

## EL ÁNIMO DE LUCRO EN LOS DELITOS CONTRA INTERESES PATRIMONIALES

[Profit Making in Crimes Against Patrimonial Interests]

Laura Mayer Lux\*

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

### RESUMEN

El trabajo analiza el concepto y la exigencia legal de un ánimo de lucro en los delitos que atentan contra intereses patrimoniales. Parte de la base de que si bien algunas de las figuras delictivas contenidas en el título 9° del libro CPen. incluyen explícitamente esa exigencia, como la usurpación o la estafa, razones históricas y de derecho positivo, vinculadas con el sentido de los comporta-

### ABSTRACT

This work analyzes the concept and the legal requirement of profit making in illegal actions against patrimonial interests. It's based on the fact that albeit some of the illegal concepts mentioned in title 9<sup>th</sup> of the Chilean Criminal Code explicitly include this obligation, such as usurpation or fraud, historical and positive law reasons related to the sense of the actions in question, systematic and even

RECIBIDO el 25 de abril y ACEPTADO el 26 de mayo de 2014

---

\* Doctora en Derecho por la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; licenciada en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, Casilla 4059, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: laura.mayer@ucv.cl. Este trabajo ha sido redactado en el marco del proyecto Fondecyt N° 11121373: "La delimitación del tipo penal de estafa en el ordenamiento jurídico chileno", dirigido por la autora en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. La autora agradece especialmente las valiosas observaciones de los Profesores Guillermo Oliver Calderón y Jaime Vera Vega para la elaboración del presente trabajo.

mientos incriminados, sistemáticas y aun político-criminales permiten afirmar la necesidad de su concurrencia respecto de todos los “delitos de apropiación” allí regulados, sea que se ejecuten por medios materiales o inmateriales.

PALABRAS CLAVE

Ánimo de lucro– Hurto – Robo –  
Apropiación – Usurpación – Estafa.

political and criminal, allow us assert that they need to participate in all “illegal misappropriation actions” therein regulated, whether they are committed by way of material or immaterial means.

KEYWORDS

Profit Making – Theft – Robbery  
- Appropriation – Usurpation - Fraud.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el Tomo IV de su Parte Especial, Garrido Montt afirma: “En el sistema nacional la estafa *no requiere*, como sucede en el español, que el agente actúe con *ánimo de lucro*, de enriquecerse. El tipo de estafa exige una voluntad dirigida a perjudicar, pero no así la de alcanzar un beneficio para sí mismo”<sup>1</sup>. El planteamiento de este autor, en parte también seguido por Politoff, Matus y Ramírez, en orden a descartar el ánimo de lucro como requisito de la estafa<sup>2</sup>, restringe el elemento subjetivo de ese delito al dolo del agente, cuestión que suscita dificultades interpretativas de los tipos penales contenidos en el título 9° del libro II CPen. Siendo la estafa, junto al hurto, uno de los pilares sobre los que se estructuran los delitos contra intereses patrimoniales<sup>3</sup>, se plantea el problema –en parte provocado por el propio legislador–, de si acaso respecto del tipo de estafa, como de otras defraudaciones, cabe exigir un requisito subjetivo –el ánimo de lucro– que en el mencionado título 9° sólo se demanda, expresamente, respecto de los delitos de robo, hurto y destrucción o alteración de deslindes (así, los artículos 432 y 462 CPen.).

Ahora bien, la estafa no sería el único delito que ofende intereses patrimo-

<sup>1</sup> GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), IV, p. 352.

<sup>2</sup> Cfr. POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 419 y 440.

<sup>3</sup> Así también, la terminología empleada entre nosotros por SOTO PIÑEIRO, Miguel, *Sobre los límites entre el ilícito civil y el penal. El caso de la apropiación indebida*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 90 (1993) 1, p. 27, quien alude al “sistema de los delitos contra los intereses patrimoniales”, dentro del que ubica a los delitos contra la propiedad y a los delitos contra el patrimonio.

niales respecto del cual podría resultar controvertida la exigencia de ánimo de lucro, debido al hecho de no encontrarse ésta establecida en términos explícitos. Otra figura delictiva del título 9° del libro II CPen., que se halla en tal situación, es el delito de usurpación, consagrado a partir del artículo 457 CPen. Respecto de su regulación Etcheberry, tras analizar los elementos objetivos del tipo, sostiene: “Objetivamente, nuestra ley no requiere nada más, y por lo tanto, desde el punto de vista subjetivo, tampoco aparece exigible ningún otro elemento, aparte del ánimo de señor y dueño y del dolo exigible en éste como en cualquier otro delito [...]. [P]uede concebirse una usurpación hecha con ánimo de venganza o para hacerse justicia por sí mismo”<sup>4</sup>.

No obstante las interpretaciones de Garrido Montt y de Etcheberry, a propósito de la estafa y de la usurpación, respectivamente, sean correctas desde un punto de vista formal, existen razones que van más allá de la literalidad de las normas del título 9° del libro II CPen., y que permiten fundamentar la exigencia de ánimo de lucro también respecto de tales ilícitos. Más aún, argumentos históricos, de Derecho positivo, vinculados con el sentido de los comportamientos incriminados, sistemáticos y aun político-criminales, sugieren que debe concurrir ánimo de lucro en el sujeto activo de todos los delitos de apropiación contenidos en el título 9° del libro II CPen.

## II. EL ÁNIMO DE LUCRO EN LOS DELITOS DE APROPIACIÓN DEL TÍTULO 9° DEL LIBRO II CPEN.

La gran diversidad de figuras delictivas que consagra el título 9° del libro II CPen., provoca que tanto la definición de su bien jurídico como su sistematización, sean tareas muy complejas de abordar por parte de la doctrina penal. Respecto del bien jurídico subyacente a los delitos de dicho título, aquí se recurrirá a la idea de interés patrimonial<sup>5</sup>, como noción amplia y comprensiva de los conceptos de propiedad y patrimonio o, más precisamente, de propiedad y activo del patrimonio ajeno.

En cuanto a la sistematización de los delitos contra intereses patrimoniales, Etcheberry, basándose en el orden que siguió el legislador para tipificar tales conductas, distingue dos grandes grupos: de un lado, los delitos de apropiación –sea por medios materiales (vgr. el hurto) o inmateriales (por ejemplo, la estafa)–; de otro lado, los tipos de destrucción (vgr. el incendio)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup>ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), III, p. 372.

<sup>5</sup>En ese sentido RIVACOBRA, Manuel de, *El delito de contrato simulado* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992), pp. 17 ss., aludiendo a los “derechos patrimoniales” como bien jurídico del delito de contrato simulado.

<sup>6</sup>ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 291.

En esta clasificación, el criterio para diferenciar uno y otro grupo de delitos, es la naturaleza del ataque que sufren los intereses patrimoniales ajenos<sup>7</sup>.

A fin de incluir dentro de los delitos de apropiación del título 9º del libro II CPen. a todas aquellas conductas que no impliquen una destrucción de determinadas cosas, el término “apropiación” ha de ser entendido en un sentido amplio y figurado, y no como equivalente a sustracción de una cosa –o ruptura de la custodia ajena y constitución de una nueva custodia<sup>8</sup>–, llevada a cabo con ánimo de señor y dueño. Consiguientemente, son delitos de apropiación, no sólo el hurto y el robo, sino que también la extorsión, la usurpación y las defraudaciones<sup>9</sup>, incluida la apropiación indebida<sup>10</sup>. En cambio, son delitos de destrucción, el incendio, los estragos y los daños. El delito de receptación del artículo 456 bis A CPen., no puede incluirse dentro de las categorías de apropiación o destrucción, en atención a que el legislador lo tipificó recurriendo a otra clase de comportamientos (tener, transportar, comprar, vender, transformar o comercializar), estrechamente ligados con el encubrimiento<sup>11</sup>. De ahí que algunos autores lo califiquen de figura sui generis<sup>12</sup>.

Otra posibilidad de aproximarse a los delitos contra intereses patrimoniales, pasa por distinguir<sup>13</sup> entre delitos de lucro y de mero perjuicio<sup>14</sup> categorías

<sup>7</sup> Cfr. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing, 2013), pp. 32 s.

<sup>8</sup> Véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Delitos contra intereses instrumentales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1 (2004), p. 299.

<sup>9</sup> Cfr. SOTO PIÑEIRO, Miguel, *Comentario de sentencia*, en *Revista de Ciencias Penales*, 39 (1987-1989) 2, p. 96, quien alude a “apropiación mediante engaño o abuso de confianza”.

<sup>10</sup> En ese sentido MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y robo* (Santiago, LexisNexis, 1995), p. 76.

<sup>11</sup> Véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Luz y sombras en la “nueva” disciplina de la receptación en el Código Penal chileno*, en *Gaceta Jurídica*, 188 (1996), pp. 77 ss.

<sup>12</sup> Cfr. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 383.

<sup>13</sup> Cfr. RIVACOBRA, Manuel de, *Programa analítico de derecho penal* (4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dalbora, Valparaíso, Edeval, 1997), p. 78. Similar MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010), pp. 374 s., así como TOCORA, Luis Fernando, *Derecho Penal Especial* (3ª edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991), p. 78.

<sup>14</sup> Dicha clasificación no coincide exactamente con aquella que diferencia entre delitos con enriquecimiento y delitos sin enriquecimiento. De acuerdo con la misma, en los delitos de enriquecimiento “el autor obtiene una determinada ventaja patrimonial, aunque ello no suponga necesariamente la exigencia de un especial ‘ánimo de lucro’”; en cambio, en los delitos sin enriquecimiento, el agente “produce un perjuicio del sujeto pasivo, sin obtener provecho propio” (POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. [n. 2], p. 298). Como veremos, lo relevante desde el punto de vista de la tipificación

que se basan en la motivación del agente y que pueden superponerse a las nociones de apropiación y destrucción, respectivamente. De acuerdo con ello, los delitos de apropiación serían, a su vez, delitos de lucro o en que el sujeto activo obra con ánimo de lucro. En cambio, los delitos de destrucción podrían ser entendidos como comportamientos en que la motivación del agente es el mero perjuicio<sup>15</sup> –al que algunos agregan el odio o la venganza<sup>16</sup>–, y no la obtención de una ventaja apreciable pecuniariamente. En los tipos de destrucción, el ánimo de lucro puede concurrir, pero no es inherente a la conducta típica<sup>17</sup>. Así ocurre en el caso del agricultor que destruye la cosecha de su vecino para vender la suya a un precio más alto. En tal supuesto, se configura el tipo de daños, porque se persigue, inmediatamente, la destrucción de la propiedad ajena, en el sentido del párrafo 10º, título IX, libro II CPen.

En este esquema, las defraudaciones constituyen delitos de lucro y no delitos de mero perjuicio. Es cierto que toda defraudación supone, por definición, que el sujeto activo obre con la intención de perjudicar patrimonialmente a otro. Sin embargo, esa intención integra el dolo del agente, mientras que de lo que aquí se trata es de establecer qué motivaciones, más allá del dolo, han de concurrir en el sujeto activo que ejecuta las conductas descritas en el título IX, libro II CPen.

### 1. Concepto y naturaleza jurídica del ánimo de lucro.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (= RAE), la voz “lucro” alude a la ganancia o al provecho que se saca de algo. Siendo el concepto de “ánimo” equivalente al de “motivación”, el ánimo de lucro puede ser entendido como la motivación de obtener una ganancia o provecho de algo<sup>18</sup>. Por el contrario, identificar “ánimo” con “intención” o “voluntad”,

---

de los delitos de lucro, no es si el sujeto activo obtiene, efectivamente, un provecho apreciable en dinero; interesa que actúe con la motivación de alcanzar un provecho económico o, lo que es lo mismo, que actúe con ánimo de lucro propio o ajeno.

<sup>15</sup> En ese sentido GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 1), p. 154.

<sup>16</sup> Cfr. LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal* (reimpresión de la 7ª edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), II, p. 200, así como TOCORA, *Derecho penal especial*, cit. (n. 13), p. 153. El ánimo de venganza tiene un reconocimiento expreso en la hipótesis de daños del artículo 485, número 1 CPen..

