



## TESINA EN DERECHO

¿Se justifica la incorporación del delito del Artículo 496, número 3, introducido por la Ley 20.931, conforme a los principios generales del Derecho penal y los criterios de técnica legislativa?

Estudiantes: Eric Figueroa y Andrea Contreras.

Profesora Guía: Rocío Sánchez.

Fecha de entrega: Diciembre 2017

## Indice

I.	Introducción.....	3
II.	Relación entre Derecho penal y Derecho administrativo.....	5
III.	Breve referencia a la Historia de la Ley.....	9
IV.	Análisis dogmático del tipo penal.....	13
V.	Análisis del tipo penal.....	16
VI.	Análisis de las técnicas legislativas aplicadas.....	19
VII.	Conclusiones finales.....	35
VIII.	Bibliografía.....	38

## Resumen

El presente trabajo realiza un análisis crítico al artículo 493, número 3 del Código Penal, introducida a la ley 20.931 por medio de iniciativa comunal de la alcaldesa de Santiago, la cual no guarda relación alguna con el espíritu y el objeto principal de la ley. Junto a esto se concretan diversos reparos en los cuales la norma no es armónica ni concorde con los principios y criterios fundamentales del Derecho Penal y las técnicas legislativas. Todo eso bajo un análisis del tipo y desde el punto de vista del Derecho penal del enemigo, que postula Zaffaroni.

### **I.     *Introducción***

El Derecho Penal ha ido evolucionando conforme al desarrollo histórico, basándose en los principios establecidos y en los intereses que intenta salvaguardar la sociedad entera. Sin embargo, no es correcto pensar que el Derecho Penal sólo subsiste en favor de la sociedad, dejando de lado los intereses privados de todo tipo, incluidos los ilegítimos. Por otra parte, debemos recordar al Derecho Penal y el principio de *ultima ratio*, el cual “debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas formales e informales (...). Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso”(Carnevalli: 2008 p.2).

Por esta razón debemos detenernos a analizar, si existen mecanismos menos gravosos que obtuvieren el mismo resultado, en cuyo caso, debemos recurrir a ellos, en especial, de acuerdo al *principio de ultima ratio*, el cual le entrega esta tarea al *legislador*, quien deberá reducir la aplicación del Derecho Penal, lo que trae consigo una evidente complejidad desde el punto de vista técnico y político criminal, ya que este debe obtener “tipos penales correctamente determinados, precisos; de ahí la frecuencia con la que las normas presentan un alcance casi omnicomprendido capaz de castigar tanto los hechos realmente graves como aquellos que son pura bagatela”(Palazzo, 2001: p .433). De lo anterior, se desprende la importancia de mantener

un ordenamiento jurídico cohesionado y concordante, que esté tendiente a un fin. Si bien, es una utopía lograr un sistema jurídico perfecto, en el que absolutamente todas las normas se amparen bajo un principio teleológico en común, es precisamente “la falta de coherencia existente en el ordenamiento jurídico, -la que- trae como consecuencia la infracción de algunos principios (...). Se infringe el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal, según el cual el Derecho Penal debe ser la *última ratio*, el último recurso al que se acude cuando todas las otras formas de reacción, sean jurídicas o extrajurídicas, hayan resultado ineficaces o insuficientes” (Acevedo, C. Torres A, 2009: p. 178).

Otro principio de gran relevancia que atañe a este estudio, es el principio de taxatividad, también dirigido al *legislador* al momento de la creación de la norma punitiva, pues debe agotar los recursos técnicos de manera que se logre la máxima exigencia de precisión en el precepto” (Zaffaroni, 2002: p. 116).

El análisis que desarrollará el presente trabajo, se referirá a una norma que habitualmente debiera encontrarse en el orden administrativo, pero que hoy está ubicada en el área del Derecho Penal, específicamente dentro de las faltas. Por consiguiente, se analizará el precepto en cuestión, la técnica y razonamiento que el legislador ha empleado para su construcción normativa. Se trata del artículo 1 de la ley 20.931 que *facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto, receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos* o más conocida como la Ley de Agenda Corta Antidelincuencia. que incorpora en el artículo 496, un número 3º, nuevo, del siguiente tenor: "3º. *El que impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales.*" Si verificamos el Código penal actualmente el artículo 496 versa así: Art. 496. *Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 3.º El que impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales.*

Esta ley fue publicada el 5 de julio del año 2016, por lo tanto se trata de una norma reciente y la casuística es escasa, sin embargo, prevemos desde ya su posible contradicción con los principios del derecho penal.

## **II. *Relación entre Derecho penal y Derecho administrativo***

Para comenzar con el desarrollo de la investigación, debemos establecer como, producto de esta ley, el Derecho penal comienza a sancionar hechos que le son inherentes de la esfera administrativa. Ante esto, y en virtud del origen de la misma, no hay fundamentos acordes a los principios del Derecho penal como para sustentar el origen de esta y el por qué esta toma el camino del Derecho punitivo, en desmedro del derecho administrativo. Sin perjuicio, que el Derecho administrativo sancionador, como el Derecho penal están estrechamente vinculados, pero debemos hacer la prevención, que de todas formas tienen sus diferencias.

El primer problema para analizar, surge en torno a la relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, situación que merece detenimiento ya que la norma en cuestión le brinda nuevas atribuciones a funcionarios públicos. Previamente, hacemos la salvedad en que toda sanción penal es antecedida por un procedimiento provocado por la existencia de un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total, o parcialmente ajeno, individual o colectivo (Zaffaroni, 2002 p.128), y a su vez este mismo procedimiento bajo el debido proceso consagrado por nuestra Constitución, principalmente en el artículo 19 N°3 inciso 6, *de la Constitución Política de la República*.

Una diferencia importante entre la sanción penal y la administrativa, es que la sanción penal que recibirán los autores y partícipes de la conducta típica será siempre más gravosa que en el ámbito administrativo. "Donde la diferencia entre las sanciones de ambas áreas radica en que en el ámbito administrativo no hay privación de libertad, (...). La gravedad mayor de la pena en materia penal se debe a los bienes jurídicos que tutela son de relevancia para el Estado, a diferencia de los que protege el Derecho Administrativo, por lo tanto, en materia penal necesitan una intervención más eficaz y agresiva."(Cortaza, 2005: p. 243).

Esto es producto que ambos protegen bienes jurídicos distintos y a su vez con diferentes métodos. A su vez "Goldschmidt destaca los deberes que tiene el hombre como

miembro de una comunidad, lo cual le impone deberes en la prevención de peligros y en la promoción del bienestar, materias que están a cargo de la administración. Estos deberes se distinguen de aquellos que le corresponden al particular como individuo, en donde se manifiesta su libertad o poder-querer (orden jurídico) y cuya infracción es sancionada por el derecho penal judicial”(Cordero, 2012: p.136).

En efecto, para Garrido Montt, dada la compleja estructura actual del Estado, los entes administrativos de igual forma pueden aplicar sanciones que van desde las multas hasta clausuras de establecimientos (2001: p.155). En base a esto, se distinguen dos tipos de potestades sancionatorias; en primer lugar, la potestad correctiva, que permite aplicar castigos a cualquier ciudadano, cuando estos transgreden las instrucciones, como ocurre, por ejemplo, con las multas de tránsito.

Por otro lado, la potestad disciplinaria, destinada a corregir a los propios agentes de la administración. Lo que podemos decir de ambas potestades es que respecto de ellas no rige el principio de legalidad, lo cual deriva en que las conductas no están descritas de forma idónea o específica, y junto a esto, es que la sanción no requiere de juicio previo, tal como ocurre en materia penal.

Lo más relevante para nuestro objeto de estudio, es la potestad correctiva, ya que con ello, se mantiene el orden general de la sociedad administrada y permite reaccionar en contra de las conductas de los ciudadanos, tal como lo denomina Villar Ezcurra, esta potestad se reconoce doctrinariamente como la actividad de policía, la cual consiste en una forma de actividad administrativa que tiene por finalidad el mantenimiento del orden público utilizando para ello, limitaciones y medidas de tipo coactivo (Villar, 1999: p.34).

