

ARTÍCULOS

## La sustracción de cosas corporales informes: El caso del agua, la electricidad y el gas

*Misappropriation on tangible property without a defined form: The case of water, electricity and gas*

Marcos Contreras Enos 

*Universidad de Santiago de Chile*

**RESUMEN** ¿Pueden los delitos de apropiación recaer sobre bienes corporales sin una forma definida? El presente artículo tiene como objetivo exponer la particular situación en la que se encuentran bienes tales como el agua, la electricidad y el gas. El autor plantea la existencia de una exigencia de corporeidad o forma en cuanto al objeto de la acción, desarrollando los posibles fundamentos de esta exigencia a través de una comparación entre el derecho chileno y el derecho alemán, junto al análisis en particular de los delitos de usurpación de agua, sustracción de electricidad y sustracción de gas.

**PALABRAS CLAVE** Apropiación indebida, delitos contra la propiedad, bienes corporales, agua, energía eléctrica, gas.

**ABSTRACT** Can misappropriation be placed on tangible property without a defined form? The objective of this article is to expose the special situation in which assets such as water, electricity and gas are found. The author proposes the existence of a requirement of corporeality or form regarding the object of the action, developing the possible foundations of this requirement through a comparison between Chilean law and German law, along with the detailed analysis of crimes such as unlawful appropriation of water, electricity theft and gas theft.

**KEYWORDS** Misappropriation, offences against property, tangible assets, water, electricity, gas.

*Just 'cause you feel it  
Doesn't mean it's there.  
(Thom Yorke, There There)*

## Introducción

El profesor Miguel Soto Piñeiro dejó un importante legado escrito, con publicaciones que son referencia obligatoria respecto de las materias que aborda. Una de esas publicaciones es su clásica monografía sobre el delito de apropiación indebida (1994), donde adopta un punto de partida dualista sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra intereses instrumentales. Dicha aproximación sembró la semilla para el desarrollo dogmático llevado a cabo por otros autores. Ese es justamente el punto de partida de esta contribución. Sin embargo, la herencia del profesor Soto Piñeiro no se limita a sus publicaciones: su obra oral ha resultado trascendental para todos quienes tuvimos el privilegio de formarnos como penalistas con él. Uno de los tópicos de la parte especial que con mayor ahínco y profusión abordó en sus clases es la de los delitos contra la propiedad y las relaciones de ellos con la regulación civil. El presente artículo, en el que se formulan algunas consideraciones sobre el objeto de la acción en los delitos contra la propiedad, se inspira en las enseñanzas del profesor Soto Piñeiro al tratar esta clase de delitos.

La cuestión que se aborda en el presente artículo es si, para efectos de que una cosa pueda ser objeto idóneo de la acción de los delitos de apropiación con expropiación correlativa, basta con que ella sea un bien corporal en términos de lo establecido en el Código Civil, esto es, que simplemente tengan un ser real y puedan ser perceptibles por los sentidos, o si, adicionalmente, debe afirmarse su corporalidad en un sentido más estricto, exigente de cierta delimitación especial, lo que se ha denominado *corporeidad* pero que bien podría llamarse *forma*, que no es sino una descripción geométrica de la parte del espacio ocupado por un objeto físico. La pregunta se plantea en general respecto de aquellas cosas que, si bien pueden ser percibidas por los sentidos —siendo corporales en el lenguaje del legislador civil—, no ostentan una delimitación espacial determinada tales como el agua, la energía eléctrica y el gas. Dicha interrogante se podría formular del siguiente modo: ¿la corporalidad de la cosa exige, además de su perceptibilidad, su corporeidad o forma? O, en otros términos, ¿se requiere que la cosa tenga una extensión delimitada?

En la presente contribución se afirmará la exigencia de forma de la cosa en los delitos de apropiación. En esa línea se reivindicará la autonomía conceptual de la noción de forma de modo tal de no disolverla —al modo de algunos autores— en la noción de materialidad o en el carácter mueble de la cosa. A renglón seguido, se revisarán las fundamentaciones posibles en torno a la exigencia de forma. En esa línea, se evaluarán tres formas de fundamentación, a saber, el entendimiento de la

exigencia de forma o corporeidad como: i) una consecuencia de la regulación civil de la propiedad; ii) una exigencia de la descripción de la acción típica del hurto, y iii) una consecuencia de la sistemática de la regulación de los delitos contra la propiedad y otros derechos absolutos sobre cosas corporales.

A ese respecto, en primer lugar, se desechará la posibilidad de fundamentar la exigencia de forma con base en la regulación civil de la propiedad. Para ello, se comparará el derecho chileno con el derecho alemán, ámbito en el que la exigencia de forma en el hurto fluye directamente de la comprensión civil de la propiedad, lo que —como se argumentará— no es el caso en el derecho chileno. Luego de ello, se evaluará la plausibilidad de justificar la exigencia de corporeidad o forma en el hurto con recurso a la noción de custodia y a una interpretación sistemática de las normas de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, en conjunto con las normas que regulan un delito que protege la continuidad del contenido fáctico de poder correlativo a un derecho real distinto de la propiedad (el derecho de aprovechamiento de aguas), esto es, la usurpación de aguas (artículos 459 a 461 del Código Penal) y las normas que regulan delitos en los que se protege una propiedad distinta a la quiritaria, a saber, la sustracción de energía eléctrica (artículo 215 del DFL 4/20.018) y la sustracción de gas (artículo 54 del DFL 323/1.931).

### **La sistemática de los delitos contra intereses instrumentales**

El título 9 del libro segundo del Código Penal agrupa bajo la rúbrica «Delitos contra la propiedad» a —algunos de— los delitos contra bienes jurídicos materiales o instrumentales, es decir, a aquellas figuras típicas que tienen como objeto de protección a intereses sobre cosas o a expectativas económicas valiosas.

Desde una perspectiva monista, se constata la presencia de solo un bien jurídico protegido en el título 9 del libro segundo del Código Penal. Una tesis monista no se puede fundar con reales pretensiones de corrección dogmática en una concepción estricta o civilmente acuñada de la propiedad, esto es, en una concepción quiritaria o dominical de la misma en términos de lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil, que, al efecto, dispone que «el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno». La afirmación anterior se sustenta en la constatación de que no en todos los delitos contemplados en el título 9 se protege a la propiedad en estricto sentido —ya sea entendida como la posición jurídico formal o como su contenido fáctico de poder correlativo—,<sup>1</sup> razón por la cual no puede

---

1. En efecto, como resulta evidente, en el hurto de posesión (artículo 471 número 1 del Código Penal) no puede ser la propiedad el objeto de protección toda vez que el autor del mismo es precisamente el propietario de la cosa sustraída, por lo que, de modo correlativo, el ofendido tiene necesariamente un

erigirse —sin incurrir en absurdos— a la propiedad concebida de ese modo como objeto de protección común a todas las figuras del título 9. Es por eso que el monismo nacional (Etcheberry, 1997: 287 y ss.; Garrido Montt, 2008: 149; Labatut Glens, 1983: 195; Bullemore y Mackinnon, 2005: 68), consciente de la imposibilidad de erigir como objeto único de protección a la propiedad civilmente acuñada o quiritaria, debe recurrir a un concepto de propiedad más amplio que el provisto por el Código Civil en su artículo 582, afirmando que en sede penal el concepto de propiedad ha de corresponder a lo que se ha denominado *concepto constitucional de propiedad*.<sup>2</sup> Sin perjuicio de la poca solidez de la base sobre la cual se estructura esta concepción,<sup>3</sup> el defecto más grave que exhibe radica en su «tendencia al análisis indiferenciado de los presupuestos de punibilidad de los distintos atentados a la propiedad y el patrimonio» (Bascañán Rodríguez, 2004: 294),<sup>4</sup> lo que genera como consecuencia que el concepto omnicomprendido de propiedad no ostente la concreción necesaria para que tenga operatividad interpretativa.<sup>5</sup>

---

derecho distinto a la propiedad. Asimismo, en la usurpación (artículos 457 y ss.) se penaliza la afectación del ejercicio de derechos reales sobre inmuebles o aguas distintos del dominio; a este respecto, cabe destacar la usurpación del artículo 457 inciso segundo, en la que el autor puede ser el dueño y la víctima quien posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente. En el mismo sentido, ni el delito de alzamiento de bienes (artículo 466) ni el delito de destrucción de la cosa embargada (artículo 469 número 6) atentan contra el derecho de propiedad de los acreedores. Tampoco exige el delito de impedimento de uso de documentos (artículo 470 número 5) que el perjudicado sea propietario de dichos documentos, ni la estafa que el estafado haya dispuesto bajo engaño de una cosa corporal de la cual sea propietario. Véase Bascañán Rodríguez, 2005: 6-7.