<sup>17</sup> Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 1), p. 154.

<sup>18</sup> Similar al concepto de “motivación” es la noción de “móvil”. En ese orden de ideas, entiende que el ánimo de lucro es un “móvil” de la acción, por ejemplo, CASAS BARQUERO, Enrique, *El delito de falsedad en documento privado* (Barcelona, Bosch, 1984), p. 296. Cfr. también CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011), p. 322 (“tendencias o motivos”). Alude a los “fines del hecho”, por su parte, MAYER, Max Ernst, *Derecho*

como indica la tercera acepción del vocablo “ánimo” contenida en dicho Diccionario, puede provocar una confusión entre el dolo y los elementos subjetivos del tipo diversos de aquél. Como sea, la doctrina penal no se aleja de la definición de lucro y de ánimo de lucro contenida en el Diccionario de la RAE, ya que lo conceptualiza como la especial motivación<sup>19</sup> del sujeto activo del delito, de obtener un determinado beneficio, utilidad o provecho<sup>20</sup>.

El ánimo de lucro debe concurrir en el agente al momento de llevar a cabo el comportamiento típico<sup>21</sup>. Además, como en toda figura que requiere un *animus* especial, lo que se exige es que aquél realice la conducta delictiva con una determinada motivación, con independencia de si consigue o no lo que persigue<sup>22</sup>. Es decir, quien ejecuta la conducta debe actuar con la motivación de obtener un determinado beneficio, pero no se demanda que, efectivamente, lo perciba, esto es, que consiga el lucro<sup>23</sup> que es objeto de su motivación<sup>24</sup>. De ahí que un importante sector de la doctrina nacional<sup>25</sup> y, sobre todo, comparada<sup>26</sup>, afirme que el ánimo de lucro importa una “tendencia

*penal. Parte general* (traducción de Sergio Politoff, Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2007), p. 233.

<sup>19</sup> OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 85.

<sup>20</sup> Cfr. FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, II (reimpresión de la 5ª edición, Bolonia, Zanichelli, 2012), II, pp. 70 s., así como GRISOLÍA, Francisco, *La estafa procesal en el derecho penal chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1997) 3, p. 421.

<sup>21</sup> OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 85. Véase también GEHRING, Klaus, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 1986), pp. 61 s. De otra opinión CONTRERAS TORRES, Raúl, *El delito de estafa* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992), p. 75.

<sup>22</sup> Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial* (traducción de José Ortega Torres - Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 1959), IV, p. 39.

<sup>23</sup> Véase solamente BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El delito de estafa* (Santiago, LegalPublishing, 2012), p. 63 y OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Estructura típica común de los delitos de hurto y robo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (1<sup>er</sup> semestre de 2011), p. 372.

<sup>24</sup> Véase BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*, en *Revista de Derecho Público*, 11 (1976) 1, p. 50.

<sup>25</sup> Véase BALMACEDA, *El delito*, cit. (n. 23), pp. 64 s., a propósito de la estafa. Similar GRISOLÍA, *La estafa procesal*, cit. (n. 20), p. 421 (“disposición anímica”). También MAÑALICH, Juan Pablo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), pp. 92 ss.

<sup>26</sup> Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (3ª reimpresión de la 8ª edición, Montevideo - Buenos Aires, B de f, 2010), Lección 10ª, número marginal 143, refiriéndose al hurto; y MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht Besonderer Teil 2* (2ª edición, Berlin, Springer, 2003), I, § 7, número marginal 116, respecto de la estafa. Desde un punto de vista más general BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general* (traducción de José León Pagano, 4ª edición, Buenos Aires, Librería El Foro, 2013), pp. 285 s.

interna trascendente”, ya que la motivación del sujeto activo “va más allá de la realización del hecho típico”<sup>27</sup>. Concretamente, en los delitos que exigen ánimo de lucro, lo que debe motivar la conducta del agente es la obtención de un provecho económico injusto<sup>28</sup>, “a costa de otro”<sup>29</sup>, con independencia de si, efectivamente, ese provecho se hace realidad.

Existe acuerdo en orden a que el ánimo de lucro, que debe concurrir en el sujeto activo, es un elemento subjetivo –del tipo<sup>30</sup> o del injusto<sup>31</sup>– distinto del dolo<sup>32</sup>. El ánimo de lucro es concebido como un “elemento subjetivo adicional”<sup>33</sup> al dolo del agente que, como el *animus rem sibi habendi*, permite definir las conductas apropiatorias mediante una especificación de los motivos que caracterizan su ilicitud<sup>34</sup>.

Los elementos subjetivos de lo injusto se encuentran implicados conceptualmente en determinadas conductas, aun a falta de consagración legal expresa. Ello acontece cuando el tipo requiere su presencia<sup>35</sup>, a fin de determinar adecuadamente los contornos del comportamiento prohibido o mandado. Puesto que se trata de elementos que “conciernen al disvalor del

<sup>27</sup> REBOLLO, Rafael, *Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 19 (2008), p. 107. Similar DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial* (Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001), II-B, p. 340.

<sup>28</sup> Así lo exige, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de estafa* (Barcelona, Bosch, 2000), p. 197; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit. (n. 20), pp. 38 s.; YUBERO CÁNENA, Julio, *El engaño en el delito de estafa* (2ª edición, Santiago, Editorial Cruz del Sur, 2010), p. 62.

<sup>29</sup> SÁINZ DE ROBLES, Celia, *El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto*, en *Estudios de Derecho penal y criminología, Libro homenaje al Prof. José M<sup>a</sup> Rodríguez Devesa* (Madrid, Uned, 1989), p. 300.

<sup>30</sup> Cfr. POLITOFF, Sergio, *El delito de apropiación indebida* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992), p. 243, a propósito del delito de hurto. Desde una perspectiva más general NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Córdoba - Buenos Aires, Lerner, 1975), pp. 160 s.; VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I, pp. 728 s.

<sup>31</sup> Cfr. RIVACOBA, Manuel de, *Apropiación indebida de cotizaciones previsionales (Ley N° 17.322, Artículo 13)*, en *Gaceta Jurídica*, 241 (2000), p. 16.

<sup>32</sup> Cfr. GRISOLÍA, *La estafa procesal*, cit. (n. 20), p. 421.

<sup>33</sup> POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 419. Véase también HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en *Problemas actuales de Derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003), p. 188.

<sup>34</sup> Similar CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit. (n. 18), p. 325, con referencia al *animus rem sibi habendi*.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (2ª edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1958), III, p. 819.

acto, a su dañosidad social, al mal en que el injusto consiste<sup>36</sup>, la necesidad de concurrencia de tales elementos debe analizarse desde un punto de vista material, sin limitarse a la literalidad de los tipos penales. En ese orden de ideas Jiménez de Asúa destaca, que los elementos subjetivos de lo injusto suelen dar sentido al tipo<sup>37</sup>, delimitando la naturaleza de la conducta incriminada y permitiendo distinguirla de otras objetivamente similares y aun idénticas, pero irrelevantes desde un punto de vista penal<sup>38</sup>.

Respecto de los delitos de apropiación, exigir elementos subjetivos del tipo permite distinguir los comportamientos apropiatorios de otros que, precisamente, por carecer de tales elementos, han de quedar excluidos del castigo punitivo. Tal es el caso del denominado “hurto de uso”, en el que el agente se apodera materialmente de una cosa mueble perteneciente a un tercero, “para servirse temporalmente de ella, pero reconociendo el dominio ajeno y restituyéndola posteriormente sin menoscabo a su titular<sup>39</sup>”.

## 2. Connotación económica del ánimo de lucro.

Si bien algunos autores plantean una interpretación amplia del concepto de lucro y admiten que el beneficio que persigue el autor pueda ser de cualquier índole, y no sólo económica<sup>40</sup>, poderosas razones abogan en favor de la tesis contraria. La motivación de lucro económico parece ser un elemento inherente a todos los delitos de apropiación, en oposición a los tipos de destrucción que, conceptualmente, no requieren su concurrencia<sup>41</sup>.

Para quienes el ánimo de lucro implica la motivación del agente de incor-

<sup>36</sup> POLITOFF, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal* (Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2008), p. 59 (cursiva en el original). Véase también Díez RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1990), pp. 88 s.

<sup>37</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, cit. (n. 35), p. 819.

<sup>38</sup> Véase CURY URZÚA, *Derecho penal*, cit. (n. 18), p. 325. Véase asimismo FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito* (Buenos Aires, Depalma, 1957), p. 185.

<sup>39</sup> ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 306.

<sup>40</sup> Cfr. SCHEPELER VÁSQUEZ, Enrique, *El delito de hurto. Estudio de doctrina, de jurisprudencia y de legislación comparada* (Santiago, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939), pp. 49 s. Cfr. también AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos patrimoniales* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008), p. 38; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Apropiaciones indebidas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997), pp. 124 s.

<sup>41</sup> Véase BAJO FERNÁNDEZ, *Ánimo*, cit. (n. 24), p. 50, con referencias ulteriores. A la misma conclusión llega OLIVER CALDERÓN, *Estructura*, cit. (n. 23), p. 373, sobre la base de exigir que el provecho buscado por el agente sea apreciable “pecuniariamente”, cuestión que, terminológicamente, equivale a sostener que el perjuicio sea económico, lo que, sin embargo, es rechazado por dicho autor. En el mismo sentido ETCHEBERRY,



porar algo ajeno al propio patrimonio<sup>42</sup>, o bien, al patrimonio de un tercero, el alcance económico del beneficio perseguido parece ineludible, sobre todo si se postula, en sede penal, una concepción mixta, esto es, jurídico-económica del patrimonio<sup>43</sup>. Si va a sostenerse que el patrimonio o, más precisamente, los intereses patrimoniales de otro, constituyen el bien jurídico subyacente a todos los tipos de apropiación, debido a su carácter integrador de la noción de propiedad<sup>44</sup>, se plantea la necesidad de una conceptualización unitaria del objeto jurídico de tales figuras. Esto no se opone a distinguir diversas formas de afectación del bien jurídico<sup>45</sup> que, en algunos casos se verificará respecto de objetos determinados, mientras que en otros, respecto de intereses patrimoniales en tanto universalidad jurídica.

Suponiendo que en el tipo penal de extorsión fuese exigible ánimo de lucro, la connotación económica de dicha motivación podría sustentarse, entre otras cosas, en el objeto material del comportamiento incriminado. En efecto, de acuerdo con el artículo 438 CPen., el objeto material de la extorsión debe ser un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero y no una obligación de otra índole, como ocurriría, por ejemplo, si se obligara al sujeto pasivo a firmar el reconocimiento de un hijo<sup>46</sup>, o bien, a entregar una carta privada<sup>47</sup>.

En cuanto a la pena aplicable, mientras que en el hurto el castigo se determina sobre la base del “valor” de la cosa hurtada (artículo 446 CPen.)<sup>48</sup>, en las estafas contenidas en los artículos 467 a 470 CPen. –asumiendo que

*Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 306, exigiendo que el beneficio sea “económicamente apreciable”.

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El delito de hurto* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998), p. 126; también BAJO FERNÁNDEZ, *Ánimo*, cit. (n. 24), p. 46, p. 59 (“El lucro es fundamentalmente una ventaja patrimonial”).

<sup>43</sup> Véanse POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 416; y SCHLACK MUÑOZ, Andrés, *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 2, pp. 261 ss. Más restrictivo BALMACEDA, *El delito*, cit. (n. 23), pp. 18 s.

<sup>44</sup> Véase VALLE MUÑOZ, José Manuel, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil* (reimpresión de la 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1989), p. 77.

<sup>45</sup> Cfr. KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil II* (6ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2011), § 1, número marginal 6.

<sup>46</sup> Véase LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. (n. 16), p. 206, así como OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 364, indicando antecedentes sobre la historia del establecimiento del delito.

<sup>47</sup> Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 1), p. 226.

