

# Hurto-falta: Una reforma mal hecha y otra pendiente



ÁLVARO FERNÁNDEZ DÍAZ  
*Profesor de Derecho Penal*  
*Pontificia Universidad Católica de Chile*

## RESUMEN EJECUTIVO

*La deficiente técnica legislativa empleada en la Ley N° 19.950 cuya finalidad era “aumentar sanciones a hurtos y facilitar su denuncia e investigación”, fue puesta en evidencia por la sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005, relativa a un caso de los denominados “hurtos hormiga”. Con todo, como un efecto no buscado de la resolución de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para determinar el momento de consumación en el hurto. En esta materia, lamentablemente, la jurisprudencia no ha logrado establecer criterios claros, con grave daño a la seguridad jurídica que exige la protección del derecho de propiedad. Por último, los distintos problemas que presenta en nuestra legislación la sanción de los hurtos, ponen de manifiesto que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en el país.*

## SUMARIO

I.- Introducción. II.- Sentencia que deja en evidencia un delito sin sanción determinada: 1.- Contenido del fallo; 2.- Una decisión conforme a derecho. III.- Consumación del hurto: Ausencia de criterios claros en nuestra jurisprudencia: 1.- Confusión en los intervinientes del proceso; 2.- Hacia la utilización de criterios normativos. IV.- Reforma pendiente en los delitos contra el patrimonio: Anteproyecto del Nuevo Código Penal. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía citada.

## I. INTRODUCCIÓN

La acertada sentencia de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005<sup>1</sup> dejó en evidencia una reforma legislativa técnicamente mal hecha, lo que le ha impedido cumplir cabalmente con las finalidades perseguidas en orden a dar una debida protección al derecho de propiedad. Se trata de las modificaciones introducidas a nuestra legislación penal por la Ley N° 19.950, publicada el 5 de junio de 2004, que de acuerdo a su propia denominación pretendía “aumentar san-

---

<sup>1</sup> Pronunciada por la Segunda Sala integrada por los ministros señores Alberto Chaigneau del C., Milton Juica A., Nibaldo Segura P., Adalís Oyarzún M. y la abogada integrante señora Luz María Jordán A. en la causa rol N° 5.990-04 (Número Identificador LexisNexis: 32043). Redactó la sentencia el ministro Juica.

ciones a hurtos y facilitar su denuncia e investigación". Esa reforma buscaba establecer una legislación más estricta en los denominados "hurtos hormiga", que se producen frecuentemente en el ámbito del comercio establecido (fundamentalmente en los supermercados y grandes tiendas comerciales), provocando en su conjunto millonarios perjuicios. Dentro de los cambios incorporados por la Ley N° 19.950 cabe destacar la disminución del valor de la cosa hurtada como límite entre la falta y el simple delito (se baja de una a media unidad tributaria mensual), la decisión de penalizar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta (haciendo una excepción a la regla general del artículo 9 del Código Penal que dispone que "las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas"), el fijar, además de una pena de multa, otra privativa de libertad para el hurto-falta, entre otros. Así, la reforma introdujo un nuevo artículo 494 bis en el Código Penal que dispone lo siguiente:

"Artículo 494 bis.- Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual.

En caso de reincidencia, se aplicará la pena de prisión en grado máximo.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de dieciocho años y menores de esa edad, se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esa circunstancia, aumentada en un grado, si estos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°".

Refiriéndose a esa disposición, y particularmente a su inciso final que pretendía sancionar también en el hurto las faltas frustradas y tentadas, la sentencia de la Corte Suprema que analizaremos dispuso que, no obstante la indudable intención del legislador de sancionar esas etapas ejecutivas anteriores a la consumación, "al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar". Una sentencia de esta naturaleza implica en la práctica absolver a los imputados de los llamados "hurtos hormiga" tentados y frustrados, lo que constituye un vacío legal difícil de aceptar atendida la dañosidad que en su conjunto presentan estas conductas en la actualidad.

Por otra parte, como un efecto no buscado de la sentencia de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias

y dificultades que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para la determinación de las distintas etapas ejecutivas (tentativa, frustración, consumación) dentro del delito de hurto. En efecto, establecida la impunidad de los actos ejecutivos anteriores a la consumación, el debate sobre si estamos frente a una hipótesis tentada, frustrada o consumada adquirió mayor relevancia: no está en juego la magnitud de la pena, sino si se sanciona o no penalmente. Como veremos, las contradictorias interpretaciones de nuestros tribunales de justicia y la ausencia de criterios dogmáticos sólidos para tomar esa decisión, se hicieron más patentes luego del fallo de la Corte Suprema, situación que ha ayudado a aumentar la confusión reinante para sancionar los “hurto hormiga”.