2. En palabras de Etcheberry, el «Código Penal emplea la expresión propiedad en un sentido amplio, que incluye, desde luego, la propiedad dominical [...] pero que se extiende igualmente a la *propiedad* entendida como el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular [...], esto es, tanto a los derechos reales que no son el dominio [...], como a los derechos personales o créditos» (1997: 287). En el mismo sentido, Garrido Montt señala que, en el Código Penal, el término propiedad «debe entenderse en un sentido normativo muy amplio y flexible, comprensivo de aquellas relaciones jurídicamente reconocidas por el sistema y que existen entre una persona y una cosa, relación que le confiere a esa persona algunas facultades sobre la cosa, que son susceptibles de apreciación económica» (2008: 150-151).

3. Aquí se refiere al, hasta hoy, precario desarrollo dogmático de la propiedad en sede constitucional, lo que conduce a un pobre rendimiento de dicho concepto en la interpretación del tipo sistemático y a un razonamiento de tipo circular: como el concepto de propiedad está definido a un nivel muy rudimentario, su contenido vendrá desde los propios tipos penales que se trataba de interpretar; luego, razonamiento circular. Véase Cabrera Guirao y Contreras Enos, 2009: 8.

4. El mismo autor señala que «esa indiferenciación no es más que el correlato penal de la orientación al vulgarismo en el ámbito del derecho privado y el derecho público».

5. Ello es inaceptable desde una correcta comprensión de la teoría del bien jurídico, toda vez que, como señala Bascañán Rodríguez, «si se quiere hacer justicia a los principios de legalidad, lesividad, fragmentariedad, y *ultima ratio*, es indispensable proceder intensivamente en la concreción de cada objeto de protección» (2005: 12).

Desde una perspectiva dualista, los delitos contra intereses instrumentales se clasifican en delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio. Los delitos contra la propiedad se caracterizan por suponer una posición jurídico-formal determinada, esto es, la titularidad de un derecho subjetivo específico reconocido por el derecho privado —paradigmáticamente, la propiedad— que recae o versa sobre una cosa corporal en el sentido más estricto del Código Civil, a saber, la propiedad quiritaria. Ahora bien, en los delitos contra la propiedad no se protege la posición jurídico-formal —lo que los convertiría en delitos de peligro abstracto—<sup>6</sup> sino que el contenido de poder fáctico correlativo a dicha posición o, en otros términos, la continuidad de la relación fáctica de poder normativamente justificada por una posición jurídico-formal. De este modo, en estos delitos lo crucial es la relación fáctica que existe entre el cuerpo de la cosa y el cuerpo del detentador, razón por la cual resulta forzoso concluir que tienen una dimensión de concreción espacial insoslayable. En definitiva, para calificar una determinada figura como delito contra la propiedad es necesario que: i) el sujeto pasivo sea titular de una posición jurídico-formal; ii) que esa posición tenga un correlato de poder fáctico, y iii) que dicho poder se ejerza sobre una cosa corporal. La esencia de los delitos contra el patrimonio, en tanto, radica en que a través de ellos se lesiona el patrimonio —globalmente considerado— mediante la pérdida de una parte integrante del mismo. Estos delitos se dirigen normalmente contra determinados derechos particulares integrantes del mismo: lo que sucede es que estos derechos particulares no aparecen incluidos en el tipo legal, por lo que todos ellos —la totalidad de ellos— pueden ser objeto de ataque. Lo decisivo es que efectivamente se produzca un *perjuicio patrimonial*, es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial pueda afirmarse que, después de ella, su patrimonio como tal se ha visto perjudicado desde alguno de los puntos de vista en que puede concebirse el mismo (Zugaldía Espinar, 1998: 15).

La distinción entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio se manifiesta en dos diferencias estructurales de los respectivos tipos de injusto, a saber, el objeto de la acción y el resultado de lesión del bien jurídico.

En cuanto al objeto de la acción, en los delitos contra la propiedad [...] este se encuentra especificado por el tipo penal —cosa mueble, cosa inmueble— y por lo tanto la acción típica siempre debe recaer sobre ese objeto formalmente especificado. En los delitos contra el patrimonio, por el contrario, el resultado de la acción típica recae

---

6. «El hurto, por ejemplo, no lesiona la propiedad del dueño de la cosa hurtada. Precisamente por seguir siéndolo es que dispone de las acciones reivindicatoria o restitutoria. La desposesión sí puede conducir a la pérdida de la propiedad, por la prescripción. Por eso sería un delito de peligro» (Bascuñán Rodríguez, 2005: 12).

sobre la universalidad de bienes de que es titular una persona (Bascuñán Rodríguez, 2004: 294-295).<sup>7</sup>

En cuanto al resultado de lesión del bien jurídico protegido, en los delitos contra la propiedad este corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido. En cambio, en los delitos contra el patrimonio el resultado lesivo es la irrogación de daño patrimonial, entendida como pérdida en términos contables.<sup>8</sup>

La perspectiva dualista —de la cual Miguel Soto Piñeiro fue uno de sus primeros exponentes en el ámbito nacional (1994: 45 y ss.), y que ha ido tomando cada vez más fuerza a lo largo de los años (Bascuñán Rodríguez, 2004: 291 y ss.; Hernández Basualto, 2005: 240-241; Hernández Basualto, 2003; Mañalich Raffo, 2009: 6-12; Cabrera Guirao y Contreras Enos, 2009: 7 y ss.; Contreras Enos, 2015: 20 y ss.)—, en su formulación estándar, requiere de una precisión. En efecto, el universo de los delitos contra intereses materiales no se agota en los delitos contra la propiedad en sentido estricto y en los delitos contra el patrimonio. En el mismo título 9 del libro segundo del Código Penal existen otras figuras que no se dejan calificar como tales delitos. Lo mismo ocurre con figuras consagradas fuera del Código Penal y que reclaman ser calificadas como delitos contra intereses instrumentales sin ser delitos contra la propiedad en sentido estricto.

En cuanto a figuras contempladas en el mismo Código Penal que no se dejan clasificar como delitos contra la propiedad en sentido estricto ni como delitos contra el patrimonio, resaltan los delitos de usurpación de aguas. En ellos no se protege la propiedad que la nación toda tiene sobre las aguas —en cuanto son bienes nacionales de uso público—, sino el derecho de aprovechamiento de aguas. Así, el bien jurídico que se protege en los tipos contemplados en los artículos 459 a 461 del Código Penal es la «continuidad del contenido de poder fáctico correlativo al respectivo derecho de aprovechamiento de aguas» (Contreras Enos, 2015: 28).<sup>9</sup> De este modo, dichas figuras se adscriben a los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento o, más sucintamente, a los *delitos contra derechos absolutos*. En este punto es fundamental una precisión terminológica. Si es que se quiere seguir manteniendo la

---

7. «Por cierto que en cada atentado patrimonial el ataque tiene lugar sobre uno o más bienes concretos. Pero esa concreción fáctica no es formalmente relevante. En términos formales, lo relevante es la pérdida patrimonial» (Bascuñán Rodríguez 2004: 294).

8. «De lo anterior se deduce que la compensación económica (simultánea a la afectación concreta) debe jugar un rol en los delitos contra el patrimonio, pero no en los delitos contra la propiedad» (Bascuñán Rodríguez, 2004: 295).

