



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho



TESINA CARRERA DE DERECHO:

“¿Satisface la reforma del artículo 390 del Código procesal penal, en materia del hurto como falta las exigencias del principio de igualdad ante la ley y expresa una Política criminal adecuada en la tutela de la propiedad?”.

Autoras:

Montserrat Iglesias Morales

Romina Moreno Ruz.

Profesor guía:

José Luis Guzmán Dálbora.

Diciembre 2014.

ÍNDICE:

Introducción.....	pág. 6.
I. CAPÍTULO PRIMERO: GÉNESIS Y DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY NÚMERO 19.950, DE 05 DE JUNIO DE 2004, QUE REFORMA EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO.....	pág. 8.
1. Examen a la génesis y discusión parlamentaria.....	pág. 8.
1.1. Contenidos básicos de una racionalidad legislativa.....	pág. 8.
1.2. Argumentos y móviles en la discusión parlamentaria de la Ley número 19.950...pág.14.	
2. Examen de algunas de las modificaciones introducidas por la ley número 19.950 en relación al hurto como falta.....	pág.24.
2.1. Modificación de la determinación del valor de la cosa hurtada, si cometiere en un establecimiento de comercio.....	pág. 24.
2.2. Modificación del límite entre la falta y el simple delito con la disminución del valor de la cosa hurtada.....	pág. 26.
2.3. Se establece pena privativa de libertad para el hurto como falta.....	pág. 27.
2.4. Se modifica y adelanta la barrera de protección penal en el hurto como falta, penalizando las etapas ejecutivas anteriores a su consumación.....	pág. 28.
3. La norma finalmente aprobada, específicamente a la reforma al artículo número 390 del Código Procesal Penal chileno.....	pág. 31.
II.CAPÍTULO SEGUNDO: “EL HURTO, EN CUANTO A SU HISTORIA Y DEFINICIÓN. DEL HURTO COMO FALTA Y EL VALOR DE LA COSA HURTADA”.....	pág. 32.
1. Origen histórico del hurto.....	pág. 32.
1.1. En el Derecho Romano.....	pág. 34.
1.2. En el Derecho Germánico.....	pág. 37.

1.3. En el Derecho español histórico.....	pág. 39.
2. Del hurto como falta.....	pág. 42.
2.1. En Chile.....	pág. 42.
2.2. En el Derecho comparado.....	pág. 45.
3. Definición en cuanto al valor de la cosa hurtada.....	pág. 47.
3.1. En Chile.....	pág. 47.
3.2. En el derecho comparado.....	pág. 49.
4. El valor de la cosa hurtada.....	pág. 54.
4.1. La tasación del valor de la cosa hurtada.....	pág. 55.
4.2. El IVA en la determinación del valor de la cosa hurtada.....	pág. 57.
4.3. Aplicación del artículo 455 del Código Penal en la determinación del valor de la cosa hurtada.....	pág. 61.
4.4. Del conocimiento del valor de la cosa hurtada.....	pág. 62.
4.5. ¿La pena legal debe aumentarse o disminuirse en relación al mayor o menor valor de la cosa hurtada?.....	pág. 63.
III. CAPÍTULO TERCERO: PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA TUTELA DE LA PROPIEDAD.....	pág. 66.
1. Principio de igualdad ante la ley.....	pág. 66.
2. Principio de igualdad ante la ley penal.....	pág. 69.
3. Política criminal.....	pág. 73.
3.1. La expansión del Derecho penal.....	pág. 73.
3.1.1. La doctrina de la seguridad ciudadana.....	pág. 74.
3.1.2. Aparición de nuevos riesgos.....	pág. 76.
3.1.3. La sociedad del miedo.....	pág. 78.
3.1.4. La influencia de los medios masivos de comunicación en relación a la expansión del Derecho penal.....	pág. 79.
3.1.5. La posición de la víctima.....	pág. 81.
3.2. Administrativización del Derecho penal.....	pág. 84.
3.2.1. Delitos de acumulación.....	pág. 85.

3.3. Delitos leves contra la propiedad y la bagatela.....	pág. 86.
3.4. Límites de la potestad legislativa	pág. 87.
3.5. Análisis de la Política criminal proyectada en la Ley N° 19.950.....	pág. 89.
Conclusiones.....	pág. 91.
Bibliografía	pág. 95.

Resumen:

En la presente investigación se analizará la reforma al artículo 390 del Código procesal penal, incorporada por la Ley N° 19.950, con la finalidad de determinar si es que efectivamente satisface las exigencias del principio de igualdad ante la ley penal y si expresa una adecuada política criminal.

Palabras claves:

Delitos contra el patrimonio - Hurto como falta - Valor de la cosa hurtada - Política criminal - igualdad ante la ley penal.

INTRODUCCIÓN.

Durante el desarrollo de la carrera de Derecho, y al haber transitado por todas las cátedras que contiene ésta, marcó un precedente las de Derecho penal, en la que, además de adquirir conocimiento, despertó en nosotras un interés y gusto especial, que a su vez, nos motivó a orientar nuestro trabajo de investigación en esta área.

Por lo que, nuestro enfoque tuvo como punto de partida la observación de la realidad actual desde una óptica penal, de acuerdo a lo cual logramos advertir que se estaban generando variadas reformas al sistema penal, modificando aspectos fundamentales de éste y a su vez extendiéndolo, lo que a primera vista parece ser desacertado, por lo que, nació el interés por detenernos en ellas, analizarlas y evidenciar la Política criminal que proyectan.

De conformidad, a la gran cantidad de reformas que se han promulgado en los últimos años y a la extensión del sistema penal, es que para poder delimitar nuestra investigación sobre este tema, vamos a utilizar una muestra de éste, a saber, la reforma que incorporó la Ley N° 19.950 al artículo 390 del Código procesal penal, en cuanto al hurto como falta y su determinación del valor de la cosa.

Lo anterior, a primera vista parece ser insignificante y no merecedor de ser profundizado, no obstante, desde una óptica crítica y detenida, se observa que en ésta pequeña muestra se nos devela o ejemplifica toda la tendencia actual de la Política criminal utilizada y su respeto hacia los principios clásicos del Derecho penal, específicamente, ante la igualdad de la ley penal, lo cual, será la piedra angular de esta investigación, en razón de su carácter problemático y su relevancia dentro del estudio del Derecho penal.

Por consiguiente, la metodología a utilizar en esta investigación, consistirá, en analizar detenidamente los argumentos utilizados por los parlamentarios durante la tramitación de la Ley N°19.950, contrastándolo, con un modelo racional en la elaboración de las leyes penales. Conjuntamente, se examinará de manera crítica las reformas efectuadas al hurto como falta. Además, respecto de este último se verán sus aspectos históricos, evolutivos, conceptuales y todo lo referente al valor de la cosa hurtada. Con la finalidad, de determinar si con esta reforma

se vulnera el principio de igualdad, tanto constitucional, como ante la ley penal. Ahora bien, otra interrogante que vamos a intentar solucionar, es si la Política criminal que sustenta la mencionada reforma, responde a los fenómenos actuales que enmarcan a nuestra sociedad, y además, se intentará proponer una adecuada Política criminal como respuesta a estos fenómenos.

I. **CAPÍTULO PRIMERO: GÉNESIS Y DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY NÚMERO 19.950, DE 05 DE JUNIO DE 2004, QUE REFORMA EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO.**

1. **Examen a la génesis y discusión parlamentaria.**

Para analizar este punto, se atenderá en primer lugar a los contenidos básicos de una racionalidad legislativa, para luego pasar a la revisión de los argumentos y móviles en la discusión parlamentaria de la Ley número 19.950.

1.1. **Contenidos básicos de una racionalidad legislativa.**

La racionalidad del legislador penal aparece como un ideal y, a partir de ahí, como una posibilidad susceptible de ser realizada en diferente medida¹, respecto de la cual, han surgido distintas opiniones que intentan determinar cuáles son los criterios materiales que han de orientar la legislación penal.

Ahora bien, conforme a éstas se han generado diversas posturas en el campo de la sociología jurídica, y es así que, Habermas ha manifestado que todo procedimiento legislativo democrático, entendido éste como modelo procedimental de formación de la voluntad política, debe atender a contenidos morales y éticos, a intereses, a cuestiones pragmáticas y a fórmulas de coherencia jurídica².

Seguidamente, Amelung propone vincular la Política criminal a los modelos racionales de planificación desarrollados por la ciencia política, que contemplan muy diversos criterios de racionalidad, tanto de naturaleza material como instrumental³. En el mismo sentido, Palazzo, defiende la involucración de la doctrina jurídicopenal en el desarrollo de un método de creación de leyes, que garantice tanto una racionalidad lingüística o jurídicoformal, como una

¹ García Amado, J., “Razón práctica y teoría de la legislación”, en *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé*

² Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Suhrkamp, Frankfurt, 4ª ed., 1994, cfr. págs. 187 –348.

³ Amelung, Kunt, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW, Frankfurt, 1980, cfr. págs. 22 – 31.

racionalidad de fines, orientada en las corrientes políticocriminales subyacentes, y una racionalidad instrumental, que asegure las condiciones empíricas para su obtención⁴.

A propósito de esto, Atienza nos da una propuesta amplia, en la que identifica una racionalidad legislativa estructurada en cinco niveles, los cuatro primeros instrumentales y uno último justificador. Teniendo así, los siguientes niveles o racionalidades: lingüística, jurídicoformal, pragmática, teleológica y ética. Estas cinco racionalidades, estarían afectadas por una dimensión transversal, a saber, la eficiencia que afectaría a cada una de ellas dentro de su límite⁵.

Por lo anterior, Díez Ripollés, toma los postulados de Atienza y los utiliza como punto de partida, en cuanto a la identificación y reparto de los contenidos de racionalidad a tener en cuenta en la legislación, para así, reestructurar su teoría. Y es así, que acoge el modelo de racionalidad legislativa, ya descrito, y formula algunas precisiones, ya que afirma que el estudio de las diversas racionalidades debe realizarse de modo inverso a lo propuesto por Atienza, por lo que, “la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleología establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad”⁶. En consecuencia, una ley será irracional en la medida en que contravenga alguna de las diversas dimensiones de la racionalidad, lo que no significaría la ausencia de colisión entre ellos, sino un equilibrio óptimo.

Seguidamente, Díez Ripollés señala que “a través de la racionalidad ética se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad y en que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo”⁷.

⁴ Palazzo, F., “Scienza penale e produzione legislativa: Paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, RIDPP, vol. 3, 1997, cfr. págs. 734 – 735.

⁵ Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, cfr. págs. 24 – 63; 77 – 91.

⁶ Díez Ripollés, J.L., “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, DOXA, vol. 24, págs. 40 -41.

⁷Ídem, pág. 42. Respecto de esto, Habermas, Jürgen, op., ed. cit., pág. 158 -160. En su terminología, se trata de identificar el *mundo de la vida* de los integrantes de la colectividad, como aquel conjunto de actitudes vitales y principios reguladores del comportamiento que, en cuanto compartidos de forma generalizada, no están normalmente sometidos al principio del discurso, sino que modulan todo actuar comunicativo. Pudiendo ser así, el primer paso de descomponer el original sistema de derechos, obtenidos mediante el principio discursivo y el medio jurídico, y habitualmente reflejado en las Constituciones, en un conjunto de principios y derechos más detallados en el marco del Estado de Derecho.

Ahora bien, respecto de los contenidos éticos que condicionan la intervención jurídicopenal, Díez Ripollés, distingue entre los principios denominados *estructurales* de *primer nivel*, que establecerían los contornos básicos de una intervención penal legítima y que a su vez se subdividen en tres grandes grupos, a saber, los *principios de protección*, los *principios de responsabilidad* y los *principios de la sanción*. Respecto del primero, atiende a pautas delimitadoras de los contenidos tutelares del Derecho penal (como lo es la lesividad, esencialidad, interés público y correspondencia con la realidad). Luego, los *principios de responsabilidad* guían los requisitos para exigir responsabilidad criminal por un comportamiento, y en algunos aspectos de su verificación. Finalmente están, los *principios de la sanción*, contenido en los fundamentos de la reacción, que a su vez, se reflejan en sanciones de las conducta criminalmente responsables. Además es común “a estos principios su origen ético, es decir, una legitimación vinculada a las profundas convicciones culturales de la colectividad”⁸.

En definitiva, la propuesta que nos entrega Díez Ripollés, es en primer lugar, una legislación penal racional que debe ser el reflejo del sistema de creencias compartidas en una sociedad determinada; en segundo lugar, donde no alcance el propio sistema de creencias compartidas debe seguirse el criterio de las mayorías o de convicciones generales, a través de procedimientos de democracia deliberativa y participativa, “las referencias a cuadros de valores trascendentes, tradicionales e inherentes a la naturaleza humana o los grupos sociales, adquirirán fuerza legitimante sólo en la medida en que obtengan reconocimiento social en un momento histórico determinado”⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, Díez Ripollés, afirma que el modelo propuesto debe reflejar una racionalidad *fuerte*, que no esté limitada a una coherencia lógico – formal, sino que comprenda también los fines que han de ser obtenidos y los principios morales¹⁰, lo que a su vez no implica negar que sólo al legislador le corresponde la responsabilidad sobre el contenido sustancial de su actividad, de modo que, más allá del respeto debido a la Constitución, está sujeto al control electoral¹¹. Siendo así, el criterio democrático, es el aplicable una vez sentadas las bases éticas, las controversias que surjan en los siguientes niveles de

⁸ Díez Ripollés, José Luis, *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, cit., págs. 42 – 43.

⁹ Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Trota, Madrid, 2003, págs, 187 y ss.

¹⁰ Ídem, pág. 78.

¹¹ Ídem, Cfr. pág. 85.

racionalidad legislativa se resolverán con arreglo a las opiniones y convicciones mayoritarias en una determinada sociedad, pues “las leyes penales se crean popularmente”¹².

Como reacción a lo anterior, Ferrajoli afirma que, “si el significado de democracia equivale a voluntad de la mayoría, quedaría ciertamente excluida toda posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del Derecho penal. Un Derecho penal democrático en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de Derecho penal máximo, o sea máximamente represivo, carente de límites y de garantías”¹³, sin embargo, existiría una segunda dimensión de la democracia, no antiética, sino complementaria de la democracia política, la que “permite entender los fundamentos axiológicos y al mismo tiempo los límites del Derecho penal: se trata de la dimensión que connota la democracia como democracia constitucional o de Derecho y que hace referencia no a quien puede decidir (la mayoría en este caso), sino a qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión respecto de la cual, de nuevo, el Derecho penal representa e históricamente ha sido, el campo emblemático de la reflexión y elaboración: precisamente, el de la construcción del Estado constitucional de Derecho”¹⁴.

Por otra parte, Silva Sánchez discrepa de los postulados de Díez Ripollés en el sentido que se inclina “por asignar un mayor peso al principialismo constitucionalista frente al legalismo de la mayoría. Como también [se] inclinaría por la búsqueda de modelos de racionalidad con capacidad de vigencias universales y no ceñidas a una sociedad dada en el espacio. En fin, y por lo mismo, intentaría hallar modelos de racionalidad vinculados con una concepción trascendente de lo justo y no inmanentes a un concreto sistema histórico de creencias compartidas, o incluso, en defecto de éstas, a las mayorías de dicho sistema”¹⁵.

¹² Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., pág. 197.

¹³ Ferrajoli, L., “Garantías y Derecho penal”, en *Iter Criminis*, segunda época, Marzo 2002, pág. 247 y ss.

¹⁴ Ídem, pág. 252 y ss.

¹⁵ Silva Sánchez, JM., “Revisión presupuestos de un modelo racional de la legislación penal”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Universidad de Pompeu Fabra, 2ª época, n° 16, 2005, pág. 388.

A su vez, en cuanto a la aplicación de las técnicas legislativa propiamente tales, Ibáñez Ojeda señala que en cuanto a la fundamentación de los proyectos¹⁶, estos deben reflejar los puntos esenciales de lo que se llama el *proceso legislativo interno*, esto es, “el método de obtención de decisiones legislativas, orientado a garantizar la racionalidad de las leyes y a aumentar su eficacia”¹⁷.

Ahora bien, de acuerdo a Ibáñez Ojeda, todo proyecto legislativo debiera dar información adecuada sobre la delimitación y análisis del sector de la realidad social o regulación y definición de los objetivos¹⁸; exponer el contenido esencial de la ley proyectada¹⁹; entregar alternativas a ésta²⁰; y los efectos derivados que conlleva, dentro de la que se pueden distinguir varios aspectos²¹.

¹⁶ Ibáñez Ojeda, P., “El proceso legislativo en Chile: 11 y 12 de enero de 1990”, en *Seminario del proceso legislativo en Chile*, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990, cfr. pág. 94 y ss. Se toma como base la exigencia de fundamentar los proyectos de ley que efectúan la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (en trámite), bien podría, elaborarse todo un elenco de extremos que debiera considerar el autor de los proyectos de ley ante de proponerlos como tales e iniciar, así, su tramitación legislativa.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, cfr. Como ante toda intervención en la realidad que habrá de tener un impacto en ella debe definir el problema que pretende resolverse con la regulación. “Debe saberse con precisión, en toda su riqueza de contenido, en qué consiste y cómo se expresa el problema que se decidirá a través de la ley en proyecto. Deberá conocerse, entonces, claramente la situación existente, a través de estudios empíricos, informes de expertos, etc., de tal modo que se pueda conocer con la mayor exactitud posible su naturaleza, contexto y dinámica. Debe además, definirse claramente el objetivo de la ley del proyecto, y, por otra parte, su finalidad”.

¹⁹ *Ibidem*. Cfr. En esta fase prelegislativa, “se debe efectuar una exposición de las líneas generales del proyecto y sus puntos esenciales”. En otras palabras, y ajustándonos a la terminología de la normativa constitucional, se trata de las ideas matrices o fundamentales del proyecto.

²⁰ *Ibidem*. Cfr. “Siempre es conveniente la necesidad de una ley antes de promoverla”, antes de elaborar una decisión, deben ser puestos de manifiesto todos los puntos de vista. Entre los cuestionamientos posibles se encuentran: “¿Es necesaria la ley que se proyecta? Pues, a lo mejor, la solución puede residir en otras acciones o mecanismos autoreguladores: la iniciativa privada, el mercado, etc.; ¿no hay otros medios que entrega el Derecho? Debe verificarse la necesidad (y posibilidad constitucional) de la ley formal, pues por ejemplo, podría bastar un reglamento o un acto administrativo”.

²¹ *Ibidem*. Cfr. Al respecto hay: - Efectos económicos: Fuera de los costos públicos, la ley puede ocasionar costos a los particulares, no sólo aquellos que resultan del contenido de la ley, sino también costos de ejecución. Un ejemplo, son los nuevos trámites burocráticos; - Costos Sociales: La aplicación de la ley puede comportar costos sociales, no sólo interesantes en su valoración económica inmediata, sino, sobre todo, en el aspecto de creación de situaciones sociales conflictivas y de repercusión negativa en la calidad de vida; - Inserción de la ley en el marco del ordenamiento jurídico: Una vez aprobado el proyecto, se insertará como ley dentro del ordenamiento jurídico vigente, por lo que debe realizarse un análisis previo del fundamento de la competencia (¿es materia de ley?) y de su constitucionalidad, para que pueda desplegarse eficazmente su contenido normativo. Debe considerarse también una relación de vigencia, y a fin de evitar posibles dudas, se debería incluir una tabla de derogaciones, esto es, las disposiciones que derogará expresamente la ley en proyecto.

Seguidamente, dentro del plano descriptivo, dinámico u operativo, se distinguen tres fases en proceso de continua retroalimentación, a saber, la prelegislativa o de identificación, de un problema social sin la precisa respuesta jurídica y que concluye con la presentación de un proyecto de ley en el parlamento; la legislativa o la elaboración de una respuesta; y la postlegislativa, o de evaluación social de la respuesta²².

En correspondencia a lo mencionado, en la fase prelegislativa, se da inicio con la observación por algún agente o grupo social acerca de una supuesta difusión entre la situación social y la respuesta jurídica²³, la que para el caso sub lite comenzó a mediados del siglo XX, con el surgimiento del fenómeno comercial; el de actividades de ventas masivas en establecimientos comerciales, en las que los compradores tienen contacto directo y sin intermediarios con las cosas a adquirir, por lo que, como era de suponer, a nuestro código le fue imposible prever esta situación y con ello el delito de hurto se extendió por un campo totalmente nuevo²⁴, generando paulatinas molestias en los dueños de establecimientos de comercio que veían afectados sus intereses con la comisión reiterada de hurto en sus locales.

Aparece así un estado de opinión, que sólo tras el concurso de otras instancias desemboca en un programa de acción, que de acuerdo al grupo que se imponga será un análisis más racional de la realidad o un enfoque total o parcialmente emocional²⁵.

Posterior a la fase prelegislativa, tiene lugar la legislativa, en la que se constata el gran predominio de los productos de la burocracia gubernamental, en ésta, el trabajo llevado a cabo en la comisión y, en particular en la ponencia de argumentos, resulta decisivo²⁶, por lo cual, pasaremos a analizar cada uno de los argumentos esgrimidos en la fase legislativa.

²² Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, cit., cfr, pág. 19.

²³ Ídem, cfr. pág. 22.

²⁴ Oliver Calderón, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Legal Publishing, Santiago, 2013, pág.142.

²⁵ Ídem, cfr. pág. 34.

²⁶ Ídem, cfr. Págs. 50 – 56.

1.2. Argumentos y móviles en la discusión parlamentaria de la Ley número 19.950.

En las fases legislativas preliminares que posibilitaron la moción²⁷ y dieron paso a la Ley número 19.950, se esgrimieron diversos argumentos que apuntaban hacia aprobar el proyecto de Ley “para hacer frente al hurto hormiga”.