Continuando en esta línea, para Zaffaroni la relación existente entre Derecho Administrativo y Derecho Penal consiste en la actividad de policía, a través de la cual el Estado busca abarcar todas las formas de coacción habidas y permitidas por el ordenamiento jurídico,

sumado a la existencia de controles defectuosos de constitucionalidad y falta de independencia de la judicatura, potencian esta tendencia

Para el mismo autor, esta interdisciplinariedad forma parte de la evolución misma del Estado y del Derecho Administrativo, e incluso, ante cualquier reclamación del Poder Judicial de atribuirse para sí el monopolio de las decisiones y de la aplicación de las leyes penales, siempre existirá controversia entre la judicatura y la administración, lo cual viene dado por el impulso de la administración a absorber toda la función punitiva.

Este tipo de situaciones para el autor argentino, como la tipificada en el artículo objeto de estudio, se debe a la acelerada producción legislativa en materia penal, donde se renuncia a la delimitación de sanciones para conflictos entre las disciplinas jurídicas, generando la consecencial yuxtaposición de sanciones, mezclándose ciencias jurídicas para tales efectos.

Esta circunstancia lleva a la confusión de la doctrina, comenzando a aplicar criterios administrativos a las disposiciones legales, haciendo que la administración comenzaría a arrogarse para sí la facultad de ejercer poder punitivo, es decir, de imponer penas, cuando su único poder legítimo no puede exceder el marco de la coacción directa. A partir de este escenario, se da por hecho, la existencia de un Derecho Penal Administrativo, el cual tiene su origen a principios del Siglo XX en Alemania, que fue utilizado en Argentina para legitimar las arbitrariedades policiales. Es debido a esto, que el Derecho Penal tiene la función predominante de delimitar el contenido punitivo de la coacción, para asignar su control a los tribunales de justicia, estableciendo que la administración no puede imponer penas.

Para mayor entendimiento, Zaffaroni acota la multa como coacción administrativa, distinta a la pena de multa, o la multa penal, las cuales, pueden convivir de forma armónica, respetando el principio *non bis in ídem*, siempre y cuando se reserve la decisión a los tribunales de justicia, protegiendo así, el principio de judicialidad y a la prohibición de doble juzgamiento (Zaffaroni, 2002: pp. 214-216).

Para Cerezo Mir, la relación entre ambas disciplinas viene dada por la distinción en el plano material entre ilícito penal y el ilícito administrativo. Desde el Estado Liberal, no se distingue entre ambas, dada la actividad de policía del despotismo ilustrado, pero con el liberalismo, el Derecho Penal surge como elemento del Estado de Derecho, vinculándose el ejercicio del *ius puniendi*, el principio de legalidad de los delitos y las penas, debiendo delimitar necesariamente la distinción entre el delito y el ilícito administrativo. Con el liberalismo social, esto adquiere mayor relevancia, dada la actividad administrativa del Estado, el cual se negaba a renunciar a la coacción para la realización de su actividad, lo que conlleva la fatiga del derecho penal, al dar lugar a conductas no punibles, así como también el exceso de trabajo en tribunales. A partir de eso, en Alemania, Goldschmidt propuso segregar el Derecho Penal Criminal del Derecho Penal Administrativo, mientras que, en España, se busca que la actividad sancionatoria se sujete a los principios básicos del Derecho Penal, como lo son, el principio de legalidad, y el principio *non bis in idem*, entre otros (Cerezo, 1975: p. 160-164).

### **III. Breve referencia a la historia de la ley**

La norma en cuestión fue ingresada vía indicación del Ejecutivo el día 12 de agosto del 2015, agregándose al proyecto, y específicamente al artículo 493, número 39 del Código Penal. Esta indicación agregó lo siguiente “*el que injustificadamente se opusiere, impidiere o dificultare el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales*” la cual, se sanciona con pena de multa, de 1 a 4 unidades tributarias mensuales.

Durante la sesión de la Comisión de Constitución, realizada el día 03 de septiembre del 2015, se discutió la indicación formulada por el Poder Ejecutivo. Se propuso sustituirla, por una redacción más restrictiva, se propuso lo siguiente: “*El que injustificadamente se opusiere o impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales respecto del comercio ilegal en la vía pública*” se buscó modificar, ya que la indicación configura una falta nueva, y además, por la falta de certeza y vaguedad, al no señalar las específicas facultades fiscalizadoras que el numeral alude.

En defensa de la indicación, La Ministra de Justicia, Javiera Blanco, hace la salvedad de que se trata no de otorgar nuevas facultades, sino, la idea es reforzar la labor de los inspectores, ya que no se puede controlar la identidad de la persona a sancionar y la sanción queda en nada. Es por esto, que este precepto establece una sanción concreta si se incurre en el supuesto legal. Luego, El diputado Walker hizo énfasis en que esta normativa surgió a iniciativa de la alcaldesa de Santiago Carolina Tohá, por hechos que quedan sin sanción en la vía pública. En ese sentido, los diputados Silber, Squella, Ceroni y Soto, se manifestaron contrarios al precepto, argumentando que se crea una nueva falta, y la expresión “dificultare injustificadamente” es una expresión abierta que da espacio al actuar discrecional de los inspectores municipales. Así, el diputado Squella, propuso suprimir la expresión “dificultare” Por último, el diputado Ceroni, cuestionó la existencia misma de la indicación, con respecto a la finalidad del precepto discutido. Al someterse a votación, es rechazada por falta de quórum.

Durante el segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, realizado el día 29 de febrero del 2016, intervino en la Comisión, la entonces alcaldesa de Santiago e impulsora de este precepto, Carolina Tohá, explicando que su interés es que en esta instancia se discuta una modificación que previamente fuera rechazada en la Cámara de Diputados, referida a la labor de los inspectores municipales. Comenzó su ponencia, donde dijo que la existencia de una policía nacional y no una local, provoca un vacío importante en el sistema de seguridad, ya que se obliga a Carabineros de Chile, a hacerse cargo de estos vacíos, ocupándose de asuntos que no les competen, llevando a cabo sus funciones de manera incompleta.

Continuó diciendo que hay diversas normativas que entregan facultades especiales de fiscalización a los inspectores municipales, sin embargo, en el ejercicio de esas facultades dichos funcionarios tienen limitaciones enormes, haciéndolas inútiles. Ya que, lo normal es solicitar la identificación de las personas que sorprenden infringiendo las ordenanzas municipales, de lo contrario, no hay forma que este sea citado al juzgado respectivo para que se le imponga la multa. Más aún, si se niega a identificarse, no hay nada más que hacer. Para que

esto tenga eficacia, tendría que estar acompañado de un carabinero, lo cual en los hechos es imposible, dado el personal y las funciones principales a los que estos están encomendados.

Esto ocasiona un mal escenario, y la solución a este problema, sería en primer lugar, facultar a los inspectores municipales para requerir la identificación de personas en vía pública que cometan infracciones, vulnerando ordenanzas municipales, lo cual no es un control de identidad, además la ley ya faculta al inspector a multar a la persona sorprendida, lo cual es inoperante sin la debida identificación del infractor.

Luego, la Alcaldesa Tohá, propuso que cualquier obstrucción al trabajo de los inspectores tenga alguna sanción mayor a las existentes, como lo es el artículo 495, número 1, del Código Penal que sanciona con multa de 1 UTM a quien contraviene las reglas de la autoridad para conservar el orden público. Esta es insuficiente y carece del mismo problema anterior.

Por último, propuso sanción de comiso, para el comercio ilegal en la vía pública, al tratarse de una infracción penal, no podría establecerse como infracción administrativa. Se dejó en claro que la situación actual, afecta el espacio público y fomenta la comisión de delitos, y el Gobierno no hace nada. Señaló que esta propuesta no se trata de un control de identidad obligatorio, sino que, quien sea sorprendido infringiendo ordenanzas municipales y no se identifique, tendrá una sanción efectiva.

