Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 213
Año LXXI
Enero - Junio 2003
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ANALISIS CRITICO A LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL DELITO DE HURTO, POR LEY 19.950

JUANA SANHUEZA ROMERO
Profesora de Derecho Penal
Universidad de Concepción

I. INTRODUCCION

Desde hace muchos años la doctrina ha venido manifestando que la reglamentación que el Código Penal ha dado a los delitos de hurto y robo es en extremo defectuosa, lo que ha significado que sea objeto de los mayores reparos, propugnándose una pronta y radical modificación.

En su tratamiento el legislador infringe principios elementales de un sistema penal liberal, tales como el de la mínima intervención o última ratio, proporcionalidad, lesividad, etc.

Basta con una simple lectura a los artículos 432 y siguientes del Código Penal para constatar la severidad y desproporción en las penas, la multiplicidad de excepciones a principios generales como lo es la equiparación de la penalidad del artículo 450 inciso 1°, el establecimiento de agravantes específicas, la improcedencia de determinadas circunstancias atenuantes, etc. Todo lo cual da origen a que –en muchos casos– las sanciones aplicadas por la comisión de estos delitos sean exageradas y desproporcionadas al hecho cometido.

Lo anteriormente expuesto impide o al menos dificulta considerablemente que nuestro país sea considerado, desde un punto de vista sustantivo, como un real y auténtico Estado democrático de Derecho.

Para muchos puede llamar la atención que hallamos comenzado este trabajo con afirmaciones tan categóricas. Ello obedece a la preocupación que existe en la comunidad jurídica y académica que observa cómo, una vez más, el legislador en lugar de orientar su labor a adecuar el derecho penal sustantivo a los tiempos

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

modernos y acorde al nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, concentra sus esfuerzos en satisfacer requerimientos de pequeños grupos, que frente a la disminución que experimentan sus utilidades reclaman que se les proteja a través de las más drásticas sanciones que contempla el ordenamiento jurídico, a saber: la sanción penal.

El legislador, olvidando los más básicos principios que deben ser observados en la creación de los tipos penales, como son: el de la mínima intervención, la consideración del bien jurídico protegido, la magnitud del ataque y la proporcionalidad de la sanción, entre otros, recurrió al *ius puniendi* para proteger el derecho de propiedad de unos pocos, específicamente de los supermercados y las grandes tiendas, sancionando el delito de hurto con mayor severidad, acentuando los problemas que ya presentaba el *iter crimen* con respecto a este delito, pretendiendo sean castigadas las etapas imperfectas del mismo.

La Ley 19.950 de fecha 27 de mayo de 2004, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de junio del mismo año, en su afán de cubrir todas y cada una de las conductas que pudieren ocurrir en la vida real, de manera que ninguna de ellas quedara sin sanción, incurrió –a nuestro juicio– en errores insalvables más allá de una deficiente técnica legislativa, que han vulnerado el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política del Estado.

Nos atrevemos a afirmar que en algunos aspectos como el querer sancionar la tentativa y frustración del hurto falta, el nuevo texto legal nació sin vida o al menos en estado agónico.

Nuestro estudio se centrará en los tópicos más importantes del nuevo texto legal, en lo que al derecho penal sustantivo se refiere.

II. ANTECEDENTES DE LA DICTACION DE LA LEY 19.950

Los autores de la modificación destacaron la necesidad de introducir cambios a la legislación penal para enfrentar el verdadero flagelo que representan los denominados "hurtos hormiga", que padecen los establecimientos de venta por sistema de autoservicio y de venta al público en general.

Según los parlamentarios, para enfrentar lo que ellos denominan "flagelo" proponen que se modifique el Código Penal para, entre otras cosas, elevar la penalidad.

Entre los diversos antecedentes que se tomaron en cuenta en la tramitación de la ley, se pueden citar: los informes del Instituto Chileno de Derecho Procesal y del Instituto de Jueces de Policía Local, como también la opinión del representante de la Asociación Gremial de Supermercados de Chile.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El representante de la referida Asociación Gremial manifestó expresamente lo siguiente: "Pueden distinguirse tres grupos de personas entre quienes cometen hurtos en los supermercados: las bandas organizadas, integradas por adultos y menores de edad; los sujetos ocasionales, afectados por la cesantía y la crisis económica, y el personal interno de las empresas"[1]. Por su parte, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, en su informe recaído en segundo trámite constitucional, señala textualmente: "que las normas contempladas en esta iniciativa, así como las sugerencias formuladas por el Instituto de Derecho Procesal, la Asociación de Jueces de Policía Local y la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, se orientan en la dirección correcta de aumentar el reproche social que merece la conducta denominada "hurto de hormiga", desde el momento en que no sólo está lesionando la propiedad, sino que la confianza entre el comerciante y el cliente, que es propia del sistema de comercialización empleado en los supermercados y por las grandes tiendas"[2].

De los mencionados antecedentes podemos apreciar cómo el legislador continúa siendo de opinión que la criminalidad se combate con la exasperación del castigo. Arcaico argumento que, junto con quedar demostrado que por sí solo no es un instrumento eficaz para enfrentar la lucha contra la delincuencia, ha significado una escasa preocupación por implementar una política conjunta, de prevención, sanciones justas para quienes han cometido delitos y medidas rehabilitadoras para reinsertarlos en la comunidad. Encadenamiento indispensable para alcanzar y mantener la paz social.

III. NUEVA NORMATIVA INTRODUCIDA POR LA LEY 19.950

El artículo 1° de la ley en comento incorpora el artículo 494 bis al Código Penal: "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 su grado máximo.

En los casos en que participen en el hurto individuos mayores de 18 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 éstos se hubieran prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

[1] Citado por Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, recaído en Segundo Trámite Constitucional, Boletín N° 3.078-07.
[2] Idem Informe.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Se sanciona también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del art. 7".