9. En un sentido similar, Garrido Montt señala que «el bien jurídico protegido por estos delitos no es la propiedad en sí, sino el ejercicio de las facultades que de ese derecho se derivan, o sea el poder gozar real y libremente del bien inmueble o las aguas» (2008: 281).

clasificación binaria en el seno de los delitos contra intereses instrumentales, cabe señalar que, para hacer referencia a uno de los extremos de la mentada clasificación, en lugar de denominar a la primera clase de delitos simplemente como delitos contra la propiedad, se hace necesario denominarlos delitos contra derechos absolutos, delitos contra derechos reales o delitos contra la propiedad y otros derechos reales. El mínimo común denominador de dichas figuras consiste en que todas ellas se orientan a la protección de la continuidad en el ejercicio del contenido fáctico de poder sobre una cosa que corresponde a un derecho real.<sup>10</sup>

De otro lado, en cuanto a figuras contra intereses instrumentales contempladas fuera del Código Penal, cabe mencionar la sustracción de energía eléctrica<sup>11</sup> y la sustracción de gas.<sup>12</sup>

---

10. Justificando la adscripción de las figuras de usurpación a los delitos contra derechos reales o absolutos, cabe señalar que, como es propio de este grupo de delitos, el resultado de lesión del bien jurídico protegido en las figuras de usurpación de aguas corresponde a la pérdida o perturbación del ejercicio de algún contenido de poder correlativo a la posición jurídico-formal de titular del derecho protegido, el que, en el caso de la usurpación de aguas, es el derecho de aprovechamiento de las mismas. A este respecto, lo único que diferencia a dichas figuras de los delitos contra la propiedad en sentido estricto (robo, hurto, daños) es que la posición jurídico-formal de la que emana el contenido de poder fáctico afectado por la acción típica es la de titular de un derecho de aprovechamiento de aguas y no la de propietario. Dicha diferencia, empero, solo tiene como consecuencia que no se pueda afirmar la identidad entre los delitos de usurpación de aguas y los delitos contra la propiedad en sentido estricto, pero no imposibilita que entre ellos se pueda afirmar, en cambio, una estrecha relación de parentesco que determine que ambas clases de delitos se agrupen bajo una abrazadera común: la propiedad y otros derechos de aprovechamiento, dada su esencial semejanza estructural. Por lo demás, como es propio de los delitos contra la propiedad y otros derechos de aprovechamiento, en la usurpación de aguas el objeto de la acción se encuentra especificado por los tipos penales respectivos, los que hacen referencia a las aguas de un modo paralelo a como, por ejemplo, el tipo de hurto (artículo 432 del Código Penal) hace referencia a las cosas muebles, o como las figuras de usurpación de los artículos 457 y 458 del Código Penal, en las que se especifica que el objeto de la acción son los bienes inmuebles. De conformidad con lo anterior, la acción típica ha de recaer sobre ese objeto formalmente especificado, esto es, las aguas. (Véase Contreras Enos, 2015: 29).

11. Artículo 215 del DFL 4/20.018. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley número 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de energía eléctrica: «El que sustrajere energía eléctrica, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal. En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 451 del Código».

12. Artículo 54 del DFL 323/1.931. Ley de Servicios de Gas: «El que tuviere instalaciones clandestinas o conexiones directas o ejecutare otra acción fraudulenta destinada a sustraer gas directa o indirectamente, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo. En los casos de reiteración se impondrá al delincuente la pena en su grado máximo.

El que intervinere o hiciera modificaciones en el medidor para alterar la correcta medición del gas será sancionado con la pena establecida en el artículo 473 del Código Penal. La reposición ilícita del suministro se sancionará con multa no inferior a una ni superior a diez Unidades Tributarias Mensuales, sin perjuicio de la obligación de pagar el consumo de gas».

## La exigencia de forma en el objeto de la acción en los delitos contra la propiedad en sentido estricto

El objeto de la acción en los delitos contra la propiedad en sentido estricto ha sido discutido fundamentalmente a la luz del delito de hurto. En ese contexto se aborda pormenorizadamente las calidades de cosa corporal, mueble y ajena. La cuestión de la corporeidad o forma no ha recibido la misma atención. El escueto tratamiento de dicha cuestión también se ha realizado en el marco del análisis del delito de hurto, aunque dicha noción es relevante para todos los delitos de apropiación con expropiación correlativa.<sup>13</sup> La cuestión que se suscita es si, para efectos de que una cosa pueda ser objeto idóneo de la acción de tales delitos, basta con que ella sea un bien corporal en términos de lo establecido en el Código Civil, o si, adicionalmente, debe poder afirmarse su corporalidad en un sentido más estricto, lo que bien suele denominarse como *corporeidad* o —como aquí se propone— *forma*, en cuanto exigencia de cierta delimitación espacial. La pregunta se plantea en general respecto de aquellas cosas que, si bien pueden ser percibidas por los sentidos (son corporales en el lenguaje del legislador civil), no ostentan una delimitación espacial determinada (son informes). Dicha interrogante se podría formular del siguiente modo: ¿se requiere que la cosa tenga una extensión corpórea delimitada?

La corporeidad o forma es una cualidad tradicionalmente requerida por la doctrina nacional cuando exige que las cosas, para efectos de ser objeto idóneo de la acción típica del hurto, ocupen un lugar en el espacio, tengan extensión, dimensión o un cierto volumen. A partir de la formulación de esta exigencia se suele excluir del ámbito de los objetos de ataque de los delitos de apropiación a cosas como el sonido, la luz, el calor, las energías, la electricidad, los fluidos y los gases (Etcheberry, 1997: 299; Garrido Montt, 2008: 162; Labatut Gléna, 1983: 199; Politoff y otros, 2010: 199, 202, 303; Oliver Calderón, 2011: 379 y ss.). Ejemplares a este respecto son Garrido Montt, y Politoff, Matus y Ramírez. El primero señala que la energía y los gases no quedan comprendidos dentro de las cosas susceptibles de hurto «a menos que estén envasados, porque en esas condiciones adquieren materialidad y pueden ser trasladadas», por lo que «el agua [...] no puede ser hurtada, salvo que se encuentre en envase o depósitos» y que «en el ordenamiento jurídico nacional esto es más evidente, porque es la ley la que ha dispuesto que la sustracción de este elemento configura el delito de usurpación» (Garrido Montt, 2008: 162-163). Politoff, Matus y Ramírez, a su turno, han sostenido que «los fluidos en general [...] no se consideran *cosas* para efectos del hurto» (2010: 303).

---

13. En ese sentido, Bascañán Rodríguez aborda la corporeidad de la cosa en cuanto presupuesto dogmático de los delitos de apropiación (2005: 14).



Esta interpretación es consistente con la doctrina mayoritaria alemana en relación con el objeto de la acción en el hurto. En efecto, la literatura penal alemana excluye a las cosas incorpóreas como integrantes del concepto de cosa para efectos del hurto (*Diebstahl*),<sup>14</sup> figura que refiere al objeto de la acción típica como *cosa mueble ajena*. De este modo, se señala que pertenecen a las cosas respecto de las cuales puede referirse la acción típica todos los objetos corporales (*körperlichen Gegenstände*),<sup>15</sup> siendo indiferente el estado de agregación en que se encuentre la materia: bajo el concepto de cosa también se incluyen fluidos, gases y vapores, en la medida que ostenten una presencia separada y delimitada y, por ello, sean susceptibles de propiedad. Los objetos son corporales, por lo tanto, cuando se encuentran delimitados en el espacio, ya sea a través de su propia circunscripción espacial, ya sea a través de su confinamiento en receptáculos (Wessels y Hillenkamp, 2013: 75; Fischer, 2014: 3; Kühl y Heger, 2014; Kindhäuser, 2013: 9; Wittig, 2014; Schmitz, 2012: 25; Schmidt, 2013: 5; Vogel, 2010: 3; Eser y Bosch, 2014: 9).

Por su parte, un sector minoritario de la doctrina nacional, en el contexto del análisis de la sustracción de energía eléctrica, a pesar de que al nivel de las definiciones afirma que la cosa objeto de la acción del hurto ha de ostentar corporeidad, prescinde de ella en el desarrollo ulterior. En ese sentido, Guzmán Dálbora señala que, en su substrato empírico, la calidad de cosa en el hurto viene definida porque esta ostente materialidad, esto es, que consista en materia y dimensión, lo que quiere decir que ocupe un lugar definido en el espacio, rasgos que le confieren individualidad o autonomía (2011: 260). A lo anterior se agrega que materia y energía son solo dos formas de aparición de un mismo substrato, por lo que no tiene sentido negar a la segunda su existencia individual por una supuesta falta de delimitación. La energía eléctrica es materia e incluso puede ser separada del aparato que la genera (Guzmán Dálbora, 2011: 261; Oliver Calderón, 2011: 380-381). Concordamos con el autor cuando exige que la cosa tenga dimensión. En los términos en los que él la define —que las cosas ocupen un lugar definido en el espacio— es justamente a lo que en este artículo se alude con la exigencia de forma. Sin embargo, para aseverar correctamente la concurrencia de dicha propiedad respecto de una cosa es necesario determinar —en términos de Guzmán Dálbora— el grado de definición que se requiere. No problematizar dicho grado de definición es, en primera línea, contrario con la propia conceptualización

---

14. §242 StGB: «Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft». (El que sustraiga a otro una cosa mueble ajena, con la intención de apropiársela antijurídicamente para sí o para un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa).