Tras la intervención de Carolina Tohá, la abogada asesora del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Nelly Salvo, tomó en consideración esto y en conjunto con el Gobierno, propusieron la siguiente disposición, incorporándolo, como numeral 3 del Artículo 496 *“El que obstaculizare o impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales”*. Durante la discusión, se prefirió no conferir tales facultades de solicitar identificación, ya que esto les corresponde a las policías. La Ministra Blanco insistió con la norma, dado el despropósito de enviar a Carabineros de Chile a realizar cuestiones relativas a los inspectores municipales, siendo una distracción para la misión principal de la policía chilena, como lo es la seguridad

ciudadana, objetivo principal del proyecto en cuestión. Finalmente se aprueba por unanimidad la proposición aditiva del Gobierno.

Durante la Comisión Mixta, se planteó por los diputados Ceroni y Soto, que los inspectores municipales no son funcionarios de planta según la Ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, sin contar con facultades específicas, pudiendo ser utilizado este cargo por cualquier funcionario, además se dice que la norma es un tipo penal abierto impropio, debiendo ser interpretado por el juez caso a caso, contraviniendo el principio de tipicidad consagrado en nuestra Carta Fundamental. Así mismo, insisten los diputados en la existencia de disposiciones legales que ya garantizan el correcto ejercicio de las atribuciones de los inspectores, como lo es el artículo 495, número 1, del Código Punitivo. Concluyen su planteamiento, señalando que es una nueva falta injustificada, que permite la detención por infracción flagrante, situación que escasea en nuestro ordenamiento jurídico.

Ante esto, el Senador Harboe hace énfasis nuevamente, en que esta norma no habilita a inspectores municipales a realizar detenciones, la cual les compete sólo a funcionarios policiales, dada la normativa vigente. Luego, se da a conocer que el rechazo de la Cámara de Diputados de la norma se debe al término “obstaculizar” pues su interpretación abarca un espectro de casos superior al que se busca considerar. Intervino nuevamente el Senador Harboe, donde señaló que la idea principal de quienes defienden esta norma, la cual no habilita a los inspectores municipales a detener personas ni realizar ningún tipo de diligencia intrusiva, ni mucho menos para ejercer labores propias de policía. Además, esta es la única forma de otorgar imperio a la normativa municipal, ya que, de lo contrario, no hay sanción alguna a quien realice la transgresión. Interviene el senador Araya, donde señaló que no hay disposición legal que obligue a la persona requerida a identificarse ante el inspector municipal que lo sorprenda infringiendo alguna ordenanza, por lo tanto, es muy difícil lograr que ese infractor sea sancionado, ya que no hay forma de identificarlo si no proporciona voluntariamente su identidad, dato sin el cual no puede ser citado al Juzgado de Policía Local. Luego de esto, se sometió a votación la norma, la cual fue aprobada.

Para concluir, en la Discusión en Sala el día 18 de mayo del 2016, el diputado Ceroni, habló sobre las mejoras al proyecto en cuestión. Dando cuenta del rechazo por parte de la Cámara de Diputados a una serie de modificaciones que estableció el Senado, por lo mismo, se remitió la iniciativa a Comisión Mixta. En lo relativo a la norma en cuestión, señala que, a raíz del rechazo de la Cámara de Diputados, se modificó todo lo relacionado con la función fiscalizadora de los inspectores municipales. En la redacción de la norma se utilizaba la expresión “obstaculizare” que es una expresión muy vaga y ambigua, razón por la cual se le substituyó por la expresión “impidiere” en relación con el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales, a lo que se aplicaría la multa que señala el artículo 496 del Código Penal. Al respecto, no hay duda de que se debe llamar a Carabineros para cerciorarse del hecho, ya que el inspector municipal no puede ser juez y parte en estos casos.

#### ***IV. Análisis dogmático del tipo penal***

En este tema resulta necesario delimitar y establecer los elementos básicos del tipo penal objeto del presente trabajo de investigación, así como también, los principios bajo los cuales se sustenta y ampara el derecho punitivo, en referencia al tipo penal objeto de estudio.

En palabras de Díez Ripollés “hay 3 decisiones político criminales básicas que fundamentan el Derecho Penal, a saber, la de mantener el orden social básico mediante la evitación de los daños o riesgos más graves para bienes fundamentales para la convivencia. Incidir sobre los factores decisivos en la producción de tales perjuicios lo que lleva a intervenir socialmente sobre personas responsables o susceptibles de ser responsables de ellos. Neutralizar tales conductas mediante el control social y, dentro de él, el control social penal” (2003: p. 136). El autor señala que para obtener aquellas decisiones políticas criminales es menester la manifestación de principios garantes, en los que distingue, un primer grupo de principios de protección y un segundo de principios de la sanción (2003, p. 137)

Dentro de estos grupos encontramos el principio de lesividad, que básicamente se refiere a que el Derecho Penal, surge como la forma que tiene la sociedad de protegerse de

conductas que como conjunto consideran dañosas (Díez Ripollés, 2003: p. 138). Por tanto, ellos -como sociedad- determinan que es lo que finalmente puede ser penado y que es lo que no será penado. En este sentido, Díez destaca que “la determinación de lo que debe quedar fuera del Derecho Penal en virtud del principio de lesividad está siempre en continuo movimiento”(2003: p.139).

También toma importancia en este estudio el principio de esencialidad o fragmentariedad, en la que la sociedad percibe al Derecho Penal como un instrumento de control social, para ello, este principio descansa en dos ideas fundamentales: Especialización en la tutela de presupuestos esenciales y la limitación de sus intervenciones a los ataques intolerables (2003: pp. 140-141). Esto se fundamenta en la “gravedad de los ataques lo que legitima las duras intervenciones del Derecho Penal y no éstas las que exigen una limitación del ámbito de tutela de este”(Díez Ripollés, 2003: p. 141), ya que es tan grave la afectación que las sanciones son más gravosas.

Así mismo el principio de interés público y de correspondencia con la realidad, como parte de estos principios de protección, están enfocados en como a la sociedad, eventualmente, podría afectarle el daño de ciertas conductas, pero desde un punto de vista global, es decir, el sistema social en su conjunto (Díez Ripollés 2003: p. 144).

En el segundo conjunto se distingue los principios de la sanción, dentro de los cuales destacamos el principio teleológico o los fines de la pena, y el principio de proporcionalidad de las penas. En cuanto al principio teleológico Díez, nos indica que no va dirigido a la pena misma, tampoco está enfocado en cuestiones de eficacia, sino, que está atendiendo a los efectos que produce en la sociedad que ciertas conductas sean punibles y que si esto es aceptable para la comunidad (2003: p.160).

Mientras que en el caso del principio de proporcionalidad, “debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente(...). De este modo, aporta un contenido de legitimación significativo a la decisión

político criminal de haber acudido al control social jurídico penal” (Díez Ripollés, 2003: p. 162). Así desde la perspectiva de la política criminal, estos principios deben ser recogidos, tanto al momento de la creación de la norma penal, como al momento la interpretación del juez .

Ahora bien, tenemos otros principios, que se aplican en general en el Derecho, pero que tienen una connotación especial en el Derecho Penal.

En primer lugar, tenemos el principio de legalidad, que para Zaffaroni, implica que la única fuente productora de leyes penales son los órganos constitucionalmente habilitados, donde la ley penal será la que ellos producen según los lineamientos propios de la misma Constitución ( Zaffaroni, 2002: p.112). En doctrina nacional, para Politoff, el principio de legalidad dice relación con “Esto es lo que le da al Derecho Penal un carácter fragmentario y se expresa en la fórmula: no hay delito sin tipicidad. No se trata, pues, sólo de la exigencia de una ley previa que castigue un hecho como delito (*nullum delictum nulla poena sine praevia lege poenali*), sino de una ley que fije con precisión los contornos de la figura punible (*nullum crimen sine lege stricta*), exigencias ambas que, como veremos más adelante, se encuentran recogidas ya a nivel constitucional” (Politoff, 2009: p. 67)

Por otro lado, tenemos el principio de taxatividad, que para el mismo Zaffaroni, consiste en exigirle al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa, y con la mayor precisión técnica posible (Zaffaroni, 2002: p.114). Luego, continuando con el principio de taxatividad, para Atienza “la taxatividad, como parte del principio de legalidad, parece exigir que la descripción de los comportamientos prohibidos se haga en términos descriptivos y precisos”( 2003: p. 348).