En consecuencia, si el valor de la especie sustraída excede de media unidad tributaria mensual constituirá un simple delito y se sancionará de acuerdo a la graduación que prescribe el art. 446 del Código Penal, que en su numeral tercero también fue objeto de modificación, rebajando el límite mínimo de una a media unidad tributaria mensual.

También se modifica el art. 451 del Código Penal, ampliando la regla de reiteración de hurtos que comprende dicha disposición legal, a las faltas.

Por otra parte, el artículo 2° de la Ley 19.950 introduce modificaciones al Código de Procedimiento Penal, entre ellas, al art. 147 en el sentido que si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal se cometiere en un establecimiento de comercio, el juez considerará que su valor corresponde al precio de venta, salvo que la prueba que se reúna en autos le permita formarse una convicción diferente.

De igual forma, el artículo 3° de la Ley 19.950 agrega al artículo 390 del Código Procesal Penal un inciso tercero nuevo, cuyo tenor es idéntico al indicado precedentemente en el sentido de considerar como valor el precio de venta.

En síntesis, el legislador aumenta drásticamente las penas del delito de hurto, toda vez que, por una parte, rebaja de una a media unidad tributaria mensual el límite mínimo del simple delito de hurto y por la otra, eleva la sanción del hurto falta.

Antes de la modificación que hoy nos ocupa, el hurto falta era sancionado con una pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales. Actualmente, además de la pena de multa citada, se sanciona con la pena de prisión en su grado mínimo a medio.

Además declara punible la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del art. 7°, con lo cual pretende alterar la regla que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas, según lo dispuesto en el art. 9° del Código Penal.

Nos detendremos en aquellos aspectos que nos parecen de mayor relevancia.

IV. PARTICULARIDADES QUE PRESENTA EL DELITO DE HURTO COMETIDO EN LOS SUPERMERCADOS Y MULTITIENDAS

Como ya sabemos, el legislador utiliza una sola disposición para definir el hurto y robo.

Tomando en cuenta el art. 432 del Código Penal, el delito de hurto se puede definir como: "La apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

con ánimo de lucrarse, sin que concurran violencia o intimidación en las personas, ni ciertas formas de fuerza en las cosas especialmente descritas por la ley".

El verbo rector de este delito está constituido por la "apropiación".

La doctrina y la jurisprudencia de manera unánime nos dice que éste es un concepto complejo; constituido por un elemento objetivo que es el apoderamiento material y otro de carácter subjetivo, cual es el ánimo de señor y dueño.

Determinar qué actos debe ejecutar el sujeto activo para que la acción de apropiarse se entienda completa, sigue constituyendo un punto de discusión que continúa generando fallos contradictorios en los Tribunales de Justicia.

Mientras no exista un pronunciamiento definitivo respecto de si el hurto es un delito de simple actividad o de resultado externo, las dificultades seguirán subsistiendo, pues las consecuencias que se derivan de una u otra posición son absolutamente distintas en materia de iter crimen.

Si se considera que el hurto es un delito de simple actividad y susceptible de dividirse en varios actos, sólo podrá presentarse en grado de tentativa y consumación. En cambio, si se estima que es un delito de resultado externo pueden tener lugar tanto la tentativa, frustración y consumación.

En un trabajo anterior, publicado en esta misma revista, estas materias fueron objeto de un detallado análisis, aun cuando en dicha ocasión no nos pronunciamos sobre una u otra doctrina[3].

Un estudio más detenido y cotejado con la realidad práctica nos lleva a pronunciarnos en el sentido que el delito de hurto presenta las características de ser de simple actividad o formal, siguiendo de esta manera la tesis sustentada por el profesor Enrique Cury[4].

Siendo el hurto un delito de mera actividad o de pura acción, significa que él se consuma por el sólo comportamiento humano, sin que sea necesario una modificación en el mundo externo (resultado) distinta de la actuación del sujeto activo.

Así entonces, perfecta la acción de apropiarse y reuniéndose los demás requisitos, el delito de hurto se encuentra consumado. Por el contrario, si la apropiación no se completa, es decir, le falta uno o más actos para su complemento por una causa independiente de la voluntad del sujeto activo, quedará en grado de tentativa.

[3] *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, año LXIX, enero-junio 2001. N° 209, págs. 43 y siguientes.
[4] Enrique Cury Urzúa. "Contribución a la distinción entre delitos de resultados y de simple actividad". *Revista de Ciencias Penales*. Tomo 40 N° 1. Enero-abril 1992-1993, págs. 69 y siguientes.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Entenderemos por apropiación: sustraer la cosa de la esfera de resguardo de su titular, quedando efectivamente en condiciones de ejercer de hecho las facultades propias del dominio, principalmente la de disposición.

Aquí lo importante es que no basta sacar la cosa de la esfera de resguardo de su titular, sino que es indispensable que el sujeto activo logre de hecho la disposición de ella aunque sea un instante. Mientras ello no suceda quiere decir que la acción de apropiarse estará incompleta y, en consecuencia, el hurto estará en grado de tentativa.

De acuerdo a lo sostenido, el delito de hurto no puede presentarse en grado de frustrado y ella es la opinión que sustentamos en este trabajo.

Es importante destacar que muchos autores afirman en sus obras que el delito de hurto es de resultado externo, pero no indican en qué consistiría el resultado.

No debe inducir a pensar que el resultado lo constituiría el paso de la esfera de resguardo de la víctima al del hechor, pues ello es el último acto que debe ejecutar el sujeto para completar la apropiación y cuando ello se verifica el hurto está consumado

Es en este aspecto donde hemos advertido las mayores contradicciones en los fallos judiciales.