<sup>48</sup> Cfr. GARCÍA ARÁN, *El delito*, cit. (n. 42), p. 132 (“El hecho de que la cosa deba tener valor económico o de tráfico [...] apunta al contenido beneficioso económicamente del ánimo de apropiación”, que dicha autora concibe como “ánimo de apropiación lucrativa” [destacado agregado]).

en ellas fuese exigible ánimo de lucro—, la pena se establece sobre la base del “monto” de lo defraudado. Por su parte, los tipos del título 9º, libro II CPen., que no atienden a los factores aludidos para determinar la pena, más que excluir el carácter económico del lucro perseguido, parecen tener en cuenta, fuera de la afectación de intereses patrimoniales, la de otros bienes jurídicos. Ello es bastante evidente tratándose de las diversas hipótesis de robo y, sobre todo, de robo con violencia o intimidación en las personas. No obstante lo anterior, también en este último delito ha de concurrir ánimo de lucro, entendido éste como la motivación “de obtener una ganancia o utilidad económicamente apreciable”<sup>49</sup>.

En el tipo penal de estafa, concebir el ánimo de lucro como la contrapartida económica del perjuicio patrimonial en tanto resultado del tipo<sup>50</sup> conlleva, no sólo la necesidad de que exista coherencia conceptual entre la motivación del agente y el resultado típico, sino que también la de considerar, además de la forma de determinar la pena, la ubicación sistemática de la figura dentro de los crímenes y simples delitos contra la propiedad. Asimismo, en materia de estafa, tanto en la doctrina penal comparada<sup>51</sup>, como en la chilena<sup>52</sup>, existen voces que identifican ánimo de lucro con ánimo de enriquecimiento, cuestión que sólo puede estar referida a un beneficio, utilidad o provecho económico. En realidad, obrar con ánimo de lucro supone actuar con la motivación de obtener un beneficio económico, beneficio que puede presentarse en situaciones que impliquen propiamente un enriquecimiento, pero también en casos que importen evitar un empobrecimiento.

Consiguientemente, en los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen., interpretar “lucro” en un sentido amplio, como cualquier clase de beneficio, utilidad o provecho, aun moral o afectivo, extiende en demasía la noción de lucro, en contra de la connotación económica que le imprimen las normas penales que los regulan<sup>53</sup>. En los delitos de apropiación, de lo que se trata es que el sujeto activo persiga la obtención de algo económicamente

---

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Robo con violación*, en *Revista de Derecho*, 21 (Valdivia, 2008) 1, p. 90.

<sup>50</sup> Cfr. BALMACEDA, *El delito*, cit. (n. 23), p. 63; y GONZÁLEZ EXTREMERA, José, *La estafa mediante título mercantil abstracto* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008), p. 151.

<sup>51</sup> Véase en la doctrina española CHOCLÁN MONTALVO, *El delito de estafa*, cit. (n. 28), p. 196; GARCÍA ARÁN, *El delito*, cit. (n. 42), p. 126, pp. 131 s. Asimismo, el § 263 del *Código Penal* alemán que exige, a propósito del tipo de estafa, actuar con el propósito de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio patrimonial ilícito.

<sup>52</sup> Véase HERNÁNDEZ BASUALTO, *Aproximación*, cit. (n. 33), pp. 188 s.

<sup>53</sup> Más enfático BAJO FERNÁNDEZ, *Animo*, cit. (n. 24), p. 50.

apreciable que pertenece a otro, sin que medie una contraprestación –también económicamente apreciable– por ello<sup>54</sup>.

### 3. *Lucro directo e indirecto, lucro propio y ajeno.*

Por otra parte, se discute si el lucro ha de ser necesariamente directo, no existiendo absoluta coincidencia sobre qué debe entenderse por tal. Así, para Bajo Fernández, que el lucro sea directo supone que esté vinculado con la tenencia de la cosa que es objeto material de la conducta delictiva<sup>55</sup>. Más precisa es la formulación de Conde-Pumpido quien, junto con establecer la necesidad de que el lucro derive inmediatamente de la conducta (apropiadora), sostiene que aquél es directo si el beneficio en cuestión es obtenido a través de la cosa<sup>56</sup>. Esto permitiría incluir supuestos como el planteado por Gil Gil y Martín Fernández, a propósito de los delitos contra la propiedad intelectual. Por ejemplo, según dichos autores, el ánimo de lucro no implica necesariamente cobrar un precio por la copia de la obra, bastando con que dicha copia sea empleada para lucrarse, vgr. utilizándola como medio para obtener ingresos a través de inserciones publicitarias o aumentando el atractivo de un producto y, con ello, las ventas, entre otras cosas<sup>57</sup>.

En cambio, no podría sostenerse que se persigue un provecho a través de la cosa cuando ésta es destruida. Ello acontece en los delitos de destrucción, que si bien pueden cometerse en vistas a la obtención de un beneficio patrimonial –no a través de la cosa, sino que a costa de la cosa–, su tipificación en el *Código Penal* gira en torno a otra clase de injusto, a saber, un daño o deterioro de mayor o menor magnitud<sup>58</sup>, que además puede llegar a implicar un peligro o una lesión para las personas<sup>59</sup>.

Cabe hacer presente, que el tenor literal del artículo 432 CPen. exige que el propio agente “se lucre”, requisito que excluiría la posibilidad de que el sujeto activo lleve a cabo la conducta típica para que sea un tercero quien “se

<sup>54</sup> Con matices SÁINZ DE ROBLES, cit. (n. 29), p. 301.

<sup>55</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Ánimo*, cit. (n. 24), p. 51, con referencias ulteriores; asimismo SOTO PIÑEIRO, *Comentario de sentencia*, cit. (n. 9), p. 103. Véase también, sobre este punto, GARCÍA ARÁN, *El delito*, cit. (n. 42), p. 132 y REBOLLO, *Propuestas*, cit. (n. 27), p. 109.

<sup>56</sup> Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Apropiaciones*, cit. (n. 40), p. 125.

<sup>57</sup> Cfr. GIL GIL, Alicia - MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos, *Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud*, en *InDret*, 2 (2009), p. 8 [disponible en <http://www.indret.com/pdf/624.pdf>, fecha de consulta: 15 de enero de 2014].

<sup>58</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 13), p. 475.

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de derecho penal. Parte especial* (Santiago, LexisNexis, 2005), III, p. 74; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), pp. 471 s.

lucre” a través de ella<sup>60</sup>. Sin embargo, una interpretación de orden material, que además tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 157 CPen.<sup>61</sup> parece hablar en favor de un entendimiento amplio de tal exigencia<sup>62</sup>. Así ocurre en el Derecho comparado, donde se demanda expresamente actuar con la motivación de obtener un provecho económico para sí o para un tercero, como en el caso alemán<sup>63</sup> o italiano<sup>64</sup>, o bien, se exige, sin distinciones, “ánimo de lucro” en el agente, como acontece en la legislación española<sup>65</sup>.

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 157 CPen., al tipificar la conducta que en él se describe, el legislador nacional habría ampliado la formulación en términos reflexivos contenida en el artículo 432 CPen., que exige “ánimo de lucrarse”, al preferir la de “ánimo de lucro”. Las interpretaciones que pueden realizarse de tales artículos son variadas, si bien la mayoría de ellas resulta poco plausible.

Una primera posibilidad es sostener, por una parte, que en el hurto y el robo el ánimo es siempre de lucro propio, de acuerdo con el artículo 432 CPen., que sería la norma especial aplicable a esta materia. Y, por la otra, que en las defraudaciones el ánimo exigido puede ser el de obtener un beneficio económico propio o ajeno, de acuerdo con el artículo 157 CPen. La consecuencia de ello sería que el ánimo exigido en las defraudaciones resultaría más amplio que el demandado en el hurto y el robo, cuestión que no resulta coherente con el estatuto penal mucho más severo de los segundos, en relación con las primeras. Dicha severidad se refleja fundamentalmente en las disposiciones comunes al hurto y al robo de los artículos 449 ss., así como en el particular tratamiento punitivo del hurto-falta del artículo 494 bis CPen.<sup>66</sup>

<sup>60</sup> Véase PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Fraude de seguros* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), p. 108.

<sup>61</sup> Que, como veremos, obliga a imponer en ciertos casos las penas del robo con violencia o intimidación en las personas o de las estafas y otros engaños, si concurre “ánimo de lucro” -y no de “lucrarse”- en el agente.

<sup>62</sup> De otra opinión OLIVER CALDERÓN, *Estructura*, cit. (n. 23), pp. 378 s., abogando, en todo caso, por una modificación legal en esta materia, en atención a las indeseables consecuencias político-criminales que implicaría la interpretación restrictiva del ánimo de lucro (o “lucrarse”).

<sup>63</sup> Véase para ello FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (58ª edición, München, Beck, 2011), § 263, número marginal 190, con referencia a la estafa; y MITSCH, *Strafrecht*, cit. (n. 26), § 7, número marginal 115, aludiendo a la estafa y a la extorsión.

<sup>64</sup> Véase FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit. (n. 20), p. 39, a propósito de la estafa y MAGRI, Piero, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VII (Padova, Cedam, 2007), II, pp. 199 y 201, analizando el delito de apropiación indebida.

<sup>65</sup> Cfr. GONZÁLEZ EXTREMERA, *La estafa*, cit. (n. 50), p. 156.

<sup>66</sup> Las disposiciones comunes al hurto y al robo de los artículos 449 ss. CPen., consagran un estatuto único en cuanto a su severidad y extensión, en el que proliferan

Una segunda interpretación supone afirmar, primero, que en el robo el ánimo del agente puede ser obtener un lucro propio, o bien, alcanzar un lucro ajeno (artículo 157 CPen. en relación con artículo 432 CPen.). Segundo, que en el hurto, de acuerdo con el artículo 432 CPen., sólo puede castigarse al sujeto activo si obra con la motivación de obtener un provecho económico propio, excluyéndose el castigo si actúa para que sea otro quien se beneficie pecuniariamente. Tercero, que en las defraudaciones, en virtud de lo establecido en el artículo 157 CPen., se castigaría a quien lleve a cabo la conducta defraudatoria, tanto con ánimo de lucro propio como ajeno. Sin embargo, ello desconocería la mayor gravedad que el legislador chileno asigna al hurto en relación con las diversas hipótesis de defraudación.

Otra posibilidad es sostener, en primer lugar, que en el hurto y en el robo, en general, debe actuarse con ánimo de “lucrarse”. En segundo lugar, que sólo respecto de la conducta del artículo 157 CPen., en caso de que concurra violencia o intimidación en las personas, el ánimo especial que se demanda en el robo se verá ampliado, pudiendo, sólo en ese caso, ser tanto un ánimo de lucro propio como ajeno. Y, en tercer lugar, que en las defraudaciones el ánimo de lucro del agente puede identificarse tanto con la motivación de obtener un provecho económico para sí como para un tercero, por disposición del artículo 157 CPen. Una interpretación como la aludida, desatiende la mayor severidad con que el legislador chileno sanciona los delitos de hurto y de robo, en comparación con las defraudaciones. Pero, además, introduce en el delito de robo un elemento disonante, toda vez que establece un ánimo de lucro amplio (“propio” o “ajeno”), tratándose de la conducta del artículo 157 CPen., pero un ánimo de lucro restringido (de “lucrarse”), tratándose del robo con violencia o intimidación en las personas del párrafo 2., título 9°, libro II CPen.

---

agravantes específicas, a las que se agregan equiparaciones entre tentativa y consumación, así como presunciones de diversa índole -cuya vigencia, sin embargo, en tanto choca abiertamente con el principio de inocencia, resulta discutible-. Mención aparte merece la norma que regula la reiteración de hurtos, del artículo 451 CPen., cuyo inciso primero establece que “[e]n los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrá al delincuente en su grado superior”. Pues bien, esta disposición, consagrada respecto de un delito cuyo desvalor es similar -si no inferior- al de los fraudes, y cuyo marco penal es idéntico al de las estafas (artículo 446 en relación con artículo 467 CPen.), permite que las faltas reiteradas de hurto puedan llegar a castigarse como simple delito. Y no sólo eso, la regulación del hurto-falta del artículo 494 bis CPen., pretende castigar la reincidencia y aun el delito frustrado, apartándose de la caracterización doctrinal del hurto como tipo de mera actividad.

