

05

MARC 383
RU 90628

MAG
A475e
2012



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
PROGRAMA DE MAGÍSTER EN DERECHO (*LEGUM MAGISTER*)



Es posible la frustración en el delito de hurto con especial referencia al hurto como falta.

Tesis para optar al grado de Magister en Derecho (*Legum Magister*),
mención Derecho y Procesos Penales



Autor: Ingrid Jeannette del Carmen Alvial Figueroa

Profesor Guía: Dr. José Luis Guzmán Dálbora

Entrega: Marzo 2012

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
--------------------	---

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN EN GENERAL

1. Generalidades sobre el <i>iter criminis</i> y el proceso ejecutivo del delito	5
2. Resoluciones manifestadas	6
3. Delito putativo	10
4. La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.....	12
5. Teorías objetivas	13
6. Teorías subjetivas	16
7. Teorías afirmativas	17
8. Teorías negativas	20
9. Teorías de la tripartición de los actos externos.....	21
10. La distinción entre tentativa y frustración, su desaparición en el derecho comparado, su subsistencia en Chile.....	21
11. Concepto de tentativa	23
12. Elementos de la tentativa y teorías	24
13. Desistimiento de la tentativa	27
14. Frustración.....	28
15. Subsistencia de la frustración.....	30

CAPÍTULO II: MOMENTO CONSUMATIVO Y TENTATIVA EN EL DELITO DE HURTO.

1. El núcleo del tipo en los Derechos chileno y extranjero: relevancia de la cuestión ...	36
2. Panorama de las doctrinas o teorías sobre el momento consumativo del hurto	40
3. Factibilidad de la tentativa (en general y en Chile en particular.)	44
4. El problema de la frustración.....	47

CAPÍTULO III: LA PUNICION DEL DELITO IMPERFECTO EN EL HURTO COMO FALTA SEGUN EL CODIGO PENAL CHILENO.

5. La atipicidad del conato en las faltas del Código penal	55
6. Primera reforma al hurto como falta. Problemas	61
7. Segunda reforma al hurto como falta. Problemas.....	68

CONCLUSIONES.....	75
--------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	78
--------------------------	-----------

INTRODUCCION

En una sociedad en la que rige el Estado de Derecho, se exige el respeto a los derechos fundamentales, por lo que es imprescindible adecuar el ordenamiento jurídico de manera que éste refleje la evolución que experimenta la sociedad y, en este punto en especial, resguardar la observancia de los principios de igualdad, proporcionalidad y legalidad.

En nuestro tiempo, el desarrollo tecnológico ha transformado casi todas las actividades que el ser humano realiza. Es así, como la forma de desarrollar el comercio dista mucho de la que se tuvo a la vista en 1874 al momento de legislar respecto del delito de hurto, sin imaginar su masificación y el modo como se concretan actualmente las ventas de los diversos productos que el mercado pone a disposición del consumidor. Todo este procedimiento ha sufrido una transformación que no ha ido de la mano con la necesaria adecuación del Derecho penal.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, el presente trabajo trata un delito de común ocurrencia en nuestro sistema penal, donde la discusión de las penas se ha centrado en alcances económicos y políticos, alejándose del espíritu del Derecho penal de *última ratio*, dejando de lado el estudio de la Dogmática penal y el respeto a principios básicos que rigen esta materia.

Se analiza en el capítulo primero el problema de la distinción entre tentativa y frustración, partiendo por las generalidades en relación al *iter criminis* y el proceso ejecutivo del delito, es decir, el camino que sigue el delito desde que nace en la mente del autor hasta que es observable a través de un acto externo que tiene diferentes grados de ejecución, llegando a la etapa en que se permite al legislador establecer una sanción y considerando las situaciones excepcionales que se presentan.

Para lo anterior, se diferencia entre actos preparatorios y actos de ejecución, concluyendo con la distinción entre tentativa y frustración, la subsistencia de ésta en Chile y su desaparición en el Derecho comparado.

En el capítulo segundo se aborda el momento consumativo y la tentativa en el hurto, para lo cual se desarrolla el núcleo del tipo en los Derechos chileno y extranjero, señalando la relevancia de la cuestión, dado que ésta va en directa relación con el proceso ejecutivo del delito, ampliándolo o restringiéndolo. Se mencionan también, las doctrinas existentes sobre el momento consumativo del hurto, la factibilidad de la tentativa en general, y en especial, en Chile, concluyendo con el problema de la frustración, haciendo presente que, en las legislaciones más modernas, ya no se habla de delito frustrado, sino sólo de tentativa acabada e inacabada, abarcando esta última el concepto de frustración

Finalmente, el capítulo tercero trata el desarrollo de la punición del delito imperfecto en el hurto como falta y la atipicidad del conato, según el Código penal chileno. Analiza las reformas que se ha realizado en esta materia y los problemas que éstas han generado.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN EN GENERAL

1. Generalidades sobre el *iter criminis* y el proceso ejecutivo del delito.

Desde que nace en la mente del autor la idea de cometer un delito hasta que el autor consigue su propósito se atraviesa una serie de etapas que se conocen bajo la denominación de *iter criminis*. Es así que concebida la idea criminal, previo análisis de lo favorable o adverso, o sin este análisis, se toma la decisión de realizar la acción punible y se pone en práctica hasta llegar a la consumación sin que sea necesario que el sujeto haya llegado a la fase de agotamiento del delito, esto es, la consecución ulterior de su propósito.

Esta secuencia o camino que recorre el delito desde que nace o surge en el fuero interno del sujeto y que continúa con una fase externa que es observable por el resto de las personas es lo que se denomina *iter criminis*, que en nuestra legislación se encuentra regulado en los artículos 7º, 8º y 9º del Código penal.

El Código penal define el delito señalando que: “*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”.

Esta acción que surge en la mente del autor tiene una trayectoria, un camino que comienza con una fase interna, donde se elabora el plan, los medios y el fin del mismo. Mientras permanezca en esta fase interna no es punible. Con posterioridad se da pie a la fase externa, donde el sujeto da inicio a la acción punible, distinguiéndose la tentativa, frustración, consumación y el agotamiento del delito, observándose una etapa intermedia entre la fase interna y externa donde se encuentran lo que se ha denominado resoluciones manifestadas y el delito putativo. En las resoluciones manifestadas se encuentran la conspiración, la provocación y la proposición.

El "iter criminis" supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación al agotamiento" ¹.

La fase interna será tal mientras el delito esté confinado en la mente del autor y no se exprese exteriormente. La fase externa, por el contrario, se manifiesta, sale a la luz por actos incluso de preparación.

La fase interna se rige por el principio *cogitationem poena nemo patitur*, no se puede castigar penalmente toda vez que las ideas no delinquen, lo anterior, entre otras razones, porque estos actos constituidos por la deliberación interna, en relación a lo favorable o desfavorable, y la resolución de voluntad destinada a iniciar una acción típica, antijurídica y culpable, son impunes, ya que se trata de actos difícilmente captables, perceptibles de modo tal que para acreditarlos se debería recurrir a formas o procedimientos que exceden un Estado de Derecho. Además, la voluntad criminal se expresa en la acción misma.

En principio, pues, los actos que están incluidos en esta fase interna no se sancionan, existiendo las siguientes excepciones:

- a. Las resoluciones manifestadas y
- b. El delito putativo.

2. Resoluciones manifestadas.

La resolución manifestada se da en la hipótesis en que aquel que decide cometer un delito, aun cuando sin realizar ningún acto material destinado a su consumación, expresa a otro u otros, de palabra o por escrito, ese propósito delictivo.

¹ Frías Caballero, *El proceso ejecutivo del delito*. Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 17.

Acorde a lo ya expuesto, en torno a que las ideas no delinquen y por ende no son punibles, no correspondería aplicar sanción. Sin embargo, el Derecho penal ingresa en esta etapa dado que esta acción verbal, que da cuenta de una determinación delictiva, puede conllevar la pérdida de una situación de seguridad, paz o tranquilidad individual o colectiva, razón por la cual el legislador, dado que el bien jurídico afectado es digno de protección, adelanta su sistema punitivo hacia un hecho que no tiene una existencia física material, pero que sale fuera del mero pensamiento del autor.

“En puridad no existen más de dos fases, pero estudiándola concienzudamente, interfieren entre ellas, como ya dijimos, otras dos: la resolución manifestada y el delito putativo. En la primera no existe todavía la fase externa, porque no se trata de actos materiales; mas que la acción son expresivas de resolución (proposición, conspiración, provocación)”².

Cabe hacer una distinción entre las resoluciones manifestadas de otras figuras sancionadas penalmente por razones especiales y en determinadas circunstancias, las expresiones verbales o escritas que haga un individuo en ilícitos como la injuria, calumnia, falso testimonio, entre otros.

En estos ilícitos la conducta del sujeto activo está constituida por la palabra verbal o escrita, constituyendo ésta, por sí misma, la conducta típica, lo que no ocurre en la resolución manifestada donde la expresión dice relación con un delito que el sujeto quiere cometer.

Cuando se habla respecto de la punición de las ideas se llega a un campo penal y se ingresa también a un campo político. Es así como Rossi afirmaba: *“El pensamiento es libre;*

² *Ibidem.*

*escapa a la acción material del hombre, podría ser criminal; pero no podrá ser encadenado”*³. Político, ya que a través de la teoría de la punibilidad de las ideas se expresa que se ha tratado de matar la libertad de pensamiento, lo que reviste gravedad y debe evitarse por todos los medios.

Las resoluciones manifestadas sólo podrán sancionarse en aquellas situaciones en que se aprecie la objetividad jurídica infringida en concreto. Por lo que el límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifestada, toda otra postura que se adopte entra en el campo de lo político.

La manifestación de voluntad parte de la base que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto de voluntad, no un acto en el sentido estrictamente jurídico.

Al hablar de resoluciones manifestadas se mencionan como tales la proposición y la conspiración, que se caracterizan por que él o los sujetos que intervienen han tomado la decisión de cometer un delito y lo dan a conocer a otra u otras personas. Se da entonces algo más que la pura fase interna, toda vez que se comunica su intención a un tercero, pero menos que la fase externa, ya que no se ha llevado a la práctica ningún hecho externo que lleve a la ejecución del ilícito que se ha decidido cometer.

La proposición y conspiración no son actos preparatorios, toda vez que éstos son actos externos y materiales, en cambio las referidas resoluciones manifestadas son verbales. Se distinguen además de la tentativa ya que no entran en el núcleo del tipo y tampoco constituyen un delito “sui generis”, pues en la mayor parte de los casos falta la infracción a la objetividad jurídica.

· Éstas sobrepasan a una fase interna, pues la decisión ha sido comunicada a otros, pero no constituyen una fase externa toda vez que no se ha puesto por obra hechos externos

³ Ídem, pág. 21.

tendientes al ilícito cuya ejecución se ha determinado.

Según lo dispone nuestro Código penal en su art. 8, existe proposición “*cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otro u otras personas*”, y conspiración, “*cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del crimen o simple delito*”. Estos ilícitos se sancionan en forma excepcional.

En ambos casos se da en común una decisión del sujeto de cometer el delito no existiendo ningún otro acto material externo que implique la realización del ilícito, se excede la fase interna toda vez que esta decisión delictiva se comunica a otro u otros sujetos, pero no se llega aún a una fase externa.

Requisito es la determinación de cometer un delito, comunicándolo a otro u otros, el ánimo debe existir en el que propone y esta proposición debe ser acogida por una o más personas, en el caso de la conspiración. El art. 8 del Código penal, en su inciso final, habla de la delación y el desistimiento, los cuales revisten el carácter de eximentes de responsabilidad.

El Código penal argentino habla de instigación, en el Código español se habla de excitación, apología, amenazas y provocación.

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Para el Código español, es apología “*la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen a su autor*”⁴.

⁴ Cerezo Mir, *Derecho penal*. Parte general. Editorial B de F, Montevideo, 2008, pág. 905.

3. Delito putativo.

Con este término se definen situaciones en que un sujeto realiza una conducta que él cree constituye un delito, pero esto no es así, toda vez que la misma es lícita. Suele decirse que en este caso estamos en presencia de una especie de error de prohibición al revés. En definitiva, la conducta no se sanciona porque no es delito.

“En el llamado delito putativo hay actos externos, no constitutivos de preparación ni de tentativa, que expresan una resolución no inculparable por no corresponder a un tipo penal”⁵.

En el delito putativo el autor expresa a través de una acción su pensamiento. Él estima que es delictiva, pero no es así ya que no corresponde al tipo o carece de objeto o de idoneidad para la ejecución, se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la fase externa.

Se habla de delito putativo en los siguientes casos:

- Delito putativo en el cual falta el objeto constitutivo de delito. El acto ejecutivo no existe por faltar el objetivo jurídico descrito en el tipo.
- Delito putativo por inidoneidad del medio.
- Delito putativo por inidoneidad del objeto.

En los casos de delito putativo por inidoneidad del medio o el objeto se habla de un delito imposible.

- Delito putativo cuando toda la trama del ilícito es engañosa, no real; por ende, no es subsumible en un tipo legal, por ejemplo: delitos que nacen de la intervención de un agente provocador.

⁵ Frías Caballero, op.cit., cfr. Pág. 35.

- El verdadero delito putativo es el que se denomina error al revés (Binding), aquel en que, al contrario del error de prohibición, existe la creencia de que el acto esta incriminado en la ley.

El sujeto considera que su conducta no es aceptada por la legislación vigente. Se sostiene que no es posible sancionar estas conductas toda vez que no transgreden la norma impuesta por el legislador. Excepcionalmente, hay quienes piensan que debe sancionarse el delito putativo, arribando a esta conclusión mediante la aplicación de un criterio subjetivo, de castigo de la mala voluntad.

En algunas legislaciones se denomina delito imposible el caso en que falta el requisito de idoneidad de la acción, lo que es discutible ya que la doctrina tradicional, por el contrario, habla de tentativa inidónea.

El llamado delito putativo no es en realidad una especie de delito, sino un no delito, por existir solamente en la cabeza del individuo que actuó, por lo que también se denomina imaginario.

Se distingue entre delito putativo por error de prohibición y delito putativo por error de tipo. En el primer caso, el agente considera equivocadamente que la conducta por él realizada es prohibida por una disposición legal; en la segundo caso se pueden presentar tres hipótesis: cuando falta uno de los elementos esenciales del delito, que la conducta desplegada por el agente se encuadra dentro de las causales de justificación y finalmente cuando el autor del hecho supone que posee las cualidades exigidas para la existencia de un delito especial.

4. La distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Se distingue entre delito consumado y las etapas anteriores y, en estas últimas, los llamados actos preparatorios y los actos de ejecución. Los actos de ejecución serían la tentativa y frustración, que normalmente son punibles.

Así como la fase interna es impune, es decir, se excluye sanción, lo mismo acontece en relación a algunos actos que son externos y no obstante su realización por el sujeto activo del delito, no se sancionan, denominándolos actos preparatorios. Esta distinción deriva de que algunos están más cerca o alejados de la consumación y que no pueden ser vinculados con el delito que se intenta cometer.