15. Esta expresión, en este contexto, no se debe entender en el limitado sentido técnico utilizado por el Código Civil chileno, sino en el sentido coloquial de exigencia de cuerpo.

de dimensión esbozada por el autor —que requiere que el lugar que ocupe la cosa en el espacio sea *definido*— y significa, en definitiva, renunciar a la noción de dimensión disolviéndola en la de materialidad, toda vez que la materia se define, en primer término, como aquello que ocupa un lugar en el espacio sin exigencia de definición de esa presencia. Esta disolución la lleva a cabo explícitamente Oliver Calderón cuando señala que no resultaría posible llevar a cabo la acción de sustracción si la energía eléctrica «no tuviera materialidad ni ocupara un lugar en el espacio» (2011: 381). La renuncia a la exigencia de corporeidad o forma se aprecia, además, cuando Guzmán Dálbora afirma que «puesto que la cosa tiene que ser mueble, esto es, apta para ser separada fácticamente de la esfera de disposición de su titular e incorporada a la del ladrón, permanecen al margen del tipo las cosas incorporeales, pero resta [...] firme [...] la energía eléctrica que calza a pedir de boca en la definición del artículo 565, párrafo segundo del Código Civil» (2011: 262-263), es decir, la energía eléctrica es objeto de la acción de hurto porque es una cosa mueble. La renuncia es evidente: afirmar que la corporeidad concurre respecto de la energía eléctrica porque ella puede ser separada del aparato que la genera, no es resolver la concurrencia de dicha propiedad a la luz de la explicación que de ella se dio, sino que disolver la noción de corporeidad en la del carácter mueble de la cosa (Contreras Enos, 2015: 49).

Por las razones anteriores, en este artículo se concuerda con la doctrina dominante en torno a la exigencia de corporeidad de la cosa en el hurto. Ello, sin embargo, requiere de mayor fundamentación, dado que, a diferencia del derecho alemán, la exigencia de corporeidad de la cosa en el hurto no proviene de la regulación civil del derecho de propiedad —tal como se abordará en la siguiente sección— y el único autor que ha esbozado alguna fundamentación es Garrido Montt, haciéndola radicar escuetamente en la necesidad de que las cosas sean susceptibles de ser tomadas (2008: 162). La pregunta que se plantea, por lo tanto, es sobre la fuente de la exigencia de corporeidad de la cosa en el hurto. En principio, tal exigencia se puede explicar como una consecuencia de: i) la regulación civil; ii) la descripción de la acción típica del hurto, o iii) la sistemática de la regulación de los delitos contra la propiedad.

## **La justificación de la exigencia de forma en los delitos contra la propiedad**

### El derecho civil

El derecho civil chileno se caracteriza por su amplia concepción de la noción de *cosa*. En efecto, según el artículo 565 del Código Civil, «los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales», siendo cosas corporales «las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos» e incorporeales «las que consisten en meros derechos». La definición de una cosa corporal es relevante por cuanto el artículo 582 contempla que ese es el objeto del dominio o propiedad que en dicha disposición se regula. Para

el Código Civil, por lo tanto, todas aquellas cosas que tienen un ser real y son perceptibles por los sentidos son objetos idóneos del derecho de propiedad del artículo 582. Lo anterior no se compagina con la propiedad protegida a título de hurto, toda vez que —como ya se señaló— respecto de dicho tipo penal se requiere que el objeto de la acción sea una cosa corpórea. No es suficiente, por lo tanto, la mera perceptibilidad por los sentidos, sino que, además, la ostentación de una delimitación espacial. La exigencia de corporeidad de la cosa en el hurto, por consecuencia, no proviene de la regulación civil.

La situación es distinta en derecho alemán, marco en el que la exigencia de corporeidad del objeto de la acción en el hurto se deja describir como un reflejo de las valoraciones jurídico civiles existentes sobre la materia. En efecto, el § 90 del Código Civil alemán (BGB) señala que cosa (*Sache*) son solo los objetos (*Gegenstände*) corporales. La corporalidad de un objeto, por lo tanto, es criterio decisivo para la aseveración de su calidad de cosa (Jickeli, 2012: 1). A este respecto cabe señalar que el BGB, en relación con los posibles objetos de derecho (*Rechtsobjekte*), distingue entre cosa (*Sache*) y objeto (*Gegenstand*), siendo objeto el género y cosa la especie. La noción de objeto —no definida legalmente— abarca todos los valores patrimoniales y bienes individualizables sobre los cuales se puede ejercer un poder jurídico en sentido de señorío (*Herrschaft*) o derecho de uso (*Nutzungsrecht*) (Stresemann, 2012: 1). De este modo, *objeto* —en sentido técnico— es el supraconcepto que comprende a las cosas y a los objetos incorpóreos (créditos, derechos inmateriales, otros derechos patrimoniales) (Dörner, 2014: 1).<sup>16</sup> Es por eso que en derecho alemán, la electricidad, por ejemplo, no es tratada como cosa, dado que *cosa* es solo aquello que es objeto del derecho de propiedad. Lo anterior no deja de llamar la atención, toda vez que la disposición que regula la sustracción de energía eléctrica se ubica sistemáticamente en los delitos contra la propiedad.

La corporalidad se exige respecto del concepto de cosa porque ella, como objeto de posesión y propiedad, debe ser dominable (*beherrschbar*). La dominabilidad requiere que el objeto sea perceptible por los sentidos y que se encuentre delimitado en el espacio o al menos sea delimitable y, por lo tanto, que considerada naturalmente aparezca como una unidad. Las cosas deben ser, entonces, diferenciables unas de otras. La necesaria delimitación espacial puede estar dada, por ejemplo, a través de la propia cohesión corporal de la cosa, a través de envasarla en un receptáculo o a través de medios técnicos, como fronteras de piedras o su señalamiento en un mapa (Fritzsche, 2014: 5; Jickeli, 2012: 2-3; Stresemann, 2012: 8). La razón jurídico-dogmática del origen de la disposición del § 90 del BGB radicaría en que el dominio requería una comprobación fácil. De este modo, con la exclusión del dominio de las cosas incor-

---

16. Sobre la evolución histórica del concepto de cosa en derecho romano y germano, véase Montoro Rueda, 2010: 383 y ss.

porales, no solo el poseedor, sino también el tráfico jurídico, pueden reconocer, en todo momento, rápidamente y con exactitud, el alcance de dicho dominio, y esta comprobación tenía lugar en el campo de la percepción sensorial de la manera más fácil, al relacionarla con un objeto corporal individualizado (Hattenhauer, 1987: 56).

Así las cosas, resulta llamativo que, a pesar de que tanto la doctrina penal chilena como la alemana concluyan que únicamente las cosas corpóreas son objeto idóneo del hurto, solo en el derecho alemán dicha aseveración encuentra sustento en la regulación civil de la propiedad. En efecto, la regulación del Código Civil chileno sobre la propiedad se aleja de una concepción quirritaria al contemplar como objeto de propiedad no solo a las cosas corpóreas —que en Alemania se denominan *corporales*— sino a todo aquello que tiene un ser real y son perceptibles por los sentidos (además de los derechos). De este modo, se concluye que, en el derecho chileno, la exigencia de la corporeidad o forma del bien, si es que tiene alguna justificación, al no provenir de la regulación civil, ha de resultar de la propia regulación penal.

## El derecho penal

### *La conducta típica en el hurto*

Una justificación intrapenal de la regulación diferenciada podría consistir en sostener que la acción de apropiación, en sus propios términos, limita la posibilidad de aseverar que las cosas incorpóreas son objetos idóneos del hurto. Esa vía —salvo la excepción hecha por la aserción de Garrido Montt— parece no haber sido ensayada explícitamente en el derecho nacional. Dicha posibilidad se explora en este apartado.