En numerosas sentencias se pueden leer considerandos que dejan establecido que el sujeto no alcanzó a apropiarse de las especies debido a la oportuna intervención del personal policial o de seguridad, calificando tal hecho como hurto frustrado porque el sujeto no alcanzó a apropiarse de la cosa mueble por una causa independiente de su voluntad, cual fue la intervención del personal policial. En tales afirmaciones, creemos, existe una confusión entre lo que distingue la tentativa y la frustración.

No debemos olvidar que en la tentativa el sujeto no alcanza a completar la acción (que en este caso es apropiarse) por una causa independiente de su voluntad y por ello el delito no se consuma. Luego, la situación que hemos relatado y que es común en numerosos fallos, pues son hechos frecuentes en la vida cotidiana, son casos típicos de hurto tentado y no frustrado.

No existe espacio para el hurto en grado de frustrado, precisamente porque este delito no exige de un resultado para su consumación, en otros términos, no requiere de una modificación en el mundo externo distinta de la actuación del sujeto activo para que se verifique.

La apropiación implica, por una parte, sacar la cosa de la esfera de resguardo de su titular y, por la otra, que el sujeto quede efectivamente de hecho en

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

disposición de la cosa. Para que ella esté completa deben darse copulativamente ambas condiciones, y cuando ello sucede el hurto está consumado.

La expresión esfera de resguardo o custodia resulta aquí un punto esencial. Es un concepto abstracto –que fue incorporado por la teoría de la *ablatio*– respecto del cual no se pueden dar reglas precisas porque será una situación de hecho que deberá ser apreciada en el caso concreto.

Como principio, se puede afirmar que la esfera de resguardo se extiende al espacio hasta donde el detentador de la especie puede hacer efectivos sus derechos inherentes al dominio, especialmente el de disposición. Así, podrá ser un automóvil, una casa, un edificio, la cartera, etc.

Se sostiene que cuando el sujeto activo ingresa a la esfera de resguardo y custodia con el objetivo de apropiarse de bienes muebles ajenos, ha principiado a ejecutar el delito, que es la característica esencial de la tentativa.

Así por ejemplo, cuando alguien ingresa por la puerta que se encontraba abierta a una bodega, con el objetivo de apoderarse con ánimo de señor y dueño de especies que se encuentran en su interior, ha dado principio a la ejecución del delito de hurto. De igual forma lo será cuando alguien ingresa su mano al interior del bolsillo o cartera de una persona para apropiarse de la billetera que ésta lleva consigo.

Lo expuesto precedentemente si bien son aspectos básicos del delito de hurto, estimamos indispensable recordarlos para poder constatar con mayor nitidez las características especiales que presenta este delito cuando es cometido en supermercados y multitiendas, por la forma de comercialización adoptada por dichos establecimientos.

En estos casos el sujeto es invitado a ingresar a la esfera de resguardo y aún más, ello es promovido a través de campañas publicitarias de gran envergadura y costo económico. Se entrega al cliente la tenencia material de la cosa, para revisarla, seleccionarla, pudiendo aprehenderla materialmente sin mayores restricciones.

Desde ya se puede evidenciar que en estos casos el ingreso a la esfera de resguardo es un acto irrelevante desde un punto de vista jurídico penal, pues es un acto equívoco –al decir del maestro Carrara– y como tal puede ser indistintamente para adquirir una especie, o bien para observar y comparar precios, como para apoderarse de ella con ánimo de señor y dueño. Por otra parte no se advierte con dicho ingreso puesta en peligro de bien jurídico alguno.

Todos estos actos son preparatorios y, en consecuencia, no son punibles.

El principio de ejecución aquí, que es lo que caracteriza a la tentativa, será más difícil de precisar. En algunos casos lo será al momento de traspasar las cajas,

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin pagar, como sucede por ejemplo en los supermercados. En otros será cuando se traspase la puerta del establecimiento sin pagar el producto, que es lo que ocurre en las multitiendas en que no existe una zona delimitada destinada sólo a cajas, sino que el cliente puede recorrer todo el local comercial, de sección en sección, de piso en piso, sin que ello revele en caso alguno el objetivo de apoderarse de la cosa mueble con ánimo de señor y dueño. En esta situación el punto resulta más complejo, porque si logra traspasar la puerta del establecimiento y quedar de hecho en disposición de la cosa, el hurto estará consumado. En cambio, aun cuando traspase la puerta, si no queda de hecho en disposición de la especie porque por ejemplo es aprehendido en ese instante o bien es perseguido ininterrumpidamente hasta aprehenderlo, el hurto habrá quedado en grado de tentativa. Ello en razón a que por una causa independiente de su voluntad –cual es la aprehensión– no alcanzó a ejecutar el último acto para completar la apropiación, que es precisamente el quedar de hecho en disposición de la cosa aun cuando fuera un instante, lo que lo obligaba a seguir actuando.

En algunos fallos hemos constatado que situaciones como las antes descritas son calificadas de hurtos en grado de frustrado. Discrepamos de dicha calificación, pues la frustración implica que el sujeto activo realice todos los actos que eran necesarios para completar la acción y el resultado no se verifica por una causa independiente de su voluntad. Lo que en nuestro caso significaría que el sujeto tendría que continuar en su hacer hasta quedar en disposición de la cosa, pero si ello hubiera sucedido el hurto se habría consumado. Esto ocurre precisamente por lo que se ha venido sosteniendo en el sentido que en el hurto no existe un espacio donde ubicar la frustración por cuanto es un delito de pura acción, en que el tipo penal no contempla como elemento típico el resultado que tendría que producirse a consecuencia de la acción, pero con independencia de ella. Esto último significa que él aparece cuando el sujeto ya dejó de actuar. Como sucede por ejemplo en el delito de homicidio, cuando un sujeto que dispara en contra de otra persona con el objetivo de darle muerte y la bala impacta en la lapicera que llevaba en la cartera de la camisa, sin producir el resultado muerte. Aquí el sujeto realizó todos y cada uno de los actos que eran necesarios para completar la acción de matar, y el resultado, que es la muerte, no se produjo por una causa independiente de su voluntad (el impacto en la lapicera que llevaba la víctima). En este delito, que es de resultado externo, se puede apreciar cómo el resultado se produce a consecuencia de la acción, pero de manera independiente. Al salir el proyectil del arma se terminó la actuación del sujeto activo, de forma tal que el resultado muerte se verificará o no, sin injerencia de él. Todo esto no sucede en el

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

delito de hurto porque éste es un delito de pura acción.