Es así como sólo aquellos hechos externos que constituyen manifestación del objetivo del propósito delictivo por actos directos vinculados en su materialidad con el delito, pueden ser penados como tentativa.

La tentativa constituye el límite a partir del cual empieza la función sancionadora del Estado. Al respecto, iniciada la acción, cabe distinguir qué tipo de acción es la que estando en el límite puede ser sancionada. Aquí hay que distinguir dos tipos de actos: actos preparatorios y actos de ejecución o actos ejecutivos. Los primeros quedarían impunes, ya que se trata de actos que aunque dicen relación con la realización de la conducta típica, no se encuentran vinculados directamente con ella; no así los actos ejecutivos, que se sancionan y marcan el comienzo del campo de punibilidad, penal toda vez que llevarían una vinculación directa con la conducta delictiva.

El establecer si la conducta reviste el carácter de acto preparatorio o ejecutivo es una de las materias más complejas, sobre todo cuando el análisis se realiza desde la acción concreta desplegada.

Existen también posiciones que señalan que sería imposible distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos, según se verá a continuación. Para aquellos que piensan que existe una forma de distinguirlo se han creado diversas teorías tendientes a clarificar esta distinción, existiendo al respecto la siguiente clasificación.

- Teorías objetivas
- Teorías subjetivas

5. Teorías objetivas.

En las teorías objetivas no se considera la voluntad del autor. Ellas basan su análisis en lo que se habría realizado en la materialidad del acto en sí mismo como suceso causal, estudiando si la conducta desplegada por el sujeto puede definirse como acto ejecutivo o preparatorio de ese delito prescindiendo del referido propósito.

Para Beling, el análisis debe realizarse en forma abstracta y general desde el punto de vista de la estructura del tipo. Así, el concepto de tentativa no es el mismo para todo tipo penal, sino que se colige de la acción descrita por el mismo entendiéndola en su natural sentido. Este sistema se critica por cuanto restringe el concepto de tentativa acercándolo al de consumación y existiría tentativa solo en los tipos complejos.

Frank, a fin de salvar estas críticas de la doctrina anterior, amplía el concepto de acto ejecutivo a aquellos que sin ser tales, de acuerdo a la descripción típica, aparecen acordes con la concepción natural de la actividad incorporados a la acción.

Posteriormente, complementado la teoría de Frank, se indicó que constituye acto de tentativa el que está en situación de proximidad temporal y espacial con el resultado, o sea, con la puesta en riesgo del bien protegido.

Carrara postula que es acto ejecutivo aquel cuya naturaleza es unívoca, es decir, aquellos que por su naturaleza conducen sin duda a un acto criminoso, siendo preparatorios

los actos equívocos, es decir, aquellos que analizados en su objetividad pueden o no estar dirigidos al acto típico. Se le critica dado que los actos unívocos serían casi inexistentes.

Atendida la crítica, se subjetiviza la doctrina recurriendo al propósito del autor. Así, se distingue entre actos absolutamente equívocos y actos relativamente equívocos. Los primeros son aquellos que, aun observados con todas las circunstancias concurrentes, no dicen relación alguna con el tipo; en cambio los segundos observados en su contexto constituyen tentativa de delito.

Carrara dejó de lado esta tesis y formula la tesis del ataque a la esfera jurídica de la víctima. La conducta sería una tentativa cuando el ataque alcanza al sujeto pasivo del delito, esto es la persona o cosa en contra de la cual se dirige la acción ⁶. *“Son actos preparatorios, aquellos que se agotan o detienen dentro de la esfera del sujeto activo, sea primario, sea secundario, sin desarrollar su acción sobre el sujeto pasivo, bien del atentado, bien de la consumación. Tal la compra del veneno, la adquisición del arma, la búsqueda del lugar.*

Son actos ejecutivos, todos aquellos que penetren en la esfera del sujeto pasivo del atentado: derribar la puerta, introducir la llave, sin tocar al sujeto pasivo de la consumación.

Son, por último, actos consumativos, aquellos que penetran en la esfera del sujeto pasivo de la consumación: cosa o persona a la que va dirigida la acción criminal”.

Carrara, reconociendo las fallas de la doctrina de la univocidad, en especial las dificultades prácticas que se presentan en relación a la ejecución de los delitos contra el patrimonio (hurto, robo, etc.), formula una nueva doctrina basado en la dirección objetiva

⁶ Frías Caballero. op. cit., cfr. pág. 122.

de los actos ejecutivos hacia un delito determinado, por el criterio espacial referente a la extensión de la conducta entre los diferentes sujetos del delito. Así señala “pero, en general, a propósito de la inidoneidad debe distinguirse entre el sujeto pasivo de la tentativa y el sujeto pasivo de la consumación”. “Es sujeto pasivo de la consumación la cosa o persona sobre la cual debía recaer el acto consumativo de la acción criminosa. Todas las demás cosas o personas sobre las cuales el culpable, debido a la naturaleza del hecho, tenga que ejercitar ciertos actos como medio para lograr después la realización de otros actos sobre el sujeto pasivo de la consumación, son sujeto pasivo de la tentativa”⁷. “El criterio constante y seguro para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos y de los consumativos, creo haberlo aclarado de una manera apodíctica en mi escrito intitulado *Sinopsi della teorica del conato*, que está reproducido en la página 121 del libro que intitulé *Pensieri sul progetto del Codice penale italiano*, 3° ed., Canovetti, 1878. Este criterio se debe buscar en el *sujeto pasivo de los actos externos* que se quieren definir. Cuando éstos recaen sobre el *sujeto activo*, primario o secundario, del delito, son actos preparatorios; y cuando inciden sobre el *sujeto pasivo* de la tentativa, son *actos ejecutivos*. Cuando recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, son *actos consumativos*. La primera serie no presenta elementos de punibilidad, en tanto que la segunda serie es punible como tentativa remota; y sólo la tercera es punible como tentativa próxima”⁸.

Carrara desarrolla con amplitud los puntos de vista de su teoría en *Atti Preparatorii, en Reminiscenze di Cattedra a Foro*. Distingue en sus obras el sujeto, del objeto del delito. El último es siempre violación de la ley. Así, son actos consumativos los que caen en la cosa o persona a la que va dirigida la acción criminal, esto es el sujeto pasivo de la consumación.

⁷ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*. Parte general. Editorial Temis, Bogotá, tomo I, 1956, pág. 252.

⁸ Ídem, pág. 268.

6. Teorías subjetivas

En las teorías subjetivas se pone énfasis en la finalidad del agente como antecedente relevante para diferenciar el acto preparatorio del acto ejecutivo. Por lo anterior, hay que recurrir al propósito, a la intención que el sujeto tenía en mente para concretar. Conocido lo anterior, se indaga si, acorde al plan del autor, la conducta desplegada por éste queda dentro de la descripción del tipo.

Se critica esta teoría por ser muy extensiva; cualquier acto, incluso de carácter preparatorio, podría ser contenido en el concepto de tentativa.

De esta doctrina surge una variante, que implica recurrir al propósito delictivo del autor y a la previa determinación de su plan. Conocido el plan, es analizado el comportamiento incompleto del sujeto y se determina si queda o no comprendido dentro del tipo penal.

Finalmente, la teoría expuesta por Jakobs, tendencia funcionalista del Derecho penal que, en relación a la tentativa, adhiere a la llamada “teoría de la expresión” y habla de rebeldía en contra de la norma, por lo que tanto la tentativa y la consumación implican una infracción al mandato jurídico inherente a la norma, la pena de uno y otra radica en la intensidad de la infracción.

Si bien se ha señalado que los actos preparatorios son impunes, también existen partidarios de sancionar dichos actos. Así sucede en la doctrina alemana.

Otros partidarios de esta tesis son los siguientes autores: el alemán Mittermaier, Tissot de nacionalidad belga y al italiano Rafael Garofalo

Los positivistas italianos analizan la situación desde la perspectiva subjetiva de la peligrosidad. Ellos, desde el análisis del caso práctico, lo resuelven sin llegar a dar reglas. Desde el punto de vista de la Escuela positiva debe determinarse si el sujeto es un criminal

insensible a los castigos y la opinión pública, pudiéndose asegurar que no habría desistido de su propósito. Para esta Escuela la acción tiene una significación sintomática.

Las teorías que afirman o niegan la diferencia entre preparación y ejecución se dividen en tres grupos: teorías afirmativas, teorías negativas y teoría de la tripartición de los actos externos.

7. Teorías afirmativas

Aquí encontramos las siguientes:

- Teoría cronológica: debe tenerse en consideración la mayor proximidad o lejanía entre el acto y el resultado.
- Teoría de la univocidad: expuesta por Cargmignami y después por Carrara, entre otros, señala que si el acto conduce en forma inequívoca al ilícito es de ejecución, si el mismo es equívoco, es preparatorio.
- Teoría del acto en relación al sujeto primario o secundario y del sujeto pasivo. La adoptó Carrara en remplazo de la anterior y dice relación con la afectación a la víctima directamente, en cuyo caso sería ejecutivo.
- Teoría casuística formulada por Zacharie, describe diversas hipótesis que estima constituyen actos preparatorios, por ejemplo, los que tienen por objeto impedir el descubrimiento del delito y asegurar al agente el provecho que espera obtener.
- Teoría de la posibilidad del desistimiento desarrollada por Rossi, distingue cuando el agente está en condiciones de expresar “no quiero comenzar”, estamos ante una conducta preparatoria, y si se dice “quiero cesar”, la conducta sería ejecutiva.
- Teoría psicológica, presentada por Buri, en que la diferencia radica en el supuesto psicológico, analiza el hecho y las circunstancias psicológicas no negadas por circunstancias individuales del autor, quien continuará con su plan delictivo hasta que se interponga un obstáculo inesperado.

- Teoría de la evaluación subjetiva, representada por G. E. Otto. El acto sería preparatorio cuando expresa una voluntad posible, y ejecutivo, cuando expresa una voluntad exteriorizada.
- Teoría de la causalidad, formulada en Alemania por Binding. Afirma que es ejecutiva cuando es acción causal del tipo descrito en la norma penal, y no lo es la acción preparatoria. Agrega que pueden transformarse estos actos preparatorios en una ayuda pero nunca en la conducta del autor.
- Teoría formal basada fundamentalmente en el tipo de Beling. Exige que el acto ejecutivo penetre en el tipo. Los demás son sólo preparatorios. *“La preocupación de Beling por mantener la pureza de su concepción se advierte, sobre todo, en el esfuerzo que despliega a fin de formalizar por completo la solución. La inclusión del acto en el esquema típico se traduce, prácticamente, en una indagación gramatical”*⁹.

Para Beling, lo primero es el examen del “núcleo del tipo”, que se expresa en el verbo activo empleado por la ley. Así, hay principio de ejecución en el delito de hurto, por ejemplo, cuando “se principia a apoderarse”. Es así como, la cuestión del principio de ejecución debe ser resuelta separadamente para cada tipo delictivo.

*“BELING es el primero en puntualizar que el principio de ejecución a que alude la ley alemana - como la chilena - “lo es de la acción típica.” “En cambio, BELING sostiene que la relación entre el acto y el tipo se ha de examinar en abstracto”*¹⁰.

- *“BELING carga el acento sobre el elemento típico de la acción cuya fundamental importancia estriba en concretar dentro de la definición técnica el*

⁹ Cury Urzúa, *Tentativa y delito frustrado*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977, pág. 33.

¹⁰ Cury Urzúa, *Derecho penal*. Parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 1982, pág. 553.

- ... principio legalista que consagra la Constitución Nacional en su art. 29: “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*”. No hay, pues, de conformidad a esta exigencia que realiza así una garantía liberal, acción criminal culpable y antijurídica y por consecuencia punible, si ella no es subsumible a un tipo, es decir, si ella no ha sido objeto en la ley de una específica descripción objetiva y “acuñada” en un *Typus*. De ahí surge la tipicidad como característica común a todo el derecho penal moderno” ¹¹.
- Teoría material, expuesta por M. E. Mayer. Los actos ejecutivos serían sólo aquellos que atacan el bien jurídico protegido. “*Del criterio formal hay que acudir al criterio objetivo. Acciones de ejecución son aquellas que significan un ataque al bien jurídico; la primera acción de ataque es el principio de ejecución. Las acciones preparatorias no importan un ataque, dejan el estado pacífico del bien jurídico sin alterar*” ¹².
 - Teoría mixta, analiza el ataque del bien jurídico protegido e ingreso en el núcleo del tipo de la conducta desplegada por el autor.
 - Teoría teleológica expuesta por un reducido número de autores alemanes, quienes expresan que la interpretación debe ser teleológica y no lógico formal, y así hay que resolver también este problema.
 - Teoría de la cuestión de hecho. La diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos se reduce a un cuestión de hecho, que debe resolverse únicamente considerando la esencia de la cosa.
 - Endoso a la ley del arduo problema. Expone que es aconsejable que sea el legislador quien resuelva el problema de modo expreso.
 - Teoría de la pérdida del control del acto. Teoría anglosajona según la cual el autor pierde el control del acto llegando el resultado a ser una cuestión física y no de volición.

¹¹ Frías Caballero, op. cit., pág. 131.

¹² Mayer, *Derecho penal*, Parte general. Traductor Sergio Politoff L., Editorial B de F. Montevideo, 2007, pág. 437.

- Teoría de la planeación. Pretende crear una solución unitaria a través de la creación de un modelo de acto fallido.

8. Teorías Negativas.

Existe un número de autores, entre los que se cuentan Cargmignani y Rossi, que expresan la imposibilidad de realizar la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, indicando que el problema sería parecido a lo que se denomina “la cuadratura del círculo.”

Al respecto Massari expresa “que *la diferencia entre acto ejecutivo y acto preparatorio no da más que resultados negativos, ya que la distinción es imposible y empírica*”¹³.

El Código penal italiano del año 1930, en su artículo 56, elimina el requisito del comienzo de ejecución y, por lo tanto, no se distingue actos preparatorios, por lo cual cabe la posibilidad de que queden incluidos en la tentativa. Así también lo han expresado numerosas sentencias de la Casación Italiana.

Mención aparte debe realizarse de quienes consideran innecesario (o imposible) distinguir entre actos de preparación y ejecución, distinguiendo a través de otra fórmulas, por ejemplo, actos punibles y no punibles.

¹³Jiménez de Asúa. *Tratado de Derecho Penal*. Publicados, 7 vols. Editorial Losada. S.A., Buenos Aires, tomo VII, 1970, pág. 339.

9. Teoría de la tripartición de los actos externos.

Tiene como exponentes a Rossi y Carrara, quienes sostienen en lo fundamental que existiría una tercera clase de actos que no cabrían en la definición de preparatorios ni ejecutivos. Petrocelli habla de esta tercera categoría que define como actos iniciales, intentando demostrar que su tripartición es distinta de la de Carrara. Estos actos iniciales se hallan entre los actos preparatorios y ejecutivos y deben ser exactamente caracterizados.

En Francia, Garçon expresa la existencia de ciertos hechos claramente preparatorios, que si bien tienden al delito, están aún alejados de él, lo enuncian pero no lo realizan; otros serán ciertamente actos de ejecución del delito mismo, que para constituir tentativa deben cumplir con las siguientes condiciones: que tiendan directamente al delito y que sean realizados con intención de ejecutar ese delito.