En fin, incluso si se considerara que el artículo 157 inciso 2° CPen., con el robo<sup>67</sup> (o con la estafa) nada tiene y que, por lo mismo, la expresión “ánimo de lucro” no sería aplicable al robo (ni a la estafa), no se superaría la incongruencia valorativa que importa exigir ánimo de lucro propio o ajeno en la figura del artículo 157 CPen., y sólo ánimo de lucro propio tratándose de las figuras del Párrafo 2., título 9°, libro II CPen. Dicho de otro modo, no se advierte qué puede tener de especial la exacción de una contribución o de un servicio personal, en relación con la apropiación de una cosa mueble ajena, como para que el delito que recae en la primera admita ánimo de lucro propio o ajeno, mientras que el tipo penal referido a la segunda sólo pueda satisfacerse si se actúa con ánimo de lucro propio. Que la conducta del artículo 157 CPen. deba ser cometida por un funcionario público no permite sustentar de forma decisiva su (supuesto) mayor desvalor en comparación con los comportamientos de hurto y robo si, al mismo tiempo, en el inciso primero de dicho artículo, la pena para el empleado sólo llega a inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualesquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

En realidad, todo parece indicar que el legislador chileno utiliza indistintamente las nociones de “ánimo de lucro” y de “ánimo de lucrarse”<sup>68</sup>. Por otra parte, no existiendo razones de peso para demandar ánimo de lucrarse respecto de las figuras que tienen un tratamiento penal más severo que, en principio, terminarían sin castigo si se obra con ánimo de lucro ajeno, resulta más apropiado exigir ánimo de lucro, ya sea propio o ajeno, tanto en las diversas figuras de defraudación del párrafo 8°, título 9°, libro II CPen., como en las distintas hipótesis de hurto y de robo contempladas en dicho Título. En otras palabras, siendo las defraudaciones figuras delictivas que, en general, reciben un tratamiento punitivo menos gravoso que los delitos de hurto y robo, sería un despropósito sancionar a aquéllas, tanto si concurre ánimo de lucro propio como ajeno, pero dejar impune el hurto o el robo llevado a cabo para que sea un tercero quien se beneficie económicamente.

Considerando particularmente el equilibrio que debería existir entre el

---

<sup>67</sup> Demostrativo de que el artículo 157 CPen., contemplaría una figura diversa del robo es que la conducta inculpada puede recaer en un “servicio personal”, mientras que el objeto material del robo tiene que ser, necesariamente, una cosa mueble ajena.

<sup>68</sup> Así también parece entenderlo la doctrina, que pese al empleo de la voz “lucrarse”, admite que se obre para obtener un beneficio económico propio o ajeno. Véase RODRÍGUEZ COLLAO, *Robo con violación*, cit. (n. 49), p. 90, con referencias al robo con violencia o intimidación en las personas; VAN WEEZEL, Alex, *Pena y sentido. Estudios de derecho penal* (Lima, Ara Editores, 2008), p. 509, respecto de la destrucción o alteración de deslindes; GRISOLÍA, *La estafa procesal*, cit. (n. 20), p. 421, a propósito de la estafa.

hurto y la estafa, así como una adecuada y, sobre todo, coherente y certera técnica legislativa, resulta urgente una modificación legal que establezca expresamente, para todos los delitos de apropiación: el ánimo de lucrarse; o bien –a fin de impedir indeseables lagunas de punición–, el ánimo de lucro, sin distinciones o, por último, y más claramente, el ánimo de lucro propio o ajeno<sup>69</sup>.

### III. ESTABLECIMIENTO DEL ÁNIMO DE LUCRO EN LOS DELITOS DEL TÍTULO 9º, LIBRO II CPEN.

#### 1. Figuras del título 9º, libro II CPen., que contienen una referencia expresa al ánimo de lucro<sup>70</sup>.

Dentro de los delitos del título 9º, libro II CPen., que hacen una alusión explícita al ánimo de lucro, cabe destacar, en primer lugar, a los tipos de hurto y robo. En efecto, el artículo 432 CPen. dispone: “*El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas, o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto*”.

Pues bien, esta norma contiene un reconocimiento expreso de la exigencia de ánimo de lucro, tanto respecto de las diversas hipótesis de robo con violencia o intimidación en las personas y de robo con fuerza en las cosas, así como de los distintos supuestos de hurto.

En el párrafo 2º, título 9º, libro II CPen., rubricado: “*Del robo con violencia o intimidación en las personas*”, se ubican diversos tipos que, pese a tener una

---

<sup>69</sup> Modificación legal que, por razones valorativas y de coherencia interna, también debería tener en cuenta aquellas figuras delictivas que actualmente contemplan, en algún sentido, el beneficio económico para sí o para un tercero, vgr. el cohecho del artículo 248 CPen..

<sup>70</sup> Fuera del título 9º, libro II CPen., algunos delitos de la Ley N° 17.336 sobre *Propiedad intelectual* contienen alusiones explícitas al ánimo de lucro. En efecto, su artículo 81, inciso segundo, dispone: “*El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior [esto es, copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de la Ley N° 17.336], será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales*”. Dicho artículo exige ánimo de lucro -y no de lucrarse-, circunstancia que, tanto formal como materialmente, admite un entendimiento amplio, esto es, que el lucro buscado sea propio o ajeno. Por otra parte, demandar ánimo de lucro en un delito que tradicionalmente ha sido concebido como una figura atentatoria de la propiedad intelectual, partiendo por la propia denominación de la Ley N° 17.336, acerca dicho delito a las figuras que, en general, han integrado el catálogo de delitos contra intereses patrimoniales. En la misma línea GIL GIL - MARTÍN FERNÁNDEZ, *Sobre la tipicidad*, cit. (n. 57), pp. 7 s.

serie de notas distintivas, comparten su naturaleza de delitos de apropiación por medios materiales de cosas muebles ajenas, ejecutados con violencia o intimidación en las personas. Dejando de lado la piratería (artículo 434 CPen.), el robo por sorpresa (artículo 436, inciso 2° CPen.) y, sobre todo, la extorsión (artículo 438 CPen.), en que el ánimo de lucro es una exigencia que algunos discuten<sup>71</sup>, donde sí es claro que ha de concurrir tal motivación es en el robo con violencia o intimidación en las personas simple (artículo 436, inciso 1° CPen.) y calificado (artículo 433 CPen.).

Por su parte, en el párrafo 3°, título 9°, libro II CPen., que lleva rubricado: “*Del robo con fuerza en las cosas*”, se encuentran reguladas las figuras de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (artículo 440 CPen.); de robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (artículo 442 CPen.); de robo con fuerza en las cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación (artículo 443 CPen.), y de robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o bien, del dinero y valores contenidos en cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero (artículo 443 bis CPen.). Respecto de todas ellas, el CPen. exige ánimo de lucro en el sujeto activo del comportamiento incriminado.

En el párrafo 4°, título 9°, libro II CPen., cuyo epígrafe es: “*Del hurto*”, se establecen diversas hipótesis de ese delito, todas las cuales suponen realizar la conducta apropiatoria con ánimo de lucro. Específicamente, tal a n i m u s debe estar presente en el hurto simple (artículo 446 CPen.) y agravado (artículo 447 CPen.); en el hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios (artículo 447 bis CPen.), y en el denominado hurto de hallazgo (artículo 448 CPen.).

De otro lado, el artículo 462, ubicado dentro del párrafo 9°, título 9°, libro II CPen., que se dedica a la “usurpación”, sanciona al que “*destruyere o alterar términos o límites de propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrarse*”, consagrando, así, el comportamiento que suele denominarse destrucción o alteración de términos o deslindes<sup>72</sup>.

## 2. Figuras del título 9°, libro II CPen., que no contienen una referencia expresa al ánimo de lucro.

Fuera del robo con violencia o intimidación en las personas, del robo con fuerza en las cosas, del hurto y de la destrucción o alteración de deslindes, los restantes delitos del título 9°, libro II CPen., no contienen una exigencia

<sup>71</sup> Cfr., respecto de la extorsión, OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 368, con referencias ulteriores.

<sup>72</sup> Véase solamente GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), pp. 292 ss.



explícita en orden a que el agente lleve a cabo la conducta incriminada con ánimo de lucro.

Dentro de dichos tipos penales destacan, en primer lugar, las distintas figuras de fraude del párrafo 8º, título 9º, libro II CPen. De acuerdo con la literalidad de sus preceptos, las exigencias subjetivas que establecen los diversos supuestos de defraudación, incluida la apropiación indebida, en general parecen agotarse en el dolo del agente.

Pese a lo indicado, es posible afirmar, que aun a falta de una exigencia explícita de ánimo de lucro en el sujeto activo, éste debe estar presente tanto en el tipo penal de estafa como en el de apropiación indebida. La ausencia de una demanda expresa a nivel legal no parece ser un argumento convincente a la hora de interpretar los tipos penales. En efecto, pese a que en el hurto –y, consiguientemente, en el robo– no se contiene una referencia explícita al ánimo de señor y dueño, la doctrina absolutamente dominante, no sólo no ve inconvenientes en exigir dicho *animus*, sino que lo postula como un elemento implicado en la conducta apropiatoria<sup>73</sup>.

Algo similar acontece respecto del tipo penal de usurpación que, pese a no exigir explícitamente *animus rem sibi habendi*, es entendido como una figura en la que debe estar presente dicho *animus*. Ello se debe a su comprensión como delito de apropiación (por medios materiales)<sup>74</sup>, respecto de bienes corporales inmuebles, derechos reales constituidos sobre ellos o aguas, y no de cosas muebles ajenas, como el hurto y robo.

## 2. *Ánimo de lucro y ánimo de señor y dueño.*

Para sostener que los delitos del título 9º, libro II CPen., que no sean de destrucción, requieren la concurrencia de ánimo de lucro en el agente, es posible recurrir a dos líneas argumentativas, que pueden considerarse complementarias. En primer lugar, es posible invocar la relación que existe entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño. En segundo lugar, pueden indicarse fundamentos históricos, relativos al derecho positivo chileno, al sentido de los comportamientos incriminados, sistemáticos y aun político-criminales para sustentar dicha exigencia subjetiva.

En cuanto al vínculo que existe entre las nociones de ánimo de lucro y ánimo de señor y dueño, es necesario distinguir el plano meramente analítico de aquel relativo al sentido de los comportamientos delictivos y a cómo éstos se verifican en la realidad. Analíticamente es posible diferenciar entre la mo-

---

<sup>73</sup> Véase BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *El robo como coacción*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 1 (2002), pp. 81 ss.; MERA FIGUEROA, *Hurto y Robo*, cit. (n. 10), p. 70. Cfr. también MAÑALICH, *Autotutela*, cit. (n. 25), p. 93.

<sup>74</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 4), p. 368; OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 480.

tivación de obtener un provecho económico y la motivación de comportarse como dueño; en la práctica, en cambio, el “ánimo de señor y dueño” no es más que una faceta o especie dentro del género “ánimo de lucro”<sup>75</sup>.

En los delitos de apropiación, el sujeto activo buscará servirse económicamente de “algo” –vgr. una cosa mueble ajena– actuando, precisamente, como señor y dueño a su respecto. Es decir, en ese grupo de delitos, la forma como se concretará o manifestará específicamente el ánimo de obtener un beneficio económico será comportándose como señor y dueño. Politoff lo resume con las siguientes palabras: “[E]l ‘animus rem sibi habendi’, el propósito de tener la cosa *para sí*, de comportarse como dueño, importa el propósito de obtener el *provecho* que resulta de tener la cosa para sí y de comportarse como dueño”<sup>76</sup>.