Por último, los distintos problemas que presenta en nuestra legislación la sanción de este tipo de hurtos, ponen de manifiesto que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en nuestro país. En este sentido, cabe destacar los cambios que contiene el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Foro Penal<sup>2</sup> que, entre otros aspectos, elimina el sistema de cuantías para aplicar las penas (se termina incluso con la distinción entre simple delito y falta). Una breve referencia a estas modificaciones del anteproyecto las incluiré en la última parte de este artículo.

## **II. SENTENCIA QUE DEJA EN EVIDENCIA UN DELITO SIN SANCIÓN DETERMINADA**

### **1. Contenido del fallo**

Los hechos que fueron materia del fallo de la Corte Suprema no tenían nada de extraordinarios, y representan un típico caso de “hurto hormiga”:

“(…) la imputada el día de los hechos, intentó traspasar las cajas registradoras del supermercado afectado, portando cuatro leches condensadas y dos quesos Colun, sin haber pagado el valor comercial de dichas especies, avaluados en la suma de \$ 6.910, siendo sorprendida y posteriormente detenida por guardias de seguridad del local comercial”.

---

<sup>2</sup> Órgano creado por el Ministerio de Justicia para elaborar un nuevo Código Penal, que reemplace a nuestro antiguo texto que data de 1874. Este Foro, integrado por profesores de derecho penal de distintas universidades, entregó en diciembre de 2005 el anteproyecto al Presidente de la República.

Frente a estos hechos el Juzgado de Garantía de Valparaíso, mediante sentencia de 3 de diciembre de 2004<sup>3</sup>, calificó el hecho como hurto frustrado y resolvió absolver a la imputada al no contener el nuevo artículo 494 bis “pena descrita con anterioridad por el legislador para la conducta desplegada por ella”. Ante esta resolución, un fiscal adjunto de Valparaíso dedujo recurso de nulidad denunciando “una errónea aplicación del derecho al no darse aplicación al artículo 494 bis del Código Penal que sanciona ciertos delitos falta de hurto, aun en los casos de tentativa y frustración”.

Conociendo de este recurso la Segunda Sala de la Corte Suprema, el 20 de abril de 2005, rechazó el recurso de nulidad presentado y confirmó la absolución de la imputada. Sus contundentes argumentos fueron los siguientes:

“Sexto: Que el artículo 494 bis del Código Penal, incorporado por la ley N° 19.950, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2004, declaró que los autores de hurto serán castigados con prisión en sus grados mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria. En el inciso final de dicha disposición se estatuyó que se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°;

Séptimo: Que el análisis que se puede extraer de los preceptos citados, es el de estimar que la figura del inciso primero del artículo aludido está referido a la falta consumada y, por consecuencia, la sanción que ahí se estipula solo puede entenderse aplicable a esa etapa de desarrollo del ilícito. Es cierto que el inciso final, quiso hacer típica la falta frustrada y la tentativa, pero sin embargo no señaló de manera expresa, como era necesario, la pena que a la conducta de tentativa o de frustración correspondía aplicar, ni tampoco se hace remisión a situaciones legales que penalizan con mayor rigor estas situaciones imperfectas del desarrollo delictual, como por ejemplo ocurre en el caso del artículo 450 del Código Penal;

Octavo: Que el principio de legalidad, básico en el derecho penal, garantiza que solo la ley, de alcance general y abstracto puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponde al infractor, instituyéndose al efecto el principio de *nullum crimen nulla poena sine proevia lege poenali* que, como garantía penal, se consagra en la Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3 inciso 7° al establecer que: “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...” máxima que la doctrina unánime, refiere tanto a la des-

<sup>3</sup> Pronunciada por la Jueza de Garantía de Valparaíso Sylvia Quintana Ojeda, causa rol N° 4576-2004.

cripción típica del hecho ilícito, como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto, como asimismo utilizar la analogía;

Noveno: Que en el presente caso, es indudable que la intención del legislador, en cuanto estableció el artículo 494 bis del Código Penal fue de castigar de manera más severa el delito falta de hurto y de manera incompleta, fue del parecer de sancionar la falta frustrada y la tentativa, que por regla general son conductas atípicas, pero lo cierto es que no estableció de forma precisa y clara la sanción correlativa a esos tipos de comisión del ilícito, que en lo general importan penas inferiores al delito consumado, como se aprecia del tenor de los artículos 51 y 52 del Código Penal, normas que solo reciben aplicación tratándose de los crímenes y simples delitos y, por consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las faltas. De este modo, resalta como principio elemental lo previsto en el inciso 2º del artículo 50 del texto punitivo citado, que sienta como regla general que siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado;