10. La distinción de tentativa y frustración, su desaparición en el derecho comparado, su subsistencia en Chile.

Transcurrida esta fase interna, le sigue una fase externa donde se distingue la tentativa, frustración y consumación como grados de desarrollo del delito, grados de ejecución de un único tipo llegando finalmente al agotamiento del delito. Nuestro Código penal hace referencia a estos grados, no así al agotamiento del delito.

Esta diferencia surge en la faz objetiva, ya que en el plano subjetivo no existe diferencia y los tres estadios necesitan la existencia de dolo. La culpa no puede darse en el grado de tentativa, no existiendo tentativa de un cuasidelito, el cual se sanciona sólo en grado de consumado.

Según nuestro Código penal hay tentativa cuando *“el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno a mas para su complemento”*.

Hay frustración *“cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”*.

Consumado está el delito que cumple con todas las condiciones subjetivas y objetivas enumeradas por la figura penal, aquel en que se da, en su integridad, el proceso conductual y material descrito por el tipo respectivo.

El agotamiento, en sí, se da cuando no sólo se cumple el proceso descrito en la ley, sino que se va más allá y se concreta la aspiración del autor, aun cuando esto no se exija para la consumación del delito.

El agotamiento no puede darse en todo delito, sólo se presenta en los tipos que realizan elementos subjetivos del injusto. La excepción se relaciona con los delitos de resultado cortado, donde la ley anticipa la consumación, situando los límites del tipo antes de que se produzca la lesión causal del bien jurídico. En este caso, quien participa una vez consumado el delito, pero antes del agotamiento, y para hacerlo posible, sería desde el punto de vista de su participación, cómplice y no encubridor. Ahora sí, con motivo de lograr el agotamiento se comete un segundo delito, se produce un concurso aparente de leyes penales por consunción.

También cobra importancia esta distinción al momento de establecer la sanción a aplicar, la gravedad del delito en relación al mayor daño ocasionado con motivo del agotamiento, y la peligrosidad del delincuente.

Al respecto se indica *“por regla general, el agotamiento del delito no significa una nueva clase de ilicitud o de dañosidad social, ni se encuentra especialmente regulado en el Código, sino sólo representa una intensificación del hecho ilícito ya consumado, razón por la cual ese segundo acto sería punible independientemente y quedaría consumido por el hecho precedente, como sucede en el caso de la relación entre la falsificación de moneda*

de curso legal y su puesta en circulación(art.162 y sigts. C.P. y 64 ley N° 18.840), aunque en todo caso ha de tomarse en cuenta a la hora de la determinación de la indemnización civil y si corresponde, de la mayor o menor extensión el mal producido, conforme el art 69 del C.p”¹⁴.

11. Concepto de tentativa

La etimología de la palabra tentativa y de la voz conato, envuelve la idea de una actividad tendiente a conseguir algo.

De acuerdo con la fórmula sintética de Impallomeni “*es la ejecución fallida de una determinación criminosa*”¹⁵.

Existen distintas definiciones del concepto de tentativa. Así por ejemplo: Carmignani señala: “*todo aquello que falta para la consumación del delito*”; Zacharie expresa: “*tentativa de delito es la acción u omisión intencional y externa que dirigiéndose a la perpetración de un delito realiza todo lo que es necesario para consumir éste, según el concepto legal*”. Esta última definición se dirige a la tentativa acabada que, Romagnosi llama delito frustrado¹⁶.

El delito no se perfecciona, toda vez que la conducta que debió desplegar el agente para la realización del tipo no se concreta en su totalidad.

Desde el punto de vista jurídico el concepto se circunscribe a la realización por el agente del inicio de una actividad que diga relación con una conducta prevista y sancionada por la ley penal, sin llegar a la conclusión de la misma por motivos ajenos a su voluntad.

¹⁴Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Parte general, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 368.

¹⁵ Labatut Glana. *Derecho Penal*. Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 9ª edición, 1990, pág.181.

¹⁶ Jiménez de Asúa, op. et., vol cits., pág. 339.

En sentido amplio se dice que este término incluye el delito frustrado, toda vez que se da principio a la acción delictiva y el resultado no se verifica por causas independientes de la voluntad del autor. La ejecución del delito fracasa en su objetividad jurídica o en la voluntad del autor, separada o conjuntamente.

La tentativa se caracteriza por ser una figura accesoria, siempre debe relacionarse con el delito principal, de lo contrario la conducta es atípica, por lo que no se puede hablar de tentativa en abstracto, sino en relación a un delito determinado y desde el punto de vista del resultado es un delito imperfecto ya que no alcanza la consumación, esto es si el análisis se realiza desde el punto de vista objetivo ya que desde el punto de vista subjetivo carece de sentido, ya que revela la intención criminal.

12. Elementos de la tentativa y teorías.

Como elementos de la tentativa en la legislación de España y Argentina se mencionan:

- a. Una manifestación exterior, pues las ideas no delinquen.
- b. Que aquélla sea con el fin de cometer una infracción y por ello se precisa ante todo voluntad de perpetrarla.
- c. Que la manifestación esté encaminada a un delito, por lo cual no constituye tentativa el llamado delito putativo.
- d. Que la acción vaya encaminada directamente a él, lo que supone que no pueden ser llamados actos de tentativa los meramente preparatorios.
- e. Que el delito que se comienza sea determinado desde dos puntos de vista: que la tentativa depende del tipo de delito a que se encamina la conducta y así se destaca la relatividad de la conducta de que habló Carrara y que por lo mismo se dirige a un delito determinado; si falta el tipo no hay tentativa.
- f. Que la actividad material sea fragmentable.

- g. Que no se practiquen todos los actos que debieran dar el resultado. (delito frustrado de acuerdo legislación española.)
- h. Que la no consumación sea por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, *“es decir, que no exista ni desistimiento ni arrepentimiento. Lo que importa es esclarecer cuando esa “causa o accidente”, de que habla el Código penal español, o “circunstancias” a que se refiere el Código Argentino - siguiendo la terminología del Código Italiano de 1998 - , son independientes o “ajenas” a la “ voluntad” del sujeto activo. Crivellari, interpretando el Código de Zanardelli, dijo, de un modo muy general: “que intervenga el caso(fortuito) o la obra ajena, no importa; basta que no intervenga la voluntad del agente”* ¹⁷.

Advirtamos, de manera inmediata, que estamos ocupándonos de la tentativa y que cuanto aquí vamos a escribir sólo se refiere a ella, por lo que más adelante se puede replantear el tema respecto al delito frustrado.

Como ya se señaló, existe identidad del dolo de la tentativa y consumación. El dolo es común para la tentativa y el delito consumado (dolo directo, pues el Código penal habla de principio de ejecución mediante hechos directos).

La tentativa culposa no se concibe, como la de un delito preterintencional y de un delito calificado por el resultado.

Varias teorías intentan explicar la esencia de la tentativa:

Teoría subjetiva. Cuyo principal exponente es Von Buri y algunos penalistas franceses que le siguen, señala que la esencia de la tentativa radica en la voluntad del agente, expresada en una conducta tendiente a la realización de un delito.

¹⁷ Jiménez de Asúa, op. et., vol. cit., páginas 501-502.

Teoría sintomática: Sustentada por los positivistas, plantea que la acción antijurídica desplegada no tiene relevancia penal si la voluntad que le mueve no revela una personalidad peligrosa.

Teoría objetiva: Sostiene que la esencia del conato radica en el principio de ejecución, castigándose por el peligro que representa para el bien jurídico atacado.

En nuestra legislación se indican como elementos integrantes de la tentativa, los siguientes:

- a. El principio de ejecución.
- b. Intención de alcanzar el resultado delictivo.
- c. Interrupción de la actividad criminosa por causas independientes a la voluntad del hechor. Las causas determinantes de la interrupción pueden ser voluntarias o internas y casuales o externas. Estas últimas pueden ser de carácter físico o materiales y actuar sobre el cuerpo o medio empleado, o morales, esto es, de naturaleza psíquica. *“Su no producción se debe, entonces, a que surge un obstáculo o impedimentos, ajenos a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha”.* *“Estos obstáculos o impedimentos no siempre son de índole física, esto es, tropiezos materiales que impiden el curso de la acción misma; también pueden ser de aquellos que influyen en la voluntad del agente y lo obliguen a desistir (por ejemplo, advertir éste que llega la policía)”* ¹⁸.

En la tentativa se distingue un límite inferior dado por la división entre actos preparatorios y de ejecución y un límite superior que la separa del delito consumado.

¹⁸ Novoa Monreal. *Curso de Derecho penal chileno*. 2 Vols. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3era edición, 2005, t. II, pág. 424.

En lo que dice relación con el principio de ejecución debemos tener presente que la tentativa representa la realización parcial del delito y está constituida por actos directamente encaminados a la consecución del fin propuesto. En relación a la delimitación con los actos preparatorios se ha mencionado las teorías respectivas.

Se señala que como presupuesto previo a la tentativa resulta necesario que la actividad realizada para infringir la norma penal sea fraccionable, esto es que pueda fragmentarse en etapas sucesivas. Esto no se daría en los llamados delitos de simple omisión, los llamados de posición (violación de morada); los formales de pura actividad, llamados también unisubsistentes (amenazas) y los de consumación anticipada.

13. Desistimiento de la tentativa.

El que abandona voluntariamente la ejecución de la conducta completa se desiste. El desistimiento de la tentativa, desde el punto de vista objetivo, exige el abandono de la acción típica, una conducta negativa de no continuar realizando y desde el punto de vista subjetivo exige la voluntad de no continuar, independientemente de las motivaciones y si la misma es espontánea o no. Esta conducta de no continuar proporciona impunidad al autor.

Existen autores que defienden su punibilidad señalando que aun cuando no continúe con la acción delictiva la sanción debe imponerse, atendido a que, desde el punto de vista de la Política criminal, al existir dicha norma el delincuente va a ser más cauto al tomar la decisión.

No obstante lo anterior si los hechos que el delincuente alcanza a concretar configuran por sí solos un hecho punible, se castigarán a título del delito que corresponda.

“El desistimiento voluntario del hecho punible no puede ser sancionado; doctrinalmente, porque hace desaparecer el peligro de la lesión jurídica; y, legalmente,

porque no puede haber delito cuando falta un elemento tan esencial como es la intención dolosa, o sea la voluntad, dentro de la técnica de nuestro sistema penal” ¹⁹.

14. La Frustración.

Se indica en algunas legislaciones que entre la tentativa y la consumación existe una fase intermedia definida como delito frustrado. Se concibe el delito frustrado cuando, habiendo puesto el delincuente de su parte todo lo necesario para la producción del evento típico, éste no sobreviene por causas ajenas a su voluntad. Constituye una etapa más avanzada en el *iter criminis*.

En lo esencial, los elementos del delito frustrado son los mismos de la tentativa con el cambio radical de que aquí, a diferencia de la tentativa, los actos realizados por el delincuente son todos y no parte de ellos.

Los elementos de la frustración son los siguientes:

- a. La intención de obtener el resultado delictivo.
- b. La conducta del agente realiza todos los actos necesarios para que el delito se consume.
- c. La consumación no se produce por causas independientes de su voluntad.

Suele decirse que la figura del delito frustrado sólo puede darse en los delitos materiales, nunca en los formales o de simple actividad. Lo anterior, dado que las características de la acción típica lo impedirían, por tratarse de delitos que se perfeccionan de una sola vez, siempre esto es dudoso ya que podría presentarse el grado imperfecto de frustración en formas comisivas plurisubsistentes, es decir, que no se perfeccionan en un

¹⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 1941, en *Revista de ciencias penales*, tomo V, 1941-42 S., pág. 278.

sólo acto. Esta distinción entre delitos materiales y formales sólo induce a confusión, dado especialmente a las normas contenidas en nuestra legislación y su aplicación racional y armónica.

La realización total de la acción típica presenta el problema de determinar cuándo ha ocurrido esto. Al respecto existe un punto de vista objetivo señalado por Carrara, quien considera que el sujeto ha realizado toda la acción típica cuando objetivamente ha ejecutado la totalidad de los actos pertenecientes a la descripción respectiva. Otro criterio, denominado subjetivo, expone que la frustración ocurre cuando de acuerdo al punto de vista del sujeto que realiza la acción ésta se encuentra concluida.

La faz subjetiva del delito frustrado es igual a la expuesta en relación al delito tentado.

El desistimiento del delito frustrado exige que, habiendo el autor realizado toda la conducta típica, actúe en forma voluntaria y eficaz evitando la producción del resultado. No basta una conducta pasiva de dejar hacer exigida en la tentativa; aquí se requiere una conducta positiva y eficaz que puede nacer del actuar propio del autor o de un tercero.

En el delito frustrado la acción descrita en la norma penal está realizada, por lo que no resulta suficiente abandonarla, sino que de alguna forma debe evitarse que se provoque el resultado que se perseguía por el autor, por lo que el desistimiento, para ser eficaz, requiere de una actividad que evite la consumación. Esta conducta debe ser voluntaria en cuanto se evite la producción del resultado.

“Para que pueda hablarse de un desistimiento con eficacia excusante, es indispensable que el sujeto actúe antes de la causación del resultado típico. Un

*arrepentimiento tardío sólo da lugar a una atenuación de la pena, conforme a lo preceptuado en el art.11 N° 7 del Código Penal”*²⁰.

En la legislación chilena el art.7° del Código penal distingue entre tentativa y delito frustrado, la tentativa es el grado menos avanzado en el *iter criminis* y la ley le ha asignado una pena menor que al delito frustrado, el cual tiene un grado mayor dentro de este proceso pero no alcanza a la consumación

La disposición legal exige para diferenciar a la tentativa de los actos preparatorios la realización de hechos directos, respecto de la frustración, la diferencia radica en la cantidad de actos ejecutados, en aquella parcialmente, en esta última totalmente. En el delito frustrado la realización del hecho típico es más avanzado, el delincuente pone todo de su parte para la consumación del crimen o simple delito y por razones ajenas a su voluntad lo anterior no se concreta.

15. Subsistencia de la frustración

En las legislaciones más modernas la tendencia es a eliminar esta distinción y se habla sólo de tentativa, denominándose tentativa inacabada a lo que en nuestra legislación se define como tentativa, y tentativa acabada a lo que nuestra legislación denomina como delito frustrado.

En la legislación italiana los Códigos preunitarios acogieron la figura del delito frustrado. El Código de las Dos Sicilias de 26 de marzo de 1819, separó la tentativa que llamaba *misfatto tentato*, de la frustración, denominada *misfatto mancato*.

Mucho más preciso es lo que establecía el art.46 del Código toscano: “*Sí el agente ha ejecutado todo lo que era necesario para la consumación del delito dolosamente*

²⁰Cury Urzúa. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte general. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 7ª edición, 2005, pág. 35.

emprendido, pero el resultado (suceso), que es la esencia de aquel delito consumado, no se produce por causas independientes de la voluntad y el modo de operar del agente, la tentativa pasa a ser delito frustrado” ²¹.