Las características particulares que presenta el hurto en los supermercados y multitiendas han motivado que desde hace muchos años se cuestione su penalización. Así el profesor Juan Bustos señala: "Hay un ámbito en que por las características del sistema económico, se dan facilidades y se cuenta con la apropiación de cosas por otro, así los llamados hurtos de supermercado, que por ello mismo deberían quedar entregados a las vías civiles o administrativas"[5].

Por su parte, el Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad indica: "En un sentido más amplio puede decirse que la criminalización del hurto en tiendas es una forma de hacer que una cierta proporción de autores paguen los costos de las nuevas formas de venta al público"[6].

V. LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACION EN EL HURTO FALTA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El artículo 494 bis del Código Penal, que regula el hurto falta, dispone en su inciso final: "Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°".

Lo anterior nos obliga a precisar dos materias de la mayor relevancia. Por una parte, determinar si existe en nuestro Código Penal el respectivo tipo subordinado que aprehenda la tentativa y la frustración del hurto falta, requisito indispensable para dar cumplimiento al principio de legalidad, en la parte *nullum crimen sine lege.* Y por la otra, para el evento que exista el respectivo tipo, cuál es la pena que se aplicará en cada caso para satisfacer el aspecto *nulla poena sine lege.*

1. Tipo subordinado o no autónomo de tentativa y frustración en el hurto falta

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° del Código Penal, "los delitos, atendida a su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que le está asignada en la escala general del artículo 21".

Esta clasificación de los delitos que nos proporciona el Texto Punitivo

[5] Juan Bustos Ramírez. *Manual de Derecho Penal,* Parte Especial. Editorial Ariel S.A. 2ª edición, Barcelona, 1991, pág. 164.
[6] Consejo de Europa. *Descriminalización, Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad.* Estrasburgo, 1980, Ediar Argentina. 1987, citado por Jorge Mera Figueroa, *Hurto y robo.* Editorial Jurídica ConoSur. Año 1995, pág. 67.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tiene importancia en diversas materias, entre las cuales se encuentra el artículo 9°, que prescribe: "Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas". Esta disposición no hace sino reafirmar la atipicidad de la tentativa y la frustración en las faltas por no existir un tipo subordinado en el cual queden subsumidas.

Por su parte el artículo 7° del Código Penal indica: "Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa". Luego define: "El crimen o simple delito frustrado" y la tentativa "de un crimen o simple delito".

De manera que si no existiera el artículo 9° del Código Penal, arribaríamos siempre al mismo principio; las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas o dicho de otra forma, la punibilidad de la tentativa y la frustración queda limitada al crimen o simple delito, tanto por lo prescrito en el inciso 1° del artículo 7°, cuanto por las definiciones dadas en los incisos siguientes de la misma disposición.

Tanto la tentativa como la frustración son concebidos como tipos penales subordinados, dependientes o no autónomos. Ello porque no existe una tentativa o frustración en general, sino que siempre estará referido a un tipo de consumación. Así habrá una tentativa de homicidio, una tentativa de hurto, una de estafa, etc.

A este respecto, el profesor Enrique Cury sostiene: "La diferencia entre el tipo autónomo de consumación y los tipos subordinados de tentativa y frustración estriba, por lo que se refiere a su estructura, en que mientras aquél posee un contenido propio a cuya realización se conecta directamente una pena, éstos se hallan construidos como esquemas vacuos, que sólo adquieren significado al ser puestos en relación con uno de los distintos tipos de consumación"[7].

Por tal razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen que la descripción de aquello en que consisten los hechos tentados y frustrados se obtiene conectando el contenido del tipo subordinado del artículo 7° con el respectivo tipo de consumación consagrado sea en la parte especial del Código o ley en particular que lo contemple.

De manera que –en el caso que nos ocupa– para saber en qué consiste la tentativa (y la frustración, para quienes creen que es factible) del hurto, tendremos que relacionar el artículo 7° con el artículo 432 que describe el tipo de consumación del hurto.

Aquí es donde enfrentamos el primer problema porque el artículo 7° sólo describe el tipo subordinado de crimen o simple delito tentado y frustrado.

[7] Enrique Cury Urzúa. *Derecho Penal.* Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 1985, pág. 191.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La remisión que hace el artículo 494 bis: "Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a la definición del artículo 7°". Es insuficiente para dar cabal cumplimiento al principio de tipicidad, pues precisamente las definiciones del artículo 7° están referidas expresamente a los crímenes y simples delitos.

El principio de tipicidad es uno de los aspectos del principio de legalidad o reserva que tiene consagración constitucional y en que uno de sus efectos es la exigencia de *lex certa,* es decir, la ley tiene que describir con precisión la conducta incriminada y el intérprete está ligado a esa determinación.

Así estimamos que, por una parte, la frustración sea de simple delito o falta de hurto no tiene existencia pues, como ya lo indicáramos latamente, el hurto es un delito de simple actividad en que por lo mismo sólo cabe la tentativa y la consumación y, por la otra, la tentativa de hurto falta no encuentra claramente un tipo subordinado que la aprehenda. En consecuencia, aplicando el principio no hay delito sin tipo y cumpliendo éste una función garantizadora que debe ser respetada, lo aconsejable sería la ausencia de punibilidad, pues de lo contrario se afectaría el principio de legalidad y por ende la Carta Fundamental.