Décimo: Que en el presente caso, no cabe dudas que conforme a los preceptos antes citados la penalidad que se contiene en el artículo 494 bis del Código Penal solo está referida a las faltas consumadas; que la expresión “también” del inciso final solo representa una mera intención de hacer típica, la falta frustrada y la tentativa, pero al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar;

Undécimo: Que el tribunal de la instancia al decidir de la manera antes dicha, lejos de incurrir en el error de derecho que se le atribuye en el recurso, al absolver a la imputada, le ha dado a las normas constitucionales y legales en discusión la exacta interpretación y aplicación, por lo que no ha podido incurrir en la causal de nulidad que se le reprocha”.

## 2. Una decisión conforme a derecho

La sólida decisión de la Corte Suprema deja muy poco que agregar<sup>4</sup>. El principio de legalidad, reconocido constitucionalmente, es una exigencia básica del Estado de Derecho<sup>5</sup> cuya vigencia no se puede pasar a

<sup>4</sup> Ya antes se habían pronunciado en el mismo sentido algunas Cortes de Apelaciones como la de Valparaíso y Concepción. Así, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 7 de abril de 2005, causa rol N° 6243-2004.

<sup>5</sup> El principio de legalidad tradicionalmente se expresa con el aforismo *nullum crimen, nulla poena, sine lege* y vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa, pasando a tener hoy en día una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho. Por todos, vid. ROXIN, CLAUS: Derecho Penal. Parte General (I), 1997, p. 134 y ss.; MIR

llevar para resolver un problema puntual, como es la impunidad que pudiera producirse en los denominados “hurtos hormiga”. Conforme al principio de legalidad, no solo las circunstancias de la conducta punible han de estar determinadas, sino que también la clase de pena y su cuantía han de estar fijadas claramente por el legislador antes del hecho. Y esto es precisamente lo que no ocurre con el artículo 494 bis del Código Penal que, tratándose de hurtos tentados y frustrados, simplemente no determina cuál es la pena a imponer. Como bien señala la sentencia, la sanción no se puede deducir de las normas generales sobre aplicación de la pena contenidas en los artículos 50 a 59 del Código Penal, toda vez que esas disposiciones cuando se refieren a la penalidad de la frustración y consumación, expresamente limitan su alcance a los crímenes y simples delitos; en ningún momento se hacen cargo de la tentativa o frustración de la falta<sup>6</sup>. Tampoco puede aplicarse la regla del artículo 61 N° 5 del Código Penal<sup>7</sup>, pues esta exige una pena previa ya determinada, situación que no ocurre en este caso. Asimismo, el artículo 55 del Código Penal no puede invocarse, pues no estamos frente a un caso especialmente penado por la ley<sup>8</sup>.

Por otra parte, de la expresión “también” que utiliza el legislador en el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal, cuando expresa su intención de sancionar las faltas frustradas y tentadas, no puede desprenderse con claridad cuál es la pena aplicable. Dicha confusión queda de manifiesto si se analizan las contradicciones de parte de la jurisprudencia que, con anterioridad al fallo de 20 de abril de la Corte Suprema, se pronunciaba a favor de sancionar los hurtos-falta tentados y frustrados. Así, en algunos casos se sostenía que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación debían sancionarse con la misma pena del hurto-falta consumado<sup>9</sup> (es decir, prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales). En otros ca-

---

PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, 1996, p. 75 y ss; CURY URZÚA, ENRIQUE: Derecho Penal. Parte General, 2005, p. 165 y ss.

<sup>6</sup> En este mismo sentido vid. OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 300 y 301.

<sup>7</sup> Conforme a dicha norma “si al poner en práctica las reglas precedentes no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación o suspensión, se impondrá siempre la multa”.

<sup>8</sup> Conforme a dicha norma “las disposiciones generales contenidas en los cuatro artículos precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad o el encubrimiento se hallan especialmente penados por la ley”.

<sup>9</sup> Así, entre otras, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 6 de enero de 2005, causa rol N° 247-2004, que señala que “conforme al significado del vocablo también, lo que procede es que los grados de tentativa y frustración de la figura penal en comento sean sancionados de la misma forma que el delito consu-

sos, en cambio, simplemente se castigaba la tentativa y frustración en el hurto-falta con la pena de multa, por ser esta la sanción inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas del artículo 59 del Código Penal<sup>10</sup> (se olvida con ello que estas normas están destinadas expresamente a los crímenes y simples delitos).