El día 5 de junio del año 2004, se da inicio a la tramitación legislativa del proyecto de Ley N°19.950, impulsado por la moción de los señores Diputados Burgos, Forni, Jiménez, Paya, Saffirio, Uriarte, Walker y de la diputada señora Marcela Cubillos. El cual, tiene como objetivo principal “Aumentar las sanciones a hurtos y facilitar su denuncia e investigación”²⁸, por lo cual, los argumentos esgrimidos durante los trámites legislativos serán analizados a continuación.

Se inicia el procedimiento con el Primer Trámite Constitucional, compuesta por los aspectos generales del proyecto, la legislación vigente a la discusión, las modificaciones propuestas al Código penal y al Código de procedimiento penal. Además, en esta fase, se presentaron los motivos por los cuales era necesario realizar una modificación a la normativa vigente, hasta antes de la aprobación de la Ley N° 19.950, especialmente en el ámbito penal, manifestando que “es necesario hacer frente al verdadero flagelo que representan los denominados hurtos hormigas”²⁹, señalando que los indiscutibles afectados ante esta situación son los establecimientos de venta por sistema de auto servicio y venta al público en general, ya que este problema no sólo afectaría a las grandes casas comerciales, como los supermercados, sino más bien, a los pequeños almacenes, en “donde la suma de estas sustracciones les significa grandes pérdidas anuales”³⁰.

²⁷ Moción de los diputados señores Burgos, Forni, Jiménez, Paya, Zaffirio, Uriarte, Walker, y de la diputada señora Marcela Cubillos, fecha 2 de octubre, 2002, Cfr. cuarta sesión 02 legislatura 348.

²⁸ Historia de la Ley n° número 19.950, *Modifica el Código penal y Código de procedimiento penal, aumenta sanciones a hurto y facilita su denuncia e investigación*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 3078-07, Valparaíso, 5 de Junio de 2004, pág. 4.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

Bajo la misma perspectiva, se plantea como uno de los principales problemas la forma en que se ejecutan las sustracciones, ya que, se trataría de bandas organizadas que perjudican al Estado, ya que, al abastecer al “comercio clandestino” se le priva “de ingresos, como el generado por el Impuesto al Valor Agregado, además de los riesgos inherentes a venta de mercadería que puede estar en mal estado por fecha de vencimiento, situación que crea riesgos sanitarios a la población”³¹.

Seguidamente, como consecuencia de la generación de un “comercio clandestino”, se produce una competencia desleal frente a los establecimientos de comercio, debido a que estos últimos deben incurrir en gastos, como las patentes o arriendo de los respectivos locales, que los vendedores clandestinos no pagan, y así al “vender mercadería mal habida en la vía pública produce polos delictuales en su entorno, creando un área de inseguridad ciudadana, con los riesgos implícitos que esta situación genere”³².

Por último, se sostuvo que habría una *cultura social del hurto*, por las razones anteriormente expuestas y la utilización de menores de edad, párvulos y lactantes para la concreción de este delito, inculcándole a las generaciones jóvenes³³.

Posteriormente, se menciona el marco legal vigente a ese entonces en materia de hurto³⁴, con la finalidad de exponer la necesidad de reformar el Código penal en ciertos ámbitos. Para lo cual, se indica como motivo principal la existencia de un “desequilibrio en las penas” asignadas al hurto como falta y al hurto simple³⁵.

En consecuencia, las modificaciones propuestas apuntan a solucionar ese “desequilibrio”, ya mencionado, y así se planteó reformar el Código penal, en cuanto a “la

³¹ Ibídem

³² Ibídem

³³ Ibídem, cfr.

³⁴ El delito de hurto, en el Código Penal, se tipifica y sanciona en atención, a la cuantía de las especies hurtadas, calculada en unidades tributarias mensuales, sancionándose en varios tramos, en los artículos 466 y 494 N° 19 del Código penal. El delito de hurto de especies cuya cuantía no excede 1 unidad tributaria mensual, se sanciona de acuerdo al artículo 494 N° 19 con pena de multa de 1 a 4 UTM. El siguiente tipo penal, contenido en el N° 3 del artículo 446 del Código Penal, sanciona al que cometiere un hurto de especie cuyo valor exceda de 1 y no sobrepase las 4 UTM, cuya pena es presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 UTM.

³⁵ Ídem, cfr. pág. 5: “la diferencia entre simplemente pagar una multa (hurto [como] falta) y sufrir una pena privativa de libertad (demás casos de hurto) es mínima. Así por ejemplo, un hurto de \$ 28.300 se sanciona con multa, en cambio, un hurto de \$ 28.995, debe sancionarse con penas de presidio”.

creación de una falta específica, proponiendo la incorporación del artículo 494 bis, el que sancionaba el hurto de especies cuya cuantía no exceda de 1 UTM con pena de prisión en su grado máximo (40 a 60 días) y multa de 1 a 4 UTM³⁶, sin perjuicio de ella, esta modificación no fue incorporada al proyecto de ley aprobado, debido a que se optó por la siguiente redacción: “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”³⁷.

Por otro lado, se planteó algunas modificaciones al Código procesal penal, dentro de lo cual, toma mayor relevancia la manera en que se debían ser tasadas las especies hurtadas, ya que, al ser realizadas por un funcionario del tribunal se producía un error constante en cuanto al monto de la especie valorada, debido a que en el momento de realizar la tasación se otorgaba un valor inferior al que la especie realmente tenía, acarreando como consecuencia que numerosas causas fuese conocidas por juzgados de policía local, al ser valoradas en un monto menor a 1 U.T.M., (las que con anterioridad debieron ser conocidas por los juzgados del crimen vigentes hasta antes de la reforma procesal penal). En consecuencia, se propone que para valorar la especie hurtada sea considerado el precio de venta al público³⁸.

Una vez concluidas las propuestas y como iniciativa de la Cámara de Diputados, se presentó el primer proyecto de ley acerca de “aumentar las sanciones del hurto y facilitar su investigación”, contemplando reformas al Código penal y al Código de procedimiento penal.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ *Ídem*, pág. 183.

³⁸ *Ídem*, pág. 5: Esta propuesta, se plasmó en el proyecto final en el artículo 390 del Código procesal penal en su inciso final el cual en su redacción final establece: “Si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”

Posteriormente, durante la discusión del proyecto, se solicitó la elaboración de un informe a la Comisión Especial de Seguridad³⁹, con la finalidad de que prestaran colaboración los principales representantes de los establecimientos de comercio y actividades relacionadas y con ello, señalaran las falencias de la actual regulación del hurto simple y el hurto como falta, y de qué manera esta situación les afectaba respecto al ejercicio de su actividad.

Con la intención de estudiar en detalle las opiniones vertidas en el informe de la mencionada comisión, es que analizaremos los juicios esgrimidos por el señor Fernando Alvear Artaza, abogado, Presidente de la Asociación de Supermercados de Chile (ASACH) y los señores Cristian García Huidobro y Javier Cruz, abogados de la Cámara de Comercio de Santiago.

El señor Fernando Alvear Artaza, señala en primer lugar, el fuerte incremento de las denuncias de hurto en nuestro país “pasando de un total de 33.591 en 1998 a 55.080 en 2001, situación especialmente grave en las regiones Metropolitana, V y VIII, en que prácticamente se duplicaron, pasando de 16.391 en 1998 a 34.030 en 2001, todo lo cual arrojaba una proyección para todo el país de 64.792 hurtos para el año 2002; 76.641 para el año 2003, y 90.406 para el año 2004.”⁴⁰

Posteriormente, destaca con preocupación la forma en la cual se organiza la ejecución del delito, ya que estas “operaciones delictuales se conforman por la participación directa de personas adultas”⁴¹ que integran bandas organizadas, en las cuales se utilizan a menores de edad, párvulos e, incluso, lactantes.

³⁹ Para la conformación de la comisión de seguridad y la posterior materialización del informe requerido, se solicitó la participación de las siguientes personas: Don Francisco Maldonado Fuentes, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, don Fernando Londoño Martínez, abogado de la misma División, don Javier Cruz y don Cristián García Huidobro Ruiz-Tagle, abogados de la Cámara de Comercio de Santiago, don Washington Altamirano, Presidente de la Cámara de Comercio de Ovalle, don Alberto Novoa, abogado de Asuntos Jurídicos Corporativos de Almacenes París, don Jorge Lee, Gerente de Leemira Consultora, don Bernardo Cataldo Miranda, abogado de Supermercados Santa Isabel, don Cristóbal Lira Ibáñez y don Carlos Alberto Tagle, gerente general y encargado de la seguridad, respectivamente, de Supermercados D&S, don Ricardo Kaiser, gerente de seguridad corporativa de CENCOSUD (Supermercado Jumbo S.A.), don Hernán Ugarte Correa, gerente general del Supermercado Las Brujas don Oscar Hormazábal, asesor de la Confederación del Comercio Detallista, don Fernando Alvear Artaza, Presidente de la Asociación de Supermercados de Chile.

⁴⁰ Ídem, pág.22.

⁴¹ Ídem, pág.23.

En virtud de lo anterior, las consecuencias económicas que ocasiona a los establecimientos, son “un perjuicio directo [aproximado] de 150 millones de dólares anuales como consecuencia de las pérdidas de grandes volúmenes de mercadería y al Fisco, por concepto de evasión tributaria, por un equivalente a 27 millones de dólares anuales”⁴².

En cuanto a la tasación de las especies hurtadas, se afirmó que normalmente no era exacta y se perdían las cosas, debido a que no se llevaba a cabo su devolución. Además, esta situación se ve agravaba, con la baja penalidad que le era aplicable a este ilícito, “generando así una percepción pública de que los hechos denunciados se sancionan sólo en pocos casos, provocando una situación de impunidad para la gran mayoría de ellos”⁴³.

Finalizando, los señores Cristian García Huidobro y Javier Cruz, estuvieron plenamente de acuerdo en aplicar una pena corporal al hurto de especies de cuantía inferior a una unidad tributaria mensual, además de la multa, señalando que “en lo que respecta a la tasación del valor de los bienes sustraídos, para los efectos de la calificación del tipo penal y consiguiente sanción a aplicar, debería ser el valor comercial, indicado por el querellante o víctima”⁴⁴. Por lo que, de acuerdo a esto no se debía mantener el sistema anterior, en el cual la valoración del cosa hurtada era efectuada por un funcionario subalterno del tribunal y con ello se “prestaba” para manifiestas arbitrariedades.

Posteriormente, en la Discusión General, el diputado Señor Walker expresa su opinión acerca del “verdadero objetivo” de este proyecto, señalando que es “combatir y controlar a las bandas organizadas que habían hecho del hurto una actividad habitual, prácticamente, una profesión”⁴⁵. Además, cree que en este tipo de delitos el sujeto activo es frecuentemente un menor de edad, lo que conlleva que al ser aprehendido éste sea inimputable. Lo anterior, sumado al carácter de falta del ilícito trae como consecuencia directa que éste quede sin sanción, por tanto, se transformaría en un estímulo para la formación de grupos delictuales.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ídem*, pág.24.

⁴⁴ *Ídem*, pág.26.

⁴⁵ *Ibíd.*

Finalmente, estos acontecimientos dan lugar a “la formación de verdaderas escuelas del delito, toda vez que integraban niños menores a estas bandas lo que los inducía a no trabajar jamás, con pérdida total de todo sentido valórico”⁴⁶.

Ahora bien, en la discusión Particular, se buscó examinar y discutir las modificaciones propuestas al Código penal y al Código de procedimiento penal, introduciendo siete enmiendas al proyecto original⁴⁷. Además, el sustento para justificar la introducción de la modificación fue la necesidad de “equiparar la penalidad aplicable al hurto de especies valoradas entre una y cuatro unidades tributarias mensuales, con la reincidencia del hurto como falta a que se refiere el nuevo artículo 494 bis que introduce el proyecto, como una forma de desincentivarla.”⁴⁸

Ante lo cual, el Señor Diputado Bustos manifestó su desacuerdo con la presente modificación, en torno a la penalidad que se propone, por cuanto, se otorgaría una pena privativa de libertad, que a su juicio, “son concebidas para los casos más graves por lo que plantearla para la reincidencia en las faltas, sería un retroceso”⁴⁹.

Además, hizo presente que se otorgaría pena privativa de libertad a quien cometiese una falta anterior, a pesar que esta se hubiese configurado hace mucho tiempo atrás, lo que conllevaría a no contar con una irreprochable conducta anterior, por lo cual, cree necesario otorgar la posibilidad de escoger penas alternativas y con ello entregar al juez la libertad de determinar en el caso concreto la pena correspondiente y no verse obligado a otorgar una pena privativa de libertad.

El señor diputado Walker, ante los reparos expresados por el señor Bustos, argumentó que existe una sensación de desprotección y frustración en el comercio, toda vez que no hay sanciones efectivas para estas conductas. En su opinión, lo menos que se puede hacer ante la reincidencia es otorgar la pena más baja configurada para el hurto simple, equiparando la reincidencia del hurto como falta con el hurto simple, ya que, a pesar de encontrarse llano a la

⁴⁶ Ídem, pág.26-27.

⁴⁷ Ídem, cfr. pág.30.

⁴⁸ Ibídem.

⁴⁹ Ibídem.

búsqueda de otras soluciones y con ello, de no otorgarse la pena privativa de libertad, el delincuente persistirá en su conducta haciendo del delito su actividad habitual⁵⁰.

Por otra parte, el diputado señor Araya concuerda con la postura del diputado Bustos, en cuanto no estima acertado sancionar con pena de prisión las faltas, pero a la vez coincide con la posición del diputado señor Walker, en cuanto a penalizar en forma efectiva la reincidencia⁵¹.

De conformidad a la aprobación en general y en particular de la discusión en general, se procedió a la discusión en sala, así, se inicia con los argumentos esgrimidos por el señor Walker, que a lo antes dicho agrega, las ventas de estas mercaderías en el comercio clandestino generan un gran riesgo, ya que, al no contar con la correcta supervisión que se otorga en el comercio establecido, pueden estar en mal estado a causa de haber pasado su fecha de vencimiento, por tanto, se generan perjuicios a la salud de la población⁵².

En el mismo sentido, el señor diputado Escobar, señala que “el proyecto adquiere una importancia extraordinaria después de haber escuchado a los representantes de los supermercados, pues la legislación vigente posee vacíos que permiten a las organizaciones delictuales establecer verdaderas mafias, las que trabajan prácticamente en la impunidad”⁵³.

A su vez el diputado señor Saffiro, señala las consecuencias económicas que atrae la comercialización de productos “mal habidos”, además, de las “pérdidas millonarias del comercio establecido y las pérdidas al fisco de aproximadamente 27 millones de dólares anuales”⁵⁴. Por último, señala que la discusión ha permitido progresar en la concreción de determinadas modificaciones en el área procesal, siendo así, “eficientes para combatir el flagelo, como es el caso de la tasación de las especies hurtadas en su valor de venta al público”⁵⁵.

⁵⁰Ibídem, cfr.

⁵¹ Ibídem, cfr.

⁵² Ibídem, cfr.

⁵³ Ídem, pág.54.

⁵⁴ Ídem, pág.59.

⁵⁵ Ibídem

En la misma línea, el señor diputado Araya, señala que un avance importante dentro del proyecto es que para determinar el precio de las especies hurtadas, la tasación responderá a su valor de venta al público que se registre en el local.

Ahora bien, el señor Walker, señala que más que el tema económico, la evasión tributaria, la competencia desleal e incluso la seguridad ciudadana, estaríamos abordando un “problema absolutamente valórico, ya que, estas bandas al utilizar niños que se convierten en potenciales delincuentes y probablemente abandonen el colegio, siendo así desertor del sistema escolar. [Y] en consecuencia, tenga probabilidades muy altas de ser drogadicto, alcohólico y caer en la delincuencia de manera sistemática y hacer del delito de hurto su profesión habitual”⁵⁶. Concluye, señalando que además de lo valórico de este proyecto, se intenta prevenir y combatir un fenómeno que hoy es generalizado.

Posteriormente, de acuerdo al Segundo Trámite Constitucional⁵⁷, se expusieron los informes del Instituto Chileno de Derecho procesal, y del Instituto de jueces de policía local, a su vez la opinión del representante de la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, abogado Bernardo Cataldo, entre otros.

En conformidad a lo anteriormente expuesto, el informe del Instituto Chileno de Derecho procesal, elaboró observaciones a las modificaciones que se han realizado al Código penal y al Código procesal penal, en virtud a las necesidades planteadas por los señores diputados de “Aumentar las sanciones a hurtos y facilitar su denuncia”.

En cuanto a las reformas que se proponen introducir al Código penal es preciso mencionar aquella que respecta al artículo 147, que de acuerdo a este instituto, debiera tener la siguiente redacción: “Si las especies han sido hurtadas en supermercados, centros comerciales, multitiendas, tiendas, locales comerciales o similares, la tasación definitiva de las especies hurtadas corresponderá al valor de venta al público que éstas tenían, al momento de cometerse el delito, en el lugar del cual fueron sustraídas”. Por lo que, La policía deberá informar de este

⁵⁶ Ídem, pág.65.

⁵⁷ Lo que fue efectuado ante la cámara de Senadores, se realiza un informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, el que tiene como objetivo informar, de manera general acerca del proyecto de ley en cuestión, para lo cual, se cuenta con la colaboración, de institutos, asesores y abogados.

valor al momento de efectuar la denuncia correspondiente al tribunal⁵⁸, no habiendo razón alguna para dilatar el proceso, lo que se ocasionaría al efectuar una nueva tasación por parte de un funcionario del tribunal, ahora bien, la solución a esto es valorar la especie de acuerdo al precio de venta al público, considerándose así éste “como un hecho público y notorio”⁵⁹.

Por otra parte, en el informe del Instituto de jueces de policía local, se establece en primer lugar, que a su parecer la gran mayoría de las disposiciones incluidas en el presente proyecto de ley serían acertadas y necesarias, ya que, esta “eleva la pena a los infractores, recogiendo un clamor generalizado de la comunidad”⁶⁰.

A raíz de esto, el instituto concuerda con la idea de quien realice la tasación de las especies hurtadas no sea un funcionario del tribunal, “tratándose de hurtos en supermercados o tiendas en general, sino que, éste sea el precio real de venta, debiendo ser proporcionado por el mismo establecimiento de comercio una vez que solicite la devolución de las especies”⁶¹. Por consiguiente, para el resto de los casos, habría que designar un perito de acuerdo a las normas generales, como se señala en el proyecto.

En el presente informe se sostiene a modo de crítica que, “en varios juzgados del crimen se designaba como perito a un funcionario del tribunal para que tase las especies hurtadas”⁶², a las que común mente se les asignaba un valor inferior al real y con esto pasaba a ser conocido por los Juzgados de Policía Local, el cual no tenía la competencia para conocer de estos casos.

Por otra parte en la discusión General, el representante de la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, mencionó como un de las principales falencias del sistema procesal las tasaciones inexactas realizadas por los funcionarios del tribunal, ya que, de acuerdo con el sistema anterior, si el hurto es inferior a una unidad tributaria mensual, es considerado falta y pasa a ser competencia de los juzgados de policía local y por lo tanto, se habría convertido en una práctica habitual el que estas especies sean subvaloradas por los funcionarios, con el fin

⁵⁸ Ídem, cfr. pág.91-92.

⁵⁹ Ibídem.

⁶⁰ Ídem, pág.96-97.

⁶¹ Ibídem.

⁶² Ibídem.

de evitar aumentar la carga de trabajo de los juzgados del crimen, debido a que estos serían competentes en el caso de la configuración del delito de hurto simple para lo cual las especies deberían tener un valor superior a una unidad tributaria mensual ⁶³.

Finalmente, en el Tercer Trámite Constitucional, llevado a cabo en la Cámara de Diputados, específicamente en la discusión en Sala, es donde el señor Walker reitera su opinión señalando que “la impotencia que sufren tanto los establecimientos de comercio como los pequeños y medianos comerciantes ante la proliferación del hurto “hormiga” y además del sentimiento de impotencia que estos comparten”⁶⁴, es por ello que, “el presente proyecto apunta a romper el clima de impunidad que existe en torno a estos delitos”⁶⁵. Y es así que, reafirma la idea de que estos ilícitos son cometidos por bandas criminales organizadas que se dedican sistemáticamente a este delito, siendo la impunidad de éstos la que crea las escuelas del delito. Por lo que, “el proyecto pone término a esta impunidad, básicamente, bajando el piso por hurtos de una a media U.T.M.”⁶⁶.

Por tanto, “las sanciones [serán] las que establece el texto del Senado, que modifica las [establecidas] en la Cámara, pero que guardan relación con las que planteó el proyecto original, que nos parecen correctas”⁶⁷, a saber, “hasta de cuarenta días de prisión con, además, una multa de cinco U.T.M. Cuando haya reincidencia, la pena de prisión será de cuarenta a sesenta días. Si hay reiteración de la conducta del delito, para determinar la sanción que se aplique, se va a sumar el valor de todas las especies hurtadas, por el efecto de esta actividad, que es bastante sistemática e, insisto, liderada por bandas criminales”⁶⁸. Consecuentemente, “la conducta por sancionar si será por hurto superior a media U.T.M. o sobre 4 U.T.M. se determinará de acuerdo con el valor de precio a venta de los productos. Como no se trata de una presunción de Derecho, el autor del hurto podrá probar que el valor de la especie era otro”⁶⁹.

⁶³ Ídem, cfr. pág.166.

⁶⁴ Ibídem.

⁶⁵ Ibídem.

⁶⁶ Ibídem.

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ Ibídem.

Al parecer, la verdad afirmada es que “la ley debe su origen a los reclamos y a la amplísima representación que tuvieron en el Parlamento los supermercados, los grandes establecimientos de comercio y las asociaciones de sus propietarios. [Y es así, que] en el debate de la Cámara se procuró cohonestar la regla sobre el valor del objeto material – excepción flagrante de desigualdad en la tutela del patrimonio de las personas y, en consecuencia, de inconstitucionalidad también paladina-, con el argumento de que estas bandas sacan la cuenta de hasta cuánto pueden hurtar para no cometer un simple delito y caer en un juzgado de policía local”⁷⁰.