Esta argumentación adquiere mayor pertinencia frente a los pronunciamientos judiciales que hasta este momento se han venido verificando, especialmente el recurso de nulidad resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, que más adelante examinaremos en detalle.

2. Penalidad del hurto falta tentado o frustrado

Las argumentaciones expuestas precedentemente, como toda opinión, son susceptibles de ser discutidas y es bueno que así sea, pues el derecho se nutre y vive de la discusión constante de quienes, al menos, intentan cultivarlo. Pero el texto legal en comento, en este punto, llegó demasiado lejos en su atentado al principio de legalidad. Tanto es así que a muy poco tiempo de haber sido promulgado se verificaron los primeros fallos judiciales que negaron la aplicación de sanción al hurto falta en etapas imperfectas, por no existir pena que aplicar en estos casos, acogiendo los argumentos esgrimidos por la Defensoría Penal Pública en sus respectivas causas.

En efecto, la Defensoría sostuvo que si se examinan los artículos 50 a 59 del Código Penal, que reglamenta la aplicación de las penas, se puede constatar que ellos siempre se refieren a los crímenes y simples delitos. El legislador no proporciona regla alguna para la aplicación de la pena tratándose de tentativa y

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

frustración en las faltas. Ello es así porque el Código guarda en este punto perfecta armonía con lo dispuesto en los artículos 7° y 9°, que consagran como principio general que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

El artículo 494 bis del Código Penal que pretende alterar el régimen general debió también modificar las citadas normas y al no hacerlo se concluye que la mencionada disposición no contempla una pena respecto de las faltas imperfectas, de forma que la aplicación de una pena para tales comportamientos significaría una infracción al principio de legalidad, expresamente consagrado en la Constitución Política del Estado. Se vulneraría particularmente el aspecto *nulla poena sine lege.*

Frente a tales argumentaciones, el Ministerio Público ha sostenido que el artículo 494 bis, que en su inciso final señala que se sancionará de igual forma los hurtos falta cuando se encuentren en grado tentado y frustrado, es una norma especial que debe primar sobre las generales contenidas en las demás normas del Código Penal.

Estas argumentaciones fueron confrontadas en sede judicial. Al respecto se pueden citar dos fallos dictados en juicios simplificados por hurtos faltas en grado de frustrados, seguidos ante el Juzgado de Garantía de Linares, de fecha 16 y 17 de agosto del año 2004[8].

En ambos fallos se acoge la tesis sustentada por la Defensoría Penal Pública y se procedió, en consecuencia, a absolver a los imputados por cuanto no estando señalada una pena para el hurto falta frustrado no debe aplicarse sanción alguna.

Adherimos al planteamiento sustentado por la Defensoría Penal Pública y a lo resuelto en definitiva por el juzgador, pero discrepamos de la calificación jurídica que se otorgó a los hechos, pues estimamos que en ambos casos se estaba en presencia de un hurto falta en grado de tentativa, en concordancia con nuestra postura en el sentido que el hurto es un delito de pura acción y por ende no es factible la frustración.

A este respecto, resulta interesante citar un fallo dictado por un Juzgado de Garantía de Concepción, de fecha 16 de septiembre de 2004, recaído en un procedimiento simplificado por delito de hurto falta en grado de tentativa, en que se absuelve al imputado por no existir pena que aplicar, acogiendo las alegaciones esgrimidas por la defensa, pero al mismo tiempo realiza una calificación jurídica de los hechos que compartimos plenamente, pues coinciden con los planteamientos expuestos en estas líneas.

[8] Juzgado de Garantía de Linares. RUC 0400223700-3 RIT 1384-2004 y RUC 0400226437-K RIT 1556-2004, ambas dictadas por Reynaldo Oliva Lagos, juez titular.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De acuerdo al considerando quinto de la mencionada sentencia, se dio por establecido el siguiente hecho: "el día 28 de julio de 2004, a las 20:45 horas". El guardia de seguridad D.C.A. de un supermercado de esta ciudad y agrega textualmente "sorprendió al imputado ocultando en su casaca seis barras de chocolate marca Costa Nuss, avaluadas en la suma total de $6.588 para luego traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de dichas especies, siendo retenido por el guardia de seguridad mencionado, cuando hacía abandono del local por las puertas de acceso principal".

El considerando sexto del mencionado fallo califica los hechos antes descritos como hurto falta en grado de tentativa, ya que "según los antecedentes fundantes del requerimiento, el imputado no completó la acción de apropiación de las especies y éstas no alcanzaron a salir de la esfera de custodia y resguardo que en el caso de este supermercado está constituida no solamente por las cajas de pago y censores de seguridad dispuestos en los accesos, sino también por la actividad de los guardias de seguridad contratados por el dueño del establecimiento comercial para ejercer una efectiva vigilancia y según consta del hecho referido en el requerimiento, el imputado fue retenido por un guardia de seguridad cuando hacía abandono del local por las puertas de acceso principal"[9](sic).

En esta sentencia se deja establecido claramente la característica principal de la tentativa, cual es que la acción, en este caso apropiarse, no alcanza a completarse por una causa independiente de la voluntad del sujeto activo, que fue precisamente la retención por parte del guardia y es por ello que el hurto no se consumó. Además aparece de manifiesto que no existe espacio para ubicar al hurto en grado de frustrado porque si el sujeto hubiere abandonado el local sin ser retenido y hubiera quedado en disposición de la cosa, la apropiación se habría completado y el hurto se habría consumado.

Por otra parte, el fallo revela que el concepto de esfera de resguardo es de carácter abstracto, por lo que debe ser apreciado en el caso concreto como efectivamente lo hizo la juzgadora y lo extendió hasta el espacio en donde el titular puede ejercer las facultades inherentes del dominio especialmente la de disposición. En la situación fáctica el sujeto se encontraba dentro del espacio en que los guardias mantenían su actividad de vigilancia.

