

## AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS DE APROPIACIÓN

CAROLINA SEPÚLVEDA VARELA  
*Universidad de Chile*

La Corte de Apelaciones de Arica, en la sentencia de fecha 22 de febrero de 2021, dictada en la causa RIT O-291-2019, rechazó el recurso de nulidad penal presentado por la defensa en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, que condenó al acusado como autor del delito de hurto consumado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y multa, más las accesorias legales correspondientes. La sentencia recurrida también hace referencia a un coimputado que habría participado como “coautor inductor” del delito de hurto, aunque no fue condenado en el juicio oral puesto que a su respecto operó una salida alternativa.

Los hechos que fueron establecidos por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal consistían, resumidamente, en los siguientes: con fecha 8 de abril de 2014 la víctima trasladó su vehículo marca Hyundai, modelo Toscani, año 2006, hasta las dependencias del taller de mecánica del Centro de Estudio y Trabajo Cerrado del Recinto Penitenciario de Acha de Gendarmería de Chile, a fin de efectuarle reparaciones de desabolladura y pintura. A su vez, el funcionario de Gendarmería ya mantenía en el taller mencionado para reparación su vehículo marca Hyundai, modelo Toscani, año 2002, dado que su motor estaba fundido. Resulta que el interno, asignado al área laboral de este taller como mecánico, previo concierto con el gendarme, extrajo el motor del auto de la víctima y lo instaló en el vehículo del gendarme, quien con fecha 22 de agosto, en horas del día, retiró desde las dependencias del referido taller mecánico de Gendarmería de Chile su vehículo, con el motor de la víctima instalado en el mismo, manteniendo la especie en su poder, la cual es evaluada en la suma entre \$ 700.000 a \$ 1.000.000.

La sentencia del TJOP consideró que estos hechos configuraban el delito de hurto en grado consumado previsto y sancionado en el artículo 446 N° 2 en relación con el artículo 432 del Código Penal, toda vez que “el acusado en su calidad de interno del CET previa petición de otro procedió a apropiarse de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, esto es, un motor de un vehículo que estaba siendo reparado por otro interno para instalarlo en otro móvil de similares características perteneciente al peticionario, vehículo que luego fue sacado desde el interior del taller el 22 de agosto de 2014”.

La defensa del interno condenado fundó su recurso de nulidad en la causal de errónea aplicación del derecho, sosteniendo que el fallo habría aplicado de

manera equivocada la norma del artículo 432 del Código Penal. Sostiene la defensa que el TJOP, en la relación de los hechos, no habría hecho mención al ánimo de lucro y al de apropiación, ambos exigidos como elemento subjetivo del tipo penal, donde la conducta “apropiarse” consiste en la sustracción de la cosa con ánimo de señor y dueño, mientras que el ánimo de lucro radica en la intención del sujeto de obtener una ventaja de carácter económico. De esta manera, el interés que tenía el interno (“I”) solo residía en la obtención de beneficios en el centro de reclusión, que no corresponden a un beneficio económico, y por lo tanto no satisface los requisitos del tipo penal del hurto. En segundo lugar, asevera la defensa que la especie ya no se encontraba en la esfera de custodia de su dueño porque éste había entregado el vehículo para arreglarlo, y que fue el gendarme (“G”) quien lo sacó del taller para llevárselo, por lo que la conducta de I no sería constitutiva de “sustracción” y, por ende, no sería constitutiva de delito.

La Corte de Apelaciones de Arica, en voto mayoritario, señala que “un hecho punible puede ser ejecutado por diversos partícipes, incluso con distinta funcionalidad, pero entendiéndose que todos, cualquiera sea su participación o función desempeñada, cometen el mismo delito, en consideración a que todos se encuentran unidos a una misma finalidad” (considerando quinto). Agrega de inmediato que en este caso el delito de hurto se cometió en virtud de un concierto previo en que los condenados se dividieron funciones, pero “ambas actuaciones unidas fueron necesarias para ejecutar el delito en común”. Luego, señala que la expresión “apropiarse” implica tomar materialmente una cosa, acompañado del deseo o ánimo de tomarla para ejercer sobre ella esas facultades propias del dueño, o sea, comportarse de hecho como propietario de ella, y que este “ánimo de señor o dueño” debe distinguirse del ánimo de lucro. Respecto de esto último, señala que, en realidad, el “lucro” puede significar cualquier beneficio, siempre que sea económicamente apreciable o, en otras palabras, que se trate de una ventaja de orden patrimonial (considerando sexto). Por estas razones, se descarta la primera razón de la nulidad impetrada por la defensa.