Como es obvio, apropiarse no es adquirir el dominio de la cosa objeto del hurto, toda vez que, al no mediar consentimiento del propietario, dicha acción no es idónea como modo de adquirir el dominio. Por ello, la apropiación solo puede entenderse como la arrogación del ejercicio del contenido fáctico sobre la cosa correlativa a la posición jurídico-formal de propietario. Dada la amplitud de las facultades que otorga el derecho de dominio al propietario, casi cualquier intervención sobre la cosa podría interpretarse también como el ejercicio de facultades propias del propietario (Kindhäuser, 2002: 45). Sin embargo, no cualquier arrogación de las facultades propias del dominio implica una apropiación en términos del hurto. Para que ello sea el caso, es necesario constatar, en el plano objetivo, la sustracción y, en el plano subjetivo, el *animus rem sibi habendi* (ánimo de apropiación, de señor y dueño) (Etcheberry, 1997: 296; Politoff y otros, 2010: 306; Labatut Glens, 1983: 195-196). La fórmula utilizada por el legislador para describir la acción típica del hurto —«apropiarse de cosa mueble ajena»— es la misma que utiliza el Código Penal para el delito de apropiación indebida, lo que constituye una anomalía. El hurto y el robo se diferencian de la apropiación indebida precisamente en lo referente a la acción que se realiza sobre

la cosa en atención al estado en que esta se encuentra. Mientras que en la apropiación indebida la cosa se encuentra en poder del autor por un acto de entrega voluntario del propietario, en el hurto y el robo la cosa se encuentra bajo custodia de otro. Como ese es el caso, en relación con el plano objetivo, la acción típica en el hurto requiere la ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa (Bascuñán Rodríguez, 2004: 288-299; Garrido Montt, 2008: 159; Oliver Calderón, 2013: 70-71).

La noción clave del concepto de custodia en el plano objetivo es la del poder de dominación fáctica a través de un control corporal directo. El paralelismo entonces entre la noción de cosa sobre la cual recae la propiedad en derecho alemán y la noción de cosa sobre la cual se puede ejercer una custodia es evidente. Solo respecto de aquello que se presenta como una individualidad en términos tales que se puede afirmar que ostenta corporeidad, se puede ejercer aquella dominación que permite afirmar la existencia de una custodia. Por tal razón, en derecho alemán, la regulación civil de la propiedad y la regulación del hurto son completamente consistentes en relación con el objeto material: solo aquellos objetos sobre los que se puede ejercer propiedad (las cosas) pueden ser, a su turno, objeto de la acción en el hurto. Es por eso, que Binding afirma que «lo que no se puede poseer, penalmente no es una cosa» (1902: 257).

En derecho chileno, dada la amplitud de la noción civil de cosa corporal al exigir solamente la susceptibilidad de ser perceptible por los sentidos, no existe una simetría entre la definición de cosa corporal y el objeto de la acción en el hurto. Es por eso que, a ojos del legislador civil, ciertos objetos que son cosas corporales, al ser perceptibles por los sentidos, tales como el agua que fluye, la energía eléctrica o el gas —en la medida que no se encuentren en continentes—, no son objetos idóneos de la acción en el hurto por no estar dotados de corporeidad, razón por la cual a su respecto no puede aseverarse custodia del dueño y, subsecuentemente, tampoco puede afirmarse ruptura de la misma. Para que la custodia se pueda ejercer se requiere que la cosa respectiva se encuentre delimitada en el espacio, que aparezca como una unidad. Respecto de los fluidos, tales como el agua o el gas que se despliegan por tuberías, ello no puede afirmarse. Y es que los líquidos y los gases se distinguen de los sólidos por la circunstancia de que, en descanso, no pueden sostener una fuerza tangencial o cortante y, por lo tanto, sufren un continuo cambio de forma cuando se los somete a esa tensión. En palabras de Baumann, eso hace que los líquidos y los gases no conserven fácilmente su forma, por lo que «no se fijan en el espacio ni se atan al tiempo», «para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, solo llenan *por un momento*», y es por eso que se puede señalar que «las descripciones de un fluido son como instantáneas que necesitan ser fechadas al dorso» (2003: 8). Lo anterior es lo que imposibilita aseverar que sobre los fluidos se pueda ejercer la dominación corporal propia de la noción de custodia.

Respecto de la energía eléctrica se puede señalar otro tanto. La electricidad es la forma de energía que consiste en la transmisión de electrones de la última capa de los átomos —la más lejana— a la de un átomo siguiente, fluyendo a lo largo de la materia conductora y alterando en el camino ciertas propiedades de la misma. La electricidad, por lo tanto, es el movimiento de electrones entre átomos.<sup>17</sup> La electricidad, al igual que el agua y el gas en cuanto fluidos, no se puede aprehender del modo requerido por la noción de custodia mientras fluye por la materia conductora.

La aproximación anterior puede ser explicada desde la de filosofía del lenguaje, especialmente con recurso a lo Quine denominó los *sustantivos-masa*, en oposición a los *sustantivos contables* (1960: 90 y ss.). Estos últimos se caracterizan por ostentar el estatus de términos generales plenos, «lo que sugiere que un sustantivo como “manzana” se distingue por tener incorporado, entre sus propiedades semánticas, un modo de dividir su propia referencia» (López Rivera y Mañalich Raffo, 2019: 241). Los sustantivos-masa, en tanto, no se comportan como términos generales plenos. Lo anterior se muestra, en términos gramaticales, porque tienden a resistirse a la pluralización, así como a ser acompañados por algún artículo indefinido y, en términos semánticos, en que exhiben una referencia cumulativa.<sup>18</sup> Ello quiere decir que los sustantivos-masa tienden a no tolerar una división de su referencia, lo que los haría comportarse de manera tendencialmente similar a los términos singulares —como lo son, paradigmáticamente, los sustantivos propios—, a pesar de que, a diferencia de estos, aquellos no llegan a designar algún objeto particular (López Rivera y Mañalich Raffo, 2019: 241).

A diferencia del derecho alemán, entonces, la exigencia de forma o corporeidad de la cosa objeto del hurto no proviene de la concepción civil de cosa, sino que de la propia descripción de la conducta típica en el hurto. El razonamiento es el siguiente: i) en el plano objetivo la apropiación es sustracción; ii) sustracción es ruptura de la

---

17. Como informa la U.S. Energy Information Administration: «Los electrones suelen permanecer a una distancia constante del núcleo del átomo en capas precisas. La capa más cercana al núcleo puede contener dos electrones. El siguiente caparazón puede contener hasta ocho. Las capas exteriores pueden contener aún más. Algunos átomos con muchos protones pueden tener hasta siete capas con electrones en ellas.

Los electrones en las capas más cercanas al núcleo tienen una fuerte fuerza de atracción hacia los protones. A veces, los electrones en las capas más externas de un átomo no tienen una fuerte fuerza de atracción hacia los protones. Estos electrones pueden ser empujados fuera de sus órbitas. Aplicar una fuerza puede hacer que se desplacen de un átomo a otro. Estos electrones cambiantes son electricidad». Véase <https://bit.ly/46sX2tf>.

18. Lo anterior significa que «siendo verdadera la expresión predicativa *esto es agua* tanto cuando ello se dice de una masa líquida  $M_1$ , como cuando ello se dice de una masa líquida  $M_2$ , entonces la misma expresión también resultará verdadera cuando el objeto de la predicación —esto es, el referente de *esto* en el contexto de esa misma oración— consista en la masa líquida correspondiente a  $M_1$  y  $M_2$ » (López Rivera y Mañalich Raffo, 2019: 241).

esfera de custodia, y iii) la noción de esfera de custodia, al anclarse en la idea de dominación material, exige la corporeidad de la cosa.