Es por ello que uno no puede sino compartir lo señalado recientemente por OLIVER CALDERÓN que, refiriéndose a la ausencia de pena del hurto-falta frustrado y tentado en la Ley N° 19.950, sostiene que “con ello, sin pretenderlo, el legislador ha aportado a la cátedra un notable ejemplo de ley penal en blanco al revés o irregular, tan difícil de encontrar en la práctica”<sup>11</sup>.

### III. CONSUMACIÓN DEL HURTO: AUSENCIA DE CRITERIOS CLAROS EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

#### 1. Confusión en los intervinientes del proceso

La consumación de un delito se produce cuando el autor realiza de forma completa todos los requisitos exigidos por el tipo penal

---

mado (...). En contra de los argumentos de esta sentencia, puede señalarse que nunca fue el propósito del legislador sancionar como consumados los supuestos de tentativa o frustración. A este respecto, en forma expresa el senador Alberto Espina, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, sostiene que “en ningún caso, es propósito de la Comisión sancionar como consumadas las faltas en grado de tentativa”. Por otra parte, cuando el legislador ha querido aplicar a la tentativa y frustración la misma pena que el delito consumado lo ha dicho expresamente. Por ejemplo, en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal se dispone que algunos supuestos de robo “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

<sup>10</sup> Así, entre otras, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 5 y 22 de octubre de 2004, en la causas rol N° 115 y N° 116-2004 respectivamente. En esta última se señala “que es claro que el hurto falta frustrado o tentado es punible, porque así lo ordena en forma categórica el artículo 494 bis citado. Y para determinar la pena habrá de adoptarse una de dos posiciones: a) o bien considerar que si los artículos 50 y siguientes del Código Penal rigen solo para crímenes y simples delitos, en este caso hay que aplicar la pena de la falta consumada, puesto que no hay regla especial de reducción, según se explicara en el motivo anterior; o, b) bien, que los artículos 50 y siguientes son aplicables por analogía *bona parte* (sic), permitida al intérprete, ya que lo que se logra al utilizarlos es reducir la pena resultante, y en consecuencia castigar con la pena de multa pertinente, en concordancia por lo demás con las normas adjetivas del procedimiento simplificado, cuando se han admitido los hechos. Esta segunda posición parece la acertada, pero sea como fuere, lo que no resulta dudoso es que no se podía absolver bajo pretexto de que la conducta no fuera punible, pues ello constituye un error de derecho”.

<sup>11</sup> OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 300.

respectivo; en otras palabras, ejecuta completamente la conducta descrita en la ley. Tratándose de delitos de apropiación como el hurto y el robo, la determinación de ese momento ha presentado históricamente especiales dificultades, lo que ha exigido a la dogmática una especial atención<sup>12</sup>. En nuestra legislación, estos problemas se ven mitigados por la controvertida norma del artículo 450 inciso primero del Código Penal, que dispone que ciertas clases de robos “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. Para el hurto, en cambio, no es aplicable esa disposición y, por tanto, no se puede eludir un pronunciamiento<sup>13</sup>. Ahora bien, como hemos visto, tratándose del hurto-falta “por no haberse señalado una pena para la tentativa y la frustración” dicha decisión reviste todavía mayor importancia, ya que determinará si se sanciona o se absuelve al imputado (no solo la magnitud de la pena a aplicar).

Luego del fallo de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005, sin embargo, las contradictorias interpretaciones de nuestros tribunales de justicia y la ausencia de criterios dogmáticos sólidos para determinar el momento de la consumación se hicieron más patentes, situación que ha ayudado a aumentar la confusión reinante para sancionar los “hurtos hormiga”. Ilustrativa sobre este estado de cosas es la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de septiembre de 2005<sup>14</sup>, que da cuenta de las distintas opiniones de las intervinientes del proceso sobre cuándo se consuma un hurto en un supermercado: el juez de garantía absolvió a la imputada por considerar que no se había consumado el delito; la Fiscal sostiene que el delito está consumado argumentando que tratándose de locales comerciales de las características de un super-

---

<sup>12</sup> Por todos, ver un desarrollo de las distintas teorías elaboradas, sobre todo desde los prácticos italianos medievales, en MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, 1995, p. 339-357; GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, 1998, p. 143-149.

<sup>13</sup> Dentro de las etapas ejecutivas del hurto y del robo, se ha puesto en entredicho incluso la propia existencia del delito frustrado. Ocurre que resulta discutible que frente a delitos de mera actividad como estos pueda ser posible la frustración. En efecto, se sostiene que solo tratándose de delitos de resultado puede darse el caso de la frustración: el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica y el delito, sin embargo, no se consuma porque no se produce el resultado. Así, por ejemplo, expresamente rechaza la frustración y considera que hay tentativa la sentencia del Tribunal Oral de Linares de 2004 en la causa N° 37-2004. Sobre esta problemática vid. RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 133-141.