Respecto del segundo orden de razones aducidas por el recurrente, relativas a la inexistencia de una conducta constitutiva de “sustracción”, la Corte no fundamenta demasiado y simplemente rechaza el argumento de la defensa señalando que ello “resulta contrario a lo dado por establecido por los jueces orales al respecto”, y que “tal reproche importaría concluir que no se configuraría el delito de hurto respecto de una especie que, a cualquier título se encuentra materialmente en poder de un tercero ajeno a su dueño, porque en tal caso habría salido anteriormente de la esfera de resguardo de éste, lo que carece de todo sustento jurídico”.

El fallo analizado se acordó con el voto minoritario del Ministro José Delgado, quien estuvo por acoger el recurso de nulidad, señalando que en realidad la relación de los hechos del TJOP no señaló para qué el gendarme y el interno se habían concertado previamente, quedando establecido únicamente que fue el gendarme quien “sustrajo la cosa de la esfera de resguardo de su dueño, en su propio vehículo, con el fin de hacerla suya, y lucrándose por ello”. Agrega el voto minoritario que el ánimo de señor y dueño, elemento subjetivo de la apropiación, concurre solo en el gendarme, pues fue este quien lo sacó del recinto penal para hacerlo suyo, de manera tal que el interno solo podría haber tenido participación a título de cómplice, “pero jamás como coautor”.

Esta sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica resulta sumamente interesante, fundamentalmente en relación con dos aspectos: la calificación típica de los hechos, por una parte, y los títulos de autoría y participación en virtud de los cuales se les atribuyen los hechos a los imputados, por otra.

Respecto de lo primero, en mi opinión los hechos objeto de la sentencia no son constitutivos de hurto, sino que del delito de apropiación indebida contemplado en artículo 470 N° 1 del Código Penal. Sobre esto, cabe señalar antes que todo que tanto el hurto como la apropiación indebida pueden ser caracterizados como “delitos de apropiación”, que se distinguen entre sí por la circunstancia de que mientras el hurto supone *sustracción* como modo de apropiación, la apropiación indebida supone *retención funcional a la apropiación* de una cosa recibida bajo un vínculo de confianza especial<sup>1</sup>. Creo que esta “familiaridad” es la razón que explica que el TJOP haya condenado a título de hurto: parece que es claro que en el caso hubo apropiación del motor, pero no es claro que haya habido “sustracción” en los términos en que lo exige el hurto, y es precisamente eso lo que la defensa polemiza, sin que la Corte se haga cargo de este punto de una manera mínimamente convincente.

Pues bien, como deslicé recién, la característica definitoria del delito de hurto es que la apropiación tenga lugar mediante sustracción, en términos tales que la cosa sea objeto de detentación por parte de otro, de modo tal que la sustracción de esa cosa consista en el quebrantamiento o ruptura de la custodia ajena sobre la cosa, acompañada de la constitución de una nueva custodia sobre ella por parte del autor<sup>2</sup>. En este caso, sin embargo, no hubo sustracción, porque no se produjo ruptura de esfera de custodia y consecuente constitución de una nueva,

---

<sup>1</sup> MATUS, Jean Pierre Y RAMÍREZ, Cecilia, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª ed. Santiago: Tirant lo Blanch (2021), pp. 520 y ss.

<sup>2</sup> GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2010), pp. 159 y ss.

de manera tal que no se ve configurado el elemento más fundamental del hurto. Y la razón por la que no hubo ruptura de esfera de custodia es que la cosa ya no se encontraba bajo la detención material del dueño, precisamente porque este había entregado el vehículo voluntariamente para que fuese arreglado en el taller y, en consecuencia, por ese acto, la esfera de custodia cambió de lugar y de titular, pasando a estar el automóvil –y por lo tanto, el motor– bajo la tenencia material y el enclave de custodia del taller mecánico –o, más bien, de quienes estuviesen a cargo de él–.