En líneas anteriores se dijo que los delitos del título 9º, libro II CPen., pueden dividirse en delitos de apropiación y delitos de destrucción, nociones que es posible superponer a las de delitos de lucro y delitos de mero perjuicio. De acuerdo con ello, los delitos de apropiación, sea por medios materiales o inmateriales, requerirían –en algún sentido– la concurrencia de *animus rem sibi habendi*<sup>77</sup>, pues dicho animus se encuentra implicado, conceptualmente, en la idea de apropiación. Si ello es así, puede decirse que los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen., no sólo suponen ánimo de señor y dueño, sino que implican, precisamente por suponer dicho *animus*, que el sujeto activo realice el comportamiento incriminado con la motivación de obtener un lucro (propio o ajeno). En otras palabras, cuando se lleva a cabo una conducta apropiatoria que, conceptualmente, implica ánimo de señor y dueño, se está llevando a cabo una conducta con ánimo de lucro, pues no es posible obrar con *animus rem sibi habendi* sin actuar, al mismo tiempo, con la motivación de obtener una ventaja económica (para sí o para un tercero).

Como veremos, la exigencia de ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen., no se basa únicamente en la relación de género a especie que existe entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño, sino que se sustenta, asimismo, en otras consideraciones que permiten

---

<sup>75</sup> Fundamental POLITOFF, *El delito*, cit. (n. 30), p. 244. Cfr. también RIVACOBIA, *Apropiación indebida*, cit. (n. 31), p. 16; así como MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 13), p. 382; y SOTO PIÑEIRO, Miguel, *El hurto del acreedor: ¿una conducta atípica?*, en *Revista de Ciencias Sociales. Derecho y Sociedad*, 3-4 (1989), p. 34.

<sup>76</sup> POLITOFF, *El delito*, cit. (n. 30), p. 244.

<sup>77</sup> De otra opinión SOTO PIÑEIRO, *Comentario de sentencia*, cit. (n. 9), pp. 105 y 107, planteando que el *Código Penal* sólo exige dicho ánimo en algunos delitos contra la propiedad mueble, vgr. el hurto, el robo y la apropiación indebida, pero no a propósito de la estafa.

reforzar esa exigencia. Gracias a tales consideraciones, el ánimo de lucro puede seguir siendo demandado como requisito inherente al sistema de delitos contra intereses patrimoniales que no importen destrucción, incluso si se estima que los delitos de apropiación por medios inmateriales de “apropiación” nada tienen y constituyen, en verdad, una categoría completamente distinta de las apropiaciones por medios materiales del *Código Penal*.

#### IV. FUNDAMENTOS PARA UN RECONOCIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE ÁNIMO DE LUCRO EN LOS DELITOS DE APROPIACIÓN DEL TÍTULO 9°, LIBRO II CPEN.

El problema que aquí interesa es la interpretación de las figuras delictivas del título 9°, libro II CPen. que, sin contener una exigencia expresa de ánimo de lucro, implican dicho ánimo sobre la base de fundamentos históricos, relativos al Derecho positivo chileno, vinculados con el sentido de los comportamientos incriminados, sistemáticos y político-criminales. Respecto de tales delitos, los fundamentos indicados cobran especial relevancia, toda vez que podría objetarse, que la demanda de ánimo de lucro en las figuras en que ella no se consagra expresamente, tornaría superfluo ese requisito en los tipos en que sí se contempla de forma explícita. Teniendo en cuenta la falta de coherencia interna en la regulación de los delitos de apropiación del *Código Penal*, tendremos que optar por el mal menor: que las referencias expresas al ánimo de lucro se tornen, efectivamente, superfluas, o que los delitos de apropiación vayan a contrapelo de la interpretación más adecuada desde el punto de vista del sentido de las conductas incriminadas, así como desde una perspectiva histórica, positiva, sistemática y aun político-criminal.

Los fundamentos que pasan a exponerse buscan sustentar que al sistema de delitos de apropiación –sea por medios materiales o inmateriales– del *Código Penal* subyace, conceptualmente, una exigencia de ánimo de lucro. Algunos fundamentos sólo se vinculan con una figura delictiva; otros, con más de un tipo penal. Pero todos apuntan a lo mismo, esto es, demostrar que este grupo de delitos, en cuanto tal, no puede ser explicado satisfactoriamente sin recurrir al ánimo de lucro como motivación común e inherente a cada uno de ellos.

##### 1. *Fundamentos históricos para exigir ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9°, libro II CPen.*

Razones históricas permiten reforzar la idea, aquí defendida, en orden a que las figuras de apropiación del título 9° del libro II CPen., requieren que concurra ánimo de lucro en el sujeto activo, aun a falta de una consagración expresa de esa exigencia. Así, por ejemplo, en el tipo de piratería, deben demandarse idénticas exigencias subjetivas que en el robo con violencia o

intimidación en las personas, pues, como destaca Etcheberry, en la redacción primitiva del tipo, dependiente del robo calificado, se hacía aplicable la pena de tal hipótesis de robo “a los piratas”<sup>78</sup>. También teniendo en cuenta las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal es posible concluir que el delito de piratería castiga, en el fondo, una especie de robo cometido en el mar, actuando de una embarcación a otra<sup>79</sup> y sin que medie un estado de guerra<sup>80</sup>. Siendo la piratería, históricamente, una clase de robo, debe exigirse respecto de ella la misma motivación que se demanda en el delito de robo.

Por su parte, el tipo de abigeato, en la versión original del *Código Penal* “no era sino un hurto o un robo recaído sobre ciertos animales, que se sancionaba en forma más severa, al preverse un aumento obligatorio de pena en un grado”<sup>81</sup>. Dicha definición coincide, por lo demás, con la que contiene el Diccionario de la RAE respecto de la voz “abigeato”, esto es, “[h]urto de ganado”<sup>82</sup>. Por tanto, si desde un punto de vista histórico el abigeato encuentra sus raíces en el hurto y en el robo, parece razonable demandar a su respecto idénticos elementos subjetivos que en los delitos que le dieron origen, sobre todo si se toma en cuenta la relación de especie-género que existe entre el primero y los segundos.

## 2. *Fundamentos relativos al Derecho positivo chileno para exigir ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen.*

Un importante fundamento contenido en el *Código Penal*, que permite afirmar la necesidad de concurrencia de ánimo de lucro en las diversas defraudaciones contenidas en el párrafo 8º, título 9º, libro II CPen., se encuentra en el artículo 157 de dicho cuerpo normativo. En efecto, el inciso primero de dicha disposición castiga a todo empleado público “*que sin un decreto de autoridad competente, deducido de la ley que autoriza la exacción de una contribución o de un servicio personal, los exigiere bajo cualquier pretexto*”. Por su parte, el inciso 2º del artículo 157 CPen. dispone: “*Si la exacción de la contribución o servicio personal se hiciere con ánimo de lucro, el empleado culpable será sancionado conforme a lo dispuesto en los Párrafos 2. u 8. del título IX, según corresponda*”. Es decir, el legislador chileno parte de la base de que

<sup>78</sup> Véase: ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), pp. 346 s. Cfr. asimismo LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. (n. 16), p. 205.

<sup>79</sup> Cfr. más en detalle OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), pp. 358 s.

<sup>80</sup> Cfr. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 373.

<sup>81</sup> OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 398.

<sup>82</sup> Así también lo reconoce SCHEPELER VÁSQUEZ, *El delito de hurto*, cit. (n. 40), p. 60, a juicio de quien, desde un punto de vista gramatical, el abigeato es un “hurto de ganado o bestias”.

tanto el robo con violencia o intimidación en las personas del párrafo 2<sup>o</sup><sup>83</sup>, título 9º, libro II CPen., como las estafas y otros engaños del párrafo 8º, título 9º, libro II CPen., suponen la concurrencia de ánimo de lucro.

Consiguientemente, debe existir ánimo de lucro propio o ajeno en los delitos de: estafa (artículos 468, 469 N° 5, 470 Nos. 7 y 9, así como 473), incluyendo las entregas fraudulentas (artículos 467 y 469 Nos. 1 y 2); obtención fraudulenta de prestaciones estatales improcedentes (artículo 470 N° 8); fraude de seguros (artículo 470 N° 10); suscripción engañosa de documentos (artículo 470 N° 4); celebración fraudulenta de contratos aleatorios (artículo 470 N° 6); apropiación indebida (artículo 470 N° 1); administración fraudulenta (artículo 469 Nos. 3 y 4, así como 470 N° 2); abuso de firma en blanco (artículo 470 N° 3); destrucción de cosa embargada (artículo 469 N° 6); “hurto de posesión” (artículo 471 N° 1); celebración de contratos simulados (artículo 471 N° 2); defraudación por destrucción de documentos (artículo 470 N° 5); y usura (artículo 472), todos, del *Código Penal* chileno.

### *3. Fundamentos relativos al sentido de los comportamientos incriminados para exigir ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen.*

Al interpretar las diversas figuras contra intereses patrimoniales que no contienen una exigencia expresa en orden a que el sujeto activo obre con ánimo de lucro, suele recurrirse al sentido del tipo penal de que se trate. Es decir, se parte de la base de que determinados delitos, pese a no demandar explícitamente ánimo de lucro, no se entienden o no pueden ser explicados satisfactoriamente sin recurrir a dicho animus que, de todas formas, se hallaría implicado conceptualmente en gran parte de las figuras delictivas del título 9º, libro II CPen.<sup>84</sup>

En ese orden de ideas, si bien el tipo penal de abigeato carece de una referencia expresa al ánimo de lucro en las disposiciones del párrafo 4º bis, título 9º, libro II CPen., su dependencia respecto del hurto y del robo resulta difícil de soslayar. Lo dicho puede afirmarse no sólo desde el punto de vista de la conducta típica, sino porque al abigeato también resultan aplicables las denominadas “disposiciones comunes al hurto y al robo” de los artículos 449

---

<sup>83</sup> Pese a que en dicho párrafo también se ubican los delitos de piratería (artículo 434 CPen.), robo por sorpresa (artículo 436, inciso segundo CPen.) y extorsión (artículo 438 CPen.), el supuesto descrito en el artículo 157 CPen., no parece extenderse a ellos.

<sup>84</sup> En sentido análogo MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 13), p. 378: “El ánimo de lucro se exige expresamente en algunos delitos, como el hurto o el robo; pero en otros se da por supuesto y no se menciona expresamente”

ss. CPen. Conceptualmente, el tipo penal de abigeato puede ser catalogado de hurto o robo especial en atención a su objeto material, a saber, alguno de los animales –o partes de los mismos– que establece el *Código Penal*<sup>85</sup>. Si se parte de esa base, tendría que demandarse en el abigeato –incluido el abigeato de hallazgo del artículo 448 ter, inciso 5° CPen.–, el requisito subjetivo que se exige en los tipos genéricos de hurto o robo –esto es, ánimo de lucro–, en relación con los cuales el abigeato sería una especie más.

De otro lado, tanto las conductas del artículo 448 bis, inciso 2°, Nos. 1, 2 y 3 (que sanciona al que altere o elimine marcas o señales en animales ajenos; marque, señale, contramarque o contraseñale animales ajenos; expida o porte certificados falsos para obtener guías o formularios o haga conducir animales ajenos sin estar debidamente autorizado), como las consagradas en el artículo 448 ter, inciso 4° CPen. (que castiga al que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes), deben cometerse con ánimo de lucro. Ello puede basarse en que en la discusión parlamentaria para fundamentar la criminalización de quien altere o elimine marcas o señales en animales ajenos, o bien, de quien marque, señale, contramarque o contraseñale animales ajenos, se invocó la finalidad perseguida por el agente del comportamiento típico, a saber, impedir o dificultar la determinación del dueño de los animales<sup>86</sup>. Dicha conducta puede ser interpretada como una acción vinculada conceptualmente con el ánimo de señor y dueño y, por ende, con el ánimo de lucro del sujeto activo.

La exigencia de ánimo de lucro en los delitos del artículo 448 bis, inciso segundo, Nos. 1, 2 y 3, así como del artículo 448 ter, inciso 4° CPen., también puede sustentarse en que quien los comete se considerará autor o será castigado como autor de abigeato, respectivamente, debiendo imponérsele las penas del hurto o robo, figuras que exigen, expresamente, ánimo de lucro.

Finalmente, la conexión conceptual entre el hurto o el robo y la figura del artículo 448 quinquies CPen. (que sanciona a quien “*se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice*”), se advierte ya en el propio verbo rector, esto es, apropiarse. Pues bien, si el mismo comportamiento se contempla en los delitos de hurto y robo que, como sabemos, demandan explícitamente ánimo de lucro, no existen razones para dejar de exigir dicho animus en el tipo del artículo 448 quinquies CPen., cuya única particularidad en relación con el hurto y el robo es su específico objeto material.