El Código bávaro separó legalmente frustración de tentativa, igual lo consideró el Código de Hannover y sancionó a esta y la tentativa con una pena inferior al ilícito en grado de consumado. El Código prusiano en su art. 40 señalaba que si el autor había realizado todo lo necesario para consumir el delito, pero esto no ha ocurrido por el azar, debe sancionarse con la pena que sigue inmediatamente a la ordinaria.

Los Códigos penales iberoamericanos que distinguen entre tentativa y frustración son los de: Chile y Venezuela, este último en su artículo 80 habla del delito tentado y delito frustrado; en cambio, hablan sólo de tentativa regulando a veces la pena conforme ésta se halle más o menos cerca de la consumación Códigos como los de Bolivia, Haití, de la República Dominicana (art.2), de El Salvador (art 24), Puerto Rico; Guatemala (art.14 y 15) y Honduras (que usa indistintamente el término tentativa y delito frustrado), así como los que tienen un criterio más moderno, entre los que se encuentran Argentina, Perú, México, Uruguay, Ecuador, Brasil y Costa Rica. El código de Cuba sólo habla de delito imperfecto.

En la legislación española se distinguió hasta 1995 el delito tentado del frustrado, señalándose como esencia de la frustración el que se haya realizado todos los actos necesarios para la consumación del delito, reconociéndose la dificultad que en la práctica presenta esta diferenciación que pareciera clara en la teoría.

El proyecto de Tejedor en la legislación Argentina, que tuvo como fuente de inspiración el Código bávaro, distinguió la tentativa remota de la próxima y esta última

²¹ Jiménez de Asúa, op. et ed, vol. cit., pág. 578

puede considerarse como frustración del delito. Posteriormente el proyecto de Villegas, Ugarriza y García sí definió el delito frustrado y lo hizo en el art.10, de acuerdo a la fórmula del Código español. En el Código penal argentino de 1921 tan sólo se legisla sobre la tentativa del delito. El código de Justicia Militar del año 1951 habla del delito de traición en grado frustrado. Es decir, que el Código penal argentino no habla de frustración, sí lo hace el Código de Justicia Militar, el cual cuando trata el delito de traición señala expresamente que este ilícito se puede encontrar en grado de frustrado.

En los países que han legislado el delito frustrado, se postula *de lege ferenda*, la necesidad de eliminarlo, dejando sólo el concepto de tentativa (acabada e inacabada) con el debido margen punitivo para que el juez fije la pena según el ilícito esté alejado o próximo a la consumación.

Sin embargo, como hemos dicho, la distinción persiste en Chile. Al respecto el profesor Enrique Cury Urzúa señala que el autor del delito, cuando emprende la acción típica y no la termina, o cuando realizada toda la acción, no logra el resultado típico, se sanciona penalmente. Partidario de una concepción subjetiva, reconoce la tentativa y la frustración. Los delitos de mera actividad están frustrados cuando el sujeto, de acuerdo a su representación, cree haber ejecutado toda la conducta típica, pero en realidad, no es así.

Señala que, *“por el contrario, la opinión dominante considera el delito frustrado una figura característica de los delitos de resultado. En los de mera actividad, la realización total de la acción se confunde con la consumación y, por consiguiente, la frustración no es posible.*

En mi opinión, este criterio es discutible. Hay por lo menos dos casos en los que puede imaginarse un delito de mera actividad frustrado. Con arreglo al punto de vista subjetivo que he sustentado aquí, eso ocurre en primer lugar, cuando el sujeto cree, de

acuerdo con su representación, haber ejecutado toda la conducta típica, pero, en realidad, no es así”²².

El segundo caso que este autor menciona, dice relación con ciertas hipótesis de tentativa inidónea punible.

La distinción establecida en el artículo 7° del Código penal admite dos excepciones, no se sancionan en grado de frustrado o consumado si atendida la estructura del tipo no se puede concebir dicha figura y las faltas sólo se castigan por regla general en grado de consumado.

Una opinión contraria es sustentada por los autores Politoff, Matus y Ramírez, para quienes la frustración sólo se da en los delitos materiales, al respecto expresan: *“Además la frustración sólo es concebible en los delitos materiales y en todos aquellos que exijan un resultado, entendido como un evento separado de los actos de ejecución, que pueda o no verificarse después de que el agente ha puesto todo lo necesario de su parte para que el delito se consume”²³.*

Cabe hacer presente que esta distinción se mantiene en el anteproyecto de Código penal chileno de 2005, elaborado por la comisión Foro Penal, el cual en su artículo 5. Señala *“Además del delito consumado, es punible el crimen frustrado o tentado. El simple delito frustrado o tentado es punible cuando la ley lo disponga especialmente.*

Hay delito frustrado cuando el sujeto pone de su parte todo lo necesario para que se consume, pero esto no se verifica.

Hay delito tentado cuando el sujeto da principio a su ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

²² Cury Urzúa, op.cit., pág.140.

²³ Politoff, Matus, Ramírez, op. cit., pág.383.

Está exento de pena por el delito tentado o frustrado quien se desiste de su ejecución o impide la producción del resultado”.

De lo anterior se colige que, en nuestro sistema penal, subsistirá el grado de tentativa y frustración como etapas del delito, manteniéndose vigente en el tiempo su análisis.

CAPÍTULO II: MOMENTO CONSUMATIVO Y TENTATIVA EN EL DELITO DE HURTO.

Se denomina hurto (del latín *furtum*), al acto de apoderarse una persona ilegítimamente de una cosa mueble ajena, substrayéndola a quien la retiene, sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas ²⁴.

En Roma aparecen las primeras disposiciones relativas al hurto en las Doce Tabas, que distinguieron el *furtum manifestum* y el *nec manifestum*, distinción basada según que el delincuente fuera o no sorprendido *in fraganti*. Este delito tiene su origen en el Derecho romano, donde no se distinguía el medio de comisión, comprendiendo el apoderamiento clandestino como el violento. Posteriormente, se diferencia estableciendo el *furtum*, la sustracción clandestina y la rapiña, como la forma violenta de apoderamiento.

“La noción del hurto fue elaborándose por los jurisconsultos hasta llegar a la fórmula feliz así concretada por Paulo: *furtum est fraudulosa rei alienae, lucri faciendo gratia, vel ipsius rei, vel etiam ususeius, posesionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*” ²⁵.

Como ya se dijo, en el Derecho romano este concepto abarcaba, en un comienzo, todas las modalidades de sustracción, se separa hacia finales de la República con el nacimiento de un régimen distinto, la *rapiña* o hurto violento, que, en el Derecho germánico, llega a constituir una figura autónoma respecto del hurto. Son los italianos quienes posteriormente elaboran la doctrina de los *furta periculosa*, de la que nace el delito

²⁴Blasco Fernández de Moreda, voz Hurto, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954-1969, pág. 628.

²⁵Cuello Calón. *Derecho penal*, tomo II, Parte especial, Bosch, casa editorial, Barcelona, novena edición, 1955, pág.783.

de robo con fuerza en las cosas, que se plasma en el Código penal de 1822, producto de la influencia de la codificación francesa.

1. El núcleo del tipo en el derecho chileno y extranjero: relevancia de la cuestión.

En la legislación chilena el núcleo del término delictivo es el verbo apropiarse definido por el diccionario de la real academia de la lengua española como *“tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad”*. Entonces, el contenido de la acción de hurtar y extensión del proceso ejecutivo del delito está determinado por dicho verbo. Se estima que este concepto otorga una mejor protección al bien jurídico, se exige que el autor haya obtenido real y efectivamente la disponibilidad material del objeto sustraído, privando a la vez a la víctima de esa facultad (de disposición), se ve coartada su disposición material, consolidando el delincuente, a su respecto, su propio poder. Lo anterior, no significa que el autor del hurto adquiriera el dominio de la cosa hurtada, ya que este delito - y ningún otro delito - no constituye un modo de adquirir el dominio, sino que de hecho el autor del hurto se atribuye las facultades del dueño, quien se ve privado de la cosa.

*“La apropiación es el núcleo de la acción en los delitos de hurto y apropiación indebida...”*²⁶. *“Ello significa que el desvalor de acción en el delito de hurto no es propiamente el hecho de tomar o sustraer la cosa, sino el hecho de apropiarse de la cosa - expropiando al propietario - valiéndose de la sustracción de la misma. La sustracción adquiere así un papel puramente secundario frente al acto fundamental de la apropiación”*²⁷.

La apropiación consiste en una actividad dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de protección de su dueño al del delincuente; esta acción se denomina sustracción.

²⁶ Mera Figueroa. *Hurto y robo*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, año 2005, pág. 76.

²⁷ Ídem, pág. 77

Conforme a la visión de Mezger, esta acción tiene dos actos, el primero dice relación con el quebrantamiento de la custodia que tiene el dueño o un tercero sobre el bien, y el segundo, es constituir una nueva esfera de custodia en poder del autor del delito. Se produce así el desapoderamiento de la víctima y el apoderamiento del delincuente. Esto es, el apoderamiento de una cosa con el ánimo de hacerse dueño.

“El problema se presenta siempre y muy especialmente en el caso del hurto; el método de delimitación es, aquí, en extremo instructivo. El término “quita”, contenido en el tipo del § 242, significa, de acuerdo con el criterio corriente, el quebranto de la tenencia y custodia de otro y el establecimiento de una nueva tenencia y custodia”²⁸.

¿Qué se entiende por esfera de custodia?. Es un concepto complejo, que hace referencia a una noción normativa que alcanza al espacio hasta donde el dueño puede hacer uso de las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa, no siendo necesario que la víctima tenga contacto físico con la cosa, no resulta necesario tampoco que se traslade de lugar físico el objeto sustraído, el medio de ejecución puede ser cualquiera, esto es el propio delincuente, o a través de un tercero, o medio mecánico que le permita apoderarse de la cosa mueble ajena.

Se indica como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro, es decir, la intención de obtener una ventaja con la acción, ventaja de índole patrimonial.

*“Por lo tanto, la apropiación constituye un elemento típico complejo, que abarca dos partes: una objetiva (la sustracción) y otra subjetiva (el ánimo de señor y dueño). Apropriarse de una cosa significa, por ende, apoderarse de ella mediante su sustracción, con ánimo de señor y dueño”*²⁹.

²⁸Mezger, *Derecho penal*. Libro de estudio. Parte General, Traductor Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 282.

²⁹Oliver Calderón. *Estructura típica común de los delitos de hurto y robo*. *Revista de derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, Chile, 2011, pág. 362.

*“Esto permite conceptualizar, en términos más normativos, la conducta de apropiación en el sentido del hurto y del robo, por oposición al sentido que tiene en la apropiación indebida, como la ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño”*³⁰.

En el Derecho comparado existen distintas opciones para describir la conducta prohibida. Así, se utiliza el término apoderarse en el Código penal argentino, art. 162; el de Bolivia, art. 326; el de Perú, art. 185; el de Colombia, art. 239; el de Costa Rica, art. 208; el de Nicaragua, art. 263; el de México, art. 367. En otros, se utiliza el término “tomar”, en el Código penal de Honduras, artículo 223 y el de España. En Brasil y Portugal se utiliza el término “sustraer”.

Las expresiones sustraer y tomar resultan más restrictivas en lo que dicen relación con el modo de ejecución del delito.

*“El tomar o apoderarse de una cosa, locuciones verbales susceptibles de distinción en el área lexicológica, se identifican comúnmente en la teoría y la aplicación jurídica”*³¹.

“Tomar”, en su sentido gramatical, significa coger o asir una cosa, sugiriendo la idea de desplazamiento físico efectivo de la cosa, realizado directamente por el autor, quien la traslada de la esfera de dominio de la víctima, a la propia. En España, parece emplearse este vocablo en oposición al término apoderarse, que se utiliza para definir el delito de robo. *“En el hurto se exige expresamente que la cosa se tome sin el consentimiento del dueño. En el robo no se consigna tal exigencia, seguramente porque la expresión “apoderarse” se infiere claramente: en efecto, de quien toma una cosa con el consentimiento de su propietario no se dice que se ha apoderado de ella”*³².

³⁰ Ibidem.

³¹ Blasco Fernández de Moreda. Op.cit. pág. 649.

³² Cobo, Boix, Orts, Vives y Carbonell. *Derecho penal*. Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 762.

Se señala por algunos autores que la vaga denominación usada por el legislador español para caracterizar la acción “tomar”, hace que sea muy difícil precisar el momento consumativo del hurto. Siendo la tesis de la disponibilidad de la cosa por el agente, la más aceptada.

Para Eugenio Cuello Calón ambas expresiones tienen igual significado.

Por su parte, en Argentina, cuyo Código penal utiliza la noción de apoderamiento, se indica que se construye con un concepto compuesto de un aspecto objetivo y otro subjetivo. Creus habla de un desapoderamiento *“cuando el agente, al quitar la cosa de aquella esfera de custodia, impide que el tenedor ejerza sobre la misma sus poderes de disposición”*³³. Agrega este autor que *“el apoderamiento se caracteriza por la posibilidad de que el agente pueda realizar sobre la cosa actos materiales de disposición y que haya tenido su origen en la propia acción, por haber carecido antes de ella”*³⁴.

“Sustraer” dice relación con apartar, separar, extraer, desde el punto de vista gramatical.

Existe una variedad legislativa consistente en utilizar vocablos diversos como tomar, quitar, arrebatar, sustraer, llevar, apropiarse, apoderarse etc.

Reviste importancia esta variedad legislativa, entre otras cosas, porque según se trate de uno u otro núcleo, el proceso ejecutivo es susceptible de restringirse o ampliarse considerablemente, existiendo por lo tanto la alternativa de que una misma conducta que conforme a ciertos Códigos sería definida como un delito, en grado de tentativa, en otros, sería un delito consumado. Lo anterior, se confirma al observar los Códigos

³³ Creus, *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires.1983, pág. 391.

³⁴ Idem, pág. 329.

Iberoamericanos, que utilizan los más diversos verbos, por lo que lo resuelto, en uno u otro, podrá variar, aún cuando se analice el mismo hecho.

Determinar el elemento material del hurto, y cuándo éste se encuentra consumado, es un tema muy debatido que ha dado lugar a numerosas teorías, porque según sea el verbo que se adopte, la acción ejecutiva se amplía o restringe considerablemente.

*“La importancia del asunto no se reduce a la determinación precisa del momento consumativo, sino de él depende la delimitación total del proceso ejecutivo del delito; no ya, claro está, el deslinde con la tentativa acabada, sino, el propio comienzo de ejecución”*³⁵.

2. Panoramas de las doctrinas o teorías sobre el momento consumativo del hurto.

La doctrina, a fin de esclarecer el significado preciso de los términos utilizados por el legislador para describir físicamente el acto a través del cual se realiza la conducta típica, en el hurto ha creado diversas teorías, cuya importancia radica en que mediante ellas se pretende llegar a establecer el momento en que el delito de hurto se encuentra consumado.

