropiación*, que es lo que la ley exige en el artículo 432 del CP⁵³. Pues bien, los términos excesivamente escuetos del relato de hechos probados no permitían considerar concurrente esta otra exigencia subjetiva, pues tampoco servían para discriminar entre diferentes alternativas posibles: que las especies hayan sido sustraídas para usarlas y luego restituir las a su propietario, lo que se conoce con el nombre de “hurto de uso” y que, dada la ausencia de ánimo de señor y dueño, se estima atípico⁵⁴, o bien que efectivamente hayan sido sacadas para comportarse como dueño de ellas.

Así las cosas, atendidas todas las falencias perceptibles en la imputación formulada contra el acusado, tanto en relación con la conducta típica como con su objeto material, la única decisión que podía adoptarse en este caso era la

⁵² En este sentido, puede verse PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Fraude de seguros. Cuestiones penales y de técnica legislativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2006), p. 108: “El lucro debe referirse a la propia persona que hurta y ello se desprende de la propia tipificación del artículo 432, que habla de quien ‘con ánimo de lucrarse se apropia...’. Esto implica que el ánimo debe estar dirigido a obtener un beneficio patrimonial para sí. Desde esta perspectiva, no es hurto aquella sustracción de cosa mueble sin la voluntad del dueño para dársela a otro que no ha participado en tal acción (descartando así complicidad o coautoría). Es decir, aquel ciudadano que motivado altruistamente hurta una cosa mueble con el objetivo de dejarla en manos de un menesteroso cuya situación lo ha conmovido no comete hurto de acuerdo al artículo 432. Naturalmente esta situación no es satisfactoria toda vez que se otorga una ‘patente de corso’ a rufianes altruistas”. Similar, OLIVER CALDERÓN, ob. cit., pp. 91-93.

⁵³ LABATUT GLENA, ob. cit., pp. 195-196; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ob. cit., p. 296; POLITOFF LIFSCHITZ; MATUS ACUÑA; RAMÍREZ GUZMÁN, ob. cit., p. 306; BULLEMORE; MACKINNON, ob. cit., p. 38.

⁵⁴ Por todos, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. “Hurto - hurto de uso. Jurisprudencia comentada”, en *Temas de Derecho, Revista de la Universidad Gabriela Mistral*, vol. XIII, N°s. 1-2 (1998), pp. 191-201.

absolución del acusado, tal como correctamente lo hizo la Corte de Apelaciones de Copiapó en la sentencia objeto de este comentario.

3. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. I. Sentencia de nulidad. Errónea aplicación del derecho al calificar como delito un hecho omitiendo la individualización de las especies y la identidad del propietario de las mismas. Tipo penal demanda que se obre “sin la voluntad de su dueño”. II. Sentencia de reemplazo. Procede absolver al imputado por falta de tipicidad objetiva.

HECHOS

Defensa del sentenciado interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva, por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que lo condenó como autor del delito consumado de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de nulidad deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de Nulidad (acogido).*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Copiapó.*

ROL: *552-2022, de 13 de enero de 2023.*

MINISTROS: *Sra. Marcela Paz Araya N., Sr. Pablo Bernardo Krumm D. y Sr. Rodrigo Miguel Cid M.*

DOCTRINA

- La omisión de la individualización de las especies como la identidad del propietario de las mismas, hace imposible poder establecer la calidad de cosas corporales y muebles de las especies sustraídas, –atipicidad por déficit en el objeto material del delito– como asimismo el carácter de ajenas de las mismas, debiendo enfatizarse en esta parte que en la determinación de ajenidad de las cosas, resulta insuficiente –como bien señala Oliver– que se determine que las especies no pertenecen al agente, sino que resulta obligatorio establecer y en este caso peor aún imputar,*

que pertenecen a otra persona, pues el mismo tipo penal demanda que se obre “sin la voluntad de su dueño”, ya que el consentimiento de quien tiene el dominio sobre las mismas también deviene en una causal de atipicidad. Como si lo anterior no bastará, el déficit imputativo que se describe impide de igual manera que se pueda establecer si las especies sustraídas eran susceptibles de apropiación como de apreciación pecuniaria (Oliver, Guillermo. “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, pp. 387 y ss.). El déficit y las omisiones contenidas en la atribución de hechos, que se ha relacionado en forma previa, obligan a concluir que los presupuestos fácticos contenidos en la acusación no resultan constitutivos del delito de robo con fuerza en las cosas, pretendido por el acusador institucional en su libelo acusatorio ni de algunos de los otros atentados contra la propiedad contemplados en el Título IX del Código Penal, por falta de tipicidad objetiva, debiendo acogerse en esta consecuencia el recurso de nulidad deducido al amparo de la causal prevista en el artículo 373 literal b) del código procesal penal, alegada en forma principal, por haber verificado los jueces del fondo, una errónea aplicación del derecho que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, pues debiendo haber dictado una sentencia absolutoria conforme a los hechos atribuidos en la acusación fiscal y la figuras contempladas en el Título IX ya indicado, condenaron al acusado en calidad de autor de un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 432 en relación al artículo 442 N° 1 ambos del Código Penal, por hechos atribuidos que no podían ser subsumidos en dicha hipótesis típica (considerandos 5° y 6° de la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones).

- II. Conforme quedó claramente establecido en la sentencia de nulidad de esta Corte, el acusador institucional, no imputó en los presupuestos de hecho que determinan el juzgamiento, los elementos objetos del tipo penal que asumía concurrente, esto es un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado del artículo 442 N° 1 del estatuto del ramo, omisión que deriva según se dijo, de no haber individualizado las especies sustraídas, ni tampoco haber indicado la identidad del propietario de las mismas. En esta dinámica resulta entonces absolutamente irrelevante que en el desarrollo de la audiencia, el acusador hubiese incorporado elementos de juicio que permitieran la determinación de las especies sustraídas como la identidad del afectado, pues como es sabido, solo se puede tener por acreditado lo que se ha imputado. No es esto, al parecer, lo que estimaron los jueces de mayoría, pues en los hechos que

tuvieron por acreditados en el motivo noveno del fallo anulado, según el plexo probatorio de la audiencia de juicio, se mantienen las omisiones atributivas de la acusación fiscal. En este contexto, solo resulta posible absolver al acusado de los hechos atribuidos en la acusación fiscal, pues los mismos presentan un déficit fáctico que incide en la ausencia de tipicidad objetiva –individualización de las especies y del propietario de las mismas– que demanda el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado contemplado en el artículo 442 N° 1 en relación con el artículo 432 del mismo cuerpo legal, lo que importa asumir que el acusado participó en el hecho atípico atribuido en la acusación fiscal, lo anterior, no significa otra cosa, que los elementos típicos antes de probarse deben ser imputados (considerandos 3° y 4° de la sentencia de reemplazo de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/1621/2023

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículo 373 del Código Procesal Penal; 432, 442 N° 1 del Código Penal.