Entonces, si el hurto es, en los términos señalados, un delito de *desplazamiento* de custodia, porque la cosa pasa de estar en poder del dueño o de quien detente la cosa a estar en poder del autor, aparece claramente que el caso que tuvo a la vista el TJOP y la Corte de Arica no puede ser una hipótesis de hurto, puesto que el vehículo no se encontraba en poder del dueño al momento de la apropiación y, entonces, no hubo desplazamiento de custodia alguno. Lo cierto es que, junto con el automóvil, el motor también fue entregado en depósito al taller mecánico, como parte integrante del primero. Sostener la existencia de hurto en este caso implica –en su mejor versión posible– sostener que el enclave de custodia del motor sería el automóvil, como si el motor fuese un elemento autónomo e independiente del automóvil que lo contiene, cuestión que no parece razonable cuando en los hechos se requería desmontar el motor para llevar a cabo la reparación del vehículo. Distinto sería un caso en que, por ejemplo, al interior del vehículo se encontrara un computador portátil: en este caso parece razonable entender que el vehículo hace las veces de mecanismo de custodia cuyo titular es el dueño, y dado que este objeto no ha sido entregado en depósito al taller mecánico, su apropiación sí sería constitutiva de sustracción –por configurarse un quebrantamiento de custodia– y, entonces, constitutiva de hurto. Esto último no ocurre en el caso, dado que el motor forma parte del automóvil y, por lo tanto, también ha sido entregado en depósito al taller mecánico, siendo este último el titular de la custodia de la cosa, aun cuando esa titularidad sea claramente transitoria.

Este punto, relativo a la inexistencia de una conducta constitutiva de *sustracción*, fue acertadamente sostenido por la defensa tanto en el juicio oral como en su recurso de nulidad. Resulta muy llamativo que la sentencia del TJOP, citada en el considerando octavo de la sentencia de nulidad, se haga cargo de este argumento señalando que “no hay duda que el acusado es la persona que realiza la aprehensión material de la cosa [...]” cuando aquello no está puesto en duda; el punto crítico radica en que el delito de hurto no consiste simplemente en la apropiación de una cosa mueble ajena, sino que se caracteriza por consistir en

una apropiación mediante sustracción<sup>3</sup>. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica simplemente reproduce parte del razonamiento del TJOP, sin agregar nuevos argumentos, como señalamos al comienzo de este texto.

Una vez descartada la configuración del delito de hurto, toca preguntarse qué figura delictiva puede venir en consideración, toda vez que es claro en el caso que el motor sí fue efectivamente apropiado por alguien (obviamente) distinto de su dueño, lesionando su derecho de propiedad sobre la cosa, entendiendo por propiedad el contenido fáctico de poder que es correlativo a esa posición de propietario –ya revisaremos el problema de determinar quién es ese *alguien*–.

A su turno, y como ya habíamos adelantado, lo característico de la apropiación indebida es la exigencia de que la cosa de cuya apropiación se trata sea ya previamente detentada por el autor, habiéndola recibido en virtud de un título generador de un vínculo de confianza especial que, en todo caso, mantenga el estatus de *ajena* de la cosa recibida<sup>4</sup>. Esto se desprende claramente del artículo 470 N° 1 del Código Penal, que castiga la apropiación o distracción del dinero o de cualquier otra cosa mueble que se hubiere “recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”.

Es aquello precisamente lo que ocurre en el caso que tenemos a la vista: el dueño entregó su automóvil –y con él, el motor– en depósito al taller mecánico de Gendarmería, con el objeto de que este fuese reparado, configurándose el deber para el depositario de devolver el automóvil –con todas sus partes– al finalizar la reparación. Sin embargo, el motor no fue devuelto a su dueño, sino que fue *apropiado* por un tercero –ya veremos por quién específicamente–, en el sentido de que el autor se apoderó de él materialmente, con el ánimo de comportarse como señor y dueño, ambos requisitos de la conducta típica de la apropiación indebida<sup>5</sup>. En mi opinión, la imputación a título de apropiación indebida es la respuesta jurídico-penalmente adecuada en este caso, aun cuando conlleva las dificultades a las que a continuación me referiré.