Así tenemos:

1. Teoría de la *contractatio*; *atretractio* o del mero tocamiento de la cosa: La voz “contractare” para algunos significaba tomar, asir, tentar con la mano. Supone, pues, el mero contacto o aprehensión de la cosa. El simple tocamiento.
2. Teoría de la *aprehensio rei*, o de la simple captación material del objeto, tomarla con las manos, ocuparla.

³⁵ Frías Caballero, op. cit., pág. 307.

3. Teoría de de la *amotio*, o de la mera remoción, consistente en moverla o removerla del lugar donde se encontraba.
4. Teoría de la *ablatio* o del traslado o transporte de la cosa: fuera de la habitación; de las dependencias; de la casa; de las adyacencias, exige una *amotio*, esto es un desplazamiento, una remoción de lugar de la cosa; poniendo la cosa a buen recaudo o teoría de la “*illatio*”; colocando la cosa *eo loco ui destinaverat fur*, o teoría de la “*ablatio completa*”.
5. Teoría de la *locupletatio*, consistente en el aprovechamiento del objeto por el sujeto activo.
6. Modificaciones a la teoría de la *ablatio* que trascienden a las referencias espaciales y físicas, haciendo presente, mas bien, elementos ideológicos:
 - a) *Esfera de custodia o vigilancia en que se halla la cosa.*
 - b) *Esfera de acción o actividad patrimonial.*
 - c) *Esfera de poder.*
 - d) *Esfera de disposición.*

“De las teorías indicadas, las de la *attrectatio* y *aprehensio rei* sólo tienen el valor de un recuerdo histórico. La teoría de la *amotio*, o de la mera remoción, fue sustituida después por la de *ablatio*. Actualmente, las teorías de mayor discusión son la “teoría de la disponibilidad” o de “la posibilidad física de disponer” y la teoría del “desapoderamiento”. “*De estas teorías sólo tienen un valor histórico la de attrectatio y la de apprehensio; también se halla abandonada la ablatio en su forma más exagerada que exige colocar el objeto eo loco qui destinaverat. Igualmente la de locupletatio, pues implicaría dar al fin último perseguido por el agente (objetividad ideológica de Carrara), una relevancia de que carece en orden a la consumación de las acciones delictivas, confundiéndola con su*

objetividad material.” “Hoy sólo quedan en pie las teorías de la *amotio*, de la *ablatio*, en sus formas intermedias y en sus modificaciones ideológicas”³⁶.

Cada una de estas teorías trata de fijar un momento en el proceso ejecutivo del hurto. El significado que se da a las diferentes doctrinas no siempre coincide. Se reseñará a continuación el que más comúnmente se le ha dado:

1. *La teoría de la aprehensio* es la que más anticipa el momento consumativo del hurto, basta poner la mano sobre la cosa para entender consumado el delito. Por su rigurosidad, hoy sólo se le asigna un valor histórico, ya que se entiende constituye una protección excesiva desde el punto de vista penal.

Esta teoría lleva a excesos, como entender configurado un delito de hurto en casos imposibles, por ejemplo, tocar una pesada caja fuerte, además, que por el sólo hecho de poner la mano sobre la cosa, no se entiende transgredir la posesión.

2. *La teoría de la amotio*, estima que el delito se encuentra consumado cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar donde se encontraba, no se tiene en consideración el lugar, la extensión, ni el lugar donde se traslada, este hecho no hace que el sujeto activo del delito se apodere de la especie.

Algunos autores comparten esta teoría cuando se utiliza el verbo tomar, menos explícito que apoderarse.

3. *La teoría de la ablatio*, de mayores exigencias que la de la *amotio*, sin los extremos de la *illatio*. La remoción de la cosa no dice relación con una situación puramente física o espacial, sino que incluye el desapoderamiento de la víctima. Como variante

³⁶ Ídem, pág. 309.

de esta doctrina, se habla de sacar las cosas de la esfera de custodia, de la vigilancia o actividad del tenedor. En la teoría del desapoderamiento, la acción material consiste en privar a la víctima (desapoderarla) de la cosa, quitándola o sacándola de su esfera de custodia, apoderándose el ladrón de la misma. *”En resumen: el delito consiste en privar a la víctima de su poder y de su custodia sobre el objeto sustraído”* ³⁷.

En la teoría de la disponibilidad, se entiende consumado el delito cuando se consolida el propio poder de hecho del autor del delito, quien deberá llegar a disponer materialmente del objeto, aún cuando sea por breves instantes, sin la disponibilidad del objeto la acción no estaría completa.

4. La *doctrina de la illatio*, según la cual el hurto se consumaba solamente cuando la cosa ha sido llevada al lugar que tenía destinado el autor para utilizarla o sacar provecho. Criticada por Carrara, hoy casi no tiene adeptos.

”En la legislación nacional, el texto de la ley positiva es un poderoso argumento a favor de la teoría de la ablatio. La expresión “apropiarse” significa, según se ha dicho, “adquirir de hecho el poder de usar, gozar y disponer de una cosa”, poder que no puede adquirirse mientras la cosa permanezca en la esfera de custodia o resguardo de su titular, aunque se le cambie de sitio” ³⁸.

En el mismo sentido, *“para nuestro sistema la ablatio pareciera ser la teoría más adecuada para fijar la consumación del apoderamiento. Sin embargo, Garrido Montt prefiere apartarse de estos conceptos y señalar como momento consumativo del hurto*

³⁷Frias Caballero, *La acción material constitutiva del delito de hurto*. Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1962, pág. 35.

³⁸Etcheberry, *Derecho Penal*, 4 Vols. Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago de Chile, t. III., 1998, página 297.

aquel en que el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer la facultad de disposición de la cosa ajena” ³⁹.

“Teorías cuyo distinto alcance cobra primordial trascendencia, por el hecho de que, mediante ellas, y sólo mediante ellas, puede llegar a establecerse el momento en que el delito se consuma” ⁴⁰.

3. Factibilidad de la tentativa. (en general y en Chile en particular.)

En la legislación española, señala Cuello Calón que se da este delito en grado de tentativa cuando el culpable se paraliza antes de tomar la cosa. Cuando se habla de consumación y formas imperfectas de ejecución, se indica que la tentativa se da cuando el sujeto no logra el apoderamiento de la cosa, o cuando producido el apoderamiento, no está en condiciones de disponer de la cosa, ni siquiera por un instante.

“No obstante, se plantean problemas con respecto a la tentativa, que se daría cuando el sujeto fracasa en su actividad de apoderarse de la cosa, o una vez en su poder no ha tenido la posibilidad de disponer de la misma. Sería tentativa acabada cuando habiendo tomado la cosa no llega a disponer de la misma” ⁴¹.

En la legislación española se reconoce la tentativa en el delito de hurto, atendido a que el desplazamiento patrimonial requiere generalmente una serie de actos: si se realizan algunos, pero no todos habrá hurto tentado.

³⁹Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de derecho penal chileno*. Parte especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, segunda edición, 2007, página 310.

⁴⁰Blasco Fernández de Moreda. Op.cit., pág. 649.

⁴¹Serrano Gómez y Serrano Maillo, *Derecho penal*, Parte especial. Editorial Dykinson. Madrid, décima edición, 2005, pág. 358.

*“Así como respecto a la consumación se ha discutido entre nosotros su posibilidad en el hurto, la opinión dominante admite sin reparos que pueda darse este delito en grado de tentativa. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia”*⁴².

Por su parte, en Argentina se señala que por el solo hecho de haber logrado el desapoderamiento, con la intención de apoderarse, nos encontraríamos en el grado de ejecución de tentativa, extendiéndose la misma al simple ingreso en la esfera de custodia de la cosa, cuando esta esfera se encuentra delimitada, aún cuando no se haya logrado el desapoderamiento; ejemplo meter la mano en el bolsillo de la víctima sin lograr alcanzar la cartera.

Para los tribunales franceses y alemanes se han considerado, en cambio, como actos preparatorios impunes: tantear en el exterior del bolsillo de una persona para cerciorarse de si había algo en él.

El delito de hurto es una de las figuras penales que con más habitualidad se presenta en nuestros tribunales, existiendo una concepción ambigua en relación a los grados de ejecución imperfecto de este delito.

Debemos indicar que se ha discutido en nuestra legislación en torno a cuando este delito se encuentra consumado, conforme a lo ya referido en torno a las posiciones que han existido en relación a las teorías ya indicadas.

Es así como se indica que la simple sustracción de la especie de la esfera de custodia de su dueño puede no concluir con la incorporación de esa especie en la esfera de custodia del delincuente, que resulta necesario para entender el delito consumado, por lo que sólo estaríamos en presencia de un delito tentado.

⁴² Pellisé Prats, voz *hurto*, *Nueva enciclopedia jurídica*. Tomo XI Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona 1962, pág. 218.

Se estima que “no ha habido en nuestro medio una posición realista sobre lo que es tentativa y consumación, y generalmente la frustración ha quedado marginada en su aplicación judicial”⁴³.

Señala Alfredo Etcheberry que, conforme a la teoría de la *ablatio*, existirá el delito de hurto en grado de tentado cuando se dé comienzo a la ejecución, cada vez que se penetre en la esfera de custodia o resguardo del titular de la cosa, la referida teoría permitiría en concepto de este autor utilizar un criterio abstracto, perfectamente determinable. Agrega que Carrara, partidario de la teoría del *amotio*, comparte este criterio respecto de la tentativa, elevándolo a criterio general para distinguir entre actos preparativos y tentativa, no sólo en el delito de hurto, sino de los delitos en general, denominando esfera de custodia al sujeto pasivo de la tentativa.

Jorge Mera Figueroa, en relación a la tentativa en delito de hurto, estima que no hay fundamento para apartarse de la regla general que existe en esta materia, según la cual, la tentativa en el hurto nace desde que se da comienzo a la acción típica, esto es, desde que se empieza a realizar la apropiación. Agrega que, de aceptarse el criterio de ingreso a la esfera de custodia y resguardo de la cosa, se producen dificultades insalvables en torno a la determinación de la pena, además de parecerle peligroso para la seguridad jurídica, ampliar el radio de la tentativa, dado que el ingreso a la esfera de custodia y resguardo puede obedecer a motivaciones diferentes a la finalidad apropiatoria.

Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez, entienden que el delito de hurto es un delito de mera actividad y sólo admite dos etapas de desarrollo: la tentativa y la consumación. Reiterando lo ya dicho, en torno a que el problema se centra en establecer cuál es el momento consumativo del hurto.

⁴³ Garrido Montt, *Derecho Penal*, Parte especial. Editorial Jurídica de Chile, Chile, t. VI. 2000, pág. 165.

Hernández Basualto es partidario también de la existencia del delito de hurto en grado de tentativa, indicando que si no se logra el desposeimiento, la conducta típica no se ha realizado íntegramente, por lo que sólo cabe hablar de tentativa, por adelantada que se encuentra la conducta.

De lo expuesto queda establecido que este tema ha dado lugar a diferentes interpretaciones, no siendo pacífico su tratamiento, pero sí existiendo acuerdo en torno a que el delito de hurto, en grado de tentativa, es factible dada la legislación existente.

*“Por lo que toca a la primera cuestión, es indudable que no es posible aplicar la teoría en los delitos de ejecución simple, qui único actu perficiuntur como la injuria, las lesiones, etc.; en aquellos en que lo que constituiría la preparación, o sea el material de la tentativa o de un delito mayor, revista el carácter de un delito consumado por sí mismo. Añádase, que es igualmente inaplicable en los delitos culposos (imprudencia, negligencia, impericia, etc)”*⁴⁴.

4. El Problema de la Frustración.

El delito frustrado se define, especialmente en los Códigos que lo contemplan, con autonomía del delito intentado, (en la actualidad son pocos los países que utilizan este sistema) diciendo que se da cuando el agente, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte (o cuanto era necesario o suficiente) para consumarlo, ya que realizó los actos necesarios para su ejecución, no logra su propósito.

Se ha discutido que si el delito de hurto admitiría el grado imperfecto de frustrado. Así se señala que *“no ha habido en nuestro medio una posición realista sobre lo que es*

⁴⁴Bernaldo de Quirós, voz *Tentativa*. *Enciclopedia jurídica española*, Editor Francisco Seix, Barcelona, 29 Vol., año 1910, pág.529

*tentativa y consumación, y generalmente la frustración ha quedado marginada en su aplicación judicial”*⁴⁵.

Mario Garrido Montt es partidario del delito de hurto frustrado cuando el delincuente no logra disponer de la cosa ajena, ya que no es suficiente sacar la cosa de la esfera de protección o vigilancia, así el delincuente que huye con la especie en su poder y es perseguido, no estando en condiciones de disponer del dinero, y es aprehendido por la víctima, responde por un delito frustrado, aún cuando haya sacado la cosa de la esfera de custodia de su propietario.

Jorge Mera Figueroa, habla también de que antes de acaecer la consumación, podrían configurarse las fases de tentativa o frustración de acuerdo a las reglas generales.

Los penalistas que piensan que el delito de hurto es de mera acción con resultado cortado, expresan que no es posible la frustración en el hurto, dado que si el sujeto se apodera materialmente de la cosa, viéndose imposibilitado de disponer de la misma, porque es sorprendido *in fraganti*, o se le ha seguido en forma ininterrumpida, no ha sacado la cosa de la esfera de resguardo, por lo que sólo existiría tentativa. Si la cosa es sacada de su esfera de resguardo, y tiene la posibilidad siquiera de actuar como señor y dueño, el delito se encontrará consumado.

Otra parte de la doctrina, estima que el hurto es un delito de lesión o resultado, admitiendo el grado de desarrollo imperfecto de la frustración, toda vez que se atiende a si se produjo o no el resultado final de la apropiación, si el sujeto huye y es detenido en la persecución, respondería por un delito de hurto frustrado, ya que se entiende habría puesto todo de su parte, no logrando la consumación, por causas ajenas a su voluntad.

⁴⁵ Garrido Montt. op.cit., pág.165.

Para otros, en cambio, “*el hurto, en cuanto delito de mera actividad, no admite la forma imperfecta de frustración; o se encuentra en grado de tentativa o consumado, tertium non datur*”⁴⁶.

La imposibilidad conceptual del hurto frustrado, surge atendido a que el estado de frustración sólo puede presentarse en los delitos de resultado, esto es, aquellos para cuya consumación se requiere, además de la conducta del sujeto activo, un resultado distinguible, sólo de esta forma se podría concretar lo establecido en el art. 7 del Código penal, en orden a distinguir claramente entre tentativa y delito frustrado, lo anterior, ya que el límite entre ambos grados estaría dado por la realización íntegra de la conducta típica. Así, el delito de mera actividad se consuma con la realización de la conducta descrita por el tipo, y a su turno, en los delitos de resultado, debe darse la conducta descrita por el tipo y el resultado para entenderlo en grado de consumado.

Depende entonces la existencia del grado frustrado en los delitos de hurto, atendiendo a si se le clasifica como delito de resultado, lo que no es posible debido al tenor de la ley, que no exige resultado alguno.

Si bien, el hurto es un delito de lesión, pero no de resultado, el delito se consuma cuando el sujeto se apropia de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño.

En España la mayoría de los autores rechaza el grado de ejecución frustrado en el delito de hurto, variando los fundamentos.