Una cuestión que podría llamar la atención en relación con la argumentación que se viene desarrollando, es la dificultad de reservar la idea de custodia solo para el caso de las cosas corpóreas, ya que ella se deriva dogmáticamente del verbo *sustraer*, que es justamente la expresión utilizada en los tipos contemplados en el artículo 215 del DFL 4/20.018 y en el artículo 54 del DFL 323/1.931, y cuyos objetos de acción son, respectivamente, la electricidad y el gas, cosas incorpóreas según la tesis nacional dominante (en el mismo sentido, véase Oliver Calderón, 2011: 381). Sin embargo, dicho argumento literal debe ser desechado. En este caso —como en muchos otros—, identidad terminológica no implica identidad conceptual. El legislador ha utilizado el término *sustracción* no en el sentido de ruptura de la custodia, dado que respecto de cosas incorpóreas dicha custodia, salvo que se encuentren contenidas en un recipiente, no se puede ejercer sino en un sentido impropio y figurado de obtención (normalmente en la forma de consumo) con cargo a menoscabo. La idea de sustracción, entendida como ruptura de una custodia y la constitución de una nueva, alude de forma figurada al menoscabo de la víctima (equivalente funcional de la ruptura de la custodia) y al correlativo aprovechamiento del autor (equivalente funcional de la constitución de una nueva custodia). Este uso multívoco de términos no es extraño en la legislación penal chilena y la labor de la dogmática a este respecto es evidenciar en qué sentido se utilizan respecto de cada tipo penal. Sin ir más lejos, en el tipo de hurto se habla de apropiación cuando en el plano objetivo se trata de sustracción; inversamente, en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 Código Penal se usa el término sustracción cuando en realidad se trata de apropiación, y en el delito del artículo segundo de la Ley 21.495 sobre delitos informáticos se habla del «ánimo de apoderarse de información», cuando en realidad se trata de «obtener acceso a la información contenido en un sistema ajeno» (Matus y Ramírez, 2021: 517; en relación con la fórmula equivalente utilizada en el artículo segundo de la antigua Ley 19.223 sobre delitos informáticos). Del mismo modo, el uso del verbo sustracción en los tipos penales en cuestión no alude —no puede aludir— a la sustracción propia del hurto como ruptura de esfera de custodia sino a un menoscabo con cargo a obtención (usualmente en la forma de consumo).

### *El argumento sistemático*

Conforme a lo señalado en el acápite anterior, las cosas deben ostentar cierta corporeidad para poder ejercer el dominio fáctico que implica la idea de ejercicio de custodia propia de la sustracción típica a título de hurto. Ahora bien, más allá de las consideraciones formuladas en el acápite anterior, la cuestión de la corporeidad no se resuelve solamente en términos físicos o metafísicos, sino normativos. En efecto, no



se trata de resolver en este punto el estado de agregación de la materia, lo que nos llevaría a una respuesta binaria, sino que más bien el grado de agregación de la materia requerido por el legislador para efectos de la acción del hurto.

Retomando el correcto punto de partida de Guzmán Dálbora, esto es, la exigencia de que la cosa en el hurto tenga forma (que tenga dimensión), para determinar si dicha propiedad concurre en determinados objetos, lo que hay que resolver es cuál es el grado de definición espacial que se requiere. La pregunta relevante, en este sentido, es si la energía eléctrica, el agua y el gas son susceptibles de ser calificadas como cosas corpóreas o no, en términos de si ostentan o no una *determinada* delimitación espacial. Con ello, como es frecuente tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano,<sup>19</sup> nos enfrentamos a un concepto que adolece de vaguedad (Kindhäuser, 2014: 16) en la posibilidad de que los criterios de las reglas lingüísticas abracen a una específica propiedad de un objeto, ya que no resulta claro cuál es el concreto grado de delimitación o definición que debe ostentar la presencia espacial de la cosa para ser calificada como corpórea. Más allá de la cuestión física o metafísica, resulta pertinente atender a si las normas del ordenamiento jurídico proporcionan o no un parámetro a partir del cual resolver qué grado de delimitación espacial presupone la regulación de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, para efectos de que una cosa pueda ser objeto de ataque a título de esos delitos. El punto de partida ineludible para este análisis es la constatación de tipos especiales de sustracción de energía eléctrica, agua y gas. En un segundo paso, ha de constatar que la única diferencia que todas dichas figuras comparten como denominador común en relación con el hurto es que en ellas el objeto de la acción es una cosa que tiene delimitación espacial difusa, es decir, que a nuestros ojos es una cosa corporal informe. El gas, el agua y la energía eléctrica son, por lo tanto, cosas informes para el legislador penal —salvo que se encuentren en envases o receptáculos— y esa es la razón, en primera línea, por la que se establecieron esos tipos especiales.

En consecuencia, el origen y los contornos de la exigencia de corporeidad la encontramos en la consideración conjunta de la exigencia de ruptura de esfera de custodia en el hurto, en conjunto con la regulación penal de la sustracción de electricidad y gas y la regulación de la usurpación de aguas. Ello da cuenta de que el legislador ha querido restringir, en el ámbito de los delitos contra la propiedad en sentido estricto, el carácter de objeto de ataque a las cosas corporales corpóreas en un sentido restrictivo, esto es, excluyendo a los flujos y a la energía eléctrica que se despliegan en conductores. De este modo, los delitos contra la propiedad en sentido estricto quedan delineados inequívocamente como delitos que no consisten en la mera traslación de

---

19. En el ámbito del lenguaje jurídico, es a lo que Hart se refiere con lo que denomina «la textura abierta del derecho» (1992: 262-263). En el del lenguaje cotidiano, a su vez, un ejemplo es la pregunta que se formula Wittgenstein: «¿Y con cuántas casas o calles comienza una ciudad a ser ciudad?» (1984, §18).



propiedad y en los que se excluye la apropiación de energía o fluidos, en la forma de consumo o de desviación de la corriente o cauce.

### ¿La sustracción de cosas informes como delitos contra la propiedad?

Que las figuras de sustracción de cosas informes sean delitos contra la propiedad es una cuestión que no se puede afirmar tan fácilmente. Lo que se puede constatar pacíficamente es que, en primer lugar, son delitos contra intereses instrumentales y, en segundo lugar, que no son delitos contra la propiedad en sentido estricto: aquellos que consisten en la realización de una acción —en el caso del hurto, sustracción— sobre una cosa corpórea. Para desentrañar cuál es el objeto jurídico de protección de las figuras en comento es necesario, en primer lugar, distinguir entre la sustracción de agua propia del artículo 459 número 1 del Código Penal (la usurpación de aguas pacífica del que no tiene derechos de aprovechamiento de aguas) y la sustracción de electricidad (artículo 215 del DFL 4/20.018) y gas (artículo 54 del DFL 323/1.931). Dicho lo anterior, dentro de la usurpación de aguas del artículo 459 número 1 es preciso diferenciar entre las hipótesis en las que el agua se extrae de cauces naturales y en las hipótesis en las que el agua se extrae de cauces artificiales. En el primer caso, resulta claro que el bien jurídico protegido es el contenido de poder fáctico correlativo a un derecho de aprovechamiento de aguas. En el segundo caso, no se puede afirmar aquello. En efecto, en la hipótesis de apropiación de aguas desde «redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de estas» no se puede afirmar la afectación de un derecho de aprovechamiento de aguas toda vez que las instalaciones de servicios sanitarios son, jurídicamente, propiedad del concesionario y, por lo tanto, propiedad del mismo (Vergara Blanco, 1998: 454). Considerando lo anterior —y como ocurre en general en materia de aguas— mientras las aguas permanecen en un cauce artificial privado son de disposición, dominio y titularidad privados, pudiendo tal privado usar, gozar y disponer de ellas y, según lo autorice el título, consumirlas completamente (Vergara Blanco, 1998: 456-457).<sup>20</sup> La titularidad de esas aguas se deja reconducir, por lo tanto, a la propiedad.