<sup>14</sup> Causa rol N° 98/2005.



mercado “la jurisprudencia ha determinado que cuando el hechor atraviesa las cajas registradoras, traspasa la esfera de resguardo del propietario y consume su conducta delictiva”; la parte querellante sostiene que el delito está consumado, pero disiente sobre el momento en que se habría producido, afirmando que para ello “basta que el agente quebrante la órbita de custodia del propietario, para incorporar la especie a su propia esfera de resguardo, como cuando la oculta entre sus ropas, por ejemplo”; la defensa de la imputada sostiene que el delito no se ha consumado pues ella “nunca estuvo en situación de disponer de las especies, pues permaneció siempre bajo la vigilancia de los guardias de seguridad que la detuvieron en la vía pública”; por último, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago estimó que el delito estaba consumado, ya que la imputada “logró salir del supermercado hacia la vía pública, porque en ese momento había desplegado todas las acciones destinadas a consumir la apropiación y pudo disponer potencialmente de las especies como suyas”.

En esta clase de delitos, la sala penal de la Corte Suprema se ha inclinado por la denominada “teoría de la disponibilidad”, conforme a la cual es necesario que exista un momento de posible disposición de la cosa por parte del autor del hurto para que se entienda consumado el delito<sup>15</sup>. Así, la sentencia de la Corte Suprema de 20 de diciembre de 2005<sup>16</sup>, señala:

“El hurto es la apropiación de una cosa arrogándose las condiciones inherentes al dominio y en especial, de la de disposición. Por ello el delito solo podrá estimarse consumado cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante (Garrido Montt, Derecho Penal, parte especial, Tomo IV, página 166)”.

Tratándose de hurtos de supermercados, a la hora de precisar este concepto la sala penal de la Corte Suprema en reiterados ocasiones ha sostenido que:

<sup>15</sup> De acuerdo con esta teoría, la que coincide con influyente doctrina y jurisprudencia española, para la consumación del delito no es necesario que efectivamente se logren los beneficios económicos buscados, sino que sería suficiente para la consumación que el agente pueda destruir la cosa, consumirla o menoscabarla, aunque no llegue a hacerlo. Por todos, vid. MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, 1995, p. 350-353; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal. Parte Especial, 1993, p. 221 y 222.

<sup>16</sup> Causa rol N° 5125-2005.

“(...) la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento solo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño (...)”<sup>17</sup>.

Lo curioso, sin embargo, es que si bien la Corte Suprema ha indicado con toda claridad que el hurto se consuma cuando el sujeto traspasa las cajas registradoras, luego en las mismas sentencias ha considerado frustrado el delito, no obstante estar probado que los imputados traspasaron efectivamente las cajas registradoras<sup>18</sup>.

Por su parte, las Cortes de Apelaciones han tenido distintas posturas sobre cuándo se consuman en la práctica este tipo de “hurtos hormiga”. Así por ejemplo, la sentencia de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 de diciembre de 2005<sup>19</sup>, en un caso en que el imputado había traspasado las cajas registradoras sin pagar los productos, siendo detenido por el guardia cuando se encontraba en la puerta del local comercial, consideró que el delito no estaba consumado pues el imputado “nunca estuvo en situación de disponer de las especies sustraídas, porque en ningún momento las especies salieron de la esfera de custodia del dueño”; la sentencia de la Octava Sala de de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 8 de agosto de 2005<sup>20</sup>, señala que “la infracción se consuma al traspasar las cajas registradoras sin pagar el valor de las especies (...) El imputado, precisamente en este caso, ha logrado sacar las especies de la esfera de cuidado, custodia o vigilancia del supermercado y al traspasar las cajas registradoras sin pagar el valor de aquellas, ha consumado así su conducta de hurto”; la sentencia de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de octubre de 2005<sup>21</sup>, señala que “si bien es cierto aquello de que el delito se consuma cuando la especie es retirada del ámbito de resguardo de quien la mantenía, no lo es menos que, en el caso de autos, ello no ocurrió cuando el imputado traspasó las cajas recau-

<sup>17</sup> Sentencia de 16 de junio de 2004, causa rol N° 1611-2004 y de 20 de diciembre de 2005, causa rol N° 5125-2005, entre otras.