En sentido contrario a las decisiones antes citadas, se pronuncia un fallo del Juzgado de Garantía de Chillán, de fecha 13 de septiembre de 2004, que en

[9] Juzgado de Garantía de Concepción. RUC N° 0400231723-4 RIT N° 3.604-2004, pronunciada por Yolanda Méndez Mardones, juez de Garantía de Concepción.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

procedimiento simplificado por hurto falta en grado de frustrado sancionó al imputado a una multa equivalente a media Unidad Tributaria Mensual.

El mencionado fallo en su considerando 7° fundó la aplicación de la sanción en que "la reforma introducida por la Ley N° 19.950 al Código del ramo, que estableció el nuevo artículo 494 bis, previó explícitamente la punibilidad de la figura de falta tentada y frustrada de hurto, exceptuando así la regla general contemplada en el artículo 9 y, si bien es cierto, omitió una expresa mención a la rebaja de grado que incorpora el artículo 51 del texto sancionatorio como norma benéfica para crímenes y simples delitos, lo que llevaría a hacer equivalente la pena aplicable, cualquiera fuere el *iter criminis* en evento de faltas, dicha laguna resulta suplida de modo bastante mediante una analogía integrativa *in bonam partem* o *pro reo,* que permitiría extender tal favorable regla de determinación punitiva también a esta índole de figuras delictivas, lo cual debe ser complementado con el precepto contenido en el artículo 60 inciso 1° del mismo cuerpo legal, que determina la multa como la sanción inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales"[10].

Decidimos citar textualmente el razonamiento del juzgador porque, por una parte, debemos reconocer que con una primera lectura su comprensión resulta difícil y, por la otra, no la compartimos en absoluto.

Parece ser que el fallo sustenta el principio que ante la omisión del legislador de indicar la pena que se asigna al hurto falta en grado tentado y frustrado, significaría que la pena a aplicar sería equivalente a la del hurto falta consumado. Ante tal equivalencia y tomando en cuenta que en los crímenes y simples delitos en etapas imperfectas el legislador contempla la rebaja de grados, le aplica por analogía la misma regla a las faltas cuando se encuentran en grado frustrado o tentado. Interpretación que –en opinión del juez– sería admisible pues beneficia al imputado, ya que de lo contrario se tendría que aplicar la pena del hurto falta consumado que indica el artículo 494 bis del Código Penal.

Al respecto queremos resaltar que cuando el legislador no señala expresamente la pena a aplicar no puede existir sanción pues se infringe el Texto Constitucional. Y no existirá interpretación alguna que pueda ser considerada favorable al imputado, que conlleve a aplicar pena cuando el legislador no lo ha previsto.

Por otra parte, no se debe incurrir en la tentación de aplicar pena tratando

[10] Juzgado de Garantía de Chillán. RUC N° 2.360-2004 RIT N° 30032417-1, dictado por Luis Moisés Aedo Jara, juez titular.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de recurrir a la intención que pudo haber tenido el legislador y que sólo quedó en la mente de los congresistas, pues el principio de legalidad prohíbe la aplicación de sanción por analogía.

Somos de opinión que tampoco en este caso puede recurrirse para fundar la aplicación de la pena de multa al hurto falta en grado de frustrado o tentado a lo prescrito en el artículo 60 inciso 1° del Código Penal, que dispone: "La multa se considera como la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales". La ubicación del artículo 60, en el párrafo 4, titulo III Libro I, bajo el epígrafe "De la aplicación de las penas", y el contenido del artículo 59, del Código del ramo, dejan en evidencia que el inciso 1° del artículo 60 recibirá aplicación en aquellos casos en que luego de aplicar los diversos factores en la determinación de la pena a un caso concreto y por las diversas rebajas de grados previstas por la ley, no exista en la respectiva escala gradual pena a la cual descender. En tal evento, el legislador señala que la inmediatamente inferior es la pena de multa y ello rige para las cinco escalas graduales que consagra el artículo 59. De manera alguna el legislador ha considerado la imposición de la multa para aquellos casos en que lisa y llanamente se omitió la pena aplicable.

La controversia suscitada, acerca de la existencia o no de pena a aplicar al hurto falta tentado o frustrado, continuó su desarrollo en la interposición de un recurso de nulidad en contra de la sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Linares de fecha 16 de agosto de 2004, que había dictado sentencia absolutoria en un procedimiento simplificado por hurto falta frustrado, por no existir pena aplicable en la especie.

El Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la mencionada sentencia, invocando la causal de nulidad prescrita en la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal. Funda el recurso indicando que la sentencia no ha dado cumplimiento en su dictación a lo establecido en el artículo 494 bis del Código Penal, que es clara al señalar que se sancionará también la falta frustrada, lo que constituye una excepción a las reglas generales que indican que las faltas sólo se sancionan cuando se encuentran en grado de consumadas. Se agrega que la expresión "también", de acuerdo a lo que establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es utilizada "para indicar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada". Según el recurrente, ello debe ser interpretado en el sentido que la pena indicada en el artículo 494 bis para el hurto falta consumado debe ser aplicada también en los casos en que se encuentre tentado o frustrado. Sostiene, además, que reafirma esa interpretación el hecho de que no se ha modificado el artículo 51 del Código Penal, pues esa

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

modificación transformaría esta regla de excepción de la sanción de la falta frustrada en una regla general.

Expresa el Ministerio Público que con ello no se infringe el principio de legalidad, pues la descripción del hecho típico y la sanción están expresamente establecidas en la ley.