En base a este principio, surge uno de los problemas medulares de la norma objeto de investigación. Ya que, sin perjuicio de encontrarse delimitada de forma legal en el código punitivo, ésta no es precisa en lo que respecta a su verbo rector, ni mucho menos taxativa,

recordemos que el precepto indica 3.º *El que impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales*. En donde el verbo “impedir” es tan amplio, que no delimita la conducta típica, no sabemos a que se refiere el legislador en lo concreto a este verbo rector, y finalmente lo que trae consigo son irregularidades al momento de aplicación de la norma.

En este sentido Zaffaroni indica que “cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico, y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades, declarar inconstitucional la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa” (2002: p. 117).

Luego, en base al principio de *ultima ratio*, la doctrina dice “el Derecho Penal es de última ratio, debiendo ser el último recurso que debe de utilizar el Estado cuando se carece de otros menos lesivos”(Martínez, 2015: p.34). En base a lo anterior, podemos advertir que el Derecho Penal no interviene como *última ratio* para el caso en cuestión, debido a que esta norma forma parte del campo del Derecho Administrativo, relativo a lo ya mencionado, debiendo encausar esto en ese campo, y no dejarlo en manos del Derecho Penal, lo que conlleva consecuencias negativas en la aplicación uniforme del *ius puniendi*. En efecto, para Politoff “El recurso al sistema penal debe ser la *última ratio* (último medio), a la que debe preceder el ensayo de otros recursos estatales o sociales.

Uno de los peligros mayores de la “inflación penal” constituye la paradoja de terminar por no ser obedecido, por la incapacidad del sistema de perseguir todo lo que prohíbe” (Politoff, 2009: p. 68).

En lo que respecta al tipo penal, debemos comprender al delito, según Garrido Montt “como un comportamiento del hombre, sea esta una acción u omisión, típico antijurídico y culpable” (2005: p.35). Un aspecto previo a destacar, lo dice el mismo Zaffaroni, el cual dice que mientras más eficiente es el Derecho Penal para reducir interpretativamente los tipos penales, se aplicará el menor medida el *ius puniendi* en la sociedad (2003: p.433).

A partir de lo expresado, debemos señalar que la función instrumental del Derecho Penal se cumple en la medida de proveer un sistema de tipos penales que no den espacio a discreción, delimitando sus elementos con certeza y claridad. Situación que como veremos ahora en adelante, no parece darse con toda plenitud. A mayor abundamiento, Zaffaroni postula “el tipo penal siempre es necesario, porque no puede averiguarse si algo está prohibido sin partir de una previa definición de lo prohibido”(2002: p.440). Por lo tanto, se demuestra una vez más, la importancia del tipo penal para delimitar la conducta prohibida, la cual se debe observar, y, por lo tanto, no realizar.

### ***V. Análisis del Tipo Penal***

En primer lugar, tenemos la acción típica, según Bacigalupo, constituye la acción que es prohibida por la norma, en efecto, la acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal (1996: p.80). En el precepto legal objeto de investigación, debemos establecer que este es un delito tanto de acción como de omisión, ya que se habla de “el que impidiera el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales” lo que en la práctica sería bloquear el camino del inspector municipal, impidiendo que este realice sus funciones fiscalizadoras, así como también, no contestando las preguntas del mismo inspector, constituyendo la falta como un delito de acción y por omisión, que tiene por objeto impedir el ejercicio de las funciones fiscalizadoras del inspector.

Con respecto a los sujetos del delito, en primer lugar, el sujeto activo, es el individuo que realiza la acción típica, el cual, es indeterminado o neutro, ya que esta norma utiliza únicamente la expresión genérica “el que” pudiendo ser, cualquier persona. Por otro lado, el sujeto pasivo, vendría siendo el afectado por el delito, en virtud de la afectación, a un determinado bien jurídico tutelado, que en el caso en concreto, no se advierte la existencia de un bien a tutelar, por lo tanto, también es nebuloso este elemento del tipo penal.

Ahora, en referencia al verbo rector, se constata que es el verbo “impidiere”, para la RAE, significa “estorbar o imposibilitar la ejecución de algo” (RAE, 2017). Para una mayor claridad, Díez Ripollés se refiere a principios fundamentales para determinar la racionalidad ética de una norma penal, al momento en que ésta es elaborada. Uno de los principios es el de certeza o seguridad jurídica, el cual se puede comprender “mediante este principio se exige que el ciudadano sepa con precisión en qué circunstancias se le va a exigir responsabilidad, y con qué consecuencias”(2003: p. 146). En efecto, dada la relevancia de este principio, tiene un marcado asentamiento en las sociedades actuales, de alta liberalidad democrática, en donde se construye todo el sistema de responsabilidad penal en base a este principio (2003: p.146).

Una de las características más relevantes de este principio que hace que el ciudadano acomode su comportamiento a la norma, a través de la ley, la cual es elaborada por el órgano más calificado para velar por los presupuestos esenciales para la convivencia, como lo es el poder legislativo, a través del procedimiento formal más exigente, como lo es la ley (2003: p.147). Fundamentalmente lo que nos dice a Díez Ripollés a través de este principio, no es más que demostrar la importancia de que una norma jurídica describa con precisión la conducta a sancionar, para que el individuo común ajuste su conducta conforme al ordenamiento jurídico. Situación que podemos aterrizar al caso concreto objeto de nuestra investigación, con la interrogante de establecer y discernir cuál será específicamente la conducta que el ordenamiento jurídico busca sancionar.

El objeto jurídico o bien jurídico tutelado sobre el que recae la acción típica, no es posible de determinar preliminarmente, lo cual es bastante particular, ya que los tipos penales como condición necesaria deben tener un bien jurídico a tutelar, he ahí una de las tantas funciones que se le encomiendan al Derecho Penal, tal como señala Garrido Montt, “la misión del derecho penal es la protección de estos bienes, y como se ha dicho con anterioridad, esta función es la que le otorga legitimidad para imponer castigos o adoptar medidas de protección, que siempre importan restricciones serias a las libertades individuales de los afectados” (2010: p. 63).

En cuanto al elemento subjetivo, procede únicamente dolo, bajo sus dos aristas, tanto dolo directo como dolo eventual, ya que la ley no da a conocer ningún tipo de formalidad o expresión, que haga entender que se requiere únicamente de dolo directo. Como sí ocurre, por ejemplo, cuando se incluye la expresión “maliciosamente” o “con malicia”, como ocurre a modo ejemplar, con el artículo 395 del Código Penal, relativo a la castración. Por tanto, se excluye la culpa, ya que, esta sólo será sancionada si se encuentra explícitamente establecida por el legislador.

En efecto, citando a Garrido Montt, los tipos que penaliza el legislador normalmente son dolosos, sólo en contados casos, impone pena a tipos culposos (2005: p. 209). Junto a esto, Silva indica que “tanto en Chile como en el extranjero no se ha tipificado derechamente el dolo eventual y queda entregado a la jurisprudencia su determinación y alcances en relación con la culpa consciente o imprudente” (2011: p. 119). Se advierte que existe una frontera escasamente delimitada entre el dolo eventual y la culpa consciente, lo cual queda entregado netamente a la jurisprudencia, debido a los elementos concurrentes de cada uno, a diferencia del dolo directo cuyos elementos son determinantes y excluyentes de otras formas.