El profesor Eugenio Cuello Calón, menciona hechos que se calificaron como delito frustrado, indicando, por ejemplo, la situación de personas que fueron sorprendidas por guardias cuando llevaban sacos de harina del carro que los conducía a otro que tenían

⁴⁶Hernández Basualto. *La nueva regulación del hurto falta no consumado*. Universidad Alberto Hurtado, N°344, año 2007, pág. 6.

preparado, el resultado no se concreta por la intervención de la policía, pero que según lo expresado en su teoría, esto es que el delito se consuma cuando queda a disposición del delincuente, independiente de si puede o no aprovecharse de lo hurtado, por lo anterior el delito en su concepto estaría consumado y no frustrado.

Cuello Calón señala: *“no se concibe la frustración, pues es muy difícil que el que hace cuanto es necesario para la consumación del hurto no lo consume efectivamente”* ⁴⁷.

Se hace notar la frase “muy difícil”, ya que a continuación se indica que siendo el tomar un apropiarse, puede ocurrir que el sujeto realice una serie de actos tendientes a la apropiación, y que el resultado de apropiación no se produzca por razones independientes a la voluntad del autor, quedando el delito en grado de frustración, dado que el hurto sería un delito de resultado, y no de simple actividad. Por lo anterior, aunque estadísticamente sea difícil la frustración, conceptualmente podría darse sin dificultades.

En la generalidad de los casos, si los actos de ejecución se dan en un solo acto, no cabe la frustración, el apoderamiento va ligado estrechamente a la consecución del resultado. Ahora, si para lograr el apoderamiento se requiere una serie de actos materiales, cada uno de los cuales por sí mismo no tienen sustantividad jurídica, sino que forman parte de lo que el Código entiende por tomar, se estima lícito mantener la posibilidad de frustración, cuando ejecutados la serie de actos tendientes al apoderamiento, éste no se logra por causas ajenas a la voluntad del autor.

En la legislación española, donde para determinar la consumación la tesis de la disponibilidad de la cosa por el agente es la más aceptada, se pueden distinguir en el hurto los tres estadios de ejecución: tentativa, cuando no llega a tocar la cosa; frustración, el

⁴⁷Rodríguez Devesa. voz *Hurto*, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 11 Vol., 1962, pág. 218.

apoderamiento es material sin disponibilidad, por sorprendimiento *in fraganti* o seguido de persecución ininterrumpida y consumación.

A su turno, los autores Serrano Gómez y Serrano Maillo, no hacen alusión a la frustración; sólo hablan de tentativa inacabada cuando el sujeto no llega apoderarse del objeto, y tentativa acabada, cuando habiendo tomado la cosa no llega a disponer de ella. Debe tenerse presente que, en las legislaciones más modernas, ya no se habla de delito frustrado, sino sólo de tentativa acabada e inacabada, abarcando esta última el concepto de frustración, como antes dijimos.

Al respecto, se señala que *“las grandes dificultades que hay en la práctica para distinguir la tentativa del delito frustrado, que contrastan con la sencillez de la fórmula, no sólo teórica sino legal que emplea el Código español, se han reflejado en la Jurisprudencia del tribunal Supremo”* ⁴⁸.

De lo expuesto, se observa que para fundamentar la existencia o no del delito de hurto frustrado se ha formulado diversas teorías, pero no se ha reparado en el verbo rector de este delito, toda vez que, como se mencionó, se utiliza el término apropiarse, de cuya naturaleza fluye que sólo pueden existir dos grados de ejecución del delito de hurto, esto es, consumado o tentado, ya que el delincuente al desapoderar a la víctima sin lograr su apoderamiento de la especie, sólo ha dado inicio a la ejecución del delito; si logra el apoderamiento, éste se encuentra consumado.

“El delito frustrado es una figura sutilmente distinguida por Romagnosi de la tentativa, que no se admite unánimemente” ⁴⁹. En el delito frustrado, la ejecución del hecho desde el punto de vista subjetivo es completo, e incompleto en su parte objetiva, en tanto, en la tentativa, el delito es incompleto en su ejecución subjetiva y objetiva.

⁴⁸ Jiménez de Asúa, op. et. vol. cit., pág. 586.

⁴⁹ Jiménez de Asúa, *La ley y delito*. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, sexta edición, 1975. pág. 483.



La distinción entre un delito frustrado y tentado, desde su análisis en forma abstracta, no ofrece mayores dificultades, pero en la práctica presenta situaciones muy complejas resaltando lo ya señalado, esto es, que el delito frustrado tiene una sutil diferencia con el delito tentado. Es así que los alemanes sólo distinguen respecto de la “tentativa acabada” y tentativa inacabada, facultando al Juez, el cual podrá aplicar una mayor o menor pena, según los actos de ejecución del delito se encuentren en su etapa inicial o más avanzada.

Así, al utilizar el legislador para definir el delito de hurto el verbo rector apropiarse, se observa la dificultad de determinar claramente si dicho delito puede encontrarse en grado de tentado y frustrado. Para dilucidar lo anterior, como se señaló, debe recurrirse al verbo rector apoderarse, entendiendo que esto se concreta (el apoderamiento) cuando el delincuente priva al dueño de una de las facultades del derecho de propiedad, cual es su facultad de disponer, y cuando ésto ocurre, el delito se encuentra consumado. Otra cosa distinta es que, de acuerdo a los fines del autor, se logre el agotamiento del delito. Así, por ejemplo, queda establecido en la situación del criado doméstico que hurta una joya a su patrón y en espera del mejor momento para sacarla del domicilio de su dueño la esconde en la casa del mismo, aquí ya se ha consumado el delito, ya que, como se señala, “cuándo el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra consumado”⁵⁰.

“No podemos averiguar cuando el delito está consumado sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarnó en la vida”.⁵¹ Es así que, cuando el delincuente se apodera de la cosa, aun cuando sea por un breve instante, privando a la

⁵⁰ Ídem, pág.492.

⁵¹ Ídem, pág.493.

víctima de su facultad de disponer, creando una nueva esfera de resguardo, se da cumplimiento al verbo rector encontrándose el delito consumado, con antelación, si sólo existe el desapoderamiento el delito, se encuentra en grado de tentado.

Además, dada la definición del delito frustrado en el art. 7 del Código penal, el cual refiere que *“hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.*

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.

Aquí, el delincuente al poner de su parte todo lo necesario, logra apoderarse de la especie creando una nueva esfera de custodia, privando a la víctima de la facultad de disposición, encontrándonos entonces ante un delito consumado. Por lo anterior, fluye del texto legal, esto es, verbo rector del delito de hurto y de la definición del delito frustrado, que el hurto en nuestra legislación sólo tiene cabida en el grado de desarrollo imperfecto de tentativa, todo lo realizado antes del apoderamiento, por avanzada que esté la conducta desplegada por el delincuente, para desapoderar a la víctima, cae en la definición de tentativa. Mas, producido el apoderamiento de la cosa por parte del delincuente, nos lleva a la situación de consumación, no siendo posible hablar de frustración en nuestro ordenamiento legal.

En nuestro país, la discusión respecto de la existencia del delito de hurto frustrado es un tema vigente, su habitualidad, sumada a la especial situación que se plantea en relación a las faltas, las que por regla general se sancionan sólo en grado de consumadas, y otras circunstancias que permiten que el tema se siga discutiendo, por ejemplo, la forma de ejercer el comercio a través de grandes tiendas, que exponen directamente al público sus productos, situación impensada al momento de la dictación de las normas que sancionan este ilícito, ha hecho surgir opiniones contradictorias en torno a que algunos estiman deben

sancionarse administrativamente, versus quienes son partidarios de sancionarlos penalmente, fundamentos que sobrepasan lo puramente jurídico, pero que refuerzan la importancia de su solución desde dicho punto de vista.

Al respecto, se señala que en la doctrina y jurisprudencia extranjera, se maneja como criterio la idea de neutralización de los mecanismos de control del propietario, lo que quiere decir que, para dar lugar a la consumación habrán de superarse todos los mecanismos previstos por el dueño para los efectos de resguardar la propiedad, antes de superar todos los mecanismos que configuran el sistema de seguridad, estaríamos ante grados imperfectos de ejecución del delito de hurto.

En Chile, el tema es ampliamente debatido, se han producido modificaciones legales tendientes a solucionar esta discusión y sancionar el delito de hurto falta en grado imperfecto, las que como a continuación se analizan, en la tercera parte de este trabajo, no han dado los frutos esperados porque el legislador no ha formulado correctamente las soluciones necesarias.

CAPÍTULO III: LA PUNICION DEL DELITO IMPERFECTO EN EL HURTO COMO FALTA SEGUN EL CODIGO PENAL CHILENO.

1. La atipicidad del conato en las faltas del código penal.

El día 18 de marzo de 1996 se publicó en el Diario Oficial la ley 19.450, por medio de la cual se sustituyó la escala de multas establecidas en los Códigos penal y de procedimiento penal, fijándolas en unidades tributarias mensuales.

Dicha iniciativa legal nació de una moción parlamentaria que comprendió una serie de materias, tales como: la diversificación del catálogo de sanciones aplicables a determinados delitos, la simplificación y agilización del procedimiento por faltas seguidas ante los juzgados del crimen y de policía local y la eliminación de la pena privativa de libertad para las faltas establecidas en los artículos 494, 495 y 496 del Código penal.

Además, reemplazó la escala de multas cambiando la expresión sueldos vitales por unidades tributarias mensuales, fijándose el marco de las faltas por hurto en una cantidad que no exceda de cinco unidades tributarias mensuales.

El art.446 señaló:”*Los autores de hurto serán castigados:*

1º. Con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de doscientas unidades tributarias mensuales.

2º. Con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor excediere de cien unidades tributarias mensuales y no pasare de doscientas unidades tributarias mensuales.

3°. *Con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cinco unidades tributarias mensuales y no pasare de cien unidades tributarias mensuales*".

El art.494 señalaba *"Sufrirán la pena de prisión en su grados medio a máximo o multa de 1 a 5 vitales, en su N°19 "el que ejecutare algunos de los hechos penados en los artículos 189, 446, inciso primero del 448, 467, 469 y 470, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de medio sueldo vital"*.

Al respecto, esta ley señala:

"o) Introdúcense las siguientes modificaciones al art.494;

1.- Suprímense, en su encabezamiento, las palabras "prisión en su grados medio a máximo o ";

2.-Reemplázase el N° 19 por el siguiente:

"19. El que ejecutare alguno de los hechos penados en los artículos 189, 233, 446, 448, 467, 469, 470 y 477, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de cinco unidades tributarias mensuales.", y

3.- Agrégase el siguiente inciso final:

"Con todo, tratándose de las faltas mencionadas en el numero 19, la multa no será inferior al valor malversado o defraudado, al de la cosa hurtada o del daño causado, en su caso, y podrá alcanzar el doble de ese valor, aun cuando supere las cinco unidades tributarias mensuales".

La ley 19.450 sustituyó la expresión sueldos vitales por unidades tributarias para adecuar las disposiciones legales a las actuales circunstancias sociales y económicas

existentes en el país, elevando el umbral punitivo debido a que los sueldos vitales estaban desfasados en el tiempo, sin mayor aplicación, ocasionando contrariedades e injusticias debido al uso de penas en base a las baja cantidad de dinero que representaba el medio sueldo vital. Evitando, además, que hechos de mínima significación jurídica colapsaran a los tribunales, permitiéndoles obtener más rápidamente una sanción para actos jurídicos de mayor reproche social, fijó el límite diferenciador en cinco unidades tributarias mensuales para que los jueces del crimen pudieran conocer de esos delitos, elevando, en el caso del hurto, desde \$4.879 pesos a \$109.510 pesos, valores existentes a la fecha de la modificación y que hoy equivalen a \$197.850 pesos. Por lo tanto, se incurriría en hurto como falta cuando el valor de lo sustraído no superase cinco unidades tributarias, excediendo dicho monto se configuraría un delito.

Nos encontramos ante una ley despenalizadora, donde según da cuenta la historia de la ley, se contó con la opinión de profesores de derecho procesal penal y penal. Se modificó la sanción, pues se elimina la pena privativa de libertad y castiga con multa y se faculta al juez para aplicar, con el consentimiento del sentenciado, la conmutación de la pena de multa por trabajos en beneficio de la comunidad, esto es, una sanción no privativa de libertad contemplada en las reglas mínimas de la Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad o “Reglas de Tokio”, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente en el año 1990. Se debe contar con el consentimiento del sentenciado cautelando la prohibición de imponer trabajos forzosos que contempla el artículo 6.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se agrega en la discusión de esta ley que la sanción pecuniaria acentúa el carácter retributivo de la pena y su efecto disuasivo; por razones de política criminal se recomienda que la sanción sea de multa fundado en que las penas privativas de libertad de corto tiempo no cumplen finalidades de prevención. La prevención especial destinada a la rehabilitación del penado no se da y se agrega la pérdida del trabajo, lo que repercute además en su grupo

familiar generando un círculo delictivo que puede conllevar a la comisión de delitos más graves, afectando en definitiva a toda la sociedad.

Esta ley despenalizadora fundada en un análisis de principios jurídicos penales y procesales es la expresión de un reconocimiento a la mínima intervención del Derecho penal con pleno respeto de los principios de igualdad y legalidad contenidos en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política del Estado junto al principio de proporcionalidad, dando cumplimiento a las exigencias de un Derecho penal humanitario, sin afectar directamente a la personalidad del sentenciado.

La necesidad de evaluar concretamente los requerimientos de recursos humanos y de infraestructura física, entre otros, que garantizaran la adecuada aplicación de la norma, derivó en la dictación de la ley 19.456 publicada en el Diario Oficial de 16 de mayo de 1996, que fijó un nuevo plazo de entrada en vigencia de la ley 19.450.

Las modificaciones posteriores dan origen a leyes penalizadoras que se alejan del análisis jurídico, cuyo origen y fundamento son intereses económicos y sociales que responden a situaciones coyunturales sin lograr su objetivo, en desmedro al respeto de los principios y la aplicación del Derecho penal como *última ratio*.

Con posterioridad se dicta la ley 19.501, publicada en el Diario Oficial el 15-05-1997 y promulgada el 09-05-1997, la cual introduce modificaciones a la ley N° 19.450, al Código de procedimiento penal y al Código penal, que establece el siguiente artículo 446:

"k) Reemplázase la letra "j", por la siguiente letra j), nueva:

"j) Sustitúyese el artículo 446, por el siguiente:

"Artículo 446.- Los autores de hurto serán castigados:

1.º Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2.º Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales."

En relación al artículo 494, la misma ley señala:

"o) Introdúcense las siguientes modificaciones al artículo 494:

1.- Suprímense, en su encabezamiento, las palabras "prisión en sus grados medio a máximo o";

2.- Reemplázase el N° 19 por el siguiente:

"19. El que ejecutare alguno de los hechos penados en los artículos 189, 233, 446, 448, 467, 469, 470 y 477, siempre que el delito se refiera a valores que no excedan de una unidad tributaria mensual.", y

3.- *Agrégame el siguiente inciso final:*

"Con todo, tratándose de las faltas mencionadas en el número 19, la multa no será inferior al valor malversado o defraudado, al de la cosa hurtada o del daño causado, en su caso, y podrá alcanzar el doble de ese valor, aun cuando supere una unidad tributaria mensual."