En relación con la sustracción de electricidad y gas, la circunstancia de que el legislador utilice el término *sustracción* no es concluyente en relación con la naturaleza de dichas figuras: no siempre que el legislado utiliza el vocablo *sustracción* o *apropiación* estamos frente a un delito contra la propiedad. Al igual que en el caso del agua

---

20. La razón de ello radica en que «para poder ejecutar tales obras, el particular debe tener, previamente, la titularidad de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre las aguas que se captarán o almacenarán en ellas, según el tipo de obra de que se trate. En consecuencia, no es posible otorgar un derecho de aprovechamiento sobre aguas ya dadas con anterior en otro derecho de aprovechamiento» (Arévalo Cunich, 2011: 92-93).

que fluye por cauces artificiales, si bien en principio, dada la amplitud de la definición de cosa corporal en el Código Civil y la amplitud del derecho de propiedad, puede afirmarse dicha titularidad jurídica sobre dichas cosas incorpóreas, la cuestión que se plantea se resuelve con independencia de eso. Los delitos contra la propiedad presuponen el dominio sobre una cosa corpórea o con forma. De este modo, a pesar de que jurídico civilmente pueda afirmarse propiedad sobre cosas informes tales como el agua, la electricidad o el gas, no puede afirmarse aquella propiedad que protegen los delitos contra la propiedad. La pregunta que se plantea es ¿cómo se clasifican sistemáticamente aquellas posiciones jurídicas que no se dejan describir como aquella propiedad que protege el Código Penal? Las alternativas que a este respecto se plantean consisten en concebirlos como delitos contra la propiedad o como delitos contra el patrimonio. En este artículo se opta por la primera opción, lo que sería consistente con la regulación civil de la propiedad, que permitiría afirmar dicha titularidad jurídica sobre las cosas informes en cuestión. Ahora bien, dado que los delitos contra la propiedad en sentido estricto versan sobre cosas que tienen forma, la propiedad que se protege en este caso no es la misma que la que se protege a título de dichos delitos. Es por eso que, en el seno de la sistemática de los delitos contra intereses instrumentales, junto a los delitos contra la propiedad en sentido estricto, habría que reconocer la existencia de delitos contra la propiedad sobre cosas informes. Positivamente, el argumento fundamental en virtud del cual se ha de afirmar que se trata de delitos contra la propiedad en vez de delitos contra el patrimonio, radica en que la afectación que sufre el titular de la respectiva cosa informe siempre y necesariamente va a pasar por la afectación del control que tiene sobre la cosa respectiva (agua, electricidad o gas). Negativamente, se explica porque los delitos contra el patrimonio requieren perjuicio patrimonial y un obrar fraudulento, lo que no es el caso de los delitos en análisis.

Ahora bien, para una futura reforma de ley se podría plantear la pregunta de si no sería más adecuado concebir estas figuras como delitos contra el patrimonio. Esa es la opción que adopta el legislador penal español<sup>21</sup> y el anteproyecto de Código Penal del año 2018.<sup>22</sup>

---

21. Artículo 255 del Código Penal español: «Será castigado con la pena de multa de tres a doce meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes: 1º. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación; 2º. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores; 3º. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos» (Morillas Cuevas, 2009: 76 y ss.; Rubio Lara, 2009: 199 y ss.).

22. En su artículo 336 párrafo tercero, «Estafa y otros fraudes», contempla la figura de «obtención fraudulenta de suministros», que reprime, de un lado, el consumo de energía eléctrica, gas, o agua potable y, del otro, el hacer uso de servicios de telecomunicaciones o de suministro masivo, en ambos casos eludiendo el cobro mediante la instalación o manipulación de cualquier artefacto o dispositivo.

## Conclusiones

Solo una concepción dualista del bien jurídico protegido es capaz de brindar los puntos de partida suficientemente concretos para poder reconstruir racionalmente el sistema de los delitos contra intereses instrumentales y, de ese modo, poder adoptar decisiones interpretativas consistentes. En esta perspectiva, se afirma que en el título 9 del libro segundo del Código Penal coexisten dos clases de delitos: los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio.

Los delitos contra la propiedad se caracterizan por suponer una posición jurídico-formal determinada, esto es, la titularidad de un derecho subjetivo reconocido por el derecho privado que versa sobre una cosa corporal en el sentido más estricto del Código Civil, a saber, propiedad quiritaria. Para calificar a una figura como delito contra la propiedad es necesario que: i) el sujeto pasivo sea titular de una posición jurídico-formal; ii) que esa posición tenga un correlato de poder fáctico, y iii) que dicho poder se ejerza sobre una cosa corporal.

La perspectiva dualista requiere de una precisión. El universo de los delitos contra intereses materiales no se agota en los delitos contra la propiedad en sentido estricto y en los delitos contra el patrimonio. En el mismo título 9 del libro segundo del Código Penal existen otras figuras que no se dejan calificar como delitos contra la propiedad en sentido estricto o delitos contra el patrimonio (los delitos de usurpación de aguas). Lo mismo ocurre con figuras contempladas fuera del Código Penal (los tipos de sustracción de energía eléctrica y de gas), que reclaman ser calificadas como delitos contra intereses instrumentales sin ser delitos contra la propiedad en sentido estricto. Es por eso que sería más propio hablar en el marco de una tesis binaria de delitos contra la propiedad y otros derechos absolutos y delitos contra el patrimonio.

El objeto de la acción en los delitos contra la propiedad en sentido estricto ha sido discutido principalmente a la luz del delito de hurto. Un sector minoritario de la doctrina nacional, en el contexto del análisis de la sustracción de energía eléctrica, a pesar de que al nivel de las definiciones afirma que la cosa objeto de la acción del hurto ha de ostentar corporeidad, prescinde de ella en el desarrollo ulterior al equiparar materialidad con corporeidad. Por el contrario, la exigencia de corporeidad de la cosa si bien es afirmada por la doctrina mayoritaria, excluyendo explícitamente a los fluidos y las energías como objeto de ataque idóneo a efectos del hurto, no se encuentra suficientemente justificada. Dicho entendimiento es consistente con la doctrina mayoritaria alemana en relación con el objeto de la acción en el hurto.

En derecho alemán la exigencia de corporeidad del objeto de la acción en el hurto se deja describir como un reflejo de las valoraciones jurídico civiles existentes sobre la materia. El derecho civil chileno, por el contrario, se caracteriza por su amplia concepción de la noción de cosa corporal satisfaciéndose con el criterio de perceptibilidad sensorial. Lo anterior no se compagina con la propiedad protegida a título de

hurto, toda vez que respecto de dicho tipo penal se requiere que el objeto de la acción sea una cosa corpórea, esto es, que ostente una delimitación espacial determinada. La exigencia de corporeidad de la cosa en el hurto en derecho chileno, por lo tanto, no proviene de la regulación civil.

La exigencia de corporeidad de la cosa objeto del hurto no proviene de la concepción civil de cosa, sino que de la propia descripción de la conducta típica en el hurto y la idea custodia. En efecto, en el plano objetivo la apropiación es sustracción. La sustracción es ruptura de la custodia. La noción de custodia, al anclarse en la idea de dominación material, exige la forma de la cosa. Solo respecto de aquello que se presenta como una individualidad en términos tales que se puede afirmar que ostenta corporeidad, se puede ejercer dominación que permita afirmar la existencia de una custodia. Para que la custodia se pueda ejercer se requiere que la cosa respectiva se encuentre delimitada en el espacio, que aparezca como una unidad. Respecto de los fluidos, tales como el agua o el gas, y la energía, no se puede ejercer custodia cuando no se encuentran en recipiente.

No obsta a la conclusión anterior la circunstancia de que la noción de custodia se derive de la idea de sustracción, que es justamente la expresión utilizada en los tipos contemplados en el artículo 215 del DFL 4/20.018 y en el artículo 54 del DFL 323/1.931, y cuyos objetos de ataque son, respectivamente, la electricidad y el gas, es decir, cosas informes. Ello porque el legislador ha utilizado el término *sustracción* no en el sentido de ruptura de la custodia, dado que respecto de cosas incorpóreas dicha custodia, salvo que se encuentren contenidas sin en un recipiente, no se puede ejercer sino en el sentido impropio y figurado de obtención (normalmente en la forma de consumo) con menoscabo. La idea de sustracción, entendida en el marco de los delitos contra propiedad en sentido estricto como ruptura de una custodia y la constitución de una nueva, alude al menoscabo de la víctima (equivalente funcional de la ruptura de la custodia) y a la correlativa obtención del autor (equivalente funcional de la constitución de una nueva custodia).

Por lo demás, una interpretación sistemática corrobora las conclusiones anteriores. La existencia de tipos penales de sustracción de agua, electricidad y gas demuestra normativamente que cada vez que se plantea la cuestión del carácter informe de una cosa, el legislador ha optado por excluirla del régimen de los delitos contra la propiedad en sentido estricto. De este modo, dichos delitos quedan delineados inequívocamente como delitos que no consisten en la mera traslación de propiedad, y en los que se excluye la apropiación de energía o fluidos en la forma de consumo o de desviación de la corriente o cauce.