Para Zaffaroni “los tipos dolosos dejan filtrar mayor poder punitivo que los culposos, por lo cual constituyen la forma de imputación subjetiva con mayor tradición histórica” (2002: p. 520). Lo que deja entrever un fundamento histórico en la aplicación del dolo, bajo sus dos formas, como elemento subjetivo del tipo, razón por la cual que en estricto rigor, son procedentes ambos tipos de dolo, tanto directo como eventual.

Respecto a la concurrencia de causales de justificación, no existen reglas especiales, al igual que en materia de participación.

En el análisis del Iter Criminis ocurre algo especial relativo a este tipo de delito, ya que, las faltas sólo se sancionarán si estas se encuentran consumadas, tal como lo establece expresamente el artículo 9º del Código Penal. Por lo tanto, el inspector municipal sólo podrá

sancionar al sujeto que realice la acción típica una vez cuando el delito esté consumado, es decir, una vez que se hayan realizado todos los elementos del tipo penal.

En lo que respecta a la penalidad de esta falta, según el mismo artículo 496, número 3, constituye esta, según el artículo 21, una pena de multa, que va desde la unidad tributaria mensual, hasta cuatro unidades tributarias mensuales. El tratamiento que tiene el ordenamiento jurídico penal para las multas se encuentra en el artículo 70 del código punitivo, el cual otorga una regulación particular para determinar la pena de multa, la cual viene dada por las circunstancias agravantes y atenuantes, y el caudal o facultades del culpable.

A mayor abundamiento, Zaffaroni delimita que la multa opera sobre el patrimonio del condenado, con el límite constitucional de la prohibición de confiscación, pero que no reconoce el objetivo reparador que caracteriza a la multa administrativa. La multa debe guardar relación con la proporción del injusto cometido y la culpabilidad (2002: p. 974). Que la norma jurídica guarde proporcionalidad, para Díez Ripollés, implica que la entidad de la pena, debe acomodarse a la importancia de la afcción al objeto tutelado y a la intensidad de la responsabilidad concurrente (2003: p.162). Nos referimos al principio de proporcionalidad de la pena, el cual dentro de la esfera legislativa, debe cumplir con la concurrencia de dos planos. El primero es el plano abstracto, la pena prevista debe guardar relación con la importancia de lo tutelado y el ámbito de responsabilidad que se establece en virtud de la pena. El segundo es el plano concreto, la pena debe configurarse para acomodarse a las diversas variaciones que experimente el objeto de protección, dentro del caso concreto. Advertimos que la norma en cuestión guarda relación con el plano concreto, ya que hay variación de la pena de multa, según su entidad, lo cual se determina conforme al caso en concreto. El plano abstracto, debemos reparar que no existe relación alguna con lo que se tutela, debido a la indeterminación del bien jurídico tutelado mismo de la norma.

Bajo este mismo fundamento, Díez Ripollés, indica que cuando nos referimos a los efectos sociales de la pena, esto dice relación con que las penas no van a superar los límites del ejercicio del poder acordados en sociedad, es decir, que la aplicación de la pena no se

desnaturalice a través de un modelo de intervención penal que termine incidiendo socialmente sobre la vida misma de los ciudadanos (2003: p.158). Junto a esto, “la pena debe tener las cualidades que deben detentar los efectos socio personales a producir para que resulten aceptables dentro de nuestro sistema de creencias, una vez que sepamos que efectos estamos dispuestos a causar, nos preguntaremos cuál es su efectividad y eficacia en general o en relación con correctas decisiones legislativas en concreto”(Díez Ripollés, 2003: p. 160). Es necesariamente relevante conocer y establecer los efectos de las penas al caso concreto, para determinar si estas son proporcionales y destinadas a provocar de forma eficiente que los individuos eviten incurrir en la conducta descrita.

A pesar de lo anterior, del análisis de la norma en cuestión, se advierte que se conceden mayores atribuciones a inspectores municipales, sujetos de carácter transitorio, designados según el gobierno local de turno, que no cuentan con una regulación sistemática y establecida como cualquier funcionario de planta edilicio, lo que eventualmente puede desnaturalizar la intervención penal en un asunto que puede ser solucionado de forma menos gravosa.

## ***VI. Análisis a las Técnicas Legislativas aplicadas***

Tal como hemos ido desarrollando en el transcurso de este trabajo, el Derecho Penal, tiene como finalidad la protección de determinados bienes jurídicos estimados esenciales para el mantenimiento y protección del sistema de convivencia (Ossandón, 2011: p.23), lo cual, se logra a través de normas jurídicas dirigidas hacia la población en general, con tal de mantener la paz social y junto a esto, impulsar la seguridad jurídica. Para obtener el resultado final, el legislador se esmera en determinar los bienes jurídicos tutelados necesarios, los cuales, deben ser objeto de protección penal según la relevancia que le es asignada para una sociedad determinada. Además, debe guardar relación con los principios del Derecho Penal, como lo son el principio de legalidad, a modo ejemplar. Tal como, lo señala Ossandón “conseguir la

máxima determinación en la descripción de las conductas prohibidas, en atención al principio de legalidad”(2011: p. 28).

Se ha desarrollado en la doctrina comparada intentos sobresalientes por parte de la ciencia del Derecho penal, y del Derecho en general, de centrar todos los esfuerzos en la interpretación y aplicación de la legislación. Se advierte a partir de esta situación, que no se otorga la debida relevancia al proceso legislativo, en particular lo que ocurre con el precepto analizado, y en consecuencia solo se analiza detenidamente la norma cuando esta ya esta en vigencia y por consiguiente produce efectos en la sociedad, y no ocurre ese análisis acabado en el momento de la creación del precepto penal, o al menos no con el detalle que este requiere. Entonces lo que finalmente hace la ciencia del Derecho punitivo es dedicarse únicamente a la labor de elaborar una teoría del delito convincente, que facilite la labor del juez para la interpretación y posterior aplicación de la ley. Tal como lo señala Navarro “El punto de partida de la actividad científica y el objeto de su estudio se sitúa frecuentemente en la ley como producto ya acabado, sin que se plantee un adelantamiento del momento de intervención de la ciencia a la etapa de elaboración de la ley” (2010: p. 220).

A mayor abundamiento, existe cierta reticencia en los juristas de abocarse en la fase elaborativa de la ley penal. En efecto, para el autor -Navarro- es considerada un terreno complejo, en este sentido, él arguye lo siguiente: “Se concluye así que las soluciones a las posibles irracionalidades de la ley deben buscarse en el momento de su interpretación y aplicación. De esta manera, los juristas abandonan al legislador y dirigen su mirada al juez” (2010: p. 224). Lo anterior, tiene un antecedente histórico remontado al siglo XIX, época en la que surge el método positivista, cambiando en efecto, la perspectiva del jurista. Este problema es trasladado a la práctica, donde el legislador pesar de tener herramientas en otras áreas del Derecho, se encuentra paradójicamente desprovisto de técnicas legislativas.

No obstante, lo anterior, en el siglo XX y XXI, nace un nuevo interés de la Ciencia Jurídico Penal: *la racionalidad en la legislación*, si bien, es un primer paso, aún es una idea imberbe, por lo que continúa en gran parte el antiguo sistema de buscar la racionalidad una vez que la norma ya está elaborada y aplicada. Debido a esto, que la norma objeto de nuestra investigación, carece de una correcta fase de elaboración legislativa, debió existir el reproche en su desarrollo, y no cuando esta ya tiene vida en el Derecho. Esto último genera diversos problemas y consideraciones relativos la certeza jurídica que tienen los habitantes de una sociedad.