El Código penal en su artículo 432 contempló el delito de hurto y lo define como: *"El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto"*.

De acuerdo a las reglas generales, en los artículos, 50, 51 y 52 del Código penal, aplicables a crímenes y simples delitos, la pena asignada para un delito se considerará siempre cuando éste se encuentre consumado, señalando el artículo 7 del mismo cuerpo legal que se sancionan los crímenes y simples delitos en grado de tentativa y frustrado, rebajándose la pena en dos y un grado, respectivamente. A su vez, el artículo 9 del mismo Código, señala que las faltas sólo se castigan en grado de consumadas.

De lo expuesto, fluye que el delito de hurto, en grado imperfecto, debe sancionarse conforme a las normas generales, resultando atípica la figura del hurto como falta en grado de tentativa y frustración por expresa disposición legal, ya que así lo establece el art. 9 del Código penal.

En virtud de lo anterior, al resolver los tribunales respecto del hurto como falta, cuando las circunstancias del hecho permitían concluir que se encontraba en grado de tentada o frustrada, procedían a dictar sentencia absolutoria. Los problemas, en relación a esta norma, surgen de una nueva forma de comisión del hurto como falta, y que afecta principalmente a las grandes tiendas comerciales que ofrecen sus productos directamente al público, sin la existencia de dependientes de comercio. Lo anterior, genera una discusión tendiente a acreditar la consumación de la falta con el objeto de sancionar penalmente al

delincuente, evitando que esta afectación al derecho de propiedad quede impune, y se proyecte una imagen de permisividad en relación a la violación de este derecho.

Esta atipicidad de las faltas tiene como fundamento, en su nacimiento, el menor daño ocasionado por el delincuente, situación que en el transcurso del tiempo, y dada las nuevas formas de ejercer el comercio, pierde su razón de ser por la gran cantidad de hurtos como faltas cometidos actualmente, que sumados, significan un gran daño a la víctima y a la sociedad, lo que genera las modificaciones legales que a continuación se analizan.

“Esto significa que, aunque en un buen número de casos la tentativa de falta es concebible, siempre deberá permanecer impune por inexistencia del correspondiente tipo subordinado que la aprehenda ”⁵².

La discusión jurídica existente en torno a determinar el momento consumativo de los hurtos como faltas adquiere mayor relevancia producto de la mencionada norma contenida en el artículo 9 del Código penal.

2. Primera reforma al hurto como falta. Problemas.

La ley 19.950, publicada en el diario oficial el 05 de junio del 2004, aumentó las sanciones para los hurtos y aprobó normas para facilitar su denuncia o investigación, estableciendo:

"Artículo 1º.- Modifícase el Código penal en el siguiente sentido:

1.- Reemplázase el número 3º del artículo 446, por el siguiente:

⁵²Cury Urzúa. *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, Octava edición ampliada. 2005. pág.573.

"3º Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales".

2.- Intercalase en el inciso primero del artículo 451, entre la palabra

"hurtos" y las expresiones "a una misma persona" los términos "aunque se trate de faltas", entre comas.

3.- Suprímase en el número 19 del artículo 494, el guarismo "446".

4. Agregase el siguiente artículo 494 bis:

"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 éstos 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 7º".

LEY 19.950 5/06/2004.

En la discusión de esta ley se escuchó, y tomó en especial consideración, la opinión de las instituciones relacionadas con la asociación gremial de comerciantes y otros actores de carácter económico, quienes pusieron especial énfasis en el daño que ocasiona el hurto como falta, esto es, el hurto en tiendas que exponen sus productos directamente al público,

en especial los supermercados, delito que considerado individualmente es de mínima peligrosidad y daño, pero que en consideración a la habitualidad y formas que han ido desarrollando, esto es, creación de bandas y utilización de menores para su comisión, terminan por dañar en forma considerable a los establecimientos comerciales; al Estado, a través de la menor recaudación de impuestos; y a la sociedad en general, a través de la transmisión de un mensaje errado en torno a la admisibilidad de una conducta que no respeta el derecho de propiedad y daña a los menores que participan en la comisión de estos ilícitos, aprovechándose de su no imputabilidad, generando en éstos lo que denominaron como “cultura social del hurto”.

El aporte jurídico más importante surgió del entonces diputado Bustos, quien expresó no compartir la penalidad que se proponía, por cuanto las sanciones privativas de libertad se han concebido en casos más graves, aumentando el problema carcelario, en relación al hacinamiento en los establecimientos penales. Planteó además, la inconveniencia de contemplar la figura de asociación ilícita en las faltas, y finalmente observó una enorme discriminación y diferenciación en relación a la sanción de la falta de lesiones, que es menor al hurto como falta, aun cuando el bien jurídico protegido por la primera es de mayor trascendencia, expresando una descoordinación valorativa.

Esta norma castiga el hurto como falta cuando el valor de la cosa hurtada es igual o inferior a media U.T.M., con pena de prisión en sus grados mínimo a medio

Su artículo primero modificó los artículos 446,451 y 494 N° 19 y agregó el ya mencionado art. 494 bis, en los términos ya referidos.

Como consecuencia de lo anterior, los hurtos como faltas pasaron a tener la gravedad de delito, penados por el art 446 del Código penal, tratándose de especies cuyo valor exceda de media unidad tributaria mensual, a diferencia de lo que se disponía con anterioridad, en que se tipificaban como tales el hurto de especies de valor superior a una unidad tributaria mensual.

Los hurtos de especies iguales o inferiores a media unidad tributaria mensual pasaron a ser tipificados como faltas por el nuevo 494 bis agregado por esta ley, penados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, elevándose de este modo la penalidad establecida para iguales hechos. Se sanciona asimismo, como agravante, la reincidencia y la participación en el hurto de individuos mayores y menores de edad.

“El mismo artículo señala en su inciso final que: se sancionará también la falta frustrada y la tentativa conforme a las definiciones del artículo 7.

“Entre otras cosas, la nueva ley rebajó de uno a media unidad tributaria mensual el límite que separa el hurto – falta del hurto – simple delito, sustituyó la pena de multa que el hurto como falta tenía asignada por una pena privativa de libertad y decidió sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación de este mismo delito”⁵³.

La norma transcrita fue fruto de una indicación presentada por el Senador Alberto Espina, quien fundándola propuso “sancionar en forma expresa y conforme a la regla general estos grados del iter criminis - frustrado y tentativa”⁵⁴.

Así, se pretende evitar que estas conductas queden sin sanción, pues conforme a lo resuelto por los tribunales, según la legislación vigente, y en consideración a que en el proceso del *iter criminis* se entendió que no existía consumación mientras las especies se mantuvieran dentro de la esfera de custodia de sus propietarios, ampliándose el concepto de esfera de custodia, en términos tales, que no se sancionaba estos delitos por encontrarse en grado de desarrollo imperfecto.

⁵³Oliver Calderón. *Análisis Crítico de las Últimas Modificaciones Legales en Materia de Hurto-Falta*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, 2005, pág.295.

⁵⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 20.140*, 2006, pág. 4.

Con la dictación de esta ley, se pretendió zanjar la discusión anterior, indicando expresamente que se sancionaba el hurto como falta en grado de frustrado y tentado.

Al resolver esta materia, se observaron criterios disímiles, tanto en los tribunales como en las Cortes de Apelaciones del país, lo que dio lugar, en algunos casos, a la dictación de sentencias absolutorias, y en otros, condenatorias. Respecto de estas últimas, algunos tribunales aceptaron rebajar la pena establecida en el artículo 494 bis en un grado, siguiendo así la regla de los artículos 50, 51 y 52 del Código penal. De acuerdo al art. 60 del mismo cuerpo legal, correspondía aplicar la pena de multa. *“Y otros, simplemente, han castigando la tentativa y la frustración en el hurto – falta con multa, por ser ésta la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas del artículo 59 del Código Penal, a pesar de que dichas escalas están destinadas a ser utilizadas sólo para la determinación de la pena en los crímenes y simples delitos”*⁵⁵.

Asimismo, otros tribunales llegaron también a la convicción condenatoria en esos grados imperfectos, sancionándolos como consumadas atendiendo a un elemento gramatical correspondiente al uso de la expresión “también” que comprende el art. 494 bis, quedando establecido, acorde con la historia de la ley, la intención del legislador de sancionar estos grados imperfectos. *“Otros tribunales ante la ausencia de una declaración expresa de la ley acerca de la sanción penal correspondiente a la tentativa y a la frustración, han llegado a sostener, inexplicablemente, que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto – falta estarían sancionadas con la misma pena que el hurto – falta consumado”*⁵⁶.

Quienes dictan sentencias condenatorias sostienen que desde el momento en que el autor guarda la especie sustraída la saca de la esfera de custodia de su propietario, produciéndose la consumación dada la inmediatez del cliente con las mercaderías.

⁵⁵ Oliver Calderón, op. cit., pág. 300.

⁵⁶ Ibidem.

La jurisprudencia, mayoritariamente, consideró que estas conductas no se consuman cuando los partícipes son descubiertos por algún mecanismo de seguridad dispuesto por los propios afectados por el delito, sin que el hechor haya podido disponer de las cosas hurtadas, lo que importa la impunidad de estos hechos. Se basaban en que, al momento de ser sorprendidos los imputados, no se habrían cumplido con todos los elementos del art. 432 del Código penal, en lo que se refiere a la exigencia de apropiarse de la cosa hurtada, al interpretarse que las especies que portaba el imputado aún no habían salido de la esfera de custodia de su dueño, no obstante haber traspasado las cajas registradoras del local.

La Corte Suprema, en sentencia del año 2005, mantuvo su criterio de absolver, en consideración a que el legislador habría tipificado el delito en forma incompleta al no señalar de forma clara y precisa la sanción que correspondía aplicar, atentando contra el principio de legalidad contenido en el art.19 N°3, inciso 7°, de la Carta Fundamental, en lo que se refiere a la descripción típica del hecho, como a la sanción aplicable.

“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 sólo está referida a las faltas consumadas; que la expresión también del inciso final sólo representa una mera intención de hacer típica, la falta frustrada y la tentativa, pero al no contener la ley 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”⁵⁷.

El legislador, al sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto como falta, incurre en una omisión por la cual dicha norma no puede ser aplicada, ya que no señaló con qué pena se haría, dictando una ley penal en blanco al revés, por lo tanto, la conducta queda impune.

⁵⁷ Sentencia Corte Suprema, *recurso 5990-2004*, <http://www.poderjudicial.cl>, Santiago, 2005.

Que, conforme a la regla general de sanciones, corresponde a una pena inferior al ilícito en grado de consumado, conforme lo disponen los artículos 51 y 52 del Código penal, normas que se aplican a los crímenes y simples delitos. Por lo tanto, no cabe aplicarlo por analogía a las faltas. Así dispone el art. 50, inciso segundo del Código penal, el cual señala que siempre que la ley asigna la pena a un delito se entiende que la impone al delito en grado de consumado.

El uso de la expresión “también” del inciso final del art 494 bis representa solo una mera intención de hacer típica el hurto como falta en grado imperfecto, pero al no señalar el legislador expresamente una sanción para el hurto como falta, en grado de tentativa o frustrado, no se ha dado cumplimiento al principio básico constitucional en orden a contener la pena que correspondería.

El defecto de esta ley es no haber señalado una pena al nuevo supuesto que establecía claramente que debían ser sancionado el hurto como falta en grado de tentado y consumado, pero la duda es ¿a qué pena?

En otros fallos, se consideró que el delito se encontraba en grado de frustrado, dada la dinámica de los hechos, pues en el momento en que el sujeto habría sacado las cosas e intentaba fugarse, fue reducido por el dueño de las especies y entregado a carabineros. Basaron su razonamiento en el hecho de que la acción de sustraer se encontraba incompleta en el momento en que el autor fue interrumpido, puesto que ni siquiera había abandonado el automóvil desde el cual pretendía sacar las especies sustraídas. Es así, que al no haber salido del automóvil donde se encontraban las especies, la conducta aún no había iniciado su etapa final.”*Todavía el sujeto activo requería de un acto ulterior para perfeccionarla, consistente en salir del móvil (sacarla de la esfera de resguardo)*”⁵⁸.

⁵⁸ Ramírez, *La Frustración en Delitos de Mera Actividad a la Luz de Determinadas Sentencias*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI, Chile, 2005, pág.139.

*“En sentencia de la Corte Suprema de 14 de Abril de 2000, en prevención efectuada por los ministros Cury y Chaigneu, se estima que los delitos de robo y también de hurto corresponden a los clasificados como de mera actividad, puesto que no requieren para su consumación de la producción de un resultado que escape al control del autor, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en el delito de homicidio”*⁵⁹.

Otras, resolvieron que el delito se encontraba frustrado en los casos en que el sujeto había salido del recinto comercial, en donde se encontraban las especies, siendo sorprendidos por terceros, portándolas. En los hechos, el sujeto escondió dentro de sus vestimentas la especie sustraída, para luego traspasar las cajas registradoras sin pagar su valor comercial y salir del local, momento en que fue retenido por el guardia de seguridad del establecimiento.

“La misma calificación de hurto frustrado se encuentra en la Corte Suprema de 17.6.04, y la Corte Suprema de la misma fecha, rol 1630-04. En ambos casos los hechos fijados por el fallo impugnado corresponden a sujetos que guardan especies en sus vestimentas y salen del local sin pagarlas”⁶⁰. “A nuestro juicio, esta disparidad de criterios es la más clara demostración de que no se ha previsto expresamente ninguna pena para las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto – falta, por lo que, mientras el legislador no salve su omisión, sigue siendo válida la afirmación contenida en el artículo 9 del Código Penal, es decir, que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas”⁶¹.

3. Segunda reforma del hurto como falta. Problemas.

La ley 20.140 promulgada con fecha 11.12.2006 y publicada en el Diario Oficial de fecha 30.12.2006, tiene por objeto complementar la ley 19.950, estableciendo

⁵⁹ Ídem. pág. 138.

⁶⁰ Ídem. pág. 140.

⁶¹ Oliver Calderón, op. cit., pág. 301.

específicamente una pena en caso de hurto como falta en grado de frustrado, su texto es el siguiente:

“Artículo único.- Sustitúyese el artículo 494 bis del Código Penal por el siguiente:

Art. 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 pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. En estos casos, el tribunal podrá conmutar la multa por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento. Los trabajos se realizarán, de preferencia, sin afectar la jornada laboral o de estudio que tenga el infractor, con un máximo de ocho horas semanales. La no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados por el tribunal dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada.

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 han prevalido de los menores en la perpetración de la falta.

En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada.

La agravante regulada en el inciso precedente prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104. Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de seis meses”.