Los delitos de sustracción de cosas informes son delitos contra la propiedad, pero no de la misma clase de los delitos contra la propiedad en sentido estricto: se trata de delitos contra la propiedad sobre cosas informes. Positivamente, el argumento fundamental en virtud del cual se ha de afirmar que se trata de delitos contra la propiedad

en vez de delitos contra el patrimonio radica en que la afectación que sufre el titular de la respectiva cosa informe siempre y necesariamente va a pasar por la afectación del control que tiene sobre la cosa respectiva (agua, electricidad o gas). Negativamente, se explica porque los delitos contra el patrimonio requieren perjuicio patrimonial y un obrar fraudulento, lo que no es el caso de los delitos en análisis.

## Referencias

- ARÉVALO CUNICH, Gonzalo (2011). «Principio de la no afectación de derechos de tercero». En Alejandro Vergara Blanco (director), *Código de Aguas comentado: Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Abeledo Perrot.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio (2004). «Delitos contra intereses instrumentales». *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 1: 291-345.
- . (2005). *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (título 9 del libro segundo del Código Penal)* (materiales de clases).
- . (2005) *Delitos de expropiación con apropiación correlativa. Primera Parte: El Sistema de los Delitos de Apropiación*. (materiales de clases).
- . (2005) *Delitos contra la propiedad (5): La apropiación indebida*. (materiales de clases).
- BAUMANN, Zygmunt (2003). *Modernidad líquida*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- BINDING, Karl (1902). *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts: Besonderer Teil. Tomo 1*. 2.<sup>a</sup> ed. Leipzig: Wilhelm Engelmann.
- BULLEMORE, Vivian y John Mackinnon (2005). *Curso de derecho penal. Tomo 3*. Santiago: LexisNexis.
- CABRERA GUIRAO, Jorge y Marcos Contreras Enos (2009). *El engaño típicamente relevante a título de estafa: Modelo dogmático y análisis jurisprudencial*. Santiago: Legal Publishing.
- CONTRERAS ENOS, Marcos (2015). *Usurpación de Aguas: Agua y Justicia Penal*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- DÖRNER, Heinrich (2014). «§90 Begriff der Sache». En Reiner Schulze (editor), *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*. 8.<sup>a</sup> ed. Baden-Baden: Nomos.
- ESER, Albin y Nikolaus Bosch (2014). «§242 Diebstahl». En Albin Eser (editor), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (pp. 2325-2347). 29.<sup>a</sup> ed. Múnich: C. H. Beck.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 3*. 3.<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FISCHER, Thomas (2014). *Strafgesetzbuch: mit Nebengesetze*. 61.<sup>a</sup> ed. Múnich: C. H. Beck.


- FRITZSCHE, Jörg (2014). «§90 Begriff der Sache». En Heinz Georg Bamberger y Herbert Roth (editores), *Beck'scher Online Kommentar BGB*. 33.<sup>a</sup> ed. Múnich: C. H. Beck.
- GARRIDO MONTT, Mario (2008). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 4*. 4.<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis (2011). «El hurto de energía eléctrica». En Mario Verdugo Marinkovic (editor), *Doctrinas esenciales: Gaceta Jurídica Derecho Penal. Tomo 1* (pp. 249-265). Santiago: Abeledo Perrot.
- HART, H. L. A. (1992). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HATTENHAUER, Hans (1987). *Conceptos Fundamentales de Derecho Civil: Introducción Histórico-Dogmática*. Barcelona: Ariel.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2003). «Aproximación a la problemática de la estafa». *Problemas actuales de Derecho Penal* (pp. 147-190). Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- . (2005). «La administración desleal en el Derecho penal chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 26: 240-241.
- JICKEL, Joachim (2012). «§90 Begriff der Sache». *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 1: Allgemeiner Teil*. 14.<sup>a</sup> ed. Berlin: De Gruyter.
- KINDHÄUSER, Urs (2002). «La apropiación en el hurto: Objeto y límites». *Estudios de Derecho Penal Patrimonial* (pp. 43-79). Trad. por Nuria Pastor Muñoz. Lima: Grijley.
- . (2013). «§242 Diebstahl». En Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Tomo 3* (pp. 4226-4336). 4.<sup>a</sup> ed. Baden-Baden: Nomos.
- . (2014). «Hechos brutos y elementos normativos del tipo». Trad. por Orlando Humberto De La Vega Martinis. *Indret*, 2: 16.
- KÜHL, Kristian y Martin Heger (2014). «§242 Diebstahl». *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch Kommentar*. 28.<sup>a</sup> ed. Múnich: C.H. Beck.
- LABATUT GLENA, Gustavo (1983). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo 3*. 7.<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LÓPEZ RIVERA, Gissella y Juan Pablo Mañalich Raffo (2019). «La ontología del dinero: Una aproximación analítica». En Esteban Pereira Fredes (editor), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno* (pp. 237-260). Santiago: Rubicón Editores.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2009). *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MATUS, Jean Pierre y Cecilia Ramírez (2021). *Manual de Derecho Penal Chileno: Parte especial*. 4.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

- MONTORO RUEDA, Rosa María (2010). «Sobre la idea de cosa en el derecho: su significación y caracteres como objeto de los derechos y deberes del hombre». *Anuario de Derechos Humanos: Nueva Época*, 11: 373-402.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (2009). «Las diversas variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo». En Jaime Miguel Peris Riera (director) y Pablo José Cuesta Pastor (coordinador), *La tutela penal del agua* (pp. 37-83). Madrid: Dykinson.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo (2011). «Estructura típica común de los delitos de hurto y robo». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 36: 359-395.
- . (2013). *Delitos contra la propiedad*. Santiago: Thomson Reuters.
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez (2010). *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- QUINE, Willard V.O. (1960). *Word and Object*. Cambridge: The MIT Press.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel (2009). «Delitos de distracción del curso de aguas públicas o privadas sin autorización y de defraudación del agua (artículos 247 y 255 del Código Penal)». En Jaime Miguel Peris Riera (director) y Pablo José Cuesta Pastor (coordinador), *La tutela penal del agua* (pp. 191-211). Madrid: Dykinson.
- SCHMIDT, Jens (2013). «§242 Diebstahl». En Holger Matt y Joachim Renzikowski (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*. Múnich: Franz Vahlen.
- SCHMITZ, Roland (2012). «§242 Diebstahl». En Wolfgang Joecks y Klaus Miebach, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch. Tomo 4*. Múnich: C. H. Beck.
- SOTO PIÑEIRO, Miguel (1994). *La apropiación indebida*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- STRESEMANN, Christina (2012). «§90 Begriff der Sache». En Franz Jüger Säcker y Roland Rixecker (editores), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 6.ª ed. Múnich: C. H. Beck.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998). *Derecho de Aguas. Tomo 2*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VOGEL, Joachim (2010). «§242 Diebstahl». En Heinrich Laufthütte, Ruth Rissing-van Saan y Klaus Tiedemann (editores), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (pp. 46-296). 12.ª ed. Berlin: De Gruyter.
- WESSELS, Johannes y Thomas Hillenkamp (2013). *Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte*. 36.ª ed. C. F. Müller.
- WITTIG, Petra (2014). «§242 Diebstahl». En Bernd Heintschel-Heinegg (editor), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*. 25.ª ed. Múnich: C. H. Beck.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1984). *Philosophische Untersuchungen: Werksausgabe. Tomo 1*. Frankfurt: Suhrkamp.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1998). *Los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Tomo 1: Infracciones de uso*. Madrid: Akal.

## **Nota**

Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en las Jornadas en memoria de Miguel Soto Piñeiro, de mayo de 2023, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

## **Sobre el autor**

MARCOS CONTRERAS ENOS es abogado por la Universidad de Chile, magíster en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa por la misma universidad, LL.M en Derecho Penal Alemán por la Universidad de Bonn y candidato a doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Es profesor asociado de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Chile. Su correo electrónico es [mcontreras@bacs.cl](mailto:mcontreras@bacs.cl).  <https://orcid.org/0009-0002-1838-210X>.



## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía

([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))