---

<sup>3</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVI (2011), pp. 359-395.

<sup>4</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N° 1 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 1 (2018), pp. 162-184.

<sup>5</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, ob. cit., pp. 648 y ss.

Para referirme ahora al segundo de los elementos que fueron adelantados al comienzo de este comentario, y en estrecha relación con lo señalado recién, cabe preguntarse en qué calidad participan del delito de apropiación indebida el gendarme y el interno, respectivamente. Me parece que esta es una cuestión altamente intrincada, y que sobre ella existen varias alternativas de respuestas a lo menos plausibles que vale la pena explorar.

En primer lugar, cabe señalar que la cuestión del título de intervención en virtud del cual responden los imputados no es algo que se tematice especialmente en la sentencia de nulidad analizada en este texto, puesto que, al no haber sido el gendarme sometido a juicio oral, su intervención no fue discutida en profundidad. Es quizás por esa misma razón que la sentencia del TJOP –confirmada, en definitiva, por la Corte– incurre en una grave confusión dogmática, a mi parecer, al señalar que el gendarme habría inducido al interno a cometer el delito, mientras que al mismo tiempo señala que ambos serían coautores del hurto, porque “sus actuaciones unidas fueron necesarias para ejecutar el delito en común”. Como sabemos, la inducción es un título de participación que el Código Penal chileno contempla para efectos penológicos dentro del catálogo de quienes serán “considerados autores” en el artículo 15 N° 2; sin embargo, el inductor no es autor y, como es obvio, no puede ser, al mismo tiempo, coautor. De esta manera, sostener que el gendarme fue *inductor* del delito solo puede significar, correlativamente, que el interno fue el autor directo del mismo. Por ello, la formulación de la sentencia de la Corte respecto de la participación de los imputados resulta, a lo menos, inconsistente.

Hecha esa prevención, cabe ahora señalar que la determinación del título de intervención en virtud del cual el delito cometido es imputable a cada uno de los imputados depende críticamente, a su vez, de cuál sea la conducta específica que realiza el tipo penal de la apropiación indebida.

Una primera alternativa es considerar que las conductas tanto del gendarme como del interno, globalmente consideradas, realizan la conducta típica de la apropiación indebida; por lo tanto, ambos responderían como coautores. Esta es, de hecho, la solución que la sentencia de la Corte favorece, aunque referida al delito de hurto, cuando señala en su considerando quinto que “un hecho punible puede ser ejecutado por diversos partícipes, incluso con distinta funcionalidad, pero entendiéndose que todos cometen el mismo delito”, y que en este caso “ambas actuaciones unidas fueron necesarias para ejecutar el delito en común”. Esto significaría, entonces, sostener que tanto la conducta del interno como la del gendarme son parte integrante de la ejecución delictiva, en el sentido del artículo 15 N° 1, es decir, que ambos “toman parte en la ejecución del delito”. Sin embargo, en mi opinión esta respuesta en realidad solo evita responder a la pregunta acerca de cuál es la conducta que realiza el tipo

penal de la apropiación indebida (es decir, cuándo se produce la “ejecución del delito”), llegando simplemente a la salida fácil de decir que el delito se ha perpetrado en coautoría. En consecuencia, esta alternativa debe ser descartada al menos provisoriamente.