<sup>18</sup> Vid. al respecto las sentencias recién mencionadas de la Corte Suprema de 16 de junio de 2004 y 20 de diciembre de 2005. En sus considerandos quinto y octavo respectivamente, se tiene por probado que los imputados traspasaron las cajas registradoras sin pagar los productos, siendo sorprendidos por los guardias de seguridad al abandonar el supermercado. En ambos casos, sin embargo, se consideró frustrado el hurto y se confirmó la absolución de los imputados.

<sup>19</sup> Causa rol N° 602-2005.

<sup>20</sup> Causa rol N° 27-2005.

<sup>21</sup> Causa rol N° 289-2005.

dadoras sin pagar el precio, porque estas, claramente, no importaban el límite de resguardo de la ofendida, sino tan solo el lugar previsto para el pago de las mercaderías”; la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 10 de enero de 2006<sup>22</sup>, señala que “la consumación de la acción y del resultado querido por el agente se produjo (...), al traspasar el imputado las cajas registradoras, pues este fue el único y último momento en el cual pudo pagar y adquirir, lícitamente, por tradición, el dominio de las especies muebles sustraídas que portaba oculta entre sus ropas”.

Las sentencias mencionadas constituyen solo una pequeña muestra de las distintas posiciones de nuestros tribunales de justicia sobre la determinación del momento de la consumación en estos delitos<sup>23</sup>. Estas distintas interpretaciones, de las cuales depende que se sancione o no la conducta del imputado, han contribuido a agravar la confusión reinante en los denominados “hurtos hormiga”, con grave daño a la certeza jurídica que exige la protección del derecho de propiedad.

## 2. Hacia la utilización de criterios normativos

Como vimos, la teoría de la disponibilidad “que fija la consumación del delito en el momento que el sujeto activo ha estado en condiciones, por un momento siquiera, de disponer de la cosa (disponibilidad potencial)” no ha contribuido en nuestro derecho a dar una adecuada respuesta en orden a precisar el momento de la consumación<sup>24</sup>, especialmente tratándose de los llamados “hurtos hormiga”. El mero arbitrio termina, finalmente, siendo el criterio para resolver si el sujeto tuvo en algún instante la posibilidad de disponer del bien.

<sup>22</sup> Causa rol N° 430-2005.

<sup>23</sup> Un ejemplo de otro criterio puede verse en la sentencia del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, de 4 de agosto de 2005, N° 500-2005, donde tratándose de un hurto a una farmacia se resolvió que no estaba consumado el delito no obstante haber sido detenido el imputado luego de bajar del microbús en que había huido con las especies. Esta resolución fue anulada por sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de septiembre de 2005, causa N°101-2005, pues consideró que “resulta forzado entender que la esfera de resguardo del propietario se mantiene mientras exista una persecución del infractor, como si se extendiera un largo brazo para la custodia de las especies sustraídas”.

<sup>24</sup> También la jurisprudencia española ha encontrado dificultades para aplicar la “teoría de la disponibilidad” en los delitos de hurto, particularmente en los supuestos en que se oculta la especie sustraída. Al respecto, vid. GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, 1998, p. 146.

Por otra parte, como ha puesto de manifiesto Bascuñán Rodríguez, la “teoría de la disponibilidad” exige para la consumación del delito de hurto y robo la satisfacción de un requisito relacionado más bien con la apropiación indebida, y con ello “semejante construcción erosiona la base de la distinción sistemática entre delitos de apropiación con ruptura de la custodia ajena y delitos de apropiación sin ruptura de la custodia ajena”<sup>25</sup>.

Por ello, para resolver los problemas de consumación en los delitos de apropiación como el hurto y el robo, debieran desarrollarse criterios normativos, donde lo esencial no sea la dimensión física de la relación del dueño y la cosa, ni si el autor pudo o no disponer de la misma, sino su dimensión de sentido<sup>26</sup>. Lo relevante será determinar si esa relación importa socialmente o no un ejercicio de custodia sobre la cosa. Así, señala Bascuñán Rodríguez, que “quien, por ejemplo, introduce en el bolsillo de una prenda de vestir una cosa ajena sujeta a custodia espacial, sometiendo con ello la cosa a estatus de cosa custodiada por el porte, quiebra la custodia espacial preexistente y constituye nueva custodia, aunque la cosa no haya salido del espacio originariamente custodiado”<sup>27</sup>.

Como es fácil imaginar el desarrollo y profundización por parte de nuestra jurisprudencia de un concepto normativo como el expuesto,

<sup>25</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 301.

<sup>26</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 298-301; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 140.