Muchas veces el legislador ha trabajado en base a las “sensaciones” de la sociedad en su conjunto, desde luego, funciona como un mecanismo de presión bastante efectivo por parte de los grupos intermedios. Incluso la masificación de los medios de comunicación, que por cierto tiene consecuencias muy positivas para la ciudadanía como el mejor acceso a la información, ésta a su vez tiene una faz menos agradable: la televisión y la prensa en general. Salvo honrosas excepciones, estos medios le han dado un tratamiento muy simple y vago a lo que comprende la legislación del derecho punible, y lo que es peor aún, han sido los propios legisladores quienes se retroalimentan de esta estrategia casi publicitaria para obtener mejores aprobaciones, pero lo que finalmente tenemos es una legislación penal que en palabras de Zaffaroni “carece de un respaldo académico y se enorgullece de ello, pues esta publicidad populachera denigra constantemente la opinión técnica jurídica y criminológica, obligando a los operadores políticos a asumir idéntico desprecio” (2006: p. 74).

Para continuar y delimitar el objeto del presente trabajo de investigación, es menester remitirnos a los diversos criterios de técnica legislativa que ofrece la doctrina, y detenernos en los que revisten mayor importancia para el presente trabajo.

Dichos criterios adquieren una connotada relevancia, ya que están intrínsecamente vinculados con el límite al *ius puniendi*. Ossandón así lo establece “entre los criterios de análisis

de técnicas legislativas y los principios constitucionales de límite al *ius puniendi*, existe una conexión esencial, pues ambos responden a un mismo fundamento mirado desde una perspectiva diferente” (2011: p. 271). En principio, como lo señala Ossandón “para llevar a cabo este análisis técnico sobre las ventajas y desventajas que ofrecen los diversos mecanismos técnico-legislativos, se han individualizado diez criterios de análisis estimados fundamentales” (2011: p. 279). Le daremos tratamiento a tres de estos criterios que coinciden con los principios del Derecho Penal, es decir, nos remitiremos a señalar y delimitar si la presente norma del artículo 496, número 3, cumple con los criterios de proporcionalidad, subsidiariedad, y para concluir, el criterio de economía legislativa, los cuales son más pertinentes y atinentes para efectos de la presente investigación.

El primer elemento o criterio de técnica legislativa a analizar, es el criterio de subsidiariedad, el cual es un principio básico dentro de la ordenación de competencias del orden social, donde el gobierno procura a la población lo que necesita, es decir, lo que no está en sus manos o que, si lo está, no podrá hacerlo bien. En lo que las personas hagan bien por sí mismas, el gobierno no tiene que inmiscuirse” (2011: p. 425). En efecto, la autora se pone en la siguiente situación, donde el gobierno no intervendrá en la medida que no sea necesaria tutela alguna por parte de este. Ante esto, debemos tener presente, tal como se ha ido conceptualizando en este trabajo, el Derecho Penal es de *ultima ratio*, donde Ossandón es enfática en señalar este aspecto: “El principio de subsidiariedad en conjunto con el de fragmentariedad, con el que está en conexión, sólo se puede intervenir penalmente allí donde es en absoluto necesario para la protección de bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia social” (2011: p. 426). Junto a esto, hay que tener presente que el Derecho Penal toma relevancia al garantizar y reforzar la tutela de bienes que ya han sido concebidos dentro del ordenamiento jurídico, dignos de protección.

Continúa Ossandón, una vez que el resto del ordenamiento jurídico, a través de sus instrumentos formales e informales, hayan fracasado, debe entrar recién el Derecho Penal.

Ossandón se refiere a este momento, como necesidad de pena, donde sí se puede proteger a la sociedad por medios menos lesivos que los penales, siempre que no restrinjan derechos fundamentales, no es preciso ni se deben utilizar el derecho penal (2011: p. 463). Bajo otra perspectiva, se debe prescindir de la sanción penal siempre que sea posible esperar similares o superiores efectos preventivos del derecho civil o administrativo, donde una sanción menos grave resulta suficiente, y no debe imponerse la de mayor gravedad.

A modo de síntesis, el principio de subsidiariedad está vinculado además con el principio de ofensividad y de fragmentariedad, donde el Derecho Penal sólo debe operar frente a ciertos fragmentos de las conductas antisociales: los ataques de mayor gravedad a los bienes jurídicos más importantes. Colocando esto en la realidad fáctica de la norma objeto del informe, y a través de lo narrado en la historia de la ley, vemos que no existe intento alguno de querer utilizar otro medio menos lesivo o dañoso que el Derecho Penal, ya que no existió y ni siquiera existe aún regulación sobre la actividad de inspectores municipales con respecto al comercio regular e irregular en las ciudades. Con el claro ejemplo de la comuna de Santiago, comuna en la cual la alcaldesa de ese entonces, Carolina Tohá impulsó la iniciativa en el Congreso, de ingresar esta norma a la Ley 20.931. Sin haberla introducido bajo normativa de carácter municipal, como regular esta situación que actualmente aparece en el artículo 496, en una ordenanza municipal u otro cuerpo normativo de carácter administrativo.

Ossandón en su obra dispone “está comprobado que ampliar los ámbitos de aplicación del Derecho Penal o aumentar las penas no significa, necesariamente disminuir la criminalidad. Por ende la intervención penal debe ceder ante otros mecanismos de control menos severos y más efectivos” (2011: p. 429). Luego, Ossandón, se pone en el supuesto que no se respete este principio de subsidiariedad, situación que es relevante para el artículo 496, número 3, diciendo “la inflación penal desmedida suele llevar consigo una volatilización del instrumento penal, pues cuando se comprueba su escasa eficacia y capacidad de control, el sistema penal se desprestigia” (2011: p. 431). Lo que nos lleva a determinar la consecuencia misma de querer

elevanto o regular todo, a través de la aplicación del poder punitivo del Estado, es decir, la no observancia del principio de subsidiariedad, conlleva a este tipo de extremos, en los cuales, se busca regular penalmente un hecho que debería estar regulado en el derecho administrativo, específicamente a nivel municipal. Y a mayor abundamiento, se busca regular a través del derecho punitivo un hecho que no tiene bien jurídico determinado a proteger, lo cual se infiere a partir del estudio realizado al tipo penal, por lo tanto, no hay certeza alguna de su gravedad e incidencia en el bien jurídico tutelado.

Para apoyar lo esgrimido anteriormente, Ossandón establece que “el Derecho Penal es accesorio a la regulación civil y administrativa, sólo en aquellos ámbitos de materias reguladas previa y principalmente en esos sectores” (2011: p. 432). Por último, debemos señalar que el mismo autor señala el fundamento de este principio, como lo es que la sanción penal es la forma más enérgica de intervención del Estado, tanto en la dimensión fáctica, como comunicativa, razón por la cual ha de operar subsidiariamente frente a otros sistemas menos lesivos de reacción, y ha de estar rodeada de las máximas garantías en su aplicación (2011: p. 436).

Una vez establecida y delimitada la subsidiariedad, continuamos con el segundo criterio de técnica legislativa a desarrollar, como lo es la proporcionalidad, principio que Ossandón lo entiende bajo un sentido tradicional, es decir, fundamentalmente garantista y de límite al ius puniendi (2011: p. 462). Junto a esto, señala “El principio de proporcionalidad impide el establecimiento de conminaciones legales y la imposición de penas que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado este en su significado global.” (2011: p. 463). Este es un juicio de carácter interno comparando el fin de la norma y su sanción, cuyos destinatarios son en principio el poder legislativo, el cual debe establecer penas proporcionales a la gravedad del delito y el poder judicial, en lo relativo a la aplicación de esta al caso concreto. Siguiendo este enfoque, no hay que perder de vista nunca que la proporcionalidad contribuye según Ossandón, a la eficacia de las penas, donde se ha demostrado que para la consecución de

objetivos de prevención, no hay pena más efectiva, que la pena justa y proporcionada, mientras que una pena desorbitada además de inútil, es criminógena (2011: p. 465).

Al determinarse este criterio como parte de un juicio valorativo, la doctrina se esmera en dar criterios relevantes para establecer si una determinada norma jurídica es o no proporcional. Ossandón así lo señala “estos se relacionan con la importancia del bien jurídico protegido, el grado de la ofensa, el desvalor de la acción, la trascendencia social del hecho, el grado de ejecución y las formas de participación” (2011: p. 466). Estos criterios, se complementan y desarrollan de forma recíproca, donde los efectos de la regulación compararse con sus objetivos para establecer entre ellos la adecuación básica de los medios empleados para la obtención del fin, lo que confirma lo dicho anteriormente, la proporcionalidad forma parte de un juicio valorativo e impreciso.