Otra posible solución sería sostener que la conducta constitutiva de apropiación, que entonces consuma el delito de apropiación indebida, está dada por el hecho de que el gendarme se lleve el motor ajeno en su propio auto, al sacarlo del taller. Bajo esta hipótesis, el gendarme sería autor directo, y el interno sólo podría ser hecho responsable a título de complicidad, por cooperar a la ejecución de dicha apropiación por actos anteriores, consistentes en haberle facilitado el motor de la víctima, poniéndolo a su disposición al interior del automóvil. Ésta es una opción en principio plausible, sobre todo porque parece ser que, en algún sentido casi intuitivo, la única persona que se apropia con verdadero *animus rem sibi habendi* de la cosa es el gendarme, que de hecho se la lleva en su automóvil, obteniendo un beneficio pecuniariamente determinable –cuestión que no sería predicable respecto del interno–. De hecho, ésta fue la tesis que sostuvo el Ministro José Delgado en su voto disidente, aunque respecto del delito de hurto, basándose principalmente en que el artículo 432 de nuestro Código Penal exige ánimo de “lucrarse”, por lo que la exigencia subjetiva solo se cumpliría cuando el agente se apropia de la cosa ajena con el propósito de obtener él mismo un lucro. Así, señala el voto disidente, el interno sólo podría ser, como mucho, cómplice del delito en que el gendarme es autor directo.

Sin perjuicio de la provisoria plausibilidad de esa respuesta, inmediatamente se vuelve posible hacerle una casi obvia objeción: ¿qué pasaría si el gendarme nunca sacara del taller su automóvil con el motor apropiado? ¿Acaso no se encontraría consumada la apropiación indebida en esa hipótesis? La respuesta a todas luces no puede ser negativa, porque de lo contrario tendríamos que sostener que el delito no se encuentra consumado sino hasta que el motor sea sacado del taller mecánico, de manera tal que mientras el motor se encontrase en el lugar, aun cuando la víctima retirase su automóvil con un motor que no es el suyo, no se consumaría la apropiación indebida. Y ello carece de toda razonabilidad puesto que, como ya hemos señalado, el tipo de este delito no requiere quebrantamiento de esfera de custodia, sino que –valga la redundancia– de un acto de *apropiación*, es decir, una acción de arrogación del poder sobre la cosa que es característico del derecho de propiedad, unida a un elemento subjetivo, esto es, el ánimo de señor y dueño<sup>6</sup>, sin que se exija algo así como un estado

---

<sup>6</sup> POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), p. 459.

de apropiación consolidado o fácticamente irreversible. Ahora bien, el tipo del artículo 470 N° 1 sí exige que la apropiación produzca un perjuicio para la víctima, ya sea considerado este requisito como un elemento del tipo o una condición objetiva de punibilidad<sup>7</sup>. Habida consideración de este requisito es claro que, aun si el gendarme no se hubiese llevado el auto con el motor apropiado desde el taller, el perjuicio a la víctima de todas maneras se produciría, en cuanto se ha visto *expropiada* de la cosa que le pertenecía. Estas consideraciones también operan a favor de descartar la alternativa de la perpetración en coautoría, a la que ya nos referimos.

Todo lo anterior, en definitiva, tiene que ver con la pregunta por la determinación del momento de la consumación del delito. Si estimamos que para la consumación del delito se requiere que con la acción de apropiación realizada baste –sin necesidad de otra acción por parte del autor– para que el propietario se vea privado de la cosa, entonces no cabe duda de que en nuestro caso el delito se ve consumado con la acción del interno consistente en cambiar el motor desde el auto de la víctima a otro, con la finalidad clara de no entregarlo de vuelta a su dueño cuando este lo requiera. Bajo esta tesis, parece ser que el momento en que el gendarme se lleva su auto del taller con el motor apropiado se corresponde más bien con el “agotamiento” del delito, esto es, con “la producción de un determinado estado de cosas cuya concurrencia, empero, no es condición necesaria de la consumación (en tanto momento formal) y, por ende, de la punibilidad”<sup>8</sup>.

Habiendo descartado las anteriores respuestas, una tercera alternativa consistiría en sostener que la conducta constitutiva de la apropiación indebida está dada por la conducta del interno, consistente en desmontar el motor del automóvil de la víctima e instalarlo en el automóvil del gendarme, porque en esa acción habría un acto de disposición, indicativo de un ánimo de señor y dueño, aunque no signifique *apropiarse la cosa para sí*, sino que para otro. De sostener esta respuesta, entonces *a priori* el interno sería responsable como autor directo de la apropiación indebida, y el gendarme como inductor de la misma, es decir, simplemente como partícipe (aunque se equipare a la autoría para efectos penológicos). Sin embargo, en este punto surge la pregunta de si acaso es realmente el interno quien tiene el deber fiduciario de devolver la cosa,

---

<sup>7</sup> Categorizan el requisito del perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, ob. cit. y MAÑALICH, “Apropiación y distracción indebidas...”, ob. cit., respecto de la apropiación indebida (en contraposición a la distracción indebida).