Finalmente, se indica que debe realizarse una interpretación útil de la disposición y que la dada por el juez de garantía significaría que dicha disposición sería letra muerta, lo que iría en contra de lo que se estableció con la modificación al Código Penal, al sancionar el gran número de faltas que se producían en establecimientos de este tipo, las cuales quedaban impunes, atendida la etapa del *iter criminis* en que se encontraban.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, en fallo de fecha 24 de septiembre de 2004, acogió el recurso de nulidad por dos votos contra uno[11].

El voto de mayoría, en general, acoge las alegaciones invocadas en el recurso y de manera especial se refiere al significado que otorga a la expresión "también" el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que se usa para indicar "igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, significando, además, tanto así".

Que aplicando tal significado la interpretación que debe otorgársele al artículo 494 bis es que sanciona de igual forma y con la pena indicada en el inciso primero de dicha disposición el hurto falta, en cualquiera de los grados en que se ejecute.

En síntesis y recurriendo a elementos de interpretación sistemática, el voto de mayoría sostiene que la expresión "también" utilizada en el inciso final del artículo 494 bis conduce a la equiparación de la penalidad del hurto falta. En otros términos, la pena será siempre la prescrita en el inciso primero de la mencionada disposición, sea que se encuentre en grado consumado, frustrado o tentado.

El voto de minoría sostiene que la expresión "también" que se contiene en el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal, no puede tener otro sentido que señalar que de igual manera se castiga la falta, sea que se encuentre en grado de consumado, de frustrado o tentativa, sin que ello pueda hacerse extensivo a la sanción señalada en el inciso primero de dicho artículo, y menos aplicar el procedimiento sancionatorio del artículo 50 y siguientes del Código Penal.

Del mismo modo, el voto de minoría indica como fundamento que una interpretación extensiva de ese alcance para proteger el bien jurídico significaría un quebrantamiento en las leyes de interpretación y una violación de la prohibición de la analogía. Agrega, que no es posible reparar por vía jurisdiccional los errores de

[11] Causa Rol N° 1.771-2004 Corte de Apelaciones de Talca.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

técnica legislativa, menos aún cuando en materia penal se impone una interpretación estricta, puesto que de otra manera se infringe el principio de legalidad.

La lectura de la sentencia deja de manifiesto que la controversia está lejos de ser zanjada definitivamente e incluso los sentenciadores tanto del voto de mayoría como del de minoría respaldan sus distintas posturas en una misma obra, de un mismo autor, con diferencias de sólo una página, lo que refleja que el punto resulta complejo.

Siendo consecuente con las opiniones que hemos vertido a lo largo de este trabajo, compartimos los fundamentos del voto de minoría, pero deseamos dejar constancia que nos sorprenden los esfuerzos desplegados por el voto de mayoría para arribar a la conclusión no sólo que existe una pena a aplicar tratándose del hurto falta tentado o frustrado sino que, además, exaspera el castigo realizando una equiparación de la penalidad. Olvidó aquí el sentenciador que esto último, cuando el legislador ha querido contemplarlo, lo ha dicho expresamente como sucede por ejemplo con lo dispuesto en los artículos 111 del Código Penal, 24 de la Ley 19.366 que regula las conductas de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y en que se indica expresamente que los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución. En el mismo sentido se puede citar lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 18.314 que determina conductas terroristas y su penalidad, que en su inciso primero dispone que "la tentativa de comisión de un delito terrorista de los contemplados en esta ley será sancionada con la pena mínima señalada por la ley para el delito consumado..."

De manera que una interpretación sistemática de las diversas disposiciones del Ordenamiento Jurídico Penal no es compatible con la conclusión del voto de mayoría, al menos en aquella parte en que equipara la penalidad de las diversas etapas de desarrollo del hurto falta.

De otro lado y aun cuando el fallo no se refiere a este aspecto, somos de opinión que de todas maneras el hurto falta en grado de tentado o frustrado no puede recibir sanción, pues no existe un tipo subordinado en el cual subsumir la conducta.

Al contrario de lo consignado en el considerando segundo de la sentencia que deja establecido que el artículo 7° señala que "son punibles los delitos consumados, frustrados y tentados, define cuando se está frente a alguna de esas alternativas". Ello no corresponde al tenor literal de la referida disposición en que jamás define la falta tentada o frustrada, sino sólo el crimen o simple delito frustrado o tentado.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para que entendiéramos que el tipo subordinado de tentativa o frustración del artículo 7° comprendiera también las faltas, el legislador abría empleado el término delito, como –erradamente– lo dice la sentencia, pero ello no es así, pues lo restringe a los crímenes y simples delitos.

El principio de legalidad universalmente admitido debe ser respetado en todos sus aspectos y bajo toda circunstancia, pues cumple una función garantizadora para todos los ciudadanos. De dicho principio emana, entre otros, la exigencia o mandato del *lex certa* que significa que el legislador debe describir expresamente la conducta prohibida, lo que no ha ocurrido en la especie como se ha indicado precedentemente.

Emanación también del principio de reserva es la exigencia del *lex stricta* que implica la prohibición de la analogía por parte de los jueces.

El acatamiento al principio de legalidad debe mantenerse, aun cuando un hecho que pudiere ser merecedor de reproche quede sin sanción, pues es preferible asumir dicho costo con tal que los ciudadanos estén a cubierto de la arbitrariedad y dispongan de la seguridad jurídica. Como bien lo señalaba el maestro Mezger "las puertas de la cárcel sólo las abre la ley".

Así las cosas, se puede concluir que el hurto falta tentado (y frustrado) no puede recibir sanción pues, por una parte, no existe un tipo subordinado en el cual pueda ser subsumido, y por ello se infringiría el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política del Estado, que prescribe: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sancione esté expresamente descrita en ella" y, por la otra, no existe pena aplicable, con lo cual no se daría cumplimiento al artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Carta Fundamental, que indica: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

En otros términos, en nuestra opinión, el artículo 494 bis inciso final vulnera el principio de legalidad, tanto en su aspecto *nullum crimen,* como *nulla poena sine lege.*

Por estas razones es que al comenzar este trabajo hicimos la afirmación que la Ley 19.950, en lo que respecta a la punibilidad del hurto falta tentado y frustrado, había nacido sin vida o al menos en estado agónico.