Continúa desarrollando Ossandón, que para obtener una norma respetuosa del presente principio, el propio legislador es el que debe establecer y seguir parámetros para su medición, dada la relevancia que adquiere este, al ser el único dentro del ordenamiento jurídico capaz de imponer sanciones penales, y al tener un amplio margen de libertad para determinar la relación entre estas y la gravedad de las conductas que pretende evitar con ellas (2011: p. 469).

Para determinar la proporcionalidad que tenga una determinada norma, el autor sugiere fijar la gravedad de la conducta que se sanciona, en referencia al bien jurídico que pone en peligro, por lo tanto, adquiere mayor importancia que esta norma proteja de forma efectiva un bien jurídico determinado, y aquí Ossandón señala “es fundamental que la norma tienda a la protección efectiva de un bien jurídico, porque cuando no lo hace, no sólo afecta la funcionalidad del sistema, sino que además, cualquier pena con que se amenace la realización de la conducta aparecerá como desproporcionada” (2011: p. 469). Esta situación es relevante y merece comentario, ya que en principio, advertimos en su oportunidad que el artículo 496, número 3 en el análisis del tipo penal, no existe un bien jurídico a proteger, en otras palabras,

la norma carece de bien jurídico a tutelar dentro del ordenamiento jurídico nacional, lo cual adquiere cohesión con lo que dice Ossandón al respecto “el bien jurídico también debe ser de una entidad determinada, y las conductas que lo afecten han de superar un cierto margen de gravedad. Sólo así se puede justificar, como proporcionada, la inspiración de una sanción penal” (2011: p. 469).

Junto a esto, la norma debe ser redactada, elaborada y construida, con la mayor precisión posible, en el sentido que el mismo autor señala “la descripción de la conducta debe ser formulada con mayor precisión cuanto más grave sea la pena amenazada” (2011: p. 470). Y en el caso contrario, si hay consecuencias penales menos graves, el juez adecuará la pena concreta a las diferentes manifestaciones de la conducta típica, lo cual debe considerarse según la finalidad de la norma, en específico la importancia del bien jurídico a proteger, donde sí reviste mayor gravedad, bastaría con la referencia del mismo verbo típico, como ocurre en el homicidio con “matar” (Ossandón, 2011: p. 470).

Continúa Ossandón arguyendo que “mientras en otros casos aquello no es suficiente, por ejemplo no basta con aludir a contaminar en los delitos contra el medio ambiente, porque con ello se alude a un espectro demasiado amplio de conductas de muy diversa gravedad, cuya inclusión en una misma figura devendría en problemas de proporcionalidad” (2011: p. 471). Esto constituye lo más relevante del principio a desarrollar, ya que si nos ponemos en el supuesto de analizar nuevamente el artículo 496, número 3 del código punitivo, nos encontramos con un verbo rector abiertamente amplio, el cual no admite y ni cierra la posibilidad a conductas de cualquier relevancia, entidad y gravedad. Ya que, en este artículo tenemos como verbo rector, la palabra “impidiere” a partir de esto nos preguntamos ¿A qué se refiere con impedir?. ¿Qué tipo de conductas se encuentran subsumidas en este verbo rector?. Pudiendo ser acciones y omisiones de todo tipo, lo cual con lo aseverado anteriormente no es idóneo, desde el punto de vista de la proporcionalidad, más aún, tomando en cuenta que no hay bien jurídico determinado a tutelar, por lo tanto, esta norma merece cierto reproche desde

el punto de vista de la proporcionalidad, al no tener bien jurídico a proteger, y al tener, además, como ya se ha desarrollado a lo largo de este trabajo investigativo, un verbo rector excesivamente amplio, en base a todo lo ya desarrollado.

Y para delimitar el uso y extensión de los diversos criterios de técnica legislativa que desarrolla Ossandón en su libro, debemos remitirnos a los dos últimos criterios, que, a pesar de no alcanzar una extensión significativa, ni mucho menos prioridad al momento de crear una norma penal, merecen ser enunciados y descritos. El primero de ellos al que hacemos referencia, es la economía legislativa. Para Ossandón este criterio supone “la economía legislativa se refiere tanto al número de preceptos como a la descripción contenida en cada uno de ellos. Dice relación con textos menos numerosos, más duraderos y breves, y con la necesaria eliminación de las redundancias normativas” (2011: p. 303).

Uno de los tantos fundamentos que traza el autor, se pueden delimitar en que la existencia de demasiadas leyes hace poco cognoscible para el profano y para el propio el técnico del derecho, el efectivo alcance de la prohibición. Es decir, la economía legislativa persigue netamente un interés instrumental, en el que se busca reducir o impedir que nazca regulación penal extensa y compleja, que termine adoleciendo de eficacia y comunicabilidad. Sin perjuicio que este criterio debe responder a límites propios del Derecho Penal, como lo son el principio de legalidad, mínimos de inteligibilidad y la previsión misma de la normativa penal (Ossandón, 2011: p. 304).

Continúa Ossandón, señalando que “fomentar la economía normativa requiere efectuar una acabada investigación sobre la necesidad de la norma, así como la intensidad y extensión de la regulación. En el ámbito penal, en virtud de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y *ultima ratio*, este examen debe ser especialmente exhaustivo” (2011: p. 304) Relevante es esto, para el objeto de esta investigación, ya que como hemos podido demostrar y establecer, la norma en cuestión adolece de todos estos parámetros, en principio, al adherirse a

la Ley 20.931 cuyo objetivo principal, como quedó sentado en la historia de la ley, y de su regulación final, es facilitar la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de hurto, robo y receptación y mejora la persecución penal de estos. Aquí es donde cabe hacer la crítica a esta norma, ya que, bajo esta perspectiva, esta no ayuda ni incide en el objetivo final de esta ley. Más aún, con todas las falencias de las que adolece tanto en su tipo penal, como en sus fundamentos y razones de política criminal, todos ya fundamentados. En efecto, Ossandón continua “pues sólo una vez comprobados el merecimiento y necesidad de pena para un determinado comportamiento, quedará justificado el recurso a este instrumento sancionatorio del Estado. En este sentido, la formulación de una nueva norma constituye una decisión valorativa de política criminal” (2011: p. 305).

A partir de esto, se advierte la función de la economía legislativa, así como también, lo que busca limitar es básicamente a lo que alude Ossandón “actualmente se asiste a una proliferación de preceptos que habiendo perdido toda aptitud para el cumplimiento de funciones instrumentales de protección de bienes jurídicos penales se limitan a desempeñar un mero papel simbólico, con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sentimientos de inseguridad” (2011: p. 305). Esto no puede describir mejor la situación que experimentó la norma en su tramitación en el Congreso, tal como se ha señalado en su oportunidad, la norma tuvo su creación con el mero propósito de satisfacer las necesidades de una comuna como Santiago, derivadas del comercio ambulante y su escasa regulación, en la cual se expusieron diversos fundamentos derivados de la misma opinión pública, y el sentimiento de inseguridad, ante la nula regulación de la situación.

## **VII. Conclusiones finales**

Para concluir el presente trabajo de investigación, es importante dejar sentados ciertos aspectos, entre ellos, el más importante es determinar si la norma del artículo 496, número 3,

introducida por la ley 20.931, se justifica bajo el ámbito del Derecho Penal y de los diversos criterios y principios esbozados de técnica legislativa.

A modo de prefacio, advertimos en la misma historia de la ley recabada y sintetizada, que el precepto se enmarca en virtud de una solicitud particular para erradicar ciertos hechos que se dan en la vía pública comunal de Santiago, que no tiene relación alguna con lo medular del proyecto de ley, que busca erradicar la delincuencia, aumentando las penas de los delitos de mayor connotación social, como lo son, los delitos contra la propiedad. Lo que revela finalmente, la creación deficiente que tuvo la norma desde su origen.