Por tanto, esta ley “fue aprobada con el indisimulado propósito de reaccionar contra los autores de hurtos de bagatela perpetrados en supermercados y otros grandes establecimientos comerciales (...) [siendo así, una] manifestación de tutela privilegiada para los intereses de ciertos sectores de los medios urbanos”⁷¹.

Por otra parte, respecto de la ley en comento, se pueden hacer diversas observaciones, en cuanto a que representa una expansión punitiva del Derecho penal y proyecta una Política criminal que ha sido objeto de crítica por diversos sectores doctrinales, por lo cual, se analizará este punto con detención en el capítulo tres.

⁷⁰ Ídem, pág. 182.

⁷¹ Ídem, pág. 173.

2. Examen de algunas de las modificaciones introducidas por la ley número 19.950 en relación al hurto como falta.

A continuación se analizarán algunas de las modificaciones y agregaciones que se realizaron al Código penal y procesal penal, en relación al hurto como falta en la Ley N° 19.950;

2.1. Modificación de la determinación del valor de la cosa hurtada, si se cometiere en un establecimiento de comercio.

El artículo 3° de la Ley N° 19.950, establece, “Modifícase el Código Procesal Penal en el siguiente sentido: (...) 3. Agrégase en el artículo 390 el siguiente inciso tercero, nuevo: “Si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”.

Una de las principales modificaciones que se efectuaron en base a la ley en comento y la cual será el principal objeto de estudio dentro de este trabajo de investigación, es la modificación del criterio para determinar el valor de la cosa hurtada, ya que, si el hurto como falta se comete en un establecimiento de comercio para poder determinar el valor de la cosa hurtada, se atenderá al precio de venta.

Ahora bien, lo anterior resulta trascendental, debido a que la penalidad del hurto depende del valor de la cosa hurtada y con esta modificación se deja su determinación en las manos de la víctima, denotando así una apreciación subjetiva y por ende, se toma en cuenta el interés particular del propietario y no el valor objetivo de la cosa, o lo que es igual su precio de costo⁷².

⁷² Oliver, Guillermo, “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto – falta”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, Semestre I, Valparaíso, 2005, cfr. pág. 304.

Esta modificación, como ya se ha señalado, “puede resultar extraña, hasta inaudito, pero la cláusula contó con el respaldo del Instituto Chileno de Derecho Procesal, en el informe del presidente de la entidad al Senado. Se adujo que aquí “el valor de la especie hurtada está determinado por un hecho público y notorio, cual es el precio de venta al público que las especies tenían al momento de cometerse el delito en el recinto del cual fueron sustraídas” (...) Si [el valor de la cosa] fuese un hecho “público notorio”, por idéntica razón los tribunales tendrían que dar por probada la entidad económica del daño moral basándose sólo en las estimaciones del perjudicado civilmente”⁷³.

Por tanto, es conveniente analizar este aspecto en los siguientes capítulos, respecto a la posible afectación al principio de igualdad ante la ley penal y su participación dentro de una Política criminal adecuada.

2.2. Modificación del límite entre la falta y el simple delito con la disminución del valor de la cosa hurtada.

El artículo 1º de la Ley N° 19.950, establece, “Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido:

3-. 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.”. 4-. Agrégase 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”.

El límite entre la configuración del hurto como falta y el simple delito está determinado, como ya se ha señalado, por el valor de la cosa sustraída. Ahora bien, antes de la modificación el límite entre una y otra era de una unidad tributaria mensual, es decir, al hurtar una cosa que fuese menor a ese valor se configuraría una falta, y si fuese mayor un simple delito. Por lo cual, la Ley reformó esta frontera disminuyéndola y afirmando

⁷³ Guzmán Dálbora, JL., “Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile”, en Díez Ripollés, JL., García Pérez, O., (coords.), *Política legislativa iberoamericana en el cambio de siglo*, B de F, Uruguay, 2008, pág. 182.

que se incurre en hurto como falta si es que la cosa hurtada vale hasta media unidad tributaria mensual⁷⁴.

En consecuencia, la reducción del límite entre el hurto como falta y el simple delito, de acuerdo a Oliver, demuestra el afán punitivo del legislador⁷⁵, ya que, es más probable que ante la comisión de un hurto éste sea un simple delito y no una falta. No obstante, nada asegura que en la práctica se disminuirá real y efectivamente la ejecución del hurto como falta, ni tampoco que va a existir una tendencia a aumentar el simple delito, sino que, lo que tendería a cambiar es el sistema de operación del hurto, es decir, se hurtarían cosas de menor valor a media unidad tributaria para no cometer el simple delito⁷⁶.

Por otra parte, esto genera un desequilibrio en el sistema jurídico penal chileno, respecto de las faltas de contenido patrimonial, establecidas en el artículo 494 N° 19 del Código penal en relación a las cuales se continúa mantenido como límite una unidad tributaria mensual, no siendo posible advertir un argumento serio y consistente para tal diferenciación en la discusión parlamentaria, ya que, en ningún punto fue discutido ni motivó discrepancia la aplicación de un criterio desigual dentro de las faltas y que en el tercer capítulo se verá con mayor detención.

2.3. Se establece pena privativa de libertad para el hurto como falta.

“El artículo 1° de la Ley N° 19.950, establece, “Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido: (...).4-. Agrégase 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...”.

Ahora bien, la Ley N°19.501 de 15 de mayo de 1997 incorporó una serie de modificaciones dentro de las cuales encontramos la eliminación de la pena de prisión aplicable

⁷⁴ Oliver Calderón, Guillermo. “Análisis crítico a las últimas modificaciones legales en materia de hurto –falta”, cit., cfr. pág. 299.

⁷⁵ Ibídem, cfr.

⁷⁶ Ibídem, cfr.

a las faltas, dejando solo la pena de multa, con miras a evitar el efecto desocializador que poseen las penas privativas de libertad de corta duración⁷⁷.

Sin embargo, con la modificación, se afectó el principio de proporcionalidad, ya que como bien ha señalado Guillermo Oliver, se observa una “escasa lesividad de la conducta punible y la gravedad de la sanción penal impuesta”⁷⁸ y además, provoca una desarmonía en el sistema jurídico penal chileno, del que ya se hizo referencia y del que no es posible observar nuevamente, en la discusión parlamentaria argumentos que justifiquen la calificación de un mayor injusto en el hurto como falta, que en las demás faltas establecidas en el Código penal chileno⁷⁹.

2.4. Se modifica y adelanta la barrera de protección penal en el hurto como falta, penalizando las etapas ejecutivas anteriores a su consumación.

"Artículo 1º.- Modifícase el Código Penal en el siguiente sentido: 4. Agrégase el siguiente artículo 494 bis:"Artículo 494 bis: (...) Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7º."

Esta modificación es la que más ha generado controversia y de la que hay abundante literatura, ya que el artículo 494 bis del Código penal adelanta la barrera de protección penal del bien jurídico protegido⁸⁰.

⁷⁷ Carnevali Rodríguez, “¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, en *La Semana Jurídica*, n° 192, semana del 12 al 18 de julio de 2004, cfr. pág. 14.

⁷⁸ Oliver Calderón, Guillermo. “Análisis crítico a las últimas modificaciones legales en materia de hurto –falta”, cit., pág. 8. Además, en Guzmán Dálbora, op. cit., pág. 179. Finalmente, “no se ha sopesado debidamente la capacidad de la Administración de Justicia para soportar la proliferación de delitos cometidos, reserva hecha construir cárceles o aumentar la dotación policial. La proporción de presos por habitantes se eleva a ojos vista, en el último quinquenio la cifra de personas internadas a la friolera de 39.916, lo cual, en un país de quince millones de habitantes, arroja el escalofriante índice de doscientos sesenta y seis individuos presos por cada cien mil”.

⁷⁹ En concordancia a que nuestro código penal dentro de las faltas, sólo establece pena privativa de libertad para el hurto como falta y para el perjurio. No obstante, dentro de las faltas de contenido patrimonial, solo se establece para la primera, no pudiéndose advertir fundamentos en la discusión parlamentaria evidenciada en la Historia de la Ley N° 19.950, argumentos que justifiquen la mayor calificación de injusto respecto de esta falta.

⁸⁰ Sanhueza Romero, J., “análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por ley N° 19.950”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 213, 2003, pág.84. Señala que el querer sancionar la tentativa y la frustración en el hurto como falta, de texto legal, “nación sin vida o al menos en estado agónico”.

Ahora bien, respecto de este tema, ha existido una evolución legislativa compuesta por diversas normas⁸¹, y es así que con la aplicación de *la teoría de la disponibilidad*⁸², se generó como reacción la promulgación de la Ley N° 19.950, de 5 de junio de 2004, cuyo contenido se explicita a lo largo de esta investigación, y que para solucionar el problema pretendió sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación, “sin perjuicio de la ya denunciada imposibilidad conceptual de un hurto frustrado, la disposición produjo otra evidente desarmonía con las restantes faltas, ya que, mientras éstas sólo se castigan cuando son consumadas, el hurto como falta se sanciona aun cuando no alcance su consumación”⁸³.

No obstante, el legislador omitió mencionar la sanción, lo que originó diversas interpretaciones⁸⁴ y es así que producto de lo anterior se elaboró la Ley N° 20.140, de 30 de

⁸¹ Oliver, Delitos contra el patrimonio, cit., cfr. pág. 147 – 150. Cuando entró en vigencia el código penal, el hurto como falta se encontraba tipificado en el artículo 494 número 19, que ordenaba imponer la pena de prisión en sus grados medio a máximo o multa de diez a cien pesos a quien ejecutara, entre otros hechos, el previsto en el artículo 446. No obstante, a raíz de la devaluación de la moneda, fue necesario en repetidas ocasiones modificar esta disposición para actualizar el monto de la cosa hurtada, hasta que mediante la Ley N° 17.437, de 9 de junio de 1971, se eliminó la referencia nominal a la moneda nacional, sustituyéndola por una alusión a sueldos vitales, unidad que fue reemplazada por unidades tributarias mensuales con la Ley N° 19.459m de 18 de marzo de 1996. Esta última ley eliminó en el encabezado del artículo 494 la pena de prisión que allí se contemplaba, dejando subsistente la pena de multa. Desde entonces el hurto como falta pasó a castigarse sólo con esta sanción pecuniaria, la que fue fijada en un monto de una a cuatro unidades tributarias mensuales por la Ley N° 19.501, de 15 de mayo de 1997, ley que estableció en una unidad tributaria mensual el valor máximo de la cosa hurtada para que el delito fuera sólo una falta.

⁸² *Ibidem*, cfr. No obstante de lo anterior, con la publicidad de las audiencias que conllevó el nuevo sistema procesal penal, permitió que se tuviera conocimiento de muchas sentencias absolutorias por hurtos como falta, especialmente cometidos en supermercados y en grandes tiendas, provocando con ello, la aplicación por los juzgados de garantía y las cortes de apelaciones de *la teoría de la disponibilidad*, en casos que los sujetos activos eran detenidos inmediatamente después de atravesar la línea de cajas, sin haber pagado por las especies que portaban, ahora bien, conforme a esta teoría es necesario para entender consumado el delito que el sujeto tenga la posibilidad de disponer al menos un momento de la cosa, los tribunales consideraban que en aquellos casos el hurto no estaba consumado. Y dado que el valor de la cosa no era normalmente superior a una unidad tributaria mensual, lo que hacía que se tratara de una falta, dictando así sentencia absolutoria, ya que conforme al artículo 9 del código penal las faltas sólo se castigan si es que se consuman.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ En la práctica originó diversas interpretaciones y confusiones dentro de las cuales algunos tribunales absolviéron cuando hay hurto como falta tentado o frustrado por no haber sanción aplicable, así entre otras sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de octubre de 2004 en causa ROL N° 679 – 2004 y de 17 de diciembre de 2004, en causa ROL N° 822 - 2004, Concepción, 6 de diciembre de 2004 en causa ROL N° 503 – 2004 y finalmente la destacada sentencia de la corte suprema que rechazó el recurso de nulidad y confirmó la absolución de la imputada, en causa ROL N° 5.990 – 2004, en la que nuestro máximo tribunal sostuvo que la mencionada Ley n° 19.950 había cometido un error que debía enmendarse, siendo pronunciada por la segunda sala integrada por los ministros Alberto Chaigneau, Milton Juica, Nibaldo Segura, Adalis Oyarzún y la abogada integrante la señora Luz María Jordán, en Cfr. Fernández Díaz, “Hurto – falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”, *sentencias destacadas en anuario de jurisprudencia, una mirada desde las políticas públicas/ libertad y desarrollo*, Santiago de Chile, 2005, pp. 89 - 104. En cambio 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, llegaron a sostener que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto como falta estarían sancionadas con la misma pena que el hurto

diciembre de 2006, con la que se llenó el vacío y contempló una pena para etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto como falta, al sustituir el texto del artículo 405 bis del código penal por uno nuevo. Sin embargo, “el hurto es un delito de mera o simple actividad”⁸⁵, por lo que no admite frustración, sino sólo tentativa”⁸⁶, pues bien, la disposición sólo contempló sanción para la frustración, pero no para la tentativa, lo que nuevamente obliga a realizar un esfuerzo interpretativo que de por sí genera disidencias⁸⁷. Por tanto, no existe espacio para el hurto en grado de frustrado, precisamente porque “este delito no exige de un resultado para su consumación, en otros términos, no requiere de una modificación en el mundo externo distinta de la actuación del sujeto activo para que se verifique”⁸⁸.

Por otra parte, como ya se ha mencionado, el hurto como falta en comparación a las otras faltas que se establecen en el código penal, está tratado de forma diferente en cuanto a su penalidad, ya que, es el único en que se pune cualquiera de sus fases ejecutivas. Lo que a su vez, provoca una desarmonía al interior del Código penal chileno. Por lo que, es menester que el legislador se pronuncie por el uso de un criterio diferenciador, lo que no ha ocurrido en la elaboración de la Ley N° 19.950.

como falta consumado, así se expresa en las sentencias de las Cortes de Apelaciones de Talca, de fecha 24 de septiembre de 2004, en causa ROL N°1.771 – 2004, y de Chillán, de fecha 5 de noviembre de 2004, en causa ROL N° 144 - 2004. Y otros, simplemente, castigaron la tentativa y la frustración en el hurto como 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, prueba de ello se encuentra en las sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fechas 5 y 22 de octubre de 2004, roles N° 115-2004 y N° 116-2004, respectivamente, y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de noviembre de 2004, en causa ROL N° 168 – 2004, a pesar de que dichas escalas están destinadas a ser utilizadas sólo para la determinación de la pena en los crímenes y simples delitos.

⁸⁵ Cury Urzúa, E., “Contribución a la distinción entre delitos de resultado y simple actividad”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo 40, n° 1, enero – abril, 1992 – 1993, pág. 69 y ss.

⁸⁶ Oliver, *Delitos contra la propiedad*, cit., pág. 150.

⁸⁷ Ídem, cfr. pág. 147 -150.

⁸⁸ Sanhueza, op. cit., pág. 88.

3. La norma finalmente aprobada, específicamente a la reforma al artículo número 390 del Código Procesal Penal chileno.

Como resultado de la discusión anteriormente planteada y con las formalidades del procedimiento legislativo, se aprobó la Ley N° 19.950, la que en su artículo 3 introduce un último inciso al artículo 390 del Código procesal penal:

“Artículo 3°.- Modifícase el Código Procesal Penal en el siguiente sentido: (...) Agrégase en el artículo 390 el siguiente inciso tercero, nuevo: "Si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente.”⁸⁹

Ahora bien, desde la modificación a la fechas ya han transcurrido aproximadamente diez años, por lo que es procedente analizar si es que para la determinación del valor de la cosa hurtada se ha considerado en la mayoría de los casos el precio de venta o si es que se ha determinado en base a antecedentes que permitan formarse una convicción diferente. Para lo cual, ha sido consultado el ministerio público⁹⁰, quien ha afirmado categóricamente que “en el 99 % de los casos se toma en cuenta el valor de la boleta”⁹¹, es decir cuando el hurto se comete en un establecimiento de comercio, para poder determinar su penalidad se atenderá al valor de venta que la cosa hurtada tiene en el respectivo establecimiento.

Seguidamente, es necesario precisar que lo antes analizado no es posible abstraerlo del aspecto procesal, es decir, si la cosa hurtada vale menos de media U.T.M., ha de considerarse “falta”, conociéndose por “procedimiento simplificado” y, eventualmente, por “procedimiento monitorio” si la conducta se encuentra en grado de frustración. Por lo que, cabe destacar que por regla general el procedimiento monitorio no lleva fase de discusión y de prueba, puesto que el silencio del imputado, en conformidad al inciso tercero del artículo 392 del Código

⁸⁹ Ley N°19.950.

⁹⁰ Se recurre a este tipo de fuente, debido a que jurisprudencialmente no es posible obtener datos de cómo se ha determinado el valor de la cosa hurtada en la comisión de hurto como falta cometidos en establecimientos de comercio, ya que éste se fija usualmente en los tribunales de garantía y a cuyos expedientes no es posible acceder.

⁹¹El ministerio público proporcionó esta información, pero con reserva de la fuente.

procesal penal⁹², es interpretado por la Ley como aceptación del requerimiento hecho por el fiscal, y por consiguiente de la pena y de la multa⁹³. Ahora bien, ante este panorama, “¿qué posibilidad existirá entonces de que un imputado considere plausible la impugnación del valor de la cosa? O ¿qué defensor se prestaría para tan titánica tarea por una falta?”⁹⁴, principalmente por la escasa gravedad del delito con relación al resto de las figuras penales, en la práctica “a lo más se fundará un conainterrogatorio más estricto, pero en muy pocas ocasiones una impugnación en el sentido formal”⁹⁵, además, si se toma en consideración el artículo 392 letra c) del Código procesal penal⁹⁶, el sistema fomenta la conformidad otorgando al imputado beneficios en caso de no impugnar el requerimiento y pagar la multa dentro del plazo de 15 días recibida la notificación⁹⁷.

En consecuencia, en la actualidad es dable apreciar una “mecanización” del sistema, que en el tercer capítulo se verá con detención.

⁹² artículo 392, inciso tercero del Código procesal penal: “si el imputado pagare dicha multa o transcurriere el plazo de quince días desde la notificación de la resolución que la impusiere, sin que el imputado reclamare sobre su procedencia o monto, se entenderá que acepta su imposición. En dicho evento la resolución se tendrá, para todos los efectos legales, como sentencia ejecutoriada”.

⁹³ Vera Sánchez, Juan Sebastián, *La Consumación en el Delito de Hurto*, Librotecnia, 2010, Chile, cfr. pág. 276.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ídem*, pág. 279.

⁹⁶ “Artículo 392, del Código procesal penal: Procedimiento monitorio. Se aplicará el procedimiento monitorio a la tramitación de las faltas respecto de las cuales el fiscal pidiere sólo pena de multa. En el requerimiento señalado en el artículo precedente el fiscal indicará el monto de la multa que solicitare imponer. Si el juez estimare suficientemente fundado el requerimiento y la proposición relativa a la multa, deberá acogerlos inmediatamente, dictando una resolución que así lo declare. Dicha resolución contendrá, además, las siguientes indicaciones: c) El señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma debiere enterarse en arcas fiscales, así como del hecho que, si la multa fuere pagada dentro de los quince días siguientes a la notificación al imputado de la resolución prevista en este inciso, ella será rebajada en 25%, expresándose el monto a enterar en dicho caso.”

⁹⁷ Ejemplificado con lo que ocurren en la práctica, es que luego de la detención que realiza el personal de seguridad del establecimiento comercial, se pone el sujeto a disposición de la justicia y para el señalamiento del precio de venta de las cosas hurtadas de acuerdo al artículo 390 del código procesal penal, lo que en la práctica ocurre es que las cosas hurtadas se pasan por la caja registradora, emitiéndose con ello una boleta que junto con el resto de los antecedentes se llevan y entregan al señor fiscal. A continuación, si es que el sujeto que cometió el hurto se encuentra detenido se le hará el correspondiente requerimiento verbal. Lo que en concordancia con las declaraciones del Ministerio Público, se puede concluir que el hecho de que en el 99% de los casos se tome en consideración el precio de venta de la cosa hurtada (establecido en la boleta del local comercial), se debe a que no hay una oportunidad fáctica para cuestionar esa cifra, porque claro, esto es una falta con pena privativa de libertad, no obstante, para el caso de que esta falta esté frustrada la pena es el pago es de una multa, en consecuencia, se da en la mayoría de los casos que el sujeto lo detienen y de acuerdo a la idea de que el hurto se consumaría con la disponibilidad de la cosa y que con la detención estaría frustrado, provoca que al tener conocimiento que la pena será una multa, la defensa no intenta vencer al magistrado de que el valor de venta es superior al valor del mercado, (de acuerdo a las declaraciones) se privilegia negociar formas de pago de la multa, siendo así un “incentivo” el no intentar probar que los antecedentes reunidos permitan formarse una convicción diferente.

II. CAPÍTULO SEGUNDO: “EL HURTO, EN CUANTO A SU HISTORIA Y DEFINICIÓN. DEL HURTO COMO FALTA Y EL VALOR DE LA COSA HURTADA”.

1. Origen histórico del hurto.

Para dar comienzo este capítulo, debemos remontarnos a los inicios de la figura del hurto, según lo cual, algunos autores han establecido que casi al tiempo que se constituyó la propiedad privada nació el delito del hurto, o más bien, que estos surgieron paralelamente⁹⁸, ya que el hombre al tomar conciencia de que existe la posesión del dominio exclusivo sobre un cosa, rechaza la participación de cualquier otro en su propiedad. Por lo que, la actitud “que el extraño prive al dueño de la cosa de la propiedad misma”⁹⁹, sería considerada desde tiempos muy remotos como una conducta antisocial.