<sup>85</sup> Véase AGUILAR ARANELA, *Delitos patrimoniales*, cit. (n. 40), p. 90.

<sup>86</sup> Véase *Historia de la Ley N° 20.596*, pp. 123 s. [disponible en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20596&anio=2014](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20596&anio=2014), fecha de consulta: 15 de enero de 2014].

Tratándose del tipo penal de usurpación, Labatut sostiene: “Por más que la ley no lo diga expresamente, salvo respecto de la alteración de deslindes, es de la esencia de la usurpación el ánimo de lucro por tratarse de una variante del robo y del hurto”<sup>87</sup>.

Fontán Balestra precisa que “el paralelismo de la figura más característica de la usurpación –la del despojo– con la del hurto, el que podría ser extendido al robo, [es una] semejanza que en realidad existe en los aspectos de la antijuridicidad y la culpabilidad”, pero no en cuanto al objeto material del comportamiento típico<sup>88</sup>.

Respecto de la apropiación indebida del artículo 470 número 1 CPen., parte importante de la doctrina chilena demanda la concurrencia de *animus rem sibi habendi* en el sujeto activo del comportamiento<sup>89</sup>, exigencia que, de acuerdo con lo que aquí se plantea, no es más que una faceta o especie dentro del género “ánimo de lucro”.

Por su parte, algunos autores demandan expresamente ánimo de lucro en el sujeto activo de la apropiación indebida<sup>90</sup>. González Cussac, comentando la legislación española, destaca el contrasentido de concebir dicho delito como un supuesto de defraudación<sup>91</sup> y, a la vez, negar la exigencia de ánimo de lucro, agregando que: “[n]o entenderlo así, y aunque ello no se derive expresamente del texto de la Ley<sup>92</sup>, equivale no ya a desconectarlo de todos los demás delitos patrimoniales existentes en nuestro sistema legal, sino lo que es peor, a configurarlo como un simple ilícito civil castigado con una pena privativa de libertad”<sup>93</sup>.

En realidad, a la misma conclusión puede llegarse si se entiende que la

<sup>87</sup> LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. (n. 16), p. 219.

<sup>88</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial* (16ª edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002), p. 581.

<sup>89</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, cit. (n. 4), p. 425; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), pp. 380 s.

<sup>90</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte especial* (2ª edición actualizada por Gustavo Balmaceda Hoyos y Carlos Guillermo Castro Cuenca [coordinadores], Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), III, p. 347; POLITOFF, *El delito*, cit. (n. 30), pp. 244 s.

<sup>91</sup> En realidad, si se entiende que la apropiación indebida supone una apropiación en el sentido del hurto o del robo, también es posible concluir la exigencia de ánimo de lucro a su respecto, sea porque el hurto y el robo la demandan expresamente, sea porque se plantea una vinculación conceptual o de género a especie entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño.

<sup>92</sup> Cuestión que no es problemática si supone restringir -y no ampliar analógicamente- la aplicación del tipo.

<sup>93</sup> Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Apropiación indebida y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, en *Revista General de Derecho*, 604-605 (1995), p. 137.

apropiación indebida, sea en su modalidad de “apropiación” o de “distracción”, es una figura más cercana al hurto que a las defraudaciones, que supone la concurrencia de ánimo de señor y dueño –y, consiguientemente, de ánimo de lucro– en el agente<sup>94</sup>.

Quizás el delito respecto del cual se plantea más enérgicamente la necesidad de que concurra ánimo de lucro, pese a la falta de consagración expresa en el título 9<sup>o</sup>, libro II CPen., es el tipo penal de estafa<sup>95</sup>. Así, por ejemplo, Hernández Basualto, junto con reconocer que en las normas que lo regulan no existe una referencia expresa a dicho *animus*, como sí acontece en el artículo 432 CPen., a propósito del hurto y del robo, plantea que “parece más conforme con lo que fenomenológicamente se entiende por estafa exigir dicho ánimo”<sup>96</sup>. Es más, a juicio de González Extremera, los elementos determinantes de todos los tipos de defraudación son el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial, los cuales vendrían a representar “de forma opuesta el beneficio del agente y el perjuicio del paciente”<sup>97</sup>. En sentido análogo se pronuncia Donna, para quien “el verbo ‘defraudar’ supone la existencia de una motivación especial en el autor. Además del dolo es necesario que el sujeto obre con la intención de obtener un beneficio patrimonial, de modo que no alcanza con el conocimiento y la voluntad de causar un perjuicio, sino que además se debe obrar con el propósito de obtener una ventaja patrimonial”<sup>98</sup>.

Tanto en los delitos de apropiación por medios materiales como inmateriales, de lo que se trata es que el agente persiga la obtención de algo económicamente apreciable, que pertenece a otro, y sin que medie una contraprestación –también económicamente apreciable– a cambio de ello. Ese propósito, que evoca la estructura típica del delito de estafa<sup>99</sup> es, en realidad,

<sup>94</sup> Véase POLITOFF, *El delito*, cit. (n. 30), pp. 229 y 232 ss.; también LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. (n. 16), p. 235; y SOTO PIÑEIRO, *Sobre los límites entre el ilícito civil y el penal*, cit. (n. 3), p. 20. En contra ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 426.

<sup>95</sup> De otra opinión AGUILAR ARANELA, *Delitos patrimoniales*, cit. (n. 40), p. 140; PIÑA ROCHEFORT, *Fraude de seguros*, cit. (n. 60), pp. 106 ss.

<sup>96</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, *Aproximación*, cit. (n. 33), p. 188. Véase asimismo, para el estado de la discusión en la doctrina nacional, CABRERA GUIRAO, Jorge - CONTRERAS ENOS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa* (Santiago, LegalPublishing, 2009), pp. 34 ss. Exige, por su parte, “ánimo de lucrarse” en el tipo penal de estafa DEL RÍO, Raimundo, *Derecho penal* (Santiago, Editorial Nascimento, 1935), III, pp. 475 s., con matices, p. 478.

<sup>97</sup> GONZÁLEZ EXTREMERA, *La estafa*, cit. (n. 50), p. 151.

<sup>98</sup> DONNA, *Derecho penal*, cit. (n. 27), pp. 339 s. Similar: YUBERO CÁNENA, *El engaño*, cit. (n. 28), p. 59.

<sup>99</sup> Por todos HEFENDEHL, Roland, § 263, en JOECKS, Wolfgang - MIEBACH, Klaus (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, Beck, 2006), IV, número marginal 442.



una motivación que excede dicho tipo delictivo y que da sentido a todos los delitos del título 9º, libro II CPen. que no sean de destrucción.

4. *Fundamentos sistemáticos para exigir ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen.*

Los delitos contra intereses patrimoniales, que suponen una apropiación por parte del sujeto activo, se estructuran sobre la base de dos pilares fundamentales: por una parte, el tipo de hurto, expresión principal de lo que Etcheberry califica como delitos de apropiación por medios materiales<sup>100</sup>; por otra parte, el delito de estafa, paradigma de las figuras que dicho autor cataloga como apropiación por medios inmateriales (“incorporales”<sup>101</sup>) y, más específicamente, como apropiación mediante engaño. Pues bien, siendo esos los pilares que estructuran los delitos de apropiación ubicados en el título 9º, libro II CPen., carecería de sentido que el legislador sólo hubiese previsto el ánimo de lucro respecto de los tipos que suponen una apropiación (de cosas muebles ajenas) por medios materiales y no a propósito de las figuras delictivas que exigen una apropiación a través de medios inmateriales, como el engaño<sup>102</sup>.

Tanto el robo como el hurto tienen una regulación penal considerablemente más drástica y expansiva que las defraudaciones. Dicha circunstancia podría llevar a pensar que el legislador penal exigió ánimo de lucro sólo en aquéllos, pero no en éstas, a fin de limitar lo más posible su aplicación en atención a su severidad. Sin embargo, un análisis del conjunto de las normas que regulan tales delitos lleva a concluir, que el legislador en caso alguno ha pretendido restringir la aplicación del hurto y del robo, sino que más bien, todo lo contrario. Si ello es así, se refuerza la idea de que el ánimo de lucro ha de demandarse no sólo en las figuras más graves –el hurto y, principalmente, el robo–, sino que también en aquellas legalmente más acotadas y menos drásticas desde el punto de vista de la pena.

En el robo con violencia o intimidación en las personas, no obstante que la exigencia de ánimo de lucro es expresión del carácter patrimonial de la figura, la conducta incriminada también incide en otros intereses, como la vida, la salud y la libertad. Precisamente es, a partir de dicha circunstancia, que la doctrina mayoritaria lo califica como un tipo pluriofensivo<sup>103</sup>. La relevancia que en esta clase de robo adquieren determinados intereses personalísimos

<sup>100</sup> ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 291.

<sup>101</sup> *Ibíd.*, p. 291.

<sup>102</sup> De otra opinión ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), pp. 402 s.

<sup>103</sup> Véase, por ejemplo, MAÑALICH, Juan Pablo, *El “hurto-robo” frente a la autotutela y a la legítima defensa de la posesión*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006), p. 66. Cfr. también FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, cit. (n. 88), p. 438; LABATUT

de la víctima puede advertirse en diversas normas del *Código Penal*. Entre ellas, destaca el artículo 450, inciso primero *Código Penal* que, como apunta van Weezel, permite castigar la sola ejecución de la violencia, esto es, una hipótesis de tentativa, a título de robo consumado, aunque luego el agente “de nada se apropie”<sup>104</sup>. Pues bien, si va a demandarse ánimo de lucro respecto de uno de los delitos “menos patrimoniales” del título 9° del libro II CPen., e incluso en supuestos como el indicado, con mayor razón tendría que exigirse lo mismo respecto de figuras con un componente patrimonial bastante más evidente, vgr. las defraudaciones.

Tratándose de la piratería del artículo 434 CPen.<sup>105</sup>, del robo por sorpresa del artículo 436, inciso 2° CPen., y de la extorsión del artículo 438 CPen., si bien es cierto que no se contempla una exigencia expresa en orden a que el sujeto activo obre con ánimo de lucro, todos esos delitos se encuentran en el párrafo “*Del robo con violencia o intimidación en las personas*”, lo cual lleva a pensar que el legislador los asimiló a dicho tipo delictivo<sup>106</sup>, aunque para el robo por sorpresa hay otro argumento<sup>107</sup>.

El delito de extorsión, pese a tener similitudes con las defraudaciones, consagra en una de sus hipótesis un supuesto que es lisa y llanamente un caso de robo: aquel que castiga a quien, para defraudar a otro, le obligare con violencia o intimidación a “entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero”. Lo anterior se ve reforzado por la amplitud de las finalidades a que puede estar orientada la violencia o

GLENA, *Derecho penal*, cit. (n. 16), pp. 201 s.; POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 355.

<sup>104</sup> VAN WEEZEL, Alex, *Capítulo XXII. Hurto*, en MATUS, Jean Pierre (director), *Beccaria. 250 años después* (Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2011), p. 254.

<sup>105</sup> Más allá de los argumentos sistemáticos, en el delito de piratería, la desproporción de su castigo -que puede llegar a presidio perpetuo- y la falta de precisión en la descripción del comportamiento típico -que sanciona la comisión de “actos de piratería”-, aconseja darle una interpretación lo más restrictiva posible. Ello puede conseguirse, entre otras cosas, reforzando los requisitos subjetivos que han de concurrir en el agente para castigarlo por la comisión de la conducta incriminada en el artículo 434 CPen.

<sup>106</sup> Véase GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, cit. (n. 1), p. 227, respecto del delito de extorsión.