<sup>8</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4 (2004), p. 162.



puesto que, como ya hemos señalado, ese vínculo fiduciario es el que define la apropiación indebida. En los hechos, y dado que el automóvil fue entregado en depósito al taller mecánico de Gendarmería, parece ser que la persona sobre la que recae el deber fiduciario de devolver la especie es, en verdad, el gendarme, en tanto *representante* de la institución. Siendo así, entonces el vínculo de confianza especial característico de la apropiación indebida es uno que recae sobre el gendarme, y no sobre el interno, siendo este último nada más que un empleado, en términos amplios.

Luego, si la apropiación indebida es un delito especial en el sentido de que solo puede ser cometido por quien tiene la condición de deudor de la obligación de entregar o devolver la cosa que hubiere recibido en virtud de este vínculo fiduciario, entonces el delito no podría ser cometido por el interno que no detenta dicha calidad personal<sup>9</sup>. Acá se vuelve interesante relevar que, aunque podamos sostener que la conducta del interno fuera constitutiva de un acto de “apropiación” en sentido amplio, esta no puede ser constitutiva del delito de apropiación indebida, por no tener el interno la cualidad especial requerida; y, dado que en el derecho chileno no existe un delito de mera apropiación, entonces su conducta es, en principio, atípica.

La pregunta que surge es, entonces, si y cómo sería posible imputar al *intraneus* (esto es, al gendarme) un delito especial que se configura en virtud de una conducta que ha sido realizada por quien es un *extraneus*. Llegados a este punto, la respuesta está en la autoría mediata: es posible imputarle al gendarme el delito de apropiación indebida por un hecho que ha cometido “de propia mano” el interno en tanto *extraneus*, a título de autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado. Esta figura o hipótesis de la autoría mediata existe precisamente para aquellos casos en que un *extraneus* realiza de propia mano y sin defecto de imputación alguno un hecho que, en caso de ser imputable a un sujeto sí cualificado, conllevaría una realización del tipo delictivo<sup>10</sup>. Dado que el interno, en tanto hombre de adelante, no puede responder como autor de la apropiación indebida por las razones que ya hemos señalado, la pregunta ahora consiste en si cabe afirmar que al gendarme, en tanto hombre de atrás, le es imputable a su vez la falta de responsabilidad del hombre de adelante a título de autor, cuestión fundamental para poder afirmar su autoría mediata. Nos parece que la respuesta es afirmativa en este caso, puesto que

<sup>9</sup> Afirma que la apropiación indebida es un delito especial en el sentido señalado, SOTO PIÑEIRO, Miguel, *La apropiación indebida*. Santiago: Jurídica ConoSur (2004), pp. 74 y ss.

<sup>10</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “La estructura de la autoría mediata”, en *Revista de Derecho*, N° XXXIV (2010), p. 407.

fue el gendarme quien configuró, mediante la solicitud u orden que realizó al interno, “*la situación en que el hombre de adelante pudo ejecutar el hecho sin infringir deber primario alguno*”<sup>11</sup>. Por tanto, el hecho cometido por el interno le puede ser imputable al gendarme en autoría mediata, de manera tal que la apropiación indebida le debe ser imputada a él.