Sin embargo, tanto la configuración del delito hurto como la determinación de su pena, varía en las distintas legislaciones, en relación a si era tomado en consideración el valor de la cosa hurtada y es por ello que antes de embarcarnos en el análisis propio de la presencia de éste elemento en Derecho romano, germánico y español, es menester señalar algunos ejemplos de los primeros atisbos de este delito que poseen cierto influjo en la configuración actual del hurto.

Por consiguiente, en el Código de Hammurabi del siglo XX a.C., en su artículo N°8 establecía, “*si un hombre hurtase un buey, o una oveja, o un asno, o un puerco, o una cabra, ya sea a un dios, o a un palacio, pagara treinta veces el valor de de la cosa que es sujeto de hurto. Si fuese pobre, pagara diez veces. Si el ladrón no tuviese como pagar, será castigado con la muerte*”¹⁰⁰. Además, para el caso de Grecia en las Leyes atenienses, el hurto denominado “Klopé”¹⁰¹, sólo se castigaba en caso de que el sujeto que cometiese este delito dejase sorprender o fuese descubierto de cualquier otra

⁹⁸ Zavala, Jorge, *Delitos contra la propiedad*, Edino, Guayaquil, 1998, t.I, cfr, pág.24.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, Temis, Bogotá, 1956, 5 vols., pág.6.

manera¹⁰². En el mismo sentido, en Esparta, es similar la situación, “ya que se perdonaba o absolvía, cuando el hurto se realizaba de manera sagaz, con habilidad”¹⁰³.

Luego de mencionar estos antecedentes, que nos permitieron dilucidar la idea del hurto en sus primeros momentos, se hace necesario, hacer un examen a las fuentes históricas, a saber, el Derecho romano, germánico y legislación española, las cuales incidieron de manera predominante en la configuración que actualmente posee el hurto en nuestro sistema y que sientan las bases y fundamentos de éste.

1.1 En el Derecho Romano.

A continuación, se realizará una breve alusión a los inicios del delito del hurto, para luego referirnos a la penalidad que se le otorga en virtud a la determinación del daño que produce la comisión de este, y las acciones que los sujetos pueden ejercer.

Así, el delito de hurto, procede de la palabra *furtum* que provendría del latín *ferre*, con la que se hace referencia a la sustracción material, dentro de este se incluía un sin número de atentados patrimoniales, teniendo así un contenido amplísimo, donde no sólo se indicaría con esta palabra al delito de hurto, si no también, el robo, la usurpación y la estafa.

Sin embargo, según otros autores “hurto” provendría más bien del latín *furvum*, que tiene como significado la palabra “negro”, lo cual se relaciona con una de las características de este delito, a saber, la clandestinidad, ya que, se propiciaría durante la noche.

Finalmente, según una opinión distinta hurto provendría de la palabra *ferendo* que significa, “llevar” o *autferendo* que expresa “quitar”¹⁰⁴.

¹⁰² Ídem, cfr. pág.7.

¹⁰³ Zavala, op. cit., pág.25.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

A sí mismo, el digesto en la *Instituta de Justiniano* se recoge la definición de Paulo respecto del “*furtum*” la cual posee gran recepción, además de ser generalmente citada por la mayoría de la doctrina: “*Furtum es contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisive. Quod lege naturale prohibitum est admittere*”¹⁰⁵, es decir, el “Hurto es la sustracción fraudulenta de cosa ajena, con el fin de lucrarse, o con la cosa misma, o con su uso o posesión, hechos que nos prohíben admitir la ley natural”¹⁰⁶.

Ahora bien, en la época anterior a las XII tablas el delito llevaba aparejado la venganza, esto es, se aplicaba al delincuente un daño o perjuicio equivalente al causado por éste, por lo que, se le adjudicaba a éste último la posibilidad de ejercer venganza privada o aceptar la reparación del daño¹⁰⁷. En este caso no se trata de castigar a los reos por su culpabilidad moral, sino de dar satisfacción debida a los damnificados¹⁰⁸. Lo que se relaciona con la forma de comisión del delito en virtud de que este se realizare de noche, con armas o en un despoblado, lo que podría conllevar a que el delito se castigue con la muerte. Cuestión distinta a lo que sucede en otros casos, ya que se entregaba al culpable a la víctima o a su familia para que se le aplique la pena de azotes o se le venda como esclavo¹⁰⁹.

Posteriormente, durante la época de las XII tablas se produce una distinción en relación “*furtum manifestum*” y “*furtum nec manifestum*”¹¹⁰, que para Rodríguez Devesa¹¹¹, se entienden respectivamente como hurto manifiesto y no manifiesto, siendo determinante para distinguir entre ambas si el delito se ha realizado en estado de flagrancia o no. Así, para el caso del *furtum manifestum* es equiparado legalmente al *furtum conceptum*, ya que en ambos se impone la pena más alta, la que va determinada en virtud si el individuo es libre o no, debido a que, en el primero de los casos el individuo sufre la pena de la *addictio* o adjudicación, la que consiste en privar al reo de su libertad personal, segregándolo del grupo de ciudadanos, constituyendo de esta forma una esclavitud formal, esto se diferencia a lo que ocurre en el caso de la

¹⁰⁵ Rodríguez Devesa, Hurto Propio, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: Serie 3a. Monografías de Derecho Español, Madrid, 1946, pág. 25.

¹⁰⁶ Maggiore, op. cit., pág.8.

¹⁰⁷ Muñoz Aberzúa, G., “Delito de furtum en el Derecho Romano”, en *Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas*, Santiago de Chile, 1993, cfr. pág. 1 -2.

¹⁰⁸ Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Temis, Madrid, 1976, cfr. pág.464.

¹⁰⁹ Muñoz Aberzúa, G., op. cit., cfr. pág. 17.

¹¹⁰ Núñez, Ricardo, *Delitos contra la propiedad, principios generales, Hurto, Robo, Extorsión*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág.42.

¹¹¹ Rodríguez Devesa, op. cit., cfr. pág 27.

adjudicación por deudas en la cual la privación de libertad del sujeto no mermaba su Derecho de ciudadano. En consecuencia, para el caso que el individuo no fuese libre, se le aplicaba la pena del suplicio.¹¹²

La razón por la cual, las modalidades de *furtum* manifiesto poseen un castigo más severo, a pesar de que la injusticia moral del hecho no fuese mayor o diferente que en otros casos, se relaciona con la forma de ejecución del acto, ya que, el ladrón se encontraba de frente con el robando, lo que le otorga más motivos para actuar en su propia defensa¹¹³. Por otro lado, se adjudica el aumento de la penalidad del delito en “razón del agravamiento romano que surgiría naturalmente de la mayor audacia del ladrón que roba a la vista del propietario”¹¹⁴.

Por el contrario, el hurto no manifiesto o hurto no flagrante, era castigado con multas, con el pago del doble del daño o con la denominada la acción del duplo¹¹⁵, la cual toma en consideración el valor de la cosa hurtada para determinar la cuantía de la multa. Las razones por las cuales se entiende esta diferencia en la severidad del castigo, en relación al hurto flagrante, es que el delito se encuentra amortiguado por el tiempo, y esto toma aún más sentido si se relaciona con la desconfianza con que los ordenamientos jurídicos antiguos miran la prueba indirecta, ya que, “solo daba certidumbre del delito el hallazgo de la cosa hurtada en las manos del delincuente”¹¹⁶.

En un principio, la tratativa del hurto en un juicio privado permitía la posibilidad de que la víctima perdonara al reo y aceptara conjuntamente una indemnización, determinada en razón a lo que el tribunal estime proporcional con el perjuicio sufrido. Posteriormente, esta situación tomó un carácter distinto, dejando de lado la voluntariedad de la reparación del daño, siendo ahora, declarada por sentencia. Además de esto, se permitió en el caso de que la partes asistiesen a un tribunal arbitral y el ladrón estuviese dispuesto, este podría devolver y otorgar un equivalente del valor de la cosa hurtada, o en otros casos incluso otorgar una indemnización por un múltiplo del valor de los sustraído, para lo cual, la víctima debía aceptar el precio de

¹¹² Mommsen, Teodoro, op. cit., cfr. pág. 464-465.

¹¹³ Ídem, cfr. pág. 465.

¹¹⁴ Ídem, pág. 38.

¹¹⁵ Núñez, Ricardo, op. cit., cfr. pág. 39.

¹¹⁶ Muñoz Aberzúa, G., op. cit., pág. 20.

rescate o la composición que se le ofrecía, lo que se concretizó de manera obligatoria con la XII tablas.

Así, para el caso de hurto ordinario, el ladrón que devolvía la cosa hurtada, además, quedaba obligado a entregar al perjudicado una indemnización por el valor de la cosa y en el caso de que esta no fuera entregada, aumentaba al duplo de su valor. Por otra parte, en cuanto al hurto manifiesto este debía otorgar el triplo del valor y para el caso de no devolver la cosa, se indemnizaba con el cuádruplo del valor de la cosa hurtada¹¹⁷.

Por otra parte, en cuanto a la aceptación obligatoria del premio o rescate, es la manera de proceder en los juicios seguidos con arreglo la ley, los que consistían, en que si se reconocía este Derecho al demandante el demandado debía satisfacer a través de la compensación a su contrario para quedar absuelto, ahora bien, si este no quería o no podía cumplir, se procedía a la *litisestimación*, tomando como base para realizarla el mayor valor que la cosa hubiera tenido durante el tiempo que se encontró en poder del deudor, pero sin tomarse en cuenta el aprecio que el demandante tuviera sobre ésta, por lo que, luego de pronunciarse la sentencia el reo debía pagar una suma de dinero de acuerdo al múltiplo del valor de la cosa hurtada¹¹⁸.

Posteriormente, en el Derecho imperial, se comenzó a precisar el hurto como una figura autónoma, debido a que, se fueron generando nuevas entidades delictivas. Así, aparecen tales figuras como el peculado, el plagio, el sacrilegio, el estelionato, el abigeato y el robo, por lo que, se formó de esta manera un concepto restringido, que con sus respectivas variantes, se ha logrado mantener hasta nuestros tiempos¹¹⁹.

¹¹⁷ Mommsen, Teodoro, op. cit., cfr. pág. 466-467.

¹¹⁸ *Ibidem*, cfr.

¹¹⁹ Puig Peña, Federico, *Derecho penal, parte especial*, 4 vols., Desco, Barcelona, 1959, cfr. pág.216.

1.2. En el Derecho Germánico.

En el Derecho germánico, a diferencia de lo que se sucinta en el Derecho romano, existe desde un principio, la distinción entre hurto y robo, en el cual se define hurto o *Diebstahl* como “la sustracción clandestina de una cosa mueble ajena”¹²⁰, siendo la clandestinidad lo que permite diferenciarlo del robo o hurto violento y fue la lesión a la propiedad, la razón por la que se castigó este.

Para poder determinar la cuantía de la pena o la gravedad de esta, es de suma importancia el valor de la cosa hurtada, ya que permite distinguir entre *furta maiora* y *furta minora*, de acuerdo a las *leges barbarum*. Además, otra manifestación de la importancia de este elemento, es en la configuración del *furtum parvum* que dice relación cuando “el valor de la cosa hurtada era inferior a cierta suma”¹²¹ o el *magnunm o plenum* la cual concurre cuando la cuantía de la cosa hurtada superaba el valor, que varió, según las épocas y los países entre tres y diez *schillings*¹²².

En épocas más primitivas, la forma de distinguir la cuantía del valor de la cosa hurtada y con ello la pena que se otorgaría al hechor, dependía de si se hurtaba un ganado mayor o menor valor, estableciendo así la gravedad del acto. “Esta es la vía por la cual se introdujo en el Derecho moderno el criterio de lo hurtado como medida de la pena”¹²³.

En tercer lugar, existe otra clasificación, que según las leyes Nórdicas de denomina “*hvinska*”, la que principalmente se trata de el hurto de especies con un mínimo valor y que por ello, no son sometidas a la tratativa del hurto. Y es en virtud de esta razón que la pena no tenía relación con el valor de la cosa hurtada, sino más bien, esta se encontraba prefijada por ley¹²⁴.

¹²⁰ Rodríguez Devesa, op. cit., pág.31.

¹²¹ Ídem, pág. 32.

¹²² Ibídem, cfr.

¹²³ Ibídem.

¹²⁴ Ídem, cfr. pág. 33.

En relación a la pena respecto del hurto, tanto en el Derecho germánico como en las primeras Leyes Bárbaras¹²⁵, la sanción es principalmente de orden pecuniaria, con la excepción, de que en el caso de no poder satisfacer la pena, “se pagaba con la libertad y su persona era entregada al ofendido”¹²⁶.

Finalmente, se establecieron penas corporales, que se aplicaron en su mayoría para los *furta maiora* y reincidentes, y en cuanto al *furtum magnum*, se determinó la pena de muerte. Tras el paso del tiempo, ante la rigurosidad de las sanciones que se mencionan, se intenta por parte de Carlo Magno lograr atenuar las penas de dichos delitos, ante lo cual, se establece el corte de las orejas o de una sola.¹²⁷

1.3. En el Derecho español histórico.

En el Derecho español histórico, se encuentra constituido por varias etapas. Así, en la primera de ellas, denominada Época Primitiva, que de acuerdo a Rodríguez Devesa¹²⁸, se caracterizó por entregar el ámbito privado o a los particulares, la resolución acerca de las sanciones y tratativa del hurto y el robo, quedando a cargo de estos “el descubrimiento y la venganza”¹²⁹.

Durante este proceso histórico, toma una relevancia fundamental la entrada del *Liber Iudicorum*, que se encarga de la regulación del hurto en sus capítulos II y III del libro VII, estableciendo ciertas penas ante la comisión de este delito, relacionándolo con la autoría a manos de los siervos¹³⁰.

¹²⁵ La pena era pecuniaria, consistente en el múltiplo del valor de la cosa hurtada, del duplo, triplo, cuádruplo o nóuplo.

¹²⁶ Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 33.

¹²⁷ Ídem, cfr. pág. 34.

¹²⁸ Ídem, cfr. pág. 35.

¹²⁹ Ibídem.

¹³⁰ Ídem, cfr. pág.41.

En consecuencia, se establece, que si el reo no es un hombre ingenuo, la pena consistía en la composición de un nóuplo y cien azotes, además, para el caso de insolvencia, se pierde la libertad en beneficio del ofendido. Por otra parte, el caso de que el autor fuese un siervo, variaba la composición reduciéndose de esta manera la pena al séxtuplo del valor de lo hurtado, en el caso de que le siervo fuese inducido por otra persona, éste debía satisfacer la multa¹³¹.

Durante el Fuero Juzgo y el Derecho territorial castellano, se imponían las mismas penas que en el *Liber* y a pesar de poseer una influencia que se extiende a lo largo de la península, no se ha logrado establecer un concepto claro de hurto. Sin embargo, se concibe una distinción entre “hurto grande y pequeño”, cuya determinación dependería del tormento.

Durante la Alta Edad Media, es preponderante el Derecho territorial castellano, “que llego hasta nosotros por las redacciones de Derecho consuetudinario llamadas Libro de los Fueros de Castiella y Fuero Viejo”¹³², en el cual, las penas que se otorgan ante la comisión de más de un hurto, consistía en la pena de muerte en horca. En cambio, para el caso de cometerlo por primera vez, se marcaba al ladrón, sin compensación económica¹³³.

Durante los Fueros Municipales, se sigue con la distinción entre hurto grande y hurto pequeño y podemos encontrar casos de *hivinska*, que como mencionamos anteriormente en el Derecho Germánico, se trata del hurto de especies con un valor mínimo y que por ello no son sometidas a la tratativa del hurto. Durante este periodo, el primer hurto se castigaba con una pena pecuniaria que resultaba de la aplicación del múltiplo al valor del objeto hurtado imponiéndose en casos de insolvencia penas corpóreas. Lo anterior, no era igual en todos los fueros, ya que, en algunos se establecía para el caso del primer hurto la pena corporal e incluso la pena de la horca, pero en relación a esta sanción no existe seguridad en cuanto a su aplicación debido a la inexactitud de la interpretación de los pasajes en los cuales se señala¹³⁴.

¹³¹ Ídem, cfr. pág. 44 - 45.

¹³² Ídem, pág. 45.

¹³³ Ibídem, cfr.

¹³⁴ Ídem, cfr. pág. 46 - 47.

Por otra parte, de acuerdo a la legislación Alfonsina, durante el Fuero Real se realiza una distinción en el hurto de acuerdo al valor de la cosa hurtada, a saber, si es que la cosa es superior o inferior a la suma de cuarenta maravedíes¹³⁵.

En cuanto a las partidas, se estableció que la pena para el hurto manifiesto, era pagar cuatro veces el valor de la cosa que ha sido hurtada y a su vez la restitución de ésta. Para el caso del encubridor, se señaló la sanción de pagar dos veces el valor de la cosa hurtada y la correspondiente restitución¹³⁶.

Seguidamente, en las Ordenanzas Reales de Castilla, se estableció que la pena de hurto sería sólo pecuniaria, no obstante, en caso de insolvencia se aplicaban penas corporales¹³⁷.

Posteriormente, en la Novísima Recopilación, aumentaron las penas para el hurto, ya que se autorizó a que cualquiera pudiese libremente, ofender, matar o prender a los delincuentes y salteadores. Luego, se explicitó el establecimiento de la pena de muerte para quienes cometieran este delito, prescindiendo de toda circunstancia atenuante, salvo la de menor de diecisiete años¹³⁸.

Finalmente, en el año 1822 con la llegada de la codificación y la creación del Código penal español, se define por primera vez el hurto de manera precisa, donde se le puede distinguir de otras figuras que atentan contra del patrimonio, en particular el robo, sin embargo, la formula que prospera en los Códigos posteriores no sería la de éste, si no, más bien, perduraría lo establecido en el Código penal de 1848, la cual destierra definitivamente la pena de muerte para el delito que nos ocupa¹³⁹.

Posterior a la codificación, dentro de las modificaciones introducidas desde el año 1848, afectan la penalidad y la escala de valores, eliminando de la legislación española la pena de muerte para el delito de hurto¹⁴⁰.

¹³⁵ Ídem, cfr. pág. 51.

¹³⁶ Ídem, cfr. pág. 54.

¹³⁷ Ídem, cfr. pág. 55.

¹³⁸ Ídem, cfr. pág. 58.

¹³⁹ Ídem, cfr. pág. 59.

¹⁴⁰ *Ibidem*, cfr.

Ahora bien, las distintas manifestaciones a través de la historia relacionadas con la configuración del delito del hurto y la determinación de su sanción, constituyen los fundamentos para el establecimientos de figuras delictivas que se presentan en la actualidad en particular el hurto como falta, es por ello que es menester analizar la construcción de esta falta en Chile, en el Derecho comparado y su relación con la valoración de la cosa hurtada como determinación de la sanción.

2. Del hurto como falta.

2.1. En Chile.

A continuación, se revisarán los antecedentes históricos de la regulación al hurto como falta, sus variaciones de acuerdo a las reformas realizadas y los intereses involucrados que han propiciado su modificación. Sin dejar atrás, la forma en la cual se configura dicha falta y como esto se relaciona con la introducción de los medios imperfectos de ejecución.

Por consiguiente, la figura del hurto en el Código penal chileno, se encontraba dentro del título IX d los “Crímenes y Simples Delitos Contra la Propiedad”¹⁴¹, párrafo 1 “De la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”¹⁴², ahora bien, el proyecto de ley que la incorpora, es presentado por el señor Rengifo, el cual toma como base para su redacción y configuración el Código penal español de manera conjunta con el Código belga.

Muestra de lo anterior, es que el artículo 438 del Código penal español del año 1850, versa de la siguiente manera: “*Los reos de hurto serán castigados*”:¹*Con pena de presidio menor, si el valor de la cosa hurtada excediere de quinientos duros; 2º Con presidio correccional si no excediere de quinientos duros y pasare de cinco; 3º Con arresto mayor a presidio correccional en el grado mínimo si no excediere de cinco duros*”¹⁴³.

¹⁴¹ Verdugo, Mario, *Código penal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986, t. IV, pág.901.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ídem*, pág. 947.

Según la redacción de éste artículo, es necesario para su configuración la concurrencia de un determinado valor de la cosa hurtada, siendo esto categórico para establecer una distinción y límite entre este delito y la perpetración de una falta, la cual, para su configuración debe poseer un valor inferior al mencionado en dicho artículo.

Es en virtud de esto, es que la comisión redactora en la sesión 165 a petición del señor Altamirano, “acordó poner un *mínimum* a la cantidad hurtada para que pueda castigarse como simple delito, debiendo pasar el hecho punible a la categoría de faltas si lo hurtado bajare de ese *mínimum*”¹⁴⁴. Así, lo anterior se materializa en el artículo 446¹⁴⁵, el que regula hurto simple.

Por otra parte, el hurto como falta, se encontraba regulado en el artículo 494 número 19, “*que ordenaba imponer la pena de prisión en sus grados medio a máximo o multa de diez a cien pesos chilenos*”¹⁴⁶, lo que posteriormente ante el flujo constante de dinero y las devaluaciones monetarias es que se incorpora, a través Ley N° 17.437, de 9 de junio de 1971, y provocó que la unidad de estimación del valor de lo hurtado serían los sueldo vitales, por lo que, de esta manera no sería necesario la modificación constante de este artículo para actualizar el monto de la cosa hurtada¹⁴⁷.

Posteriormente, el 18 de marzo del año 1996, la Ley N° 19.450 introduce una modificación que resulta ser fundamental en correlación al mencionado valor de la cosa hurtada, ya que, es determinado en virtud a unidades tributarias mensuales. Además, la ley mencionada acarrea un cambio mayor, en el cual se elimina la pena privativa de libertad que se establece en el artículo 494, procediendo a sancionar el hurto como falta con una multa, que ya se encontraba incorporada en el mismo artículo¹⁴⁸.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Art.446. “*Los reos de hurto serán castigados: 1° Con presidio menor en su grado medio a máximo, si el valor de la cosa hurtada excediere de cuarenta sueldos vitales. 2° Con presidio menor en su grado medio a máximo, si el valor excediere de de cuatro sueldos y no pasare de cuarenta sueldos vitales. 3° Con presidio menor en su grado mínimo, si el importe de la cosa hurtada no subiere de cuatro sueldos vitales ni bajare de medio sueldo vital. Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientos sueldos vitales, se aplicara la pena de presidio menor en su grado máximo*”.