<sup>107</sup> En el robo por sorpresa, en efecto, además podría concluirse la necesidad de que concurra ánimo de lucro si, en lugar de tenerse en cuenta su ubicación, dentro del robo con violencia o intimidación en las personas, se considerara su naturaleza de hurto asimilado al robo (cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *El robo como coacción*, cit. [n. 73], p. 92; KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno*, en GUZMÁN DALBORA, José Luis [coordinador], *El penalista liberal, Libro Homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba* [Buenos Aires, Hammurabi, 2004], pp. 476 ss.; MERA FIGUEROA, *Hurto y Robo*, cit. [n. 10], p. 96), pues el hurto, tanto como el robo, exige ánimo de lucro en el sujeto activo de la apropiación.

la intimidación en las personas –según el artículo 439 CPen.–, destacando la que consiste en la entrega o manifestación de las cosas objeto material del robo. Siendo ese caso de extorsión, en esencia, un supuesto de robo, debe exigirse a su respecto ánimo de lucro en el agente<sup>108</sup>; y, si se va a exigir ánimo de lucro respecto de esa hipótesis, tendrá que hacerse lo suyo con los supuestos en que no hay entrega, sino que suscripción u otorgamiento de documentos, por no representar éstos un desvalor diverso de la hipótesis de entrega aludida.

A propósito de las figuras contenidas en el párrafo 6, título 9º, libro II CPen., dedicado a la usurpación, el legislador sólo contempla una referencia expresa al ánimo de lucro (de “lucrarse”) en la destrucción o alteración de deslindes del artículo 462 CPen. En principio, podría justificarse la consagración de dicho *animus* en la mayor pena que se asigna a la destrucción o alteración de límites en relación con las hipótesis de usurpación de los artículos 457 y 458 CPen. Es decir, podría postularse restringir la aplicación del delito de mayor severidad a aquellos casos en que concurra ánimo de lucro en el agente, exigencia que no se efectuaría respecto de las figuras de menor gravedad de los artículos 457 y 458 CPen., a las que sólo se les impone una pena de multa, pero no la pena privativa de la libertad.

Sin embargo, si se considera que el comportamiento de destrucción o alteración de deslindes “menoscaba seriamente, más que una burda ocupación física, los derechos del titular del predio, en tanto los tribunales no esclarezcan los confines”<sup>109</sup>, deja de tener sentido sancionar al sujeto activo de la destrucción o alteración de límites, sólo si obra con ánimo de lucro, pero castigar su usurpación, en todo caso, con independencia de si actúa con la motivación de obtener un beneficio económico<sup>110</sup>.

A lo dicho se agrega que la denominada “usurpación de aguas” del artículo 459 CPen., que contempla idéntica pena que la destrucción o alteración de límites, castiga conductas similares a las establecidas en el delito de hurto (o robo)<sup>111</sup>. Más aún, si las aguas están envasadas, “al dejar de estar destinadas

---

<sup>108</sup> Más enfáticos BULLEMORE - MACKINNON, *Curso de derecho penal*, cit. (n. 59), p. 125.

<sup>109</sup> GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Estudios y defensas penales* (3ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2009), p. 76. Véase también CARRARA, *Programa*, cit. (n. 22), pp. 500 ss.

<sup>110</sup> De otra opinión ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), p. 372. Se limita a exigir ánimo de lucro en la usurpación de derechos reales, porque el objeto material, en tal caso, resultaría atacado mediante una “sustitución en el aprovechamiento material de la cosa”, VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, cit. (n. 68), p. 491.

<sup>111</sup> Cfr. OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), pp. 503 s., a juicio de quien, la primera hipótesis de “usurpación de aguas”, en tanto exige sacarlas, “deja de manifiesto la verdadera calidad de cosa mueble de las aguas”, a lo que agrega que si ella no se contem-

al uso y cultivo de un bien raíz, recuperan su calidad de cosa mueble para efectos penales, por lo que si alguien se las apropia, comete hurto<sup>112</sup>; y para cometer hurto, el agente debe obrar, necesariamente, con ánimo de lucro.

Sostener que el ánimo de lucro no puede exigirse en la usurpación, ya que el dueño o el poseedor regular del bien objeto del delito también puede ser autor del mismo<sup>113</sup>, no resulta convincente. Ese caso, más que consagrar un supuesto de “usurpación”, contempla uno de realización arbitraria del propio derecho, que se castiga, precisamente, porque el sujeto activo hace justicia por propia mano, valiéndose de violencia para ello<sup>114</sup>. Y en el que la motivación del agente, usualmente denominada “ánimo de hacerse pago”, es una modalidad del ánimo de lucro<sup>115</sup>, cuyo objeto, en este caso, es “ejercer el contenido del dominio”<sup>116</sup>.

Como corolario, resulta pertinente traer a la memoria las consideraciones de Grisolía respecto de la estafa procesal. A juicio de dicho autor, el delito de estafa debe cometerse con ánimo de lucro, el cual se encuentra consagrado en el artículo 432 CPen., “cabeza de serie de todo el articulado relativo a los delitos contra la propiedad”<sup>117</sup>. En realidad, no deja de llamar la atención que el legislador haya optado por comenzar la regulación de los delitos contra intereses patrimoniales, con una disposición que contempla el ánimo de lucro y que puede ser proyectada hacia el resto del articulado del título 9° del libro II CPen., referido a los delitos de apropiación, sea por medios materiales o inmateriales.

##### 5. *Fundamentos político-criminales para exigir ánimo de lucro en los delitos de apropiación del título 9°, libro II CPen.: el caso de la usurpación.*

En términos generales, el delito de usurpación carece de una demanda expresa de que el agente obre con ánimo de lucro o de señor y dueño<sup>118</sup>. A

plara, “la conducta que describe sería igualmente sancionada a título de hurto o robo, según corresponda”. Dicha hipótesis se asemeja, desde el punto de vista del objeto material, al “hurto de energía eléctrica” (artículo 215 del Decreto con fuerza de ley N° 4 de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción). En ese orden de ideas, si junto con el hurto de energía eléctrica se hubiera regulado el hurto (o robo) de aguas, se habría tenido que exigir ánimo de lucro tanto en el primero, como en el segundo.

<sup>112</sup> OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 505.

<sup>113</sup> En ese sentido GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 1), p. 286.

<sup>114</sup> Véase OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 495.

<sup>115</sup> Cfr. MAÑALICH, *Autotutela*, cit. (n. 25), pp. 91 s.

<sup>116</sup> SOTO PIÑEIRO, *El hurto del acreedor*, cit. (n. 75), p. 34.

<sup>117</sup> GRISOLÍA, *La estafa procesal*, cit. (n. 20), p. 421.

<sup>118</sup> Incluso respecto de la primera hipótesis de la denominada “usurpación de aguas” del artículo 459 CPen., que castiga “a los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: 1°. Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes;

primera vista, la exigencia explícita de ánimo de lucro en la destrucción o alteración de deslindes (artículo 462 CPen.), podría interpretarse en el sentido de que la voluntad del legislador fue contemplarla sólo respecto de aquél delito y no de otras figuras contenidas en el Párrafo de la usurpación. De acuerdo con ello, si el legislador hubiera querido demandar ese *animus* en la usurpación, lo habría hecho expresamente; extender a ese delito un requisito que sólo figura en la destrucción o alteración de deslindes, provocaría que la alusión al ánimo de lucro del artículo 462 CPen., se torne superflua. Con todo, es posible sostener, que pese a la falta de una exigencia expresa de ánimo de lucro en la usurpación, dicho *animus* sí debe concurrir.

Según el Diccionario de la RAE, “usurpar” es “[a]poderarse de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia”; o bien, “[a]rrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios”. En lo que aquí interesa, usurpar puede ser definido, en términos generales, como apoderarse de un derecho que legítimamente pertenece a otro, ejerciéndolo como si fuera propio<sup>119</sup>. Ahora bien, ya que el CPen. limita el objeto material de la usurpación a bienes corporales inmuebles, derechos reales constituidos sobre ellos y aguas, para cometer dicho delito el agente tendrá que ejercer esos derechos o aprovechar esas aguas, no obstante pertenecerles legítimamente a otro, a quien se pretende reemplazar en su ejercicio o aprovechamiento<sup>120</sup>.

En el plano subjetivo, será necesario que concurra, además del dolo, el ánimo de señor y dueño<sup>121</sup>, ya que la conducta del usurpador “tiene que exteriorizar desde el primer momento el propósito de mantenerse permanentemente en el inmueble”<sup>122</sup>. Siendo el *animus rem sibi habendi* una faceta del ánimo de lucro, al demandar el segundo se está demandando asimismo el primero. Ahora bien, la necesidad de que concurra ánimo de lucro en el sujeto activo de la usurpación, también puede fundamentarse en ulteriores consideraciones vinculadas, principalmente, con la justificación de su sanción punitiva.

El castigo penal de la usurpación de inmuebles y de derechos reales cons-

*de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera*”, la exigencia de ánimo de señor y dueño se encuentra implicada conceptualmente en la conducta apropiatoria, de forma análoga a lo que acontece en el hurto y el robo, lo que hace innecesaria una formulación legal expresa de la misma.

<sup>119</sup> Así también lo entiende GUZMÁN DALBORA, *Estudios*, cit. (n. 109), p. 68.

<sup>120</sup> Véase OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 484.

<sup>121</sup> Exigencia que, por cierto, no debe demandarse si es el dueño o el poseedor regular el que lleva a cabo el comportamiento incriminado, de acuerdo con el artículo 457, inciso 2° CPen..

<sup>122</sup> GUZMÁN DALBORA, *Estudios*, cit. (n. 109), p. 96.

tituidos sobre ellos, no se encuentra suficientemente justificado. Sostener que la sanción penal de la usurpación, en tales supuestos, se basa en la violencia en las personas que puede ejercer el sujeto activo, carece de sustento en las normas del *Código Penal* chileno. Ello obedece a que el castigo penal de la ocupación del inmueble o de la usurpación del derecho real constituido sobre él, procede sin perjuicio del castigo que fuere aplicable al ocupante o usurpador, por la violencia utilizada en la ejecución de la conducta típica (artículo 457, inciso 1° CPen.).

Tratándose de la usurpación de inmuebles y, particularmente, de la que no implica violencia, el *Código Penal* sanciona una conducta, que perfectamente puede ser reprimida a través de mecanismos jurídicos –básicamente civiles– menos drásticos que la pena<sup>123</sup>, lo que pone en duda la conveniencia y legitimidad de su criminalización. Más aún, la escasa aplicación práctica que tradicionalmente ha tenido la figura, cuya posible utilidad sólo parece recordarse cuando la ocupación obedece a razones políticas, reafirma las objeciones que pueden formularse a su conservación en el *Código Penal*<sup>124</sup>. No encontrándose suficientemente justificada la existencia del delito de usurpación, deberá al menos favorecerse una interpretación restrictiva de dicho comportamiento, que permita limitar su ámbito de aplicación. Y ello puede lograrse, entre otras cosas, exigiendo que el sujeto activo obre con ánimo de lucro o de señor y dueño al realizar el comportamiento incriminado.

Postular el resurgimiento de la usurpación con motivo de la ocupación de inmuebles como forma de protesta pública o como medio de ejercer presión política, desatendiendo la relevancia del elemento subjetivo en la comisión del delito, sólo resultaría coherente si se ignorara la importancia del aspecto subjetivo también en otros delitos. Tal sería el caso de la prevaricación judicial que, como es sabido, precisamente gracias al componente subjetivo puede ser descartada y permitir que la conducta objetivamente desplegada por el juez se califique de mero error judicial, subsanable a través de recursos jurisdiccionales<sup>125</sup>. Dicho de otro modo, para sancionar penalmente la prevaricación judicial, se parte de la base de que dicha conducta no puede explicarse adecuadamente sin considerar el elemento subjetivo, tal como debería plantearse respecto del delito de usurpación.

Lo afirmado no supone otorgar patente de corso a quienes ocupan un inmueble ajeno como forma de protesta pública o como medio de ejercer

---

<sup>123</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit. (n. 13), p. 422.

<sup>124</sup> Cfr. OLIVER CALDERÓN, *Delitos*, cit. (n. 7), p. 480; véase también GUZMÁN DALBORA, *Estudios*, cit. (n. 109), p. 78, pp. 82 s.