<sup>27</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 300. En el mismo sentido RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, p. 140, que critica el ya mencionado fallo de la Corte Suprema, de 16 de junio de 2004, causa rol N° 1611-2004, que calificó un hurto de supermercado como frustrado, señalando en su artículo que el máximo tribunal “al considerar insuficiente el hecho de guardar las especies dentro de las ropas como indicador del ánimo de apropiación del sujeto activo, desconoce la posibilidad de que se consolide una esfera de custodia dentro de otra, la que estaría representada por el cuerpo del hechor, una, y la del supermercado, la otra, cuestión que nuestro ordenamiento legal pareciera reconocer”. Como argumento, la profesora RAMÍREZ, MARÍA CECILIA cita el artículo 436 inciso segundo del Código Penal (el llamado “robo por sorpresa”), que a su juicio daría cabida “a que se considere el cuerpo de una persona como esfera de custodia de las especies que se llevan consigo, con lo que es dable pensar que se trata de una esfera que se puede consolidar tras el quebrantamiento de otra”.

tendría importantes consecuencias en el ámbito de los denominados “hurto hormiga”, otorgando una mayor certeza para la determinación del momento de consumado del delito. En el ámbito del tipo objetivo los actos posteriores a la apropiación, incluyendo la posibilidad de disponer del bien, corresponden a la fase de agotamiento del delito y no resultan necesarios para su consumación.

#### **IV. REFORMA PENDIENTE EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO: ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL**

Resulta sorprendente que luego de una sentencia tan contundente como la de la Corte Suprema de 20 de abril de 2005 –que señaló que el hurto-falta frustrado y tentado no tenía una pena determinada asignada–, haya transcurrido el tiempo<sup>28</sup> sin que se corrija legislativamente este error. Teniendo la materia tanta importancia práctica para una efectiva protección del derecho de propiedad y siendo el error de fácil solución, la demora resulta inexplicable<sup>29</sup>.

Con todo, el estudio de una reforma global a los delitos contra el patrimonio, que modifique nuestro ya vetusto Código Penal que data de 1874, es indispensable. En este sentido, cabe destacar los cambios que introduce el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal que, entre otras modificaciones, pretende terminar con el casuismo excesivo, imponiendo criterios sistemáticos claros y clasificaciones jurídicas más adecuadas; busca llenar ciertos vacíos que presenta la actual regulación de los delitos contra la propiedad y hace una completa reestructuración de las sanciones eliminando el controvertido régimen de cuantías para aplicar las penas<sup>30</sup> (ni siquiera se mantiene el sistema de

<sup>28</sup> Al menos, terminado el año 2005, todavía no se aprobaba ninguno de los proyectos en trámite que buscaban asignarle una pena al hurto-falta tentado y frustrado.

<sup>29</sup> No puede negarse, sin embargo, que aún corrigiendo el error sobre la penalidad, los cambios introducidos por la Ley N°19.950 (artículo 494 bis) plantean una desarmónica sistemática difícil de sostener, sobre todo entre el tratamiento del hurto falta y las otras faltas patrimoniales contenidas en el artículo 494 N° 19 del Código Penal (disminución de la cuantía de una a media unidad tributaria mensual y sanción de la tentativa y frustración). Cfr. OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, p. 298 y 299.

<sup>30</sup> En esta materia el Foro Penal optó por poner fin al régimen de cuantía, ya que este tiende a producir en la práctica diversos casos de responsabilidad objetiva; además ha sido considerado poco democrático al darle menor protección a los sectores más desposeídos. A este último respecto, vid. MERA FIGUEROA, JORGE: *Hurto y robo*, 1995, p. 41 y ss.

cuantías para delimitar los simples delitos y las faltas<sup>31</sup>; estas últimas desaparecen)<sup>32</sup>.

La eliminación del sistema de cuantías tiene especial incidencia tratándose de los denominados “hurtos hormiga”, los que serán tratados simplemente como hurtos y se sancionarán siempre, cualquiera sea su grado de ejecución (se aplican las normas generales sobre tentativa, frustración y consumación). Sin embargo, en los casos de hurtos de ínfimo valor, el Foro Penal, bien orientado por el principio de insignificancia, consideró indispensable incorporar una norma que le permita al juez, en determinadas situaciones, prescindir de la pena privativa de libertad y aplicar solo una multa. Naturalmente, un juez ante una norma discrecional como esta (que en ningún caso implica ausencia de sanción), debiera tomar en consideración, entre otros aspectos, si estamos o no ante un sujeto reincidente, o si se ha valido de menores de edad para cometer el delito.

Así, el artículo 148 del Anteproyecto regula el delito de hurto de la siguiente manera:

“Artículo 148.- El que sin la voluntad de su dueño se apropia cosa mueble ajena será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al valor de la cosa apropiada o a los efectos especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para la víctima.

Tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar solo la pena de multa”.