¹⁴⁶ Oliver Calderón, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, cit., pág.147.

¹⁴⁷ *Ibidem*, cfr.

¹⁴⁸ *Ibidem*, cfr.

Finalmente, para poder determinar el límite que separa el delito de hurto con la falta en cuestión, se introduce la Ley N°19.501, de 15 de mayo de 1997, que lo delimita en una unidad tributaria mensual como tope para la determinación de la falta.

Todo esto cambio con la Ley 19.950 de 5 de junio del año 2004, que repercute en la aparición del artículo 494 bis, donde se regula actualmente el hurto como falta, disminuyendo a media unidad tributaria su configuración, además trayendo nuevamente como sanción la pena de prisión para este delito, que como ya se mencionó, había sido eliminada por la Ley N°19.450.

En el mismo sentido, se modificó también el inciso cuarto del artículo 390 del Código procesal penal, instaurando que para la determinación del valor de la cosa hurtada debe considerarse el precio de venta, y no la tasación, que anteriormente, se realizaba por parte de un funcionario del tribunal. Esta situación ha generado varias críticas por algunos autores y es la razón que fundamenta nuestra investigación en relación a si esta disposición satisficiera el principio de igualdad y si contaría en su elaboración con una Política criminal, lo cual se desarrollará más adelante.

Por otra parte, la Ley N° 19.950 estableció una agravante en la sanción para la reincidencia, materializada en el artículo 494 bis¹⁴⁹, como a su vez castigó las etapas ejecutivas anteriores a la consumación de la falta, cometiendo el error de no establecer una pena específica ante la frustración, lo cual fue sujeto de varias discrepancias acerca de cómo sancionar estas conductas. Ante esta situación, se buscó una solución con la promulgación de la Ley N°20.140 de 30 de diciembre de 2006, la que introduce en el artículo 494 bis, de acuerdo

¹⁴⁹artículo 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 como 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”.

al cual, ante la falta frustrada “*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*”¹⁵⁰.

En razón de lo expuesto, acerca de las diversas modificaciones que ha sufrido la disposición del hurto como falta, en particular por las reformas introducidas por la Ley N° 19.950, es que su configuración se encuentra en gran parte regulada en el artículo 494 bis del Código penal, siendo sujeto de críticas por varios autores, en casi la gran mayoría de sus reformas y en los argumentos que estas se justifican.

2.2. En el Derecho comparado.

Por otra parte, en cuanto a la legislación española, se regulan las “*Faltas contra el patrimonio*” en el Libro III del Código penal, en su Título II¹⁵¹. Por lo que, el hurto como falta se encuentra tipificado en el artículo 623, número 1 del presente título, el cual versaba de la siguiente manera “*los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de cincuenta mil pesetas*”¹⁵², posteriormente, con el cambio de moneda el artículo modifica su redacción disponiendo lo siguiente: “*Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros. En los casos de perpetración reiterada de esta falta, se impondrá en todo caso la pena de localización permanente. En este último supuesto, el Juez podrá disponer en sentencia que la localización permanente se cumpla en sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 37.1. Para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas*”¹⁵³.

¹⁵⁰ Historia de la Ley N°20.140, *Complementa la ley N° 19.950, estableciendo una pena en caso de hurto como falta en grado de frustrado*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletines N°s. 3867-07 y 3931-07, Valparaíso, 30 de diciembre, 2006, Págs. 112-113.

¹⁵¹ Cobo Del Rosal, Manuel, *Faltas contra el patrimonio, parte especial*, Marcial Pons, Madrid, t.II., pág. 1009.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Córdoba, Juan, *Comentarios al Código penal, parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 628.

Si comparamos esta disposición con lo establecido en el artículo 234¹⁵⁴ del Código penal respecto del hurto, nos damos cuenta que lo único que diferencia la configuración del hurto simple de su falta es la cuantía del valor de la cosa hurtada¹⁵⁵, ya que, para el primero lo sustraído debe exceder a 400 euros y para la falta, el valor de lo hurtado no puede exceder a 400 euros, siendo en ambos el mismo hecho punible¹⁵⁶.

Ahora bien, el 29 de septiembre del año 2003 se introdujo una modificación al inciso segundo del artículo 234 del Código penal español, en la que se impone la pena del delito de hurto a quien “*en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623. 1 de este Código, siempre que el monto acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura*”¹⁵⁷. Se establece, que las faltas que lo componen no pueden haber sido condenadas, ya que, como sabemos se violaría el principio “*non bis in idem*”, pero no ocurriría esto en virtud de aquellas que se encontraran pendientes de ser juzgadas¹⁵⁸.

Atendiendo a esta última modificación, es que se suscitaron algunos reparos en razón de que “se trata de un caso específico de habitualidad para cuya definición se ha acudido al viejo concepto que la definía a partir de la repetición de un número determinado de actos y que se aparta del concepto criminológico no cuantificador que atiende en mayor medida a la dedicación a la actividad como medio de vida”¹⁵⁹.

A su vez, el Código penal de **Honduras** en el Libro Tercero, Título III de “Faltas Contra la Propiedad”. Señala en el artículo 400 de manera expresa, como se configura el hurto como falta, estableciendo: “*Será sancionado con prisión de treinta (30) a noventa (90) días:1) Quien cometiere hurto de muebles cuyo valor no exceda de diez lempiras*”¹⁶⁰.

¹⁵⁴ “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito*”.

¹⁵⁵ Córdoba, op. cit., cfr. pág.628.

¹⁵⁶ Cobo Del Rosal, op. cit., cfr. pág.628.

¹⁵⁷ Córdoba, op. cit., pág.641.

¹⁵⁸ Ídem, cfr. pág.643.

¹⁵⁹ Ídem, pág.643.

¹⁶⁰ Código penal de Honduras.

A sí mismo, en el Código penal de **Ecuador**, en el Capítulo IV “de las contravenciones de cuarta clase”, se introduce las faltas contra la propiedad en el artículo 607.1 el cual establece: “Serán reprimidos con multa de ciento veinte y uno a doscientos cuarenta sucres y prisión de cinco a siete días, o con una de estas penas solamente”; “1.El hurto y el robo, siempre que el valor de las cosas sustraídas no pase de un salario mínimo vital general, y que, por las circunstancias del acto, no sean delito”¹⁶¹.

Así, también en el Código penal de **Perú**, en su Libro Tercero, Título III de “faltas Contra el Patrimonio” dispone en el artículo 444 lo siguiente: “El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con la prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ciento veinte jornadas o con sesenta a ciento ochenta días multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado”¹⁶².

3. Definición en cuanto al valor de la cosa hurtada.

3.1. En Chile.

En Chile, la definición legal del hurto se encuentra en el artículo 432 el que señala: “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 fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”¹⁶³.

Por tanto, en el artículo están tipificados tres delitos: el hurto, el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas. Así, el hurto resulta ser una figura integrada por ciertos requisitos de carácter positivo, como lo es la apropiación con ánimo de lucro de una cosa mueble, y por otras características negativas, de la no concurrencia de ciertas formas de violencia o intimidación o de fuerza¹⁶⁴.

¹⁶¹ Código penal de Ecuador.

¹⁶² Código penal de Perú.

¹⁶³ Código Penal de Chile.

¹⁶⁴ Garrido Montt, Mario, *Derecho penal, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2000, t. IV, cfr. pág. 149. Y también véase Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., Chile, 1998, t. III, cfr. pág. 295.

Ahora bien, la doctrina ha conceptualizado el hurto de la siguiente forma: en primer lugar, para Alfredo Etcheberry, el hurto se define como “la apropiación de la cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin que concurren la violencia o intimidación en las personas, ni ciertas formas en las cosas”¹⁶⁵.

En el mismo sentido, Mario Garrido Montt, nos da la noción de delito de hurto como “la apropiación con ánimo de lucro, de una cosa corporal mueble, ajena y apreciable en dinero, sin la voluntad de su dueño, y siempre que no concurren ciertas modalidades de violencia o intimidación en contra de las personas o de fuerza en las cosas”¹⁶⁶.

Seguidamente, Gustavo Labatut, afirma que hurto “Consiste en la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, sin violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas. Es característica suya la clandestinidad en la ejecución”¹⁶⁷.

Además, para Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, el hurto consiste en la “apropiación de cosa mueble ajena, efectuada con ánimo de lucro y sin que concurren las circunstancias que la ley define como fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas”¹⁶⁸.

Finalmente, para Cristian Aguilar Aranela, el hurto se puede conceptualizar como “la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, sin la concurrencia de violencia o intimidación en las personas, ni en ciertas formas de fuerza en las cosas descritas por la ley”¹⁶⁹.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Garrido Montt, op. cit., pág. 295.

¹⁶⁷ Labatut, Gustavo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1996, t.II, pág. 209.

¹⁶⁸ Politoff, Sergio/ Matus, Jean Pierre/ Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2ª ed., 2004, pág. 299.

¹⁶⁹ Aguilar Aranela, Cristian, *Delitos Patrimoniales, Apropiación por medios materiales, Fraudes por engaño y por abuso de confianza*, Editorial Metropolitana, Chile, 2008, pág. 34.

3.2. En el derecho comparado.

En cuanto a **España**, el Código Penal español, en el artículo 234 define hurto como “*El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros*”¹⁷⁰.

En concordancia con la doctrina española “el hurto consiste en tomar las cosas muebles ajenas, con ánimo de lucro, y sin la voluntad de su dueño”¹⁷¹ o “el apoderamiento, con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño, de una cosa mueble ajena”¹⁷².

Ahora bien, para el caso español, el valor de la cosa hurtada tiene gran relevancia, debido a que se incorpora un límite económico en ésta, a saber, la cualidad de ser valorable en dinero. Por consiguiente, como ya se mencionó, debajo de 400 euros la infracción es una falta, de conformidad al artículo 623 inciso 1º del Código penal. En el mismo sentido, el cheque y el título valor al portador y a la vista (los de inmediata realización) se equiparan al dinero, no así los pagaderos a fecha; en cuanto a los billetes de lotería, la sustracción se consuma después del sorteo, siempre que resulte premiado¹⁷³.

Por otra parte, de acuerdo a la jurisprudencia¹⁷⁴, el valor debe ser determinable de modo objetivo y referido al momento de la consumación sin tener en cuenta el beneficio real obtenido.

Finalmente, como ya se señaló, se agrega un segundo párrafo al artículo 234 del Código penal, de acuerdo al cual se considerará delito de hurto a tres faltas de las previstas en el art. 623.1º del Código penal, es decir, a los hurtos inferiores a cuatrocientos euros. Si la suma de lo

¹⁷⁰ *Código Penal de España*.

¹⁷¹ Serrano Gómez, Alfonso/ Serrano Mailo, Alfonso, *Derecho Penal, parte especial*, Dykinson, 11ª ed., Madrid, 2006, pág. 349.

¹⁷² González Ruz, J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Morillas Cuevas, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho Penal español, parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 416. Véase también, Rodríguez Devesa, José María / Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal español, parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 114 – 124.

¹⁷³ Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Comentarios al Código Penal, la ley actualidad*, España, 2009, cfr. pág. 498.

¹⁷⁴ TS 2ª, Ss. 8 junio 1940, 22 febrero 1972, 22 octubre 1976, 26 enero 1985.

sustraído durante ese periodo supera los cuatrocientos euros, las tres infracciones anuales (o más) serán castigadas como un delito de hurto; en otro caso, no¹⁷⁵.

Por otra parte, en **Italia** el Codice Penale, en Titolo XIII “Dei delitti Contro il Patrimonio, Capo I, el artículo 624 señala “*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 154 a € 516. Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l’energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico*”¹⁷⁶.

En la doctrina penal italiana se ha discutido si es que el hurto debe recaer sobre cosas susceptibles de ser valoradas económicamente, o sobre cosas que no tengan esta cualidad, o incluso que sólo tengan valor afectivo¹⁷⁷. Así, Così Antolisei afirma que también se incluyen las cosas que tienen un simple valor afectivo, debido a que la protección penal tiene un elemento más amplio que el civil, con el objetivo de salvaguardar los intereses y bienes no estrictamente económicos. Asimismo, Manzini, establece que de acuerdo con este enfoque, pueden ser hurtadas incluso cosas sin apreciación monetaria, pero que tienen valor afectivo o sentimental¹⁷⁸. Sin embargo, no son susceptibles de hurto las cosas carentes de cualquier valor emocional o valor de cambio que no constituyen elementos patrimoniales¹⁷⁹.

Por otra parte, Pecorella señala una tesis más restrictiva, según la cual sólo son susceptibles de ser hurtadas las cosas que tengan un valor económico¹⁸⁰.

Seguidamente una tesis intermedia, la plantea Fiandaca y Mantovani, señalando que con el fin de evitar consecuencias desproporcionadas de las sanciones en hipótesis que la cosa hurtada revista un valor solamente para el sujeto pasivo, y no por la generalidad, se ha sostenido, que la valoración de la utilidad de la cosa no debe ser efectuada según el punto de

¹⁷⁵ Vázquez Iruzubieta, Carlos, *op. cit.*, cfr. pág. 499.

¹⁷⁶ Codice Penale, art. 624; “*El que se apodere de la cosa mueble ajena para obtener provecho de ella, sacándola del lugar donde se encuentra, con el fin de obtener beneficios para sí o para otros, será sancionado con prisión de seis meses a tres años y una multa de € 154 a € 516. A los efectos de la ley penal, se considera bien mueble también el suministro de energía y cualquier otro sector de energía que tenga valor Económico*”.

¹⁷⁷ Cadoppi, Alberto/ Canestrari, Stefano/ Veneziani, Paolo, *Codice penale, commentato con dottrina e giurisprudenza, celt casa editrice la tribuna*, Piacenza, 2011, cfr. pág. 2397 y 2398.

¹⁷⁸ *Ibidem*, cfr.

¹⁷⁹ *Ibidem*, cfr.

¹⁸⁰ *Ibidem*, cfr.

vista del sujeto pasivo, sino más bien de la de un observador objetivo, que lo establece en la base de las características del individuo que caen en el círculo social y/o profesional a la que el sujeto pasivo pertenezca, así la valoración del daño y de su entidad son tomadas no con una valoración subjetiva del sujeto pasivo, sino una objetiva que ha venido predominando en el ambiente social¹⁸¹.

Por otra parte, la jurisprudencia respecto del requisito patrimonial de la cosa hurtada no es unánime, así, unos se pronuncian diciendo que el objeto del hurto es una cosa económica valorable, en cambio, otros afirman que el valor de la especie no puede ser entendido como un perfil puramente económico, ya que, sería necesario tener en cuenta el dueño de la cosa hurtada, las características que tiene, si es que no se ha reincorporado al patrimonio, etc¹⁸².

Seguidamente, en **Ecuador**, el Código Penal de Ecuador, en el Título X, “de los delitos contra la propiedad”, en el Capítulo I “Del hurto”, en el artículo 547 establece que “*Son reos de hurto los que, sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse*”, Asimismo el artículo 548 del mismo código agrega que “*El hurto será reprimido con prisión de un mes a tres años, tomando en cuenta el valor de las cosas hurtadas*”¹⁸³.

Por lo que, siempre se toma en consideración el avalúo de la cosa hurtada, tanto para el cálculo de la pena, en conformidad al artículo 548 del Código penal, como para la delimitación de un hurto constitutivo de delito o de una contravención de cuarta clase¹⁸⁴.

Por otra parte, si es que la cosa hurtada es de poco valor en relación con las posibilidades del ofendido, operara una atenuante a favor del sujeto activo, en conformidad al artículo 29 n° 12 del Código penal, es decir, la ley considera que “si la ofensa no ha lesionado mayormente, desde el punto de vista económico, el patrimonio del paciente, la pena debe atenuarse por no constituir una cuestión que pueda alterar, o altere, la vida de la víctima, ni ponga en peligro su

¹⁸¹Ibidem, cfr.

¹⁸²Ibidem, cfr.

¹⁸³ Código Penal de Ecuador.

¹⁸⁴ Zavala Baquerizo, Jorge, op. cit., cfr. págs. 93 – 95.

estabilidad económica. Caso contrario a aquella circunstancia que agrava el hurto simple”¹⁸⁵ (contemplado en el artículo 549 n° 4), cuando el hurto es cometido contra personas miserables o necesitadas, se agrava el hurto.

Doctrinalmente hay corrientes que piensan que la palabra “valor” usada por el Código penal, incluye no sólo el económico, sino que también el de afección, o cualquiera que pueda significar utilidad al propietario de la cosa sustraída¹⁸⁶. No obstante, Zavala, afirma que el único contenido que se le puede dar a la palabra “valor” es el económico, tanto porque a la infracción se le considera delito o contravención, de acuerdo al valor económicamente apreciable que tenga la cosa hurtada, como también porque la ley procesal penal ecuatoriana exige que el juez, si es que la cosa hurtada hubiese sido recuperada, proceda al avalúo de la misma, al fin de determinar de acuerdo al artículo 548 del Código penal, la pena que debe imponerse tomando en cuenta el valor de la cosa, ya que, si es que la cosa hurtada carece de valor económico “el delito no se consuma por falta de tipicidad de la conducta del agente”¹⁸⁷.

En consecuencia, para el sistema penal ecuatoriano, el valor de la cosa hurtada si bien no constituye un elemento principal del tipo penal hurto, adquiere gran relevancia tanto para clasificarlo en simple delito o contravención, como también para que opere una atenuante o agravante, de acuerdo si la cosa hurtada es de mucho o poco valor en relación al patrimonio de la víctima¹⁸⁸.

Por otra parte, en **Argentina**, en el Código penal de la nación Argentina, libro segundo, título IV “delitos contra la propiedad”, Capítulo I, en el artículo 162 establece que “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena*”¹⁸⁹. En el mismo sentido, la doctrina Argentina ha definido el hurto como “el apoderamiento ilegítimo una cosa mueble total o parcialmente ajena”¹⁹⁰.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*, cfr.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*, cfr.

¹⁸⁹ *Código Penal de la Nación Argentina*. En, Tozzini, Carlos, *Los Delitos de Hurto y Robo en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 113. Dice que “este tipo penal se acuño así, aunque con el requisito subjetivo del ánimo de lucro, (...) [es decir, como afirma] Blasco Fernández de Moreda, el derecho positivo de lengua castellana incrimina como hurto el apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena, sustrayéndola a quien la retiene sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas”. Fontán

Ahora bien, en cuanto al valor de la cosa hurtada, se ha resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina que la “insignificancia solo puede jugar cuando es tal que lleva a despojar a la cosa de ese carácter; es que no se atiende a la entidad de la lesión patrimonial sino a la violación del Derecho de propiedad, que es relevante solo a los fines de graduar la pena”¹⁹¹. Por su parte, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal ha expresado que “el escaso valor de los efectos sustraídos no hace atípico el hurto, quedando tal circunstancia sujeta a la valoración que impone el art. 41 al individualizar la pena”¹⁹².

Seguidamente, la doctrina, afirma que para poder llegar a un concepto de cosa que resulte útil para el delito de hurto, hay que recurrir al artículo 2311 del Código Civil, el que define las cosas como “... los objetos materiales susceptibles de tener un valor (...) las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”, así, las cosas resultan ser especies de bienes que comprenderían también los objetos inmateriales, susceptibles de tener un valor, todo lo que integra el patrimonio de una persona¹⁹³. Por tanto, “los contenidos que hacen que un objeto sea jurídicamente una cosa: 1) materialidad, y 2) el valor”¹⁹⁴.

Ahora bien, en conformidad al Código civil, se exige que las cosas tengan un valor económico, sin embargo, para una parte de la doctrina, la cosa objeto de hurto de debe superar cierto valor mínimo, planteándose así la teoría de la *insignificancia*, la que sostiene que “no puede imputarse a una persona por el delito de hurto si la cosa de la cual se apropia tiene un valor tan insignificante que, en realidad, no se puede decir que altera el patrimonio de la víctima, en

Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, Albedo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. V, pág. 461. Afirma que la fórmula que ocupa el Código penal Argentino, “protege no solamente la propiedad, sino también la posesión y la tenencia de las cosas muebles”. Ramos, Juan, *Derecho penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, t.V, pág. 154. El autor afirma que de la fórmula compleja del artículo 402 del Código Penal de Italia, se extrae el artículo 162 del Código Argentino.

¹⁹⁰ Núñez, Ricardo, op. cit., pág. 47.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 25/9/86.

¹⁹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal en su Sala VII, 31/7/87.

¹⁹³ Alberto Donnam, Edgardo, *Derecho Penal, parte especial*, Rubinzal – culzoni, Buenos Aires, 2003, t. II, cfr. Pág. 35.

¹⁹⁴ Ídem, pág. 36.

atención al escaso valor de aquélla”¹⁹⁵, no obstante, la doctrina ha advertido que hay cosas que “tienen un valor representativo, distinto de su valor intrínseco”¹⁹⁶.

En cuanto a la pena del hurto y su variación en razón del valor de la cosa hurtada, el Código penal Argentino derogado en sus artículos 193 y 194, la pena del hurto variaba de acuerdo al valor de la cosa hurtada, no obstante en el actual código no es tomado en cuenta, sino que, se establece una pena única, de un mes a tres años para quien cometa hurto, por consiguiente, dicho valor, así como los motivos que determinaron al autor a hurtar, son circunstancias del hecho que deben tenerse en cuenta para fijar la pena aplicable dentro del marco establecido por el artículo 162 del Código penal¹⁹⁷.

4. El valor de la cosa hurtada.

Para establecer la pena de hurto, de conformidad al artículo 446 del Código penal, se toma como base el valor de la cosa hurtada¹⁹⁸, por lo que, la consecuencia jurídica del delito depende de su cuantificación, y así, que las variaciones de su valor, repercuten en la responsabilidad penal, en tanto, al proceso aplicable (señalado en el primer capítulo), como para la pena que se ha de imponer¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Ídem, pág. 37.