En mi opinión, esta última sería la alternativa más correcta para resolver el caso conocido por el TJOP de Arica y luego por la Iltma. Corte de Apelaciones de Arica. Bajo esta solución, resta responder la pregunta de si es que cabe imputar delito alguno al interno, dado que, como habíamos señalado, su conducta sería, al menos en principio, atípica. Pues bien, la imposibilidad de que el interno responda como autor del delito de apropiación indebida no implica que no pueda resultar responsable accesoriamente, es decir, a título de partícipe<sup>12</sup>. Llegados a este punto, nos encontramos con un nuevo problema, que es el de determinar si es posible imputarle al interno, en tanto persona que no cuenta como *intraneus* para los efectos de la imputación de este delito especial propio, responsabilidad en tanto *partícipe* de un delito especial propio, que él no podría haber cometido como autor. Asumiendo la tesis de la comunicabilidad a este respecto, podemos sostener sin problemas que al interno le sería imputable el hecho punible conservando la misma calificación típica que le corresponde al autor, a partir de una asunción irrestricta del principio de accesoriedad de la participación. Entonces, el interno respondería como partícipe del delito de apropiación indebida, puesto que su participación es *accesoria* al delito cometido por el autor mediato, y entonces debe mantener dicha calificación. Dado que se trata de un delito especial *propio*, asumir la tesis de la incomunicabilidad significaría admitir simplemente que en el caso existiría un vacío de punibilidad, y que, siendo el interno un *extraneus* para efectos de la apropiación indebida, no puede ser hecho responsable siquiera como partícipe de dicho delito. Esta última alternativa, sin embargo, no se encuentra extendida en nuestra doctrina, a pesar de que buena parte de ella se inclina por dicha tesis cuando se trata de delitos especiales impropios. De cualquier manera, en mi opinión es posible imputarle el delito de apropiación indebida al interno en tanto cómplice, puesto que su propia conducta ha cooperado a la ejecución del hecho que es, como ya dijimos, imputable como autor mediato al gendarme.

Para concluir, hemos hecho en este comentario una rápida revisión de las distintas alternativas de imputación delictiva que planteaba el caso que conoció el TJOP de Arica y posteriormente la Corte de Apelaciones a través del recurso

---

<sup>11</sup> MAÑALICH RAFFO, “La estructura de la autoría mediata”, ob. cit., p. 410.

<sup>12</sup> MAÑALICH RAFFO, “La estructura de la autoría mediata”, ob. cit., p. 410.

de nulidad. Se trataba, efectivamente, de un caso complejo, cuya reconstrucción hemos intentado delinear en este escrito, sin intenciones de exhaustividad, sino que simplemente con el objeto de dar cuenta de sus aristas más interesantes y controvertidas.

## 8. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)

Delito de hurto. I. Un hecho punible puede ser ejecutado por diversos partícipes, incluso con distinta funcionalidad. Todos los hechos cometidos por el mismo delito. Imprudencia de dividir la participación de cada coautor. II. Suficiencia probatoria para acreditar el dolo de apropiación. Acción del acusado que importa la apropiación de cosa ajena con ánimo de lucro.

### HECHOS

*Tribunal de Juicio Oral en lo Penal dicta sentencia condenatoria por el delito de hurto consumado. Defensa de condenado recurre de nulidad. La Corte de Apelaciones rechaza el recurso deducido.*

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de nulidad penal (rechazado)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Arica*

ROL: *541-2020, de 22 de febrero de 2021*

PARTES: *Ministerio Público con Manuel Valenzuela Arancibia*

Ministros: *Sr. José Delgado A., Sr. Marcelo Urzúa Pacheco y Fiscal Judicial Sr. Juan Manuel Escobar S.*

### DOCTRINA

- I. *En la especie es necesario señalar que un hecho punible puede ser ejecutado por diversos partícipes, incluso con distinta funcionalidad, pero entendiéndose que todos, cualquiera sea su participación o función desempeñada, cometen el mismo delito, en consideración a que todos se encuentran unidos a una misma finalidad. En el caso de marras, la sentencia recurrida, después de valorada la prueba, concluye como hecho inmutable que hubo una concertación entre el encartado y su coautor, teniendo como finalidad común el cometer delito de hurto, pero para lo*

*cual se dividieron sus funciones, el primero extrajo las piezas del motor de la víctima y se las colocó en el vehículo del coautor, aprovechándose de sus conocimientos de mecánica, y el segundo retiró su vehículo con el motor ya cambiado desde la esfera de resguardo de la víctima. Ambas actuaciones unidas fueron necesarias para ejecutar el delito en común. En forma separada habría sido imposible conseguir el fin propuesto. De esta manera no es posible dividir la participación de cada coautor, como pretende la defensa, para determinar si en cada caso particular concurren todos y cada uno de los elementos del tipo penal del ilícito en común, puesto que no todos ejecutan lo mismo, tal como lo sostuvo el fallo en su considerando décimo segundo. Es necesario analizarlo en su conjunto, como un fin único y comunitario (considerando 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).*