El tenor de la Moción de los diputados Pedro Araya Guerrero, Ramón Barros Montero, Leopoldo Sánchez Grunert y Patricio Walker Prieto, era el siguiente:

” Modifíquese el Código Penal en el siguiente sentido:

En el artículo 494 bis, sustitúyase el inciso final por el siguiente:

*“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9 de este Código, la falta frustrada se castigará con multa de 1 a 4 U.T.M.”*⁶²

Como se señaló, la intención del legislador en la ley 19.950 fue sancionar con mayor rigor el hurto y facilitar su investigación, por la vía de penar con multa el hurto como falta cuando se encuentra en grado de frustrado o de tentativa, lo que en definitiva no se logra por las razones expuestas precedentemente, toda vez que no se indica la pena que aplicar al delito de hurto falta en grado de frustrado o tentado, produciendo una diversidad de criterios al dictar sentencia los tribunales y Corte de Apelaciones del país, resolviendo la Corte Suprema que no correspondía aplicar sanción debiendo absolverse a los imputados ya que no se daba cumplimiento al mandato constitucional contemplado en el artículo 19 N°3, inciso 7°, *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”*.

Esta ley subsana el defecto de la anterior, desde el punto de vista formal, al establecer una pena para la falta frustrada, pero, aun así, resulta insuficiente para su

⁶² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley N°20.140*, 2006, pág. 6.

aplicación. Se deja claramente establecido que queda excluido sancionar la falta en grado de tentativa, limitándola al grado de desarrollo de frustrado.

Las ideas matrices son castigar en forma más drástica el hurto como falta en grado imperfecto, en particular, el hurto leve en establecimientos comerciales, introduciendo un inciso final al 494 bis.

En nuestros tribunales, en relación al “iter criminis en el hurto”, se resuelve de distintas maneras, para algunos, el hurto como falta se consuma cuando el imputado traspasa las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, para otros, aún en forma minoritaria, se consuma cuando el delincuente está en condiciones de disponer de la cosa, y por último, otros estiman que el delito está tentado, ya que desde el inicio de su acción siempre fue observado por los sistemas de seguridad, manteniendo la vigilancia en todo momento, no superando el umbral de protección de la especie, sin poder disponer de la misma, por lo que se encontraría tentado el delito.

Encontrándose los delitos en grado de desarrollo imperfectos, la discusión giraría en torno a la acción típica y al grado de desarrollo de la misma.

*“Ahora bien, precisar cuándo se está en el último acto ejecutivo para uno u otros efectos es una cuestión que en el hecho debe determinarse según la tipicidad de cada conducta”*⁶³.

Sin perjuicio de la intención del legislador, en la práctica, no se obtiene el pretendido fin y se resuelve nuevamente que la falta frustrada es impune, pues no existiría en el delito de hurto el grado de frustrado, el cual sólo puede encontrarse en grado de consumado o tentado, pero no frustrado, por lo que nuevamente falla la intención del legislador de sancionar en este grado el hurto como falta en grado de desarrollo imperfecto.

⁶³ Ramírez, op. cit., pág. 141.

Al respecto, se ha señalado que el delito de hurto, es un delito de mera actividad, por lo que no admite la forma imperfecta de la frustración; por lo que sólo se encuentra en grado de tentativa o consumación.

En los delitos de resultado, esto es, aquellos en que para su consumación se exige, además de la conducta del autor, la producción de un resultado que se distinga de aquélla, ya que esta sería la forma de diferenciar un delito tentado o frustrado, conforme lo dispone el art. 7 del Código penal, en el primero sólo está la conducta, y en el segundo, un todo compuesto por la conducta del agente y el resultado. El límite está dado por la realización integral de la conducta típica.

Al requerir los delitos de mera actividad de una conducta, el delito estaría consumado. Se estima que el hurto es un delito de apropiación de cosa ajena por medios materiales, que no admitiría frustración en razón a que el tipo penal sólo exige la realización de la acción, sin más. Encontramos un autor que, si bien, se apodera materialmente de la cosa, no pudo disponer de ella, no ha superado los umbrales de protección que impone quien tiene aún la salvaguardia de la cosa, no produciéndose una completa ruptura con la custodia anterior.

En este sentido se pronuncia Garrido Montt: “el delito, conforme a ese criterio, sólo podrá estimarse consumado cuando *el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena*; no es suficiente sacar la especie de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sino además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante”⁶⁴.

“De ahí que pareciera necesario buscar otra solución que diga relación con la estructura típica de este delito y su relación con el bien jurídico protegido. En este sentido

⁶⁴ Garrido Montt, *Derecho Penal*. Parte especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tomo IV, 2002, pág. 166.

el momento consumativo sólo puede estar referido al momento en que la disponibilidad de la cosa ha pasado de manos del sujeto pasivo al sujeto activo, en ese momento se puede decir que se ha tomado la cosa” ⁶⁵.

María Cecilia Ramírez señala que no tiene cabida el grado de desarrollo frustrado, toda vez que el delito sólo puede encontrarse en grado de consumado o tentado, ya que la consumación requiere que el hechor saque la cosa ajena de la esfera de custodia del legítimo tenedor, y debe ser él mismo quien debe trasladar el objeto fuera de dicha esfera, poniéndola en un lugar donde pueda disponer de ella, situación que no queda entregada a un suceder causal sino al control del mismo hechor, conforme lo expuesto en su obra citada precedentemente.

La existencia de un delito de hurto como falta frustrado está supeditada a si puede atribuirse el carácter de delito de resultado. Se estima que esto no es posible, porque el legislador no ha señalado resultado alguno que deba verificarse a consecuencia de la conducta típica de apropiación.

La apropiación trae aparejado efectos que algunos interpretan como resultado, así por ejemplo, la pérdida de la especie por su dueño, para que constituya un resultado típico, necesita que la norma que describe el tipo de hurto lo exija, y además sea distinguible y separable de la misma conducta.

El delito de hurto es un delito de lesión, porque al producirse la apropiación se lesiona efectivamente el vínculo entre la cosa y su titular, pero eso no lo transforma en un delito de resultado.

⁶⁵Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal*, Parte especial, Editorial Ariel S.A, segunda edición, España, 1991, páginas 166 y 167.

*“Así como el hurto es manifiestamente un delito de lesión, porque la apropiación de la cosa ajena lesiona efectivamente el vínculo entre ésta y su titular, pero una cosa muy distinta es que sea de un delito de resultado, para lo cual lo único decisivo en sí, además de la conducta de apropiación, el tipo requiere que esa conducta produzca algo distinto de ella misma, cual nos es el caso. Una vez que el sujeto se apropia la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño el delito simplemente se consuma, la ley no exige nada más”*⁶⁶.

En definitiva, el legislador pese a las modificaciones legales efectuadas en esta materia, no ha podido suplir el vacío legal existente, toda vez que las intenciones de solucionar el problema sólo han quedado en eso, ya que se ha legislado teniendo en consideración criterios y opiniones de tipo social y económico, sin incorporar al análisis del problema la perspectiva jurídica.

*“Pero al limitar la excepción a la hipótesis de frustración ha fracasado nuevamente en su principal propósito y el hurto –falta no consumado debe seguir siendo impune”*⁶⁷.

⁶⁶ Hernández Basualto. *La nueva regulación del hurto falta no consumado*, *La Semana Jurídica*, semana del 11 al 17 de Junio de 2007. pág. 7.

⁶⁷ *Ibidem*.

CONCLUSIONES

Del análisis realizado en el desarrollo de esta tesis es posible arribar a las siguientes conclusiones:

- Nuestra legislación contempla como grados de desarrollo del delito la tentativa, la frustración y la consumación, no hace referencia al delito agotado y no se discute la existencia del delito de hurto en grado de tentativa.
- La opinión dominante en nuestro país expresa que el grado de frustrado es una figura característica de los delitos de resultado, por lo que en el hurto no corresponde hablar de tal grado de desarrollo imperfecto, pues el análisis del verbo *apropiarse*, que se utiliza para definirlo, permite concluir la no existencia del hurto en grado de frustrado, toda vez que producido el desapoderamiento de la víctima y el apoderamiento del delincuente sólo cabe concluir la existencia de un delito de hurto consumado, no siendo necesaria la disposición, aun por un instante, exigida por el profesor Garrido Montt, ya que tal exigencia lleva al agotamiento del delito excediendo la fase de consumación. Un ejemplo de lo señalado es el delito de hurto doméstico donde el autor crea una esfera propia dentro del inmueble del patrón.
- Las faltas, conforme a la regla general expresamente consagrada en nuestra legislación, sólo se castigan en grado de consumadas, lo mismo ocurre con el hurto como falta pese a los intentos del legislador de sancionarlas en grado imperfecto.
- El tratamiento del delito de hurto, en especial el hurto como falta, se aparta del Derecho punitivo mínimo expresado a través de la subsidiaridad y de la fragmentación, y en su reemplazo el legislador aplica criterios de carácter práctico y basados en intereses económicos que se alejan de esos principios, sin que tampoco

se haya preocupado de implementar las herramientas necesarias para hacer efectiva la sanción de trabajos comunitarios.

- En presencia de un legislador penalizador que no respeta los principios de legalidad, igualdad y olvida la aplicación del Derecho penal como *última ratio* a fin de morigerar las consecuencias de aplicar estrictamente dichas normas, tanto la doctrina como los operadores del sistema recurren frecuentemente a interpretaciones que permitan aplicar las sanciones en términos más benevolentes, puesto que lo contrario significaría que luego de un tiempo los sujetos activos de esta clase de delitos, especialmente los hurtos como falta, podrían estar cumpliendo sanciones definitivamente exageradas dada las normas que sobre reincidencia deben aplicarse tomando en cuenta la escasa lesividad provocada en el bien jurídico protegido y para ello, basta con observar la jurisprudencia dictada luego de las sucesivas reformas legales a las que se hizo referencia en el capítulo III de este trabajo, haciendo aplicación la doctrina y el operador del principios de proporcionalidad.
- De otra parte, la intención del legislador de desincentivar la realización de esta clase de delitos a través del establecimiento de penas cada vez más elevadas es desconocer lo que empíricamente sucede con el Derecho penal, esto es, que no existe ninguna prueba que en los hechos permita concluir que establecer figuras penales más agravadas haga que los delincuentes vayan a cambiar sus conductas.
- A su turno, la forma del sistema de funcionamiento del sistema procesal penal chileno impide lograr dichos objetivos, puesto que se tiende al término lo más pronto posible de las causas por lo que en la práctica impone penas de menor entidad.
- Finalmente, la preocupación demostrada por el legislador en orden a sancionar las faltas en grado imperfecto en el delito de hurto, evidencia una desigualdad en

relación al tratamiento que reciben otros bienes jurídicos de mayor trascendencia, como por ejemplo, falta de lesiones, no habiéndose expresado un fundamento para tal decisión, denotando una arbitrariedad.

1. *Manuales de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo XVI, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1954.*
2. *Manuales de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Ariel S. A., España, 2ª Edición, 1978.*
3. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Traducción José Ortega Salas y Jorge Guerrero, Editorial Temis Ltda., Bogotá, 1976.*
4. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Editorial E. de J., Buenos Aires, Argentina, 1978.*
5. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1954.*
6. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1954.*
7. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, Novena Edición, 1955.*
8. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 1982.*
9. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 1982.*

BIBLIOGRAFÍA.

Libros y Artículos

1. Blasco Fernández de Moreda, voz *Hurto*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo XVI, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954-1969.
2. Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Editorial Ariel S. A., España, 2ª Edición, 1991.
3. Carrara, Francesco: *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Volumen I, Traducción José Ortega Torre y Jorge Guerrero, Editorial Temis Ltda., Bogotá, 1956.
4. Cerezo Mir, José: *Derecho Penal*, Parte General, Editorial B de F., Buenos Aires, Argentina, 2008.
5. Cobo del Rosal, M.; Boix Reig, J.; Orts Berenguer E.; Carbonell Mateu, J.C.; Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988.
6. Creus, Carlos: *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo I, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1983.
7. Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo II, Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, Novena Edición, 1955.
8. Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal*, Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 1982.
9. Cury Urzúa, Enrique: *Tentativa y Delito Frustrado (El Proceso Ejecutivo del Delito)*, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

10. Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal*, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Chile, 3ª Edición, 2004.
11. Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal*, Parte General, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, Octava edición ampliada, 2005.
12. De Quirós, Bernaldo: *voz Tentativa*, en *Enciclopedia jurídica española*, Editor Francisco Seix, Barcelona, 29 Vol., 1910.
13. Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo Cuarto, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Tercera Edición Actualizada, 1998.
14. Frías Caballero, Jorge: *El Proceso Ejecutivo del Delito*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1956.
15. Frías Caballero, Jorge: *Monografías Jurídicas, La Acción Material Constitutiva del Delito de Hurto*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1962.
16. Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal*, Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tomo IV, 2002.
17. Güzmán Dalbora, José Luis: *El Delito de Amenazas*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago de Chile, 1999.
18. Hernández Basualto, Héctor: *La Nueva Regulación Del Hurto Falta No Consumado*, Universidad Alberto Hurtado, 2007.
19. Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, El Delito y su Exteriorización, Editorial Losada. S. A., Buenos Aires, 1950-1970.
20. Jiménez de Asúa, Luis: *La ley y el Delito. Principios de Derecho Penal*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Sexta Edición, 1975.

21. Labatut Glenda, Gustavo: *Derecho Penal Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Novena Edición Actualizada por el Profesor Julio Zenteno Vargas, 1990.
22. Mayer: *Derecho penal*, Parte General. Traductor Sergio Politoff L., Editorial B de F. Montevideo, 2007
23. Mera Figueroa, Jorge: *Hurto y Robo*, Lexis Nexis, Santiago, 2005.
24. Mezger, Edmund: *Derecho Penal*, Libro de estudio. Parte General, Traductor Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
25. Novoa Monreal: *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 3era edición, 2005.
26. Oliver Calderón, Guillermo: *Análisis Crítico de las Últimas Modificaciones Legales en Materia de Hurto Falta*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile de Valparaíso, Valparaíso, XXVI, Chile, 2005.
27. Oliver Calderón, Guillermo: *Estructura típica común de los delitos de hurto y robo*, Revista de derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, Chile, 2011.
28. Pellisé Prats: *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XI Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona, 1962.
29. Politoff Lifschitz, Sergio: *Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1977.
30. Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; Ramírez G, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Segunda Edición, 2007.

31. Politoff L., Sergio; Matus A., Jean Pierre; Ramírez G, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, Segunda Edición, 2006.
32. 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 Chile, XXVI, Chile, 2005.
33. Rodríguez Devesa, José María: Voz *Hurto*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix S.A., Barcelona, 11 Vols., 1962.
34. Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso: *Derecho Penal*, Parte Especial, Editorial Dykinson S.L., Madrid, Décima Edición, 2005.

Fuentes Legislativas y Jurisprudenciales

1. *Historia de la ley 19.450*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 1997.
2. *Historia de la ley 19.456*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 1997.
3. *Historia de ley 19.950*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 2004.
4. *Historia de la ley 20.140*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago de Chile, 2006.
5. Sentencia Corte Suprema, recurso 5990-2004, <http://www.poderjudicial.cl>, Santiago, 2005.
6. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre de 1941, en *Revista de ciencias penales*, tomo V, 1941-42 S., pág. 278.

Universidad de Valparaíso
Chile



00160584