¹⁹⁶ Ibídem.

¹⁹⁷ Nuñez, Ricardo, Delitos contra la propiedad, cit., cfr. pág. 118 y 119.

¹⁹⁸ Esto ha sido criticado en; Mera, Jorge, *Hurto y Robo*, Lexisnexis, Chile, 2004, pág. 41., ya que sería “atentatorio de los principios democráticos y contradictorio con el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal”. Al respecto responde, Politoff, Sergio/ Matus, Jean Pierre/ Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, pág. 299., que “si bien es cierto que parece en cierta medida absurda la gravedad de las penas que se prevén para este simple delito en comparación con las señaladas por la ley para las lesiones corporales y aun el homicidio, no por ello la idea de la graduación de la pena en proporción al verdadero daño causado al bien jurídico protegido ha de ser un criterio rechazable como “antidemocrático”. Lo discutible es la desproporción entre las penas asignadas a los delitos contra la propiedad, en general, respecto de los delitos contra la vida y la salud corporal”.

¹⁹⁹ Vera, *op. cit.*, cfr. pág.276.

En el mismo sentido, el objeto material de la acción es la *cosa corporal mueble ajena* y debe ser susceptible de evaluarse en dinero²⁰⁰, de modo que si no tiene valor alguno no podría ser objeto del delito de hurto²⁰¹ y con ello no puede aplicarse ninguna pena o sanción²⁰².

Ahora bien, el valor de la cosa hurtada se determina en nuestro sistema económico por las leyes de la oferta y la demanda, no obstante, que ha de ser objeto de prueba en el proceso penal²⁰³, por lo que, se fija “de acuerdo al [precio de] mercado y no corresponde al deafección”²⁰⁴.

Por consiguiente, se puede afirmar la gran relevancia que tiene la determinación del valor de la cosa hurtada, lo que no está exento de controversias, que se pasaran a analizar a continuación.

4.1. La tasación del valor de la cosa hurtada.

El principio rector en esta materia debe ser la seguridad jurídica, y con ello debe quedar estrictamente establecido y sin vacilaciones la tasación del valor de la cosa, porque quien se apropia de una cosa ajena enriquece su patrimonio tanto como valga aquélla²⁰⁵.

No obstante, si es que se entrega a la víctima la tasación sobre la especie hurtada, como ocurre en los hurto como falta cometidos en establecimiento de comercio, (donde el valor de la cosa hurtada, de acuerdo al artículo 390 del CPP, es el “precio de venta”), ésta seguridad

²⁰⁰ Ídem, pág. 304. También, Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. IV, cfr. págs. 41 – 44. Además, Huerta Tocildo, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 37., establece que debe ser valorada económicamente la cosa hurtada, además, por la exigencia legal de ánimo de lucro; en contra, Zugaldía Espinar, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal/Iure, Madrid, 1988, pág. 27., entiende que son susceptibles de hurto las cosas con mero valor efectivo puesto que para la calificación como falta sólo exige que su valor no supere las cincuenta mil pesetas, siendo así que la sustracción de una cosa sin valor económico no lo supera y en todo caso, quebranta el ejercicio del derecho de propiedad sobre la misma.

²⁰¹ Garrido Montt, Mario, op. ci., cfr. pág. 157.

²⁰² Etcheberry, Alfredo, op. cit., cfr. pág. 307.

²⁰³ Politoff/ Mattus/ Ramírez, op.cit., cfr. pág. 304.

²⁰⁴ Aguilar, op. cit., pág. 36.

²⁰⁵ Orts Berenguer, Enrique /González Cussac, José, *Compendio de Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 3 ed., 2011, cfr. pág. 543.

jurídica “en la determinación de la cosa hurtada se diluye”²⁰⁶, en atención a la gran importancia que tiene y que ya fue analizada.

Por otra parte, si es que hubiese duda respecto de la valoración de la cosa, por encima o bajo la media U.T.M., de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia española, debiera preferirse la opción más beneficiosa para el imputado, es decir, la calificación de falta²⁰⁷.

Ahora bien, para el caso de que se trate de especies no susceptibles a ser valoradas en dinero, es dable recurrir a pericias objetivas que consideren el valor de mercado y no el criterio del valor de reposición, para evitar la alteración de la realidad del delito cometido²⁰⁸. Además, la pericia ha de ser seria, no pudiendo aceptar informes que no inspeccionen la cosa y verifiquen su estado²⁰⁹.

Por otra parte, en el mismo Derecho español se ha concluido que la tasación de la cosa hurtada no puede atender al lucro cesante ni a los perjuicios ocasionados, y en el mismo sentido el Tribunal Supremo español sostuvo que “en la tasación hay que atender al valor de la cosa y no al lucro ni al perjuicio, el cual sólo interesa para la responsabilidad civil; tampoco han de prevalecer las valoraciones oficiales sobre las reales apreciadas por la sala”²¹⁰.

En consecuencia, la situación “ideal” sería que todas las cosas que son hurtadas fueran sometidas a un peritaje serio y objetivo para determinar su valor, no obstante, no se puede dejar de observar las dificultades de aplicabilidad de esta posición, pues “significaría un esfuerzo interminable que nuestro sistema no podría soportar manteniendo su actual pretensión de celeridad en los procedimientos menores”²¹¹. Por tanto, debemos plantearnos las posibilidades de hacer más segura y objetiva la determinación del valor de la cosa hurtada, lo que a todas luces no se da por cumplido si solo lo determina la víctima²¹².

²⁰⁶ Vera, op. cit., pág. 279.

²⁰⁷ *Ibidem*, cfr; Corcoy Bidasolo (coord.)/ Cardenal Montraveta/ Fernández Bautista/ Gallego Soler/ Gómez Martín/ Hortal Ibarra, *Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002, cfr. pág. 489.

²⁰⁸ *Ibidem*, cfr.

²⁰⁹ *Ídem*, cfr. pág. 490.

²¹⁰ SSTs, 18 de octubre de 1935 y 24 de septiembre de 1958.

²¹¹ Vera, op. cit., pág. 280.

²¹² *Ibidem*, Cfr.

4.2. El IVA en la determinación del valor de la cosa hurtada.

En la determinación del valor de la cosa hurtada y la inclusión del IVA dependerá de cada caso, es decir, si es que se hurtan cosas que ya están usadas no se generan obligaciones de tributación, por lo que, no habría problema respecto de su valor en cuanto al IVA. No obstante, respecto de las especies nuevas que aún no han sido vendidas y están destinadas al tráfico jurídico, se presenta el problema de si es que se debe agregar el IVA al valor de la cosa hurtada y con ello influir en la penalidad del delito.

Por lo que, si es que se plantea que el IVA “no es parte de la ganancia o beneficio del vendedor”²¹³ y además el destinatario de ese impuesto es el Estado y el crédito a favor del vendedor no es transferible, ni menos está en el patrimonio de la víctima protegida por el delito de hurto²¹⁴, no se debe agregar el IVA al valor de la cosa hurtada.

Ahora bien, la Ley 19.950, de 5 de junio de 2004, agrega un último inciso al artículo 390 del Código procesal penal²¹⁵, introduciendo el criterio de valoración, para el caso de los hurto como falta cometidos en establecimientos de comercio, que será el “precio de venta”²¹⁶. Sin perjuicio, que el autor del hurto como falta pueda solicitar una tasación pericial, (conforme a la parte final del inciso tercero del artículo 390 del Código procesal penal), para que pueda asegurar el Derecho de defensa, no obstante de lo poco utilizado en la práctica, como ya se ha evidenciado en el capítulo anterior.

²¹³ Ídem, pág. 285.

²¹⁴ *Ibidem*, cfr.

²¹⁵ “Si la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”

²¹⁶ En Historia de la Ley N°19.950. primer informe “Comisión Constitución”, segundo trámite constitucional, pág. 91. “no se ve razón alguna para dilatar el proceso permitiendo una (...) tasación, máxime cuando el valor de la especie sustraída está determinado por un hecho público y notorio, cual es el precio de venta al público que tales especies tenían al momento de cometerse el delito del cual fueron sustraídas”. Agregando que, “en la medida que la propia ley indicará el mecanismo para determinar el valor de la cosa hurtada, carece de justificación continuar refiriéndose a la tasación, que es un acto realizado por un tercero”. En su lugar es preferible, “consignar en la norma un mandato directo para el juez en el sentido de que se tendrá como valor de las especies el precio de venta al público, salvo que la prueba que se reúna le permita formarse una convicción diferente”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha considerado que el “precio de venta” incluye el IVA²¹⁷, fundamentado en el espíritu de la ley y el contenido en los antecedentes legislativos ya señalados. Por otra parte, con una interpretación sistemática se encuentran dos argumentos para poder señalar que el precio de venta incluye el IVA, en primer lugar está la Ley N° 19.496, de fecha 7 de marzo de 1997, “establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores” y señala en su artículo 30 inciso quinto, que el “monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes”. Y en segundo lugar, el Decreto Ley N° 825, de fecha 31 de diciembre de 1974, “Ley sobre impuesto a las ventas y servicios”, en su artículo 69 inciso segundo, establece que “tratándose de boletas, el impuesto deberá incluirse en el precio”²¹⁸.

Los dos argumentos legales recién analizados, son el sustento de la opinión de Guillermo Oliver, en base a los cuales concluye que el legislador ha establecido que se incluye el IVA dentro del precio de las cosas que se venden, por cuanto, “sería sensato pensar que cuando en [el artículo 390 del Código procesal penal] ordena considerar como valor de la cosa hurtada su precio de venta, dicho impuesto debe entenderse incluido. Si la ley no lo hubiera querido así, debería haberlo incluido expresamente”²¹⁹.

Lo anterior, da pie a preguntarnos ¿qué ocurre cuando hay duda ante el valor de la cosa, el peritaje o tasación debe incluir el IVA?, de lo que aún no se ha dado una respuesta clara. Por una parte, la jurisprudencia, si bien ha incluido el IVA dentro del valor de la cosa hurtada, también reconoce que “la norma sustantiva que tipifica el delito de hurto en cuanto a la forma de sanción según el valor de lo sustraído, [se determina] sin agregar ni quitar ningún elemento ajeno al valor intrínseco de la especie”²²⁰. Por lo que, debería optarse por incluir el IVA, ya que, “de no ser así se produciría el absurdo que una determinada conducta típica pudiera quedar sin sanción, puesto que si se entendiera que tratándose del simple delito de hurto, el juez pudiera regular prudencialmente el valor de las especies de acuerdo al artículo 455 del Código Penal, y sin considerar el precio de venta, pudiera llegar a apreciarlas en menos de media U.T.M., lo que

²¹⁷ Sentencia de Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 22 de junio de 2007, N° 61 – 2007, en considerando 7°; Sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, con fecha 4 de junio de 2007, N° 63 – 2007, considerando 7°, cfr.

²¹⁸ Vera. op. cit., cfr. pág. 288.

²¹⁹ Oliver Calderón, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, cit., pág. 158 – 160.

²²⁰ Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 28 de agosto de 2009 N° 823 – 2009, considerando 5°.

impediría sancionar a título de simple delito, tampoco podría hacerlo a título de falta porque acá se encuentra obligado a considerar el precio de venta, por mandato expreso del artículo 390 del Código procesal penal, el que excedería de media U.T.M.”²²¹. Por lo que, se debería incluir para evitar la incoherencia sistemática²²².

Algunos han sostenido, que no es suficiente la coherencia sistemática para “incluir el IVA en el valor de la cosa hurtada, por tanto, cuando haya duda y sobre todo, cuando su valor exceda la cuantía de media U.T.M.(...), debiera aplicarse una interpretación más favorable al imputado. No solo como manifestación del principio *indubio pro reo*, sino, también, porque de lo contrario ya no podría señalarse que el bien jurídico protegido en este delito es solo la propiedad, sin agregar que se tutela igualmente el patrimonio fiscal (...), por consiguiente, no es adecuado que la tipificación del hurto como falta tutele otros intereses más allá de los meramente patrimoniales”²²³, cuya opinión adherimos y creemos que la norma penal no es el medio más idóneo para cautelar este tipo de “intereses”, en consideración a su carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y en consideración a que se dispone de otros medios para custodiarlos, como por ejemplo lo es el Derecho administrativo sancionador²²⁴.

Opinión contraria, fue expresada en la moción parlamentaria de la Ley N° 19.950, cuando el honorable diputado Walker señala que “se ha demostrado que el principal problema en esta materia es el accionar premeditado y programado de bandas organizadas que abastecen al comercio clandestino, privando al Estado de ingresos como el generado por el Impuesto al Valor Agregado”²²⁵. Con lo que, como ya se ha señalado en este trabajo, se estaría imponiendo una pena en consideración a aspectos que exceden los efectos de la conducta del imputado, que “ponen en entredicho el principio de “responsabilidad individual”, como así mismo, que lo tutelado sea un elemento del patrimonio cuya titularidad es exclusiva de la víctima”²²⁶.

²²¹ Ibídem, cfr. Sentencia de Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 22 de junio de 2007, N° 61 – 2007, en considerando 7°; Sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó, con fecha 4 de junio de 2007, N° 63 – 2007, considerando 7°.

²²² Vera, op. cit., cfr. pág. 290.

²²³ Ibídem.

²²⁴ Ibídem, cfr.

²²⁵ Historia de la Ley, op. cit., pág. 4.

²²⁶ Vera, op. cit., pág. 291.

En España, se regula de una forma similar a la chilena pero con modificaciones, a saber, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su última parte fue introducida por la Ley 13/2009, de fecha 3 de noviembre, en el artículo 365 parte final establece que “la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”²²⁷. Anterior a esta modificación, la opinión mayoritaria de la jurisprudencia española²²⁸, es que para la determinación del valor de la cosa hurtada es necesario deducir el IVA cuando el objeto se sustrae en establecimiento comercial, ya que, al no haber sido objeto de venta no devenga impuesto²²⁹. Posterior a la modificación recién señalada, pareciere tener un sentido claro en el que se debe agregar el IVA, sin perjuicio, de que aún existe un sector que se mantiene excluyéndolo del valor de la cosa hurtada²³⁰.

²²⁷ En, Serrano Gómez, Alfonso / Serrano Mailo, Alfonso, op. cit., pág. 354., se crítica, señalando “esto no es correcto, pues a veces hay diferencias notables en el precio según el establecimiento. Entendiendo que con ello se persigue evitar la intervención de peritos, pero, insisto, que esto supone una gran inseguridad jurídica, e incluso conculca el principio de legalidad. En todo caso el valor real de lo sustraído era muy inferior al precio de mercado; lo mismo sucede con el perjuicio que se ocasiona”.

²²⁸ SSAP de Madrid, de 16 de febrero de 2007 y Girona de 10 de abril de 2007, cfr.

²²⁹ Vera, op. cit., pág. 291.

²³⁰ SAP Valencia N° 295/2010 de 30 de abril; SSAP de Madrid N° 348/2008 de 14 de noviembre de 2008, y N° 45/2009 de 2 de febrero; SAP de Madrid N°348/2008, de 14 de noviembre. En contra, el principal argumento es que en la mención que hace la Directiva 98/6/comunidad Europea de 16 de febrero, que dispone en el artículo 2º: “a efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) precio de venta: el precio final de la unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás impuestos”. y el Real Decreto 3423/2000 de 15 de diciembre, en su artículo 2 que trata de definiciones dispone que “a efectos del presente Real Decreto se entiende por: a) precio de venta: el precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el impuesto sobre el valor añadido y todos los demás impuestos”. Concluyéndose que los precios deben indicar los impuestos, incluidos el IVA. En este mismo sentido, Goyena Huerta, Jaime, “Hurto”, en Muñoz Cuesta, Javier (Coord.) *El Robo y hurto y robo de uso de vehículos*, Arazad, Pamplona, 1998, pág. 48., “en nuestra opinión la valoración de la cosa mueble sustraída debe hacerse teniendo en cuenta el impuesto sobre el valor añadido, toda vez que éste forma parte del precio que, en su día, tuvo que abonar el propietario al adquirir la cosa que luego le fue sustraída, por lo que entendemos dicho tributo forma parte del valor del bien. No ocurre lo mismo con los gastos derivados de la mano de obra, por cuanto éstos tienen su origen no tanto en el valor de la cosa, cuanto es los perjuicios directamente causados por el delito, por lo que, en consecuencia, encuentran un mejor acomodo en la responsabilidad civil. Este es también el parecer de la jurisprudencia, STS 11 de marzo 1997 (RJ 1983, 6725) en la que afirma que la cuantificación de la cosa se determina por su precio en mercado más el IVA, pero su colocación por un técnico con inclusión por desplazamiento y precio por hora de trabajo no alcanza el concepto de daño en tanto referido a la cosa en sí, sino al perjuicio patrimonial de su propietaria”.

4.3. La aplicación del artículo 455 del Código Penal en la determinación del valor de la cosa hurtada.

El juez posee una facultad oficiosa y discrecional, establecida el artículo 445 del Código penal, saber, *“cuando del proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiese estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente”*²³¹.

En el mismo sentido, la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento, con la dictación del nuevo Código procesal penal, publicado en el Diario oficial de 12 de octubre del 2000, que en su artículo 340 establece que *“nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”*²³², se establece así, el sistema de libre apreciación de prueba y el principio de aportación de partes, por tanto, queda derogada tácitamente la facultad conferida por el artículo 455 del Código penal.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha planteado que el artículo 455 del Código penal sería inconstitucional, ya que, se argumentó en una sentencia que la determinación del valor de la cosa hurtada conforme a este artículo, no se habría “fundado en un proceso previo legalmente tramitado”, según lo exige el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, infringiendo así el “debido proceso” y la imparcialidad del juzgador²³³.

²³¹ Labatut Glens, Gustavo, op. cit., pág. 216.

²³² Código procesal penal de Chile.

²³³ Vera, op. cit., cfr. pág. 299.

4.4. Del conocimiento del valor de la cosa hurtada.

Asumiendo como punto de partida que el valor de la cosa hurtada es un elemento del tipo²³⁴ y por lo tanto debe estar abarcado por el dolo, en los casos en que el sujeto activo desconozca el valor de la cosa, podríamos llegar a sostener que no existe tipicidad de la conducta, porque el valor de la cosa no ha sido abarcado por el dolo²³⁵. No obstante, al no concordar esta solución con motivos de justicia material, se han buscado otras soluciones, y es así que se plantea la admisión del dolo eventual para los casos en que “razonablemente cupiera pensar que en todo caso aceptaba y deseaba que fuera cuanto mayor mejor”²³⁶. Además, se ha afirmado que en este tipo de situaciones se puede recurrir al dolo directo, ya que habría un suficiente grado de volición para ello²³⁷.

Por otra parte, “cuando el valor o calidad de la cosa es el elemento fundante de una agravación, ha de exigirse dolo directo (...), lo que impone la necesidad de ser exigentes con las pruebas de las que haya de desprenderse un grado suficiente de conocimiento y voluntad por parte del autor”²³⁸.

En el mismo sentido, Quintano Ripollés, señala que “la mensuración de la responsabilidad por escala de cuantías tendría cierta razón de ser, no mucha tampoco, cuando el agente se apropia concretamente de una cantidad de cosa, a sabiendas de su exacto o aproximado valor, pues entonces sí que es legítimo suponer una mayor maldad y peligrosidad en relación directa con la entidad de lo sustraído. Pero cuando, como casi siempre ocurren la apropiación de una caja o de una cartera en la que no remotamente puede preverse la cuantía de lo que contiene, la responsabilidad resulta prácticamente acordada a ojos ciegos, en un

²³⁴ No obstante, al partir de la base que es un elemento del tipo el valor de la cosa, no hay que olvidar que alguno plantean que sería una condición objetiva de punibilidad, en este sentido, Queralt Jiménez, Joan, *Derecho Penal Español, parte especial*, Atelier, Barcelona, 4ª ed., 2002, pág. 266., “no puede haber más solución, por otro lado la única dogmática correcta, que la imputación objetiva, todo dependerá, pues, de si el riesgo que engendra la acción de hurtar, desde la perspectiva del hombre medio, permitía prever la captura de un botín de la magnitud que lo ha sido. Ella tendrá su importancia en los casos más fronterizos y habrá que optar por una solución que más favorezca al reo dentro de los parámetros dogmáticos, que, en definitiva son los que van a garantizar la seguridad jurídica en supuestos tan frecuentes como en el que nos ocupa, es decir, el legislador abdica de su responsabilidad de cumplir a rajatabla el mandato de determinación”.

²³⁵ Vera, op. cit., cfr. pág. 301.

²³⁶ Quintero Olivares, Gonzalo, “El hurto”, en Cobo del Rosal, Manuel (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 1141 – 1142.

²³⁷ Ídem, cfr. pág. 1215.

²³⁸ Vera, op. cit., pág. 302.

perpetuo “dolo eventual” que unas veces favorece incosiderablemente al ladrón y otras le perjudica. El azar es la pauta de responsabilidad, no contando apenas lo único que debe interesar en Derecho Penal; la voluntad culpable y la peligrosidad del acto”²³⁹.

En el mismo sentido, Orts Berenguer y González Cussac, afirman que “al respecto ha de fijarse como regla general que quien se apropia de una cosa ajena enriquece su patrimonio tanto como valga aquella, y que al apoderarse de algo que no le pertenece se arriesga a que sea un precio considerable o un baladí y responde de acuerdo con el que tenga; pues es evidente que cuando alguien se adueña de cualquier cosa que no le pertenecen está manifestando su intención de quedarse sea cual sea su valor”²⁴⁰.

Finalmente, Vera, afirma que “la aplicación de la atribución del sentido social no exime al juzgador de la fundamentación necesaria para ello. Ha de reproducir lo que el sujeto ha tenido más allá de toda duda razonable un conocimiento aunque sea estimativo del valor de la cosa”²⁴¹.

4.5. ¿La pena legal debe aumentarse o disminuirse en relación al mayor o menor valor de la cosa hurtada?