- II. Los sentenciadores, en el primer párrafo del motivo undécimo, señalaron: *“Que el hecho anteriormente descrito configura el delito de hurto en grado de consumado previsto y sancionado en el artículo 446 N° 2 en relación al artículo 432 del Código Penal, toda vez que el acusado en su calidad de interno del CET previa petición de otro procedió a apropiarse de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, esto es, un motor de un vehículo que estaba siendo reparado por otro interno para instalarlo en otro móvil de similares características perteneciente al peticionario, vehículo que luego fue sacado desde el interior del taller el 22.08.2014”. Y en el raciocinio duodécimo, al desestimar la teoría de la defensa, argumentaron lo siguiente: “En relación a ello cabe precisar que el delito de hurto previsto en el artículo 432 del Código Penal, exige como conducta típica la apropiación de una cosa mueble ajena y por apropiación se ha entendido la aprehensión material de la cosa con el objeto de realizar actos propios del dominio, la cual se consume desde el momento de que la especie sale de la esfera de resguardo de su dueño, siguiendo la teoría comúnmente aceptada por la doctrina mayoritaria conocida como ablatio –Mario Garrido Montt–. No hay duda que el acusado es la persona que realiza la aprehensión material de la cosa desde el momento en que dentro del contexto de la reparación de un vehículo destinado a pintura y desabollado, debió sacar el motor que hasta ese momento aparece como aquello que correspondía realizar dado que para la pintura y desabollado se requería sacarlo, pero desde ese momento en que el vehículo que estaba bajo la custodia momentánea de Gendarmería el acusado previo concierto con un funcionario lo toma y lo pone en un vehículo distinto perteneciente a otro funcionario, quien el 22.08.2014 lo saca del CET. Luego, el vehículo no fue entregado al acusado para que restituirlo, sino que este es una actividad que se realiza dentro de un recinto penitencia-*

rio, donde los vehículo se encuentran al interior un custodia provisoria a nombre de sus dueños y es Gendarmería la cual asume la obligación de entregarlos una vez realizada la reparación, cuestión distinta es que al interior internos que reciben un vehículo para repararlos, que solo tiene la tenencia de hecho, puedan potencialmente sustraerlo o parte de ella para obtener algún beneficio o como en este caso, un funcionario de la institución, con la cooperación del acusado obtiene un motor en buen estado de un vehículo que estaba en el lugar para ponerlo en la del funcionario que lo solicita, existiendo como la doctrina lo señala una participación necesaria. En consecuencia, el ánimo de lucro existe en el acusado pues obra en beneficio de otro al sustraer la cosa, sin perjuicio que por su acción, personalmente puede obtener elementos gananciales de carácter patrimonial al interior del penal por parte del funcionario que induce. Lo cierto es que como dice Garrido Montt existe “una intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de orden patrimonial, para si o para un tercero”. Por ello, en esta secuencia de hechos, el acusado estuvo siempre en el dominio de su propia conducta, dado que pudo no realizarla. Sin embargo, aceptó hacerlo y además, siempre en condiciones de tomar la decisión de no seguir adelante en lo que se le proponía. Todo ello permite acreditar su dolo de apropiación. En este último sentido, el funcionario H. en forma clara explicó que el acusado primero trató de engañarlo a fin de justificar las piezas del motor que estaba desarmado eran de su propiedad, pero al enfrentarlo con las evidencias, “agachó la cabeza” reconociendo que efectivamente no era el motor y que lo había cambiado por instrucción de un suboficial”. En consecuencia, compartiendo la Corte tanto los conceptos precedentemente reproducidos, como los razonamientos del fallo impugnado, en el presente caso, la acción del encartado importa la apropiación de cosa ajena con ánimo de lucro (considerandos 8° y 9° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/39886/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 432, 446 N° 2 del Código Penal