VI. LA REITERACION DE HURTOS FALTAS

La Ley 19.950 modificó también el artículo 451 del Código Penal que regula la reiteración de hurtos a una misma persona o cuando se han cometido en

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

un mismo lugar a distintas personas. La nueva normativa hace aplicable la mencionada disposición a la reiteración de hurtos faltas.

El artículo 451 del Código Penal queda actualmente redactado de la siguiente forma: "En los casos de reiteración de hurtos, aunque se trate de faltas, a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar el tribunal calificará el ilícito y hará la regulación de la pena tomando por base el importe total de los objetos sustraídos, y la impondrán al delincuente en su grado superior.

Esta regla es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 447".

La doctrina es unánime en sostener que esta disposición constituye un caso especial de concurso material de delitos, cuyo ámbito de aplicación está circunscrito a que los varios hurtos hayan tenido como víctima a una misma persona o bien que hayan sido ejecutados en idéntico lugar o recinto, siendo las víctimas diversas personas.

La regla de punibilidad que se prescribe para tales casos es que se sumará el valor de los objetos sustraídos y se impondrá la pena que corresponda en su grado superior como si fuera una sola infracción.

Cuando se trate de reiteración de hurtos faltas, cuyo importe total no exceda de media unidad tributaria mensual, esta disposición recibirá plena aplicación, por cuanto el artículo 494 bis establece como pena, además de la multa, prisión en su grado mínimo a medio, es decir, ella consta de más de un grado. Luego debe imponerla en su grado superior, en este caso, prisión en su grado máximo más la sanción pecuniaria.

La dificultad se presentará cuando el importe total exceda de media unidad tributaria mensual, ya que en tal caso se ingresará al marco penal establecido en el artículo 446 del Código Penal, que en sus numerales 2° y 3° estipulan como pena privativa de libertad un solo grado, de forma que en tales casos la regla del artículo 451 no podría recibir aplicación ya que el mandato legal es imponerla en su grado superior y no que la aumentará en un grado.

Antes de la dictación de la Ley 19.950, la doctrina ya había reparado en este aspecto, siendo mayoritariamente de opinión que si la pena constaba de un solo grado la regla del artículo 451 resultaba ineficaz[12].

Aisladamente se ha postulado la tesis que en los casos en que la sanción conste de un solo grado, se cumpliría la regla aplicando la parte alta de la pena,

[12] En este sentido, Alfredo Etcheberry O. *Derecho Penal.* Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición. Año 1997, pág. 361. Igual opinión Mario Garrido M. *Nociones fundamentales de la teoría del delito.* Editorial Jurídica de Chile. 1ª edición. Año 1992, pág. 347.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

procediendo a determinar para tales efectos el mínimum y el máximum e imponiendo esta última. Se invoca para ello una interpretación pro reo.

A este respecto, no se debe olvidar que el artículo 451 es un caso de concurso material tratado con mayor benignidad y ello es fundamental al momento de decidir su aplicación. Si no existiera esta regla particular, la reiteración de hurtos faltas debería sancionarse de conformidad a lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal o del artículo 397 del Código Procesal Penal, en su caso, que a su vez hace aplicable a la reiteración de falta de una misma especie, en lo que correspondiere, las reglas contenidas en el artículo 351 del mismo Código.

Con todo, somos de opinión que en caso de ser más favorable al imputado la aplicación de la regla general del artículo 74 del Código Penal que consagra el principio de acumulación material o aritmética de las penas, debe optarse por ella, pues las restantes disposiciones han sido todas concebidas con el objetivo de aminorar el excesivo castigo que podría derivarse de la pluralidad de delitos. Si tal finalidad no se cumple, en el caso concreto, no deben recibir aplicación.

VII. SITUACIONES ESPECIALES DE AGRAVACION EN EL HURTO FALTA

El artículo 494 bis del Código Penal agregado por la Ley 19.950 contempla dos situaciones particulares en las cuales se aumentará el reproche por la comisión del hurto falta y ellas son:

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

Además de los reparos propios a los cuales se encuentra sometida esta agravante por estimarse que conlleva un cierto atentado al principio *non bis in idem,* se agrega un nuevo inconveniente porque el legislador nada dice respecto al plazo de prescripción, dejando un vacío inaceptable. El artículo 104 del Código Penal sólo regula esta materia tratándose de crímenes y simples delitos.

2. También existe una mayor penalidad 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 éstos se hubieren prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

Esta es una disposición análoga a la prescrita en el artículo 72 inciso segundo del Código Penal, de manera que los problemas de interpretación que pudieren presentarse en la práctica deberán resolverse con criterios similares.

Artículo: Análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por Ley N° 19.950
Revista: Nº213, año LXXI (En-Jun, 2003)
Autor: Juana Sanhueza Romero

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

VIII. CONCLUSIONES FINALES

Dado que en cada uno de los tópicos analizados procuramos dejar constancia de nuestras observaciones y posturas personales, sólo nos queda una última aseveración. Estamos en presencia de uno de los textos legales más defectuosos que nos haya correspondido examinar en los últimos años y por tal razón abogamos por su derogación.

Creemos que nuestro Código Penal, que ha sido objeto de innumerables modificaciones a través de los años, muchas de ellas originadas en situaciones coyunturales, ya no responde a las exigencias actuales ni mucho menos a los principios imperantes en el derecho penal moderno.

La lentitud inexplicable en una nueva codificación constituye un serio obstáculo en el desarrollo del nuevo proceso penal y no se compadece con las expectativas que se crearon al momento de presentar una transformación tan profunda al enjuiciamiento criminal.