Al respecto, Carrara y Filangieri han discutido este asunto. Así, Carrara considera razonable que el delito de hurto deba juzgarse tanto más grave cuanto mayor es el valor de la cosa, afirmando que, los secuaces de la escuela ascética, lo aceptan, porque les revela mayor malignidad del culpable; así también, lo aceptan los secuaces de la teoría de la *spinta*, porque aumenta el impulso al delito con el aumento de la utilidad del mismo; lo aprueban, además, los secuaces de la teoría del daño, por cuanto con el mayor valor del objeto hurtado se acrecienta el desastre patrimonial del ofendido²⁴².

²³⁹ Quintano Ripollés, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, E. R. de Derecho privado, Madrid, 1966, 2ª ed., t. I págs. 962 -963.

²⁴⁰ Orts Berenguer, Enrique/ González Cussac, José, op. cit., pág. 543.

²⁴¹ Vera, op. cit., pág. 304.

²⁴² Carrara, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1944, cfr. pág. 2046 – 2047.

Por otra parte, Filangieri, cree en la idea de dejar al arbitrio del juez la graduación de la pena relativamente determinada, no señalando una graduación especial fundada en la entidad de lo hurtado, ahora bien, las consideraciones de que emerge esta escuela, una puede decirse extrínseca y la otra intrínseca, a saber, la primera consideración, parte de la base de que si el ladrón robó poco, fue porque no pudo robar más, pues éste hubiera sido su deseo. A lo que Carrara responde, que muchas veces la experiencia demuestra que si alguno roba poco es porque, con robar poco, se contenta, y sería injusto proceder en mérito a una suposición frecuentemente desmentida por los hechos²⁴³.

Ahora, la otra consideración intrínseca de acuerdo a Filangieri, es la de que, si el delito de hurto consiste en la violación del Derecho de propiedad, éste, en abstracto, es siempre igual, de modo que, si aquel Derecho fue violado, el delito es siempre igual. A lo que Carrara contesta, admitiendo que el Derecho de propiedad tiene dos valores, uno de los cuales puede decirse abstracto y absoluto y otro concreto y relativo, ahora bien, el valor más sensible del Derecho de propiedad es el segundo de ellos y así, la importancia de este Derecho aumenta o disminuye, según, aumente o disminuya el valor del objeto en que está radicado²⁴⁴.

Por otra parte, Filangieri rechaza la norma del valor de lo hurtado, la considera respecto al robado y afirma la imposibilidad de una exacta apreciación del daño, observando que es mayor el que experimenta el pobre al quien se le roba un escudo, que el que experimenta el rico a quien se le roban diez. Por consiguiente, Carrara replica expresando que la eventualidad del mayor daño relativo derivado de un delito, por causa de ciertas posiciones excepcionales de la víctima, es común a todos los delitos, siendo imposible considerarla sin entrar a una casuística que engendraría inmensas confusiones en el foro²⁴⁵.

Finaliza Garraud, señalando que “sin duda la gravedad de los delitos contra la propiedad se eleva en la proporción del daño material que han causado. Pero el legislador debe, sobre todo, apreciar esta gravedad de acuerdo con el peligro social que resulta de la infracción y la alarma que ella difunde. El valor de las cosas sustraídas, destruidas o dañadas, puede ser tomado en consideración por el juez en la aplicación de la pena. Pero, él por sí solo no podría

²⁴³ *Ibidem*, cfr.

²⁴⁴ *Ibidem*, cfr.

²⁴⁵ *Ídem*, cfr. pág. 2048.

constituir un elemento para constituir o modificar la incriminación. Por otra parte, con el sistema legislativo que consiste en precisar la cifra del daño, no se puede evitar el extraño contraste resultante de la simple diferencia de un franco, de una libra en más o en menos, entre dos sustracciones de una gravedad igual²⁴⁶.

²⁴⁶ Garraud, René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Larose et Tenin, París, 1893, pág. 369.

III. CAPÍTULO TERCERO: PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA TUTELA DE LA PROPIEDAD.

1. Principio de igualdad ante la ley.

La Ley N° 19.950, como ya se ha señalado, introdujo una modificación al artículo 390 del Código procesal penal, de acuerdo a la cual si es que se comete un hurto como falta en un establecimiento de comercio el valor de la cosa hurtada será al precio de venta.

Para analizar lo antes dicho, es que en el capítulo primero se expusieron los contenidos básicos de una adecuada racionalidad legislativa, con la finalidad de contrastarlos con los argumentos y móviles utilizados por los parlamentarios al fundamentar dichas modificaciones e incorporaciones al Código penal y Código procesal penal, para luego analizarlas detalladamente desde una óptica técnica.

Seguidamente, en el capítulo segundo, se analizó el valor de la cosa hurtada en cuanto a su origen a través de la historia, su tratamiento en el Derecho chileno y comparado, con la finalidad de evidenciar su aplicación en los diversos sistemas penales. Además, se analizó el hurto como falta en Chile y en el Derecho comparado, especialmente en España, sus diversas definiciones, modificaciones y las sanciones aplicables. Todo con el objetivo, de exponer el valor de la cosa hurtada (en el hurto como falta), en cuanto a la variación que ha tenido, en Chile, su configuración a lo largo de la historia y en el Derecho comparado.

Ahora bien, el presente capítulo está enfocado en establecer si es que la modificación introducida por la Ley N° 19.950 al artículo 390 del Código procesal penal, satisface las exigencias del principio de igualdad ante la ley y expresa una Política criminal adecuada en la tutela de la propiedad. Para lo cual, a continuación se analizará el principio de igualdad ante la ley consagrado tanto en la constitución, como en la ley penal.

La igualdad ante la ley es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico y se encuentra contemplado de manera amplia en el artículo 14 Código civil²⁴⁷.

Ahora bien, el principio de igualdad ante la ley, es considerado uno de los fundamentos sobre los que “descansa la organización del Estado democrático”²⁴⁸ y prevalece primordialmente como un imperativo político.

Lo anterior, se basa en el triunfo de las ideas liberales desde principios del siglo XIX, ya que anterior a esto, las “legislaciones reconocían numerosas diferencias que obedecían a desigualdades de clase social, fortuna, nacionalidad, raza, sexo, etc.”²⁴⁹. Frente a lo cual, la Revolución Francesa se considera como el punto de partida, sin perjuicio de que, no se desconoce que con anterioridad hayan existido progresos dentro del Derecho anglosajón, ya que a su vez, el principio de igualdad se consolida con el proceso de Codificación dentro de la primera mitad del siglo XIX²⁵⁰.

En la actualidad, el principio de igualdad pasa a ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político²⁵¹. Sin perjuicio de esto, no existe consenso acerca de su sentido y límite, ni en cuanto a sus aspectos prácticos y teóricos.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, estableciendo que “*La Constitución asegura a todas las personas: 2º, la igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y quien pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”²⁵².

²⁴⁷ Cury, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Ediciones UC, Santiago, 10a. ed., 2011, pág. 236.

²⁴⁸ *Ibíd.*

²⁴⁹ *Ibíd.*

²⁵⁰ *Ibíd.*, cfr.

²⁵¹ Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema de revistas de Ciencias Sociales*, N°67, 1985, cfr. pág. 1.

²⁵² *Constitución Política de la República*.

La norma transcrita, en cuanto a su sentido y alcance asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, a pesar de que “en términos estrictos lo que allí se garantiza es la igualdad en la ley, puesto que su objeto consiste en que todas las personas queden sometidas al mismo ordenamiento jurídico, es decir, al bloque completo de normatividad”²⁵³.

Ahora bien, respecto de que “en Chile no hay personas ni grupos privilegiados”, el sistema no admite eximir de una obligación u otorgar una ventaja exclusiva o especial, sin que haya una razón objetiva para ello²⁵⁴. Además, el inciso segundo de dicho artículo establece el Derecho a no ser discriminado, consistente en prohibir la imposición o adopción de diferencias arbitrarias, es decir, de discriminaciones, cualquiera sea la autoridad que la establezca²⁵⁵. Por tanto, “queda prohibido discriminar, pudiendo sólo contemplarse diferencias que sean razonables”²⁵⁶, o sea que puedan ser justificadas objetivamente.

En el mismo sentido, este principio constitucional se encuentra fundado en lo que dispone el artículo 1º y 5º de la Constitución Política de la República, de acuerdo a los cuales se reconoce que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que es deber del Estado asegurar el derecho de todas ellas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional²⁵⁷.

De conformidad a lo señalado por Agustín Squella, “el principio de igualdad ante la ley” significaría que “las leyes se aplican sin consideración a las personas y que ningún individuo debe ser privilegiado ni discriminado con dicha aplicación”²⁵⁸, es decir, que las normas se deban aplicar de manera idéntica en casos o situaciones similares.

Desde un punto de vista normativo, se afirma que de acuerdo al principio de igualdad ante la ley, lo que definiría la igualdad y desigualdad entre los seres humanos, no sería un conjunto de hechos, sino que, la valoración o ponderación que hacen las normas operativas de

²⁵³ Fernández González, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley*, ConoSur, Santiago, 2001, cfr. pág. 119.

²⁵⁴ Ídem, cfr. pág. 120.

²⁵⁵ Ídem, cfr. pág. 121.

²⁵⁶ Ídem, pág. 124.

²⁵⁷ Ibídem, cfr.

²⁵⁸ Squella Narducci, Agustín, *Igualdad*, UV de la Universidad de Valparaíso, 1ª ed., Valparaíso, 2014, pág. 26.

los hechos y que al verificarse el presupuesto se le atribuye un significado y una consecuencia dentro de las sociedad²⁵⁹.

En el mismo sentido, se sostiene que la idea de igualdad, es un principio y una directiva genérica de las conductas humanas y por tanto, no una mera descripción de la realidad. En consecuencia, “es un principio ético básico, no una aserción de hecho, ya que se ocupa de cómo deben ser tratados los seres humanos”²⁶⁰, a saber, como iguales.

Por consiguiente, respecto a este principio, se afirma que su sentido y función es “metanormativo”, por lo que, establece requerimientos frente a la estructura, el efecto y contenido de las normas sociales, “así la igualdad aparece como una exigencia frente a normas, como una construcción genérica respecto a sus elementos integrantes o a sus consecuencias posibles”²⁶¹. Por tanto, algunas normas pueden cumplir en mayor o menor medida con este principio, y en consecuencia, estas serán más igualitarias en orden a que cumplan con el respectivo criterio o sistema de medida, que por cierto es externo a éstas²⁶².

2. Principio de igualdad ante la ley penal.

Como se mencionó anteriormente, el principio de igualdad se consagra en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, y de manera amplia en el artículo 14 Código civil.

Lo anterior, permite inferir como consecuencia inmediata de esta consagración que todos los ciudadanos se encuentran por igual y en las mismas condiciones sometidos a la ley penal. En virtud de lo cual, no existirían excepciones reales a éste principio, sino que, sólo podríamos mencionar situaciones especiales que toman en consideración la calidad personal, de acuerdo a la función que ejercen determinados sujetos, como lo son las inmunidad y la inviolabilidad²⁶³.

²⁵⁹ Laporta, Francisco, op. cit., cfr. pág. 1.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ *Ídem*, pág. 2.

²⁶² *Ibidem*, cfr.

²⁶³ *Ibidem*.

Ahora bien, el principio de igualdad debe ser respetado, por un lado, como un límite para frenar “las tentaciones legislativas de establecer en la ley discriminaciones insensatas o arbitrarias”²⁶⁴, y por otro, se impone a su vez a los juzgadores que deben tratar igual a los iguales. A su vez, las normas legales deben ser aplicadas de modo uniforme, ajeno de todo tipo de discriminaciones arbitrarias, en relación a la facultad de discrecionalidad sancionadora que ostenta el juzgador y que podría atacar el ideal de certeza y seguridad en la protección de la libertad²⁶⁵.

Por otra parte, en relación a la finalidad de la presente tesina, es menester recurrir al principio de igualdad en un sentido de límite al Derecho penal, el cual, debe respetarlo como valor superior y fundamento de un Estado democrático de Derecho²⁶⁶, no como un simple principio pragmático, sino, más bien, como parte de “valores normativos de aplicación posible, que son la base del Estado de Derecho, la que ha de presentar a éste su sentido propio, y que ha de guiar, por tanto, toda su actuación”²⁶⁷.

En este mismo sentido, para poder establecer cómo vamos a concebir el principio de igualdad en la ley penal, Guillermo Oliver se pronuncia en virtud de la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales, ya que, se intenta justificar de acuerdo a “lo que ha querido el legislador, a la hora de valorar la antijuricidad de una conducta o el merecimiento de una pena para la misma, el juzgador debe aplicar la norma vigente al momento del juicio (incluso más allá, mientras persista la pena), valorando *por igual* las conductas cometidas antes y después de la entrada en vigor de esa norma, siempre que de ella se derive un resultado más favorable para el reo”²⁶⁸, el autor entiende, que el principio de igualdad serviría de base, en este sentido, para aplicar la retroactividad de las leyes penales más favorables sin distinción alguna, pero a su vez, puede ser utilizado como mismo argumento para sustentar la irretroactividad de las leyes penales, ya que, “el principio de igualdad obliga a tratar en forma igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales”²⁶⁹.

²⁶⁴ Echeverría, Germán, *La Garantía De Igual Aplicación De La Ley Penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 1.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ Bacigalupo, Enrique, *Principio del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, Madrid, 1994, cfr. pág. 17.

²⁶⁷ Echeverría, Germán, op. cit., pág. 2.

²⁶⁸ Oliver, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 269-270.

²⁶⁹ *Ibidem*.

Desde otra perspectiva, si consideramos de esta manera el principio de igualdad ante la ley penal y lo relacionamos con la realidad de nuestro país, podemos encontrar que los múltiples factores, a saber, económicos, sociales y culturales, traen como consecuencia una desigual distribución de los bienes y que conllevan a la desigual distribución de la función punitiva. Todo lo que, sumado a la gran dimensión que alcanza la pobreza en nuestro país, implica marginalidad en todo sentido (educativa, económica laboral, etc.).

Además, representa un desafío político criminal respecto del principio de igualdad, pues evidentemente, los hechos que surgen en el entorno de la pobreza, tiñen de una determinada manera tanto lo injusto como al sujeto responsable; es decir, tampoco basta con garantías puntuales, sino que se requiere implementar garantías globalizadoras, esto es, referidas a todo el sistema penal²⁷⁰.

Finalmente, de conformidad a Sánchez – Ostiz, las reglas que guíen la Política criminal, tendrían que basarse en principios, tal como la igualdad ante la ley, debido a que “los principios despliegan una virtualidad positiva en cuanto llevan a proteger penalmente ciertos bienes de casa caso frente a conductas que los pongan en peligro”²⁷¹.

Por tanto, habiendo expuesto el principio de igualdad ante la ley penal, cabe hacernos cargo de si tal principio satisface la modificación al artículo 390 del Código procesal penal.

Ahora bien, en los delitos de hurto, como ya se expuso, la pena y su calificación dependen del valor de la cosa hurtada y es en razón de su importancia que debe ser determinado en base a apreciaciones objetivas y que satisfagan todas las garantías individuales.

Con anterioridad a la Ley N° 19.950, la determinación del valor de la cosa hurtada era llevada a cabo mediante una tasación objetiva. Una vez introducida la modificación se estableció que cuando se cometan hurtos como falta en establecimientos de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta.

²⁷⁰Bustos Ramírez, Juan, op. cit., pág. 3-4.

²⁷¹ Sánchez – Ostiz, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 246.

Por consiguiente, el precio de venta de las especies es variable y subjetivo, ya que, depende de múltiples factores, tales como, la ubicación del establecimiento de comercio, la economía nacional y mundial, las ganancias que se pretendan obtener, la aplicación de impuestos, etc. Por consiguiente, al ser un precio de venta voluble no hay certeza ni seguridad jurídica respecto del valor de la cosa hurtada.

En consecuencia, cuando se comete un hurto como falta en un establecimiento de comercio, se determina el valor de la cosa hurtada en base al precio de venta, el que a su vez es subjetivo y por tanto, vulnera el principio de igualdad ante la ley, toda vez que recibe un tratamiento distinto del que se otorga al mismo delito cuando no es cometido en un establecimiento de comercio. Por tanto, a los iguales se les está tratando de forma desigual, sin que esta distinción esté incluida dentro de las excepciones que establece el ordenamiento a la aplicación de este principio.

Además de lo anterior, dicha ley establece pena privativa de libertad para el hurto como falta, lo que resulta ser problemático en cuanto a la proporcionalidad, al recibir un trato desigual y desproporcionado respecto de las otras faltas de contenido patrimonial previstas en el artículo 494 N° 19 del Código penal, las que sólo son sancionadas con “*la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales*”²⁷². Por lo que, la pena privativa de libertad que se establece al que comete el hurto como falta, no se condice, o al menos es cuestionable, respecto del principio de proporcionalidad.

En consecuencia a lo antes expresado, podemos afirmar que las modificaciones introducidas por la Ley N°19.950 no satisfacen el principio de igualdad ante la ley penal.

²⁷² Código penal chileno.

3. Política criminal.

Ya habiendo verificado que la Ley N°19.950 vulnera el principio de igualdad ante la ley penal, es pertinente, analizar la Política criminal que se proyecta a través de ésta ley denominada de la siguiente forma: “*AUMENTA SANCIONES A HURTOS Y FACILITA SU DENUNCIA E INVESTIGACION*”²⁷³.

Por consiguiente, es menester determinar si es través de esta ley se plantea o no una Política criminal adecuada, para lo cual, se analizarán los fenómenos de la expansión y administrativización del Derecho penal y los delitos de bagatela, para poder llegar a concluir si es que se muestra una Política criminal adecuada para el Derecho penal postmoderno o postindustrial.

3.1. La expansión del Derecho penal.

La expansión del Derecho penal hace referencia al proceso de “progresivo crecimiento, que experimenta en la actualidad el Derecho penal, como consecuencia especialmente del incremento de conductas tipificadas como delito, en las diferentes legislaciones penales”²⁷⁴. Ésta se manifiesta principalmente, como consecuencia de la sensación subjetiva y colectiva de inseguridad por parte de la ciudadanía, la que demanda una creciente intervención penal del Estado, para así garantizar tal seguridad.

Ahora bien, en conformidad a Guzmán Dálbora, “extender el Derecho penal implica sujetar a su dominio un número cada vez mayor de relaciones colectivas”²⁷⁵, lo que en principio no debería inquietarnos, si es “que la criminalización de actos antes atípicos o la renovación de tradicionales figuras delictuosas tengan el respaldo de unas necesidades impostergables, acreditadas científicamente e imposibles de satisfacer sin la tutela punitiva, y siempre que se adopte al efecto medios consonantes con los principios de Estado de

²⁷³ Ley N° 19.950.

²⁷⁴ Gómez Martín, Víctor, “Cultura del control, sociedad del riesgo y Política criminal”, en Gómez Martín, Víctor (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer / B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 76.

²⁷⁵ Guzmán Dálbora, op., cit., pág. 178.

Derecho”²⁷⁶. Por lo cual, la criminalización y descriminalización serían perfectamente compatibles como estrategia en la renovación de las leyes penales. No obstante, en la reforma penal introducida por la Ley N°19.950, “poco de esto se puede sostener en tanto por su forma, pletórica de gazapos técnicos, y su fondo (...) ayuna de sustento criminológico y Político criminal, traicionan un designio de intervenir cuanto y como se pueda en la solución de conflictos sociales”²⁷⁷.

3.1.1. La doctrina de la seguridad ciudadana.

En cuanto a la expansión del Derecho penal, se puede afirmar que existe una ausencia de verdaderas directrices, la que “puede y debe atribuirse a que los partidos políticos del país carecen de programas e ideas claras en la materia”. Y respecto de ello, los representantes del electorado acostumbran a elaborar sus propuestas al calor de las circunstancias, como reacción frente a ellas, sin un marco teórico predefinido ni parar mientes en las repercusiones de la innovación en el resto del ordenamiento y la comunidad”²⁷⁸.

Por lo que, cabe preguntarse por qué surge esta expansión del Derecho punitivo, y de acuerdo a algunos autores²⁷⁹, la fuente de inspiración se remonta a *la doctrina de la seguridad ciudadana*, la que atribuye su génesis a “cuatro factores: el poder de la policía de carácter centralizado, vertical y militar, reinantes en Hispanoamérica; el poder de los medios de comunicación, que explotan y aumentan cotidianamente la imagen del delito, con un metadiscurso que difunde una idea falsa de impunidad total; el poder político, que por oportunismo, demagogia o para satisfacer el ansia vindicativa de los electores, aprueba leyes penales de signo cada vez más autoritario y bloquea toda iniciativa liberal, es decir, [con la finalidad] de que la opinión pública se identifique con las víctimas de la criminalidad callejera”²⁸⁰.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Guzmán Dálbora, op. cit., pág. 178.

²⁷⁸ *Ídem*, pág. 180.

²⁷⁹ *Ibidem*, cfr.

²⁸⁰ *Ibidem*. El autor cita a “Politique criminelle et droits de l’homme en Amerique Latiene: de la ‘securité nationale’ à la ‘sécurité civile’”, en *Archives de Politique criminelle*, 1992, págs. 77- 86.

Seguidamente, la *doctrina de la seguridad ciudadana* “se ha manifestado más bien como un postulado oscuro que a menudo no pasa de eslogan, bandera de lucha o llamado de alarma –un simple discurso público –, para justificar un número cada vez mayor de iniciativas legales o actuaciones gubernativas en el campo de la sanción y prevención del delito”²⁸¹. Por lo que, la proyección penal de esta doctrina de la seguridad ciudadana es; principalmente, “aumentar sin misericordia las penalidades de los delitos que generan o parecen crear especial temor entre los ciudadanos, particularmente el robo y ciertas especies de hurto”²⁸², no obstante que se pueden advertir otras²⁸³.