<sup>125</sup> Véase RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (reimpresión de la 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 201.

presión política que, en todo caso, han de responder penalmente si incurrir en los delitos de amenazas, lesiones, hurtos o robos, daños<sup>126</sup>, entre otros. Lo que debe quedar excluido del castigo punitivo es la ocupación en cuanto tal, la que sólo debería sancionarse penalmente si se acredita que dicha ocupación fue llevada a cabo con ánimo de lucro o de señor y dueño en quien usurpa el inmueble ajeno o el derecho real ajeno constituido sobre él.

La interpretación anterior concuerda con la exclusión de las “tomas clandestinas” de terrenos o inmuebles llevadas a cabo sin violencia, así como con la ignorancia o tolerancia prolongada de parte de su dueño<sup>127</sup>. Ese supuesto, no obstante importar ánimo de lucro o de señor y dueño prácticamente por definición, ha sido considerado como un caso de precario, que puede ser enfrentado a través de acciones posesorias civiles, y no como una hipótesis de usurpación del *Código Penal*. Tal planteamiento, en términos generales, no ha sido cuestionado, pues se estima que, en estricto rigor, no existe un delito de usurpación que se identifique con el mero precario civil.

A lo indicado puede añadirse, que sancionar penalmente a quienes llevan a cabo una toma de terrenos o de inmuebles por carecer de una vivienda, empeoraría aún más su paupérrima situación social<sup>128</sup>. Algo similar cabe decir respecto de ciertos supuestos de usurpación de aguas, cuyo castigo penal puede provocar situaciones absurdas<sup>129</sup>. Tal decisión es correcta desde un punto de vista político, a pesar de que desde la perspectiva de la víctima, sus intereses patrimoniales puedan resultar gravemente afectados, sobre todo si se piensa en tomas que han durado años y que han terminado en regularizaciones de la propiedad raíz.

La ocupación de una universidad o de una fábrica –paradigmas de la protesta pública y de la presión política–, por lo general, no implican un drama social como el que se esconde tras las tomas de terrenos. Sin embargo, al igual que la toma de un terreno, la ocupación de una universidad o de una fábrica, en cuanto tal, ha de quedar excluida del castigo penal. En virtud

---

<sup>126</sup> Véanse, por ejemplo, ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. (n. 4), pp. 367 s.; GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, cit. (n. 1), p. 282.

<sup>127</sup> Cfr. POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 403.

<sup>128</sup> En el mismo sentido COMPARATO, Carlos Fernando, *Apuntes sobre el despojo como modalidad de usurpación*, en DONNA, Edgardo Alberto (director), *Revista de Derecho Penal, Delitos contra el patrimonio - I* (Buenos Aires, 2011 - 2), p. 378.

<sup>129</sup> En efecto, teniendo en cuenta la amplitud del artículo 459 CPen. y, en particular de su número 1, que castiga, entre otros, al que saca aguas de ríos, arroyos o fuentes y se las apropia para hacer de ellas un uso cualquiera, podría sancionarse penalmente a quien simplemente saca un poco de agua para beberla inmediatamente. Ya Carrara puso de manifiesto, que “sería bárbara crueldad perseguir criminalmente al que saca agua para beber de una fuente, por privada que sea” (CARRARA, *Programa*, cit. [n. 22], pp. 523 s.), planteamiento que aquí se suscribe íntegramente.

de tal ocupación, la afectación de intereses patrimoniales ajenos usualmente se encontrará acotada en el tiempo<sup>130</sup> y condicionada al cumplimiento de determinadas demandas. Tal circunstancia excluye el ánimo de señor y dueño<sup>131</sup> y el ánimo de lucro<sup>132</sup> en quienes la llevan a cabo<sup>133</sup>, exigencia subjetiva que subyace a todos los delitos de apropiación del título 9º, libro II CPen. y que refuerza el fundamento político-criminal de su castigo penal<sup>134</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos patrimoniales* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*, en *Revista de Derecho Público*, 11 (1976) 1.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *El delito de estafa* (Santiago, LegalPublishing, 2012).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *Delitos contra intereses instrumentales*, en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1 (2004).
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, *El robo como coacción*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 1 (2002).
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general* (traducción de José León Pagano, 4ª edición, Buenos Aires, Librería El Foro, 2013).
- BULLEMORE, Vivian - MACKINNON, John, *Curso de derecho penal. Parte especial* (Santiago, LexisNexis, 2005), III.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas. Derecho penal. Parte especial* (2ª edición actualizada por Gustavo Balmaceda Hoyos y Carlos Guillermo Castro Cuenca [coordinadores], Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009), III.
- CABRERA GUIRAO, Jorge - CONTRERAS ENOS, Marcos, *El engaño típicamente relevante a título de estafa* (Santiago, LegalPublishing, 2009).
- CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial* (traducción de José Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 1959), IV.

---

<sup>130</sup> Por lo general reducida a horas, días y, a lo sumo, meses. Generalmente compartida es la exigencia de que la usurpación se realice con cierta permanencia. Así FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*, cit. (n. 88), p. 583; y RIVACOBIA, Manuel de, *El Delito de usurpación y el problema de su prescripción*, en *Gaceta Jurídica*, 48 (1984), p. 5. Cfr. también BULLEMORE - MACKINNON, *Curso de derecho penal*, cit. (n. 59), p. 124.

<sup>131</sup> En efecto, resulta conceptualmente contradictorio sostener que los estudiantes de una universidad o los trabajadores de una fábrica, que han sido objeto de ocupación, actúan con ánimo de señor y dueño, si es que condicionan la desocupación del inmueble respectivo al cumplimiento de determinadas exigencias, comúnmente expresadas en un petitorio.

<sup>132</sup> Véase POLITOFF - MATUS - RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. (n. 2), p. 406.

<sup>133</sup> De otra opinión VAN WEEZEL, *Pena y sentido*, cit. (n. 68), p. 491.

<sup>134</sup> Lo que, como se dijo, es sin perjuicio de que en relación con una toma de terrenos o una ocupación de inmuebles se persiga la responsabilidad penal de quienes cometan ulteriores delitos, vgr. amenazas, lesiones, hurtos o robos, daños, etc.



- CASAS BARQUERO, Enrique, *El delito de falsedad en documento privado* (Barcelona, Bosch, 1984).
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *El delito de estafa* (Barcelona, Bosch, 2000).
- COMPARATO, Carlos Fernando, *Apuntes sobre el despojo como modalidad de usurpación*, en DONNA, Edgardo Alberto (director), *Revista de Derecho Penal. Delitos contra el patrimonio - I* (Buenos Aires, 2011 - 2).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Apropiaciones indebidas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1997).
- CONTRERAS TORRES, Raúl, *El delito de estafa* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992).
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011).
- DEL RÍO, Raimundo, *Derecho penal* (Santiago, Editorial Nascimento, 1935), III.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1990).
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial* (Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001), II-B.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte especial* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), III.
- FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale* (reimpresión de la 5ª edición, Bolonia, Zanichelli, 2012), II.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (58ª edición, München, Beck, 2011).
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal. Parte especial* (16ª edición actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2002).
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *El elemento subjetivo del delito* (Buenos Aires, Depalma, 1957).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *El delito de hurto* (Valencia, Tirant lo Blanch, 1998).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte especial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), IV.
- GEHRING, Klaus, *Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 1986).
- GIL GIL, Alicia - MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos, *Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud*, en *InDret*, 2 (2009) [disponible en <http://www.indret.com/pdf/624.pdf>].
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Apropiación indebida y percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, en *Revista General de Derecho*, 604-605 (1995).
- GONZÁLEZ EXTREMERA, Josep, *La estafa mediante título mercantil abstracto* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2008).
- GRISOLÍA, Francisco, *La estafa procesal en el derecho penal chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 24 (1997) 3.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Estudios y defensas penales* (3ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2009).
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Luz y sombras en la "nueva" disciplina de la receptación en el Código penal chileno*, en *Gaceta Jurídica*, 188 (1996).
- HEFENDEHL, Roland, § 263, en JOECKS, Wolfgang - MIEBACH, Klaus (editores), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, Beck, 2006), IV.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *Aproximación a la problemática de la estafa*, en *Problemas actuales de Derecho penal* (Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (2<sup>a</sup> edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1958), III.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Besonderer Teil II* (6<sup>a</sup> edición, Baden-Baden, Nomos, 2011).
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno*, en GUZMÁN DALBORA, José Luis (coordinador), *El penalista liberal. libro Homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba* (Buenos Aires, Hammurabi, 2004).
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal* (reimpresión de la 7<sup>a</sup> edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012), II.
- MAGRI, Piero, *Trattato di diritto penale. Parte speciale* (Padova, Cedam, 2007), II.
- MAÑALICH, Juan Pablo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009).
- MAÑALICH, Juan Pablo, *El "hurto-robo" frente a la autotutela y a la legítima defensa de la posesión*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, 7 (2006).
- MAYER, Max Ernst, *Derecho penal. Parte especial* (traducción de Sergio Politoff, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2007).
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Hurto y Robo* (Santiago, LexisNexis, 1995).
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general* (3<sup>a</sup> reimpresión de la 8<sup>a</sup> edición, Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2010).
- MITSCHE, Wolfgang, *Strafrecht Besonderer Teil 2*. (2<sup>a</sup> edición, Berlin, Springer, 2003), 1.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial* (18<sup>a</sup> edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010).
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho penal. Parte general* (Córdoba - Buenos Aires, Lerner, 1975).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, LegalPublishing, 2013).
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Estructura típica común de los delitos de hurto y robo*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (1<sup>er</sup> semestre de 2011).
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Fraude de seguros* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- POLITOFF, Sergio, *El delito de apropiación indebida* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992).
- POLITOFF, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal* (Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2008).
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- REBOLLO, Rafael, *Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño*, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 19 (2008).
- RIVACOBA, Manuel de, *Apropiación indebida de cotizaciones previsionales (Ley N° 17.322, Artículo 13)*, en *Gaceta Jurídica*, 241 (2000).
- RIVACOBA, Manuel de, *El delito de contrato simulado* (Santiago, Editorial ConoSur, 1992).
- RIVACOBA, Manuel de, *El delito de usurpación y el problema de su prescripción*, en *Gaceta Jurídica*, 48 (1984).

- RIVACOBA, Manuel de, *Programa analítico de derecho penal* (4ª edición revisada y actualizada por José Luis Guzmán Dalbora, Valparaíso, Edeval, 1997).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Robo con violación*, en *Revista de Derecho*, 21 (Valdivia, 2008) 1.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis - OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (reimpresión de la 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011).
- SÁINZ DE ROBLES, Celia, *El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto*, en *Estudios de Derecho penal y criminología. Libro homenaje al Prof. José Mª Rodríguez Devesa* (Madrid, Uned, 1989).
- SCHEPELER VÁSQUEZ, Enrique, *El delito de hurto. Estudio de doctrina, de jurisprudencia y de legislación comparada* (Santiago, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939).
- SCHLACK MUÑOZ, Andrés, *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*, en *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008) 2.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel, *Comentario de sentencia*, en *Revista de Ciencias Penales*, 39 (1987-1989) 2.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel, *El hurto del acreedor: ¿una conducta atípica?* en *Revista de Ciencias Sociales. Derecho y Sociedad*, 3-4 (1989).
- SOTO PIÑEIRO, Miguel, *Sobre los límites entre el ilícito civil y el penal. El caso de la apropiación indebida*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 90 (1993) 1.
- TOCORA, Luis Fernando, *Derecho penal especial* (3ª edición, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991).
- VALLE MUÑOZ, José Manuel, *El delito de estafa. Delimitación jurídico-penal con el fraude civil* (reimpresión de la 1ª edición, Barcelona, Bosch, 1989).
- VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), I.
- VAN WEEZEL, Alex, *Capítulo XXII. Hurtos*, en MATUS, Jean Pierre (director), *Beccaria. 250 años después* (Montevideo - Buenos Aires, B de F, 2011).
- VAN WEEZEL, Alex, *Pena y sentido. Estudios de derecho penal* (Lima, Ara Editores, 2008).
- YUBERO CÁNEPA, Julio, *El engaño en el delito de estafa* (2ª edición, Santiago, Editorial Cruz del Sur, 2010).