A propósito de lo anterior, la Fundación Paz Ciudadana realizó un análisis el año 2016 del inciso tercero del artículo 496 de la Ley 20.931, en el cual realizan ciertas prevenciones a la norma, en caso que esta se aprobara, lo que conllevaría problemas en la práctica. “Esta norma entrega herramientas coercitivas al trabajo de los inspectores municipales, quienes, hasta ahora, si bien están facultados para fiscalizar ciertas infracciones, no cuentan con una herramienta que les permita reaccionar ante la negativa de los fiscalizados a acatar sus instrucciones. Sin perjuicio, de ser recomendable su aprobación, cabe prever ciertos problemas prácticos, relativos a la imposibilidad de cursar la multa, en caso de que el fiscalizado se niega voluntariamente a entregar su domicilio” (Fundación Paz Ciudadana, 2016)

En efecto, el grave problema de esta norma, es su aplicación práctica, que se aleja del principio de interés público y de correspondencia con la realidad, ya que, finalmente para la concretización real del principio es de difícil fiscalización, debido a que solo se crea una norma, mas no, se implementa de manera adecuada ya que no hay una inyección de recursos, ni tampoco los llamados a fiscalizar tiene un conocimiento real de las facultades que detentan, lo que eventualmente lleva a interpretaciones erróneas de las competencias que poseen.

Habiendo analizado el tipo, advertimos también que no hay precisión con respecto al verbo rector, ni tampoco hay una clara determinación del bien jurídico tutelado, si bien, el resto de los elementos del tipo no presentan mayores deficiencias, si se advierten situaciones

graves, como la inexistencia de un bien jurídico a tutelar y nula precisión en el verbo rector lo que hace imprecisa la norma, lo cual fue objeto de importantes reparos que hemos desarrollado a lo largo de la presente investigación. También hemos vislumbrado, que la norma no es armónica, la técnica legislativa aplicada al caso concreto es deficiente, con débil apego a los principios del Derecho Penal, y criterios de técnica legislativa. Dentro de los principios del Derecho Penal, vemos como la norma no agota todos los mecanismos y elementos que concede el ordenamiento jurídico, antes de recurrir al Derecho Penal, contraviniendo el principio de *ultima ratio*. Así como también dentro de los criterios de técnica legislativa, los criterios de subsidiariedad, proporcionalidad, en donde no se recurre a otros mecanismos menos lesivos, y la sanción no guarda relación con el bien jurídico a tutelar, respectivamente.

De todo lo anterior destacamos la complejidad al confeccionar normas penales, por tanto la tarea del legislador debe ser minuciosa, dado que hay bienes jurídicos involucrados que son de mayor envergadura que en otras materias del Derecho. Por ende, la importancia de la técnica legislativa es criticable, al encontrarnos con que la norma carece de bien jurídico a tutelar, al igual que esta norma tiene un amplio verbo rector, sin contar la indeterminación del sujeto pasivo ante la inexistencia de bien jurídico a proteger.

También, desarrollamos como la norma penal se inmiscuye en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, al otorgar nuevas facultades fiscalizadoras a inspectores municipales, los cuales no gozan de estatuto alguno, los cuales pueden aplicar multas, en virtud de esta norma, bajo su discreción, lo cual tuvo como antecedente previo, una iniciativa de Carolina Tohá, la cual únicamente buscaba otorgar seguridad social en la comuna, con las consecuencias que ya conocemos. Sin contar, que esta norma únicamente va dirigida a trabajadores, comerciantes ambulantes que se desempeñan en la calle, tal como se extrae de la misma historia de la ley, es decir, la norma va dirigida a personas de estratos sociales menores, los cuáles serían los potenciales sujetos activos del delito, lo cual no es idóneo dentro del sistema penal actual.

De todo lo anterior, concluimos que la norma analizada, es el resultado de la búsqueda del Derecho Penal del Enemigo, esto lo desprendemos en base a su historia y su propósito final, junto con la falta de apego a los principios del Derecho Penal, así como también una técnica legislativa deficiente, lo que finalmente conlleva a tener preceptos que no debieran estar en la esfera penal, pero, que en este caso si lo están solo para poder condenar ciertas conductas que realizan sujetos que han sido clasificados, ya que, si bien la norma se representa en abstracto, solo un grupo de la sociedad es susceptible de realizar dicha conducta tipificada. Es para aquellos estratos más bajos de la sociedad a los que se busca sancionar. Normas así, son contrarias a un ordenamiento jurídico democrático y a un Estado de Derecho, aunque Chile si configura como un Estado respetuoso del Derecho, debe evitar caer en una legislación que trabaje en base a sensaciones, solo así podrá ser un Estado que de garantías mínimas y otorgue certeza jurídica a sus habitantes, de manera que no se desnaturalice esta rama del Derecho, en consecuencia el legislador no debe olvidar nunca que el Derecho Penal es solo de *ultima ratio*.

## **VIII. Bibliografía**

ACEVEDO C., TORRES A, (2009): “*Determinación de la pena en Chile, principios de un Estado democrático y fines de la pena*” Revista Universidad de Chile Facultad de Derecho Departamento de Ciencias Penales, Santiago.

ATIENZA Manuel (2013): “*Curso de Argumentación Jurídica*” Editorial Trotta, Madrid.

BACIGALUPO Enrique (1996): “Manual de Derecho Penal”, Editorial TEMIS, Colombia.

CARNEVALI Raúl, (2008): “Derecho Penal como ultima ratio: hacia una política criminal racional” *Revista Ius et Praxis* - año 14 - N° 1, Talca, pp.13 -48.

CEREZO José, (1975): “Límites entre el Derecho Penal y Derecho Administrativo”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Universidad de Zaragoza, pp. 159-175.

CORTAZA Carlos, (2005): “Separación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador” *Revista Jurídica de jurisprudencia*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, pp. 241-260.

CORDERO Eduardo (2012): “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal” *Revista Derecho Universidad Austral de Chile*, pp. 131-157.

DIEZ RIPOLLÉS, (2003): “*La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría*” Editorial Trotta, Primera Edición, Madrid

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA (2016). Análisis proyecto de ley 20.931, de Fundación Paz Ciudadana Sitio web: [\[http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf\]](http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf) (visitado por ultima vez 21 de diciembre 2017)

GARRIDO MONTT, Mario (2001) “*Derecho Penal, Parte General Tomo I*” Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

MARTÍNEZ José Antonio,(2015) “El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” *Revista del Sector Inmobiliario*, número 150, pp. 34-38. disponible en sitio web: [\[http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/ultima\\_ratio.pdf\]](http://www.policiacanaria.com/sites/default/files/ultima_ratio.pdf) (visitado por ultima vez 21 de diciembre 2017)

NAVARRO Irene, (2010): “Técnica Legislativa y Derecho Penal” *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de la Laguna, Santa Cruz de Tenerife, pp. 219-268.

OSSANDÓN María Magdalena, (2011) “*La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PALAZZO Francesco, (2001):“Principio de ultima ratio e hipertrofia en el derecho penal” *Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca*, pp. 433-441.

POLITOFF Sergio, (2009): “*Derecho Penal, parte general*”, Editorial Jurídica de las Américas,

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. De la Real Academia Española, año 2017 Sitio web:[ <http://dle.rae.es/?id=L2bDcT6>]

SILVA Hernán, (2011): “Dolo Eventual”. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Penal*, Universidad San Sebastián, Concepción, pp. 117-130.

VILLAR EZCURRA José Luis, (1999): “*Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y Actividad de los Particulares*” Editorial Civitas, Madrid.

ZAFFARONI Eugenio, (2002) “Derecho Penal: Parte General”, Editorial EDIAR, Buenos Aires

ZAFFARONI Eugenio, (2006): “Enemigo del Derecho Penal”, Editorial EDIAR, Buenos Aires.