Por último, la experiencia codificadora comparada muestra que una reforma global a los delitos contra el patrimonio es una de las

<sup>31</sup> En España, al eliminarse en 1983 el régimen de cuantías para determinar las penas, se lo mantuvo, sin embargo, subsistente únicamente para la delimitación de los simples delitos y las faltas. Al respecto vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: La reforma penal de 1983, 1983, p. 140 y ss.

<sup>32</sup> Aunque no fue una materia que se discutió en el Foro Penal, una consecuencia de la eliminación del régimen de cuantías tiene que ver con el concepto del bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio. Al desvincularse la determinación de la pena de consideraciones económicas, se abre el camino para una concepción personal del patrimonio “en oposición a una económica o jurídico-económica”, que atienda a criterios de valoración de los bienes que consideren la utilidad objetiva de los mismos para satisfacer los fines pretendidos por el sujeto. Por todos, vid. un completo estudio sobre las distintas concepciones del patrimonio en GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, 2002, p. 103-296.

materias que genera mayores polémicas, y se corre el riesgo de que el debate parlamentario se politice por intereses meramente electorales. Confío, sin embargo, en que al igual como ocurrió con la Reforma Procesal Penal, al discutirse el Anteproyecto de Nuevo Código Penal seamos capaces de imponer criterios de racionalidad en el debate, que nos permitan contar con una adecuada y moderna legislación penal, en un ámbito tan relevante como la protección del derecho de propiedad.

## V. CONCLUSIONES

El fallo de la Corte Suprema, de 20 de abril de 2005, dejó en evidencia una reforma legal técnicamente mal hecha, al no contener el nuevo artículo 494 bis una sanción determinada para los hurto-falta frustrado y tentado. Cabe elogiar esta decisión judicial, toda vez que el principio de legalidad, reconocido constitucionalmente, es una exigencia básica del Estado de Derecho cuya vigencia no se puede pasar a llevar para resolver un problema particular, como es la impunidad que pudiera producirse en los denominados “hurto hormiga”. Resulta sorprendente, sin embargo, que luego de una sentencia tan contundente como esta, haya transcurrido tanto tiempo sin que se corrija legislativamente este error (al menos durante el 2005 no hubo una rectificación legislativa a pesar de existir proyectos en trámite). Teniendo la materia tanta importancia práctica para una efectiva protección del derecho de propiedad y siendo el error de fácil solución, la demora resulta inexplicable.

Como un efecto no buscado de la sentencia de nuestro máximo tribunal, ella contribuyó a profundizar las controversias que tradicionalmente han debido afrontar nuestros tribunales para determinar el momento de consumación en el hurto. En efecto, establecida la impunidad de los actos ejecutivos anteriores a la consumación, el debate sobre si estamos frente a una hipótesis tentada, frustrada o consumada adquirió mayor relevancia: no está en juego la magnitud de la pena, sino si se sanciona o no penalmente. En esta materia, lamentablemente la jurisprudencia no ha logrado establecer criterios precisos, con grave daño a la seguridad jurídica. Reglas del juego claras y conocidas de antemano, sobre todo en un ámbito tan sensible como la protección del derecho de propiedad, constituyen una exigencia básica para el fortalecimiento de una sociedad libre.

Finalmente, una reforma global a los delitos contra el patrimonio es todavía un tema pendiente en nuestro país. En este sentido, cabe apreciar los cambios que contiene el Anteproyecto de Código Penal elaborado por el Foro Penal que, entre otros aspectos, elimina el sistema de cuantías para aplicar las penas, terminando incluso con la distinción entre simples delitos y faltas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal y entregado al Presidente de la República en diciembre de 2005.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Delitos contra intereses instrumentales”, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez N° 1-2004, Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, Peñalolén, 2004, p. 291-345.
- CURY URZÚA, ENRIQUE: Derecho Penal. Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2005.
- GALLEGO SOLER, JOSÉ-IGNACIO: Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Tirant Monografías, Valencia, 2002.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: El delito de hurto, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- GARRIDO MONTT, MARIO: Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- MATA Y MARTÍN, RICARDO M.: El delito de robo con fuerza en las cosas, Tirant Monografías, Valencia, 1995.
- MERA FIGUEROA, JORGE: Hurto y robo, LexisNexis, Santiago, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal. Parte General, Cuarta Edición, Barcelona, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Derecho Penal. Parte Especial, Novena Edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO: “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 245-307.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO Y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: La reforma penal de 1983, Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- RAMÍREZ, MARÍA CECILIA: “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI-2005, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2005, p. 133-141.
- ROXIN, CLAUDIUS: Derecho Penal. Parte General (I), Segunda Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1997.