Respecto de lo anterior, Zaffaroni, expone que “en décadas pasadas se difundió otra perspectiva bélica, conocida como de seguridad nacional, que comparte la visión bélica comunicativa del poder punitivo, con un carácter de ideología de guerra permanente. (...) la transferencia de esta lógica perversa de la guerra contra la criminalidad permite deducir que no sería necesario respetar las garantías penales y procesales. Con los cambios en el poder mundial, la llamada ideología de la seguridad nacional ha sido archivada, pero está siendo reemplazada por un discurso público de la seguridad ciudadana como ideología, (...) [y es así, como] constituye la base de un discurso vindicativo, que se erige como una de las más grandes amenazas al Estado de Derecho contemporáneo”²⁸⁴, es decir, la imagen bélica legitimante del ejercicio punitivo, por vía de la absolutización del valor seguridad, tiene el efecto de profundizar sin límite alguno lo que el poder punitivo provoca inexorablemente, que es el debilitamiento de los vínculos sociales horizontales (solidaridad, simpatía) y el reforzamiento de los verticales (autoridad, disciplina). Por lo que, “el modelo de organización social

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² Guzmán Dálbora, op., cit., pág. 183.

²⁸³ *Ibidem*, cfr. Dentro de las cuales están; establecer para tales puniciones unos límites de mínimo y máximo muy distanciados entre sí, es decir, marcos penales indeterminados; multiplicar sin tasa en esos delitos los tipos calificados; buscar hasta conseguir una reducción del límite de la inimputabilidad por inmadurez; Exigir que los sentenciados a penas perpetuas las cumplan durante varias décadas como presupuesto para la concesión de la libertad condicional; privar directa o indirectamente a los procesados o sentenciados de los beneficios de la libertad provisional o la condena de ejecución condicional; fomentar la delación o la soplonería; difuminar los límites entre autoría y partición; anticipar la protección de los bienes jurídicos; favorecer prácticas extremas de autotutela entre los particulares; asignar a las penas privativas de la libertad, la herramienta predilecta, un sentido sólo inocuidador, con el único fin de segregar al condenado de la comunidad, e imprimir a algunas de las restantes, como las privativas de derechos, el carácter de muerte civil; y desentenderse olímpicamente de las raíces profundas de la criminalidad y la política social necesaria.

²⁸⁴ Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal, Parte general*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Edilar, Buenos Aires, 3ª ed., 2003, pág. 18.

comunitaria pierde terreno frente a la organización corporativa, las personas se hallan más indefensas frente al estado, en razón de la reducción de los vínculos sociales y la desaparición progresiva de otros *locis* de poder en la sociedad”²⁸⁵.

Finalmente, Zaffaroni plantea que la civilización industrial padecería de una incuestionable cultura bélica y violenta. Siendo inevitable que, aunque hoy no se formule en términos doctrinarios ni teóricos, “buena parte de la comunicación masiva y de los operadores de las agencias de sistema penal, traten de proyectar el ejercicio del poder punitivo como una guerra a la criminalidad y a los criminales”²⁸⁶. Además, “si se tiene en cuenta que los criminalizados, los victimizados y los policiazados (o sea, todos los que padecen las consecuencias de esta supuesta guerra), son seleccionados de los sectores de la sociedad, cabe deducir que el ejercicio del poder punitivo aumenta y reproduce los antagonismos entre las personas de esos sectores débiles”²⁸⁷.

Seguidamente, Guzmán Dálbora afirma que en la actualidad se reclama una “seguridad acensuada”, que “vincula solamente a los afectos y pasiones de quienes poseen casa, ocupación y fortuna, la de grupos urbanos a los que el incremento de ciertas formas de la criminalidad más visible perturba en grado sumo, hasta transformarse en paroxismo, intransigencia y despropósito; en miedo al delito, al que rápidamente se reviste con moldes legales de venganza. Y obsérvese que nada modifica lo anterior, que el sesgo sectario no aparezca de manifiesto en la voluntad expresada por la legislación penal que alumbra la doctrina, pues bajo los ropajes de unas normas de sedicente alcance general, se oculta una orientación bien precisa, y unas materias y finalidades regulativas de inequívoca significación social y política, hartamente estrecha que lo que las formas enuncian”²⁸⁸.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ídem*, pág. 17.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Guzmán Dálbora, *op.*, cit., pág. 182.

3.1.2. Aparición de nuevos riesgos.

En la sociedad actual, con los avances tecnológicos y la aplicación de nuevas técnicas, se origina la aparición de nuevos riesgos, ya que, la “interrelación de las esferas de organización individual incrementan la posibilidad que dentro de alguno de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas, a la vez, la creciente interdependencia da lugar a que, cada vez de mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros”²⁸⁹.

Seguidamente, ante la pretensión de proteger la seguridad de los sujetos frente a los nuevos peligros, mediante mecanismos punitivos de prevención de delitos, provocando así, la prevalencia del afán criminalizador sobre el despenalizador. Ahora bien, como ya hemos señalado, el surgimiento de nuevos riesgos generan crecientes demandas de seguridad, y se acude por ello al Derecho penal para que las satisfaga, resultando razonable que ante la expansión de los riesgos, el Derecho penal también se expanda²⁹⁰.

No obstante, se ha discutido si es que la expansión del Derecho penal encaminada a proteger los nuevos riesgos, trae como consecuencia la limitación de las libertades individuales, según lo cual hay dos opiniones, a saber, en primer lugar está la posición que defienden la doctrina penal española y alemana, según la cual la seguridad y las libertades individuales son dos intereses en conflicto, que no pueden satisfacerse plenamente de forma simultánea, debido a que si una legislación penal busca garantizar al máximo la seguridad ciudadana, deberá hacerlo con la tipificación de variadas conductas y con el endurecimiento de penas, condicionándose así una gran cantidad de libertades individuales. Una segunda opinión, afirma que la búsqueda de la seguridad no sólo no menoscaba la libertad individual, sino que, al contrario, la auténtica libertad presupone la seguridad, de modo que sin ésta última no es posible ser libre²⁹¹.

²⁸⁹ Silva Sánchez, Jesús – María, *La Expansión del Derecho penal*. Aspectos de una Política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2 ed., 2001, pág. 23.

²⁹⁰ Sanz Mulas, Nieves, “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI, la urgencia que el Derecho penal que haga frente a los nuevos problemas, pero sin olvidar los viejos límites”, en *Cuadernos de Política criminal*, número 106, Época II, abril 2012, cfr. pág. 129.

²⁹¹ Gómez Martín, Víctor, op. cit., pág. 80 – 81.

Respecto del “Derecho penal del riesgo”, se ha afirmado que está basado en ofertas de criminalización, y se pretende su intervención en esferas donde antes no lo hacía, o su anticipación en algunas en las que ya intervenía²⁹². Además, lo característico es que en sus objetos de tutela “no siempre subyacen en última instancia derechos humanos clásicos o pertenecientes a una nueva generación, sino condiciones o estándares de seguridad necesarios para la estabilidad del sistema”²⁹³. Así, se ha perdido la tradicional eficacia limitadora del bien jurídico, basada en la búsqueda de estabilización de determinados elementos de identidad social a fin de garantizar la vigencia de las normas, es decir, que la pena cumpliera la función preventivo – general positiva²⁹⁴.

3.1.3. La sociedad del miedo.

Respecto del fenómeno de la expansión del Derecho penal, podemos advertir que uno de los factores que incide en éste, es el sentimiento de miedo que embarga a los ciudadanos frente a la comisión de crímenes y delitos. Sin perjuicio de ello, se considera que en el momento en que el “debate desciende al terreno emocional de los miedos y las inseguridades, conceptos (científicos) como el de reinserción o reintegración social, rehabilitación, tratamiento terapéutico, etc., son imposibles de entender y asimilar por los sentimientos emocionales y primarios frente al delito y el delincuente, sentimientos que, sin embargo, procesan y aceptan, sin ninguna dificultad, la idea de castigo, venganza y, especialmente, la de quitar literalmente de en medio (inocuar o incapacitar) al delincuente”²⁹⁵.

Así, el miedo al delito, se trataría de un estado anímico colectivo, altamente irracional que no suele corresponderse con la realidad, ya que sería frecuente que en períodos de descenso de la delincuencia la sensación subjetiva del miedo al delito aumente, y viceversa. Por tanto, la reducción del miedo al delito y reducción de la delincuencia real se convierten, de este modo,

²⁹² Sanz Mulas, Nieves, op. cit., cfr. pág. 131.

²⁹³ Navarro Cardoso, Fernando, “el Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra al sistema sancionador”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Seria. In memoriam Alexandri Barattam*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004, pág. 678.

²⁹⁴ Sanz Mulas, Nieves, op. cit., cfr. pág. 131.

²⁹⁵ Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 11 – 08, 2009, pág. 20.

en dos objetivos político – criminales no sólo distintos, sino que, incluso autónomos, y siendo así, al Estado le interesa más el primero, porque es más barato, más rentable electoralmente y fácilmente resoluble²⁹⁶.

Desde una perspectiva más radical, se podría afirmar que "el hombre realista de la calle está menos interesado en la función educativa o ritual de las condenas - si es que alguna vez ha oído hablar de ellas - que en su eficacia protectora. Él lo que quiere es que los potenciales depredadores sean disuadidos y aquellos que no lo han sido que sean quitados de en medio. Para determinados delitos, él desearía que fueran eliminados: ejecutados humanamente. Allí donde se esté ante delitos moderadamente serios él determinaría largos períodos de encarcelamiento"²⁹⁷.

Siendo así, la historia nos muestra en el Derecho postmoderno que los miedos buscan en una excesiva expansión del Derecho penal²⁹⁸. Impulsando una “prevención general dirigida por políticas criminales que no atienden a la ciencia y sus representantes, sino que buscan contentar masas insatisfechas que quieren cadalsos, donde ver castigos ejemplares para aminorar sus miedos”²⁹⁹.

Sin duda, uno de los rasgos más característicos de la sociedad actual es la sensación general de inseguridad o miedo y si bien es real la aparición de nuevos riesgos, esta no se condice con la desmedida inseguridad que sienten los ciudadanos³⁰⁰. Por lo que, se puede sostener que la percepción subjetiva de los miedos, es superior a la existencia objetiva de éstos.

²⁹⁶ Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, cfr. pág. 40 y ss.

²⁹⁷ Walker, Nigel, “Why Punish? Theories of Punishment Reassessed”, en *Oxford University Press*, Oxford, New York, 1991, pág. 35.

²⁹⁸ Portilla Contreras, *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA/ Akal, Madrid, 2005, cfr. pág. 259.

²⁹⁹ Castillo Moro, Manuel, “Seguridad ciudadana, un análisis desde el miedo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 111, época II, diciembre 2013, pág. 200.

³⁰⁰ Silva Sánchez, Jesús – María, *La Expansión del Derecho penal*. op. cit., cfr. pág. 24.

3.1.4. La influencia de los medios masivos de comunicación en relación a la expansión del Derecho penal.

Este aspecto se relaciona estrechamente con la inseguridad o miedo que perciben los ciudadanos, debido a la posición privilegiada que ostentan los medios masivos de comunicación, en cuanto al manejo de la información y de conformidad a la imagen que transmiten de la sociedad, y en definitiva repercute directamente en la percepción que tiene el receptor del mensaje con la realidad, lo que provoca sensaciones equívocas, de impotencia y la generación de inseguridad que no se corresponde con el nivel de riesgo efectivo³⁰¹.

Todo lo referente a los miedos y reacciones de defensa, son realizados y multiplicados a través de los medios de comunicación que, en un modelo meramente comercial y de libre mercado, lanzan noticias que llegan a la sociedad en general, mostrando una imagen del delito y el delincuente que no corresponde con los datos reales analizados por los científicos sociales. Y en consecuencia, “se dramatiza el sufrimiento individual, trasladando el caso particular, a uno más extensivo, donde todos somos parte de las víctimas y el desviado debe ser aislado y desterrado”³⁰².

Por lo que, los medios de comunicación nos proporcionarían un paisaje artificial o distorsionado de la realidad, condicionados por su espíritu de rendimiento económico, a los que no les importa las consecuencias imperativas y culturales de sus audiencias³⁰³.

³⁰¹ Ídem, pág. 27 y 28.

³⁰² Castillo Moro, Manuel, op. cit., pág. 216.

³⁰³ Ídem, cfr. pág. 217.

3.1.5. La posición de la víctima.

“La perspectiva de la víctima se ha convertido en uno de los principales inspiradores de la Política criminal actual”³⁰⁴, viéndose sobrepasadas las pretensiones originales de la victimología, entendida ésta, como la disciplina que a pesar de destacar también la perspectiva de la víctima, no olvida que es el delincuente el objeto prioritario de la intervención penal³⁰⁵.

El papel de la víctima en el sistema penal ha variado a través del tiempo³⁰⁶, en la actualidad puede explicarse la relación entre la víctima y el delincuente como un “juego de suma cero”, donde parece imposible que ambos ganen al mismo tiempo³⁰⁷, por consiguiente, toda medida tendiente a despenalizar conductas, minimizar la intervención penal en su sanción o garantizar el respeto de las garantías del delincuente, sería interpretada como una “ofensa a la víctima”. Por tanto, bajo ésta lógica la única forma de proteger correctamente a la víctima pasa, necesariamente, por endurecer el castigo al delincuente y flexibilizar las garantías político - criminales que le amparan. Se consiente de este modo, al recrudecimiento del sistema penal como falso mecanismo simbólico de protección a las víctimas³⁰⁸.

Ahora bien, existen factores que pueden explicar el creciente fenómeno del protagonismo de las asociaciones de víctimas, son esencialmente tres, a saber, la identificación de la colectividad con la víctima del delito; el papel de los medios de comunicación, que ya fue

³⁰⁴ Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, op. cit., pág. 12.

³⁰⁵ *Ibidem*, cfr.

³⁰⁶ De acuerdo a Cerezo Domínguez, Ana Isabel, op. cit., cfr. pág. 13., pudiéndose identificar tres etapas, a saber, en primer lugar el Derecho penal romano primitivo, el Derecho de los pueblos germánicos y Derecho penal medieval, en el que tenía un papel extraordinariamente relevante, siendo incluso considerado como la “edad de oro de la víctima”, ya que tal era la importancia que incluso la reacción al delito quedaba prácticamente en manos del sujeto pasivo, viéndose legitimados para devolver la ofensa sobre la esfera jurídica del sujeto activo de un modo incluso desproporcionado, llamado el “Derecho penal de la venganza”. En segundo lugar, con la conversión del Derecho penal privado a público el ejercicio del ius puniendi pasó a constituir el monopolio absoluto del Estado, viéndose relegada la víctima a una posición secundaria, en un proceso de “neutralización o postergación” de la víctima en el sistema penal. Finalmente, en una tercera etapa, se derivó al “resurgimiento de la víctima vindicativa”, cuyo contenido se basaría en la defensa de los intereses de la víctima a través del recrudecimiento punitivo y de la limitación de los derechos del delincuente, teniendo gran parte con “la expansión del Derecho penal”.

³⁰⁷ Garland, David, *La cultura del control, crimen y orden social de la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, cfr. pág. 195.

³⁰⁸ *Ibidem*, cfr.

tratado; y finalmente, el hecho de que determinadas asociaciones de víctimas erigen en importantes *lobby* o grupos de presión³⁰⁹.

La identificación de la sociedad con la víctima se produce, por una parte, como consecuencia de la desconfianza colectiva hacia la Administración de Justicia, con la llamada “puerta giratoria”, y por otro lado, por la aparición de un creciente sentimiento de pesimismo con respecto de la delincuencia, ya que se cree, que cada vez se delinque más, con independencia de la verificación de la victimización real³¹⁰.

Ahora bien, en la formación de esta opinión distorsionada tendrían cabida ampliamente los medios masivos de comunicación, lo que están más preocupados por el afianzamiento de importantes cuotas de audiencias, que por la veracidad de las noticias o la fidelidad de las fuentes, actuando como voceros del discurso sensacionalista de las víctimas³¹¹.

En cuanto a las disfunciones en el sistema, que se ha provocado por el rol creciente de la víctima, son a lo menos tres, por un lado la elaboración de un discurso cargado de victimismo³¹². Por otra, la puesta al servicio de una Política criminal marcadamente demagógica³¹³, ya que, de acuerdo con la misma, se utilizan a las víctimas como instrumento ciego o “placebo político” de sus propósitos³¹⁴, debido a que, cuanto más recursos se destinan a las víctimas menos se emplea para la prevención del delito³¹⁵.

Por otra parte, existe el riesgo de manipulación, ya que, resulta políticamente rentable la utilización de las víctimas, con la redramatización de los fenómenos delictivos para encubrir deficiencias en la prevención del delito³¹⁶, lo que se evidencia cada vez que los poderes públicos, para obtener aprobación, suelen invocar la supuesta “demanda popular de la mano dura” con la delincuencia, donde muchas veces desconocen por completo cuales son las reales necesidades de la víctima³¹⁷.

³⁰⁹ Cerezo Domínguez, Ana Isabel, op. cit., cfr. pág. 25 - 38.

³¹⁰ Ídem, cfr. pág. 26 y ss.

³¹¹ Ídem, cfr. pág. 32 y ss.

³¹² Ídem, cfr. pág. 39 y ss.

³¹³ Ídem, cfr. pág. 40.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ Ídem, cfr. pág. 41.

³¹⁶ *Ibidem*, cfr.

³¹⁷ Ídem, cfr. pág. 46.

Así, en la sociedad postmoderna se observa como un conjunto de víctimas potenciales demandan mayor intervención penal del Estado, como respuesta a una sensación subjetiva de inseguridad³¹⁸.

Ahora bien, las víctimas en el caso analizado, son los dueños de establecimiento de comercio, los que, participaron activamente en la elaboración de la Ley N° 19.950, dentro de la Comisión de Seguridad Ciudadana, e incluso se puede afirmar que “en verdad, la ley debe su origen a los reclamos y la amplísima representación que tuvieron en el Parlamento los supermercados, los grandes establecimientos de comercio y las asociaciones de sus propietarios”³¹⁹, por consiguiente, éstos defendieron su intereses como grupo económicos de presión y fueron escuchados atentamente por los parlamentarios, como ya se ha señalado.

En consecuencia, éste grupo de presión, logró imponer sus pretensiones ante cualquier interés social generalizado, como ya se señaló, además, pudieron solucionar su problemática con los hurtos como falta cometidos en sus establecimientos de comercio, sancionando así, a las personas que se disponían a hurtar desde el interior de éstos, aumentando las penas y facilitando la investigación de estas faltas. Por tanto, para Díez Ripollés, este grupo de presión sería una “fuente social del Derecho” y como tal, ocasionó que se haya legislando en conformidad a términos previamente pactados por estos agentes sociales, que por cierto, están al margen del Parlamento³²⁰.

³¹⁸Ídem, cfr. pág. 32 y ss.

³¹⁹ Guzmán Dálbora, José Luis, op. cit., pág. 182.

³²⁰ Díez Ripollés, José Luis, *Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, cit., pág. 9.

3.2. Administrativización del Derecho penal.

De conformidad, a la tendencia de protección de los bienes jurídicos en contextos cada vez más genéricos, provoca que el Derecho penal haya transitado de un Derecho que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo (individualmente delimitado), a un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales, teniendo como consecuencia la administrativización del Derecho³²¹.

Ahora bien, respecto de lo que se quiere aludir con “administrativización”, es la aplicación del Derecho penal a fines propios del *Derecho administrativo sancionador*, a saber, “el orden de ciertos sectores de la actividad, atendiendo a consideraciones de afectación general o estadística, a modelos sectoriales de gestión”³²², por lo cual, no tiene que perseguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, y tampoco ser tan estricto en la imputación o persecución³²³.

Por tanto, el Derecho administrativo sancionador no es idóneo al momento de sancionar una conducta específica que sea realmente perturbadora de un bien jurídico, y por ello que se hace necesario un análisis de lesividad para cada caso. Además, hay que tener en consideración que el Derecho administrativo sancionador no se rige por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino que, por criterios de oportunidad³²⁴.

En consecuencia, “el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del daño acumulativo”³²⁵, ya que no valora el hecho en específico, sino que la trascendencia global del género de conductas. Siendo así, un criterio inadmisibles para ser considerado en la imputación penal a un sujeto por el concreto resultado de la conducta que ha realizado, no habiendo ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta, sino, que de peligro presunto, estadístico o global. Por tanto, el Derecho penal asume el modo de razonar

³²¹ Mir Puig, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico – penal como límites del Ius puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, cfr. pág. 203 – 213.

³²² Oliver Calderón, Guillermo, Delitos contra la propiedad, cit., pág. 145 – 146.

³²³ Silva Sánchez, Jesús – María, *La Expansión del Derecho penal...*, cit., cfr. Pág. 103.

³²⁴ Ídem, cfr. pág. 104.

³²⁵ Ibídem.

propio del Derecho administrativo sancionador e incluso como forma de gestión ordinaria de problemas sociales³²⁶.

3.2.1. Delitos de acumulación.

De conformidad a la lógica de los delitos de acumulación, es posible entender que se sancione penalmente una conducta individual, “aún cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico o lo ponga por sí misma en peligro relevante, si es que se cuenta con la posibilidad cierta que dicha conducta – per se no lesiva - se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí termine lesionando el correspondiente bien jurídico”³²⁷.

Ahora bien, los delitos de acumulación se critican principalmente desde el punto de vista de los principios de la culpabilidad y proporcionalidad, en conformidad a que al autor del ilícito se le hace responder no sólo por su propio injusto, sino que también por contribuciones ajenas al mismo y porque la pena resulta desproporcionada en relación a la afectación del bien jurídico que se pretende proteger y tal vulneración no se logra con la sola actuación individual, sino que con la suma de actuaciones de muchos sujetos³²⁸.

Por consiguiente, con los delitos de acumulación se trata de realizar una contribución a la “solución de grandes problemas mediante la conminación de una sanción de acciones, que más bien presentan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas”³²⁹.

Silva Sánchez, afirma que “en suma, la lógica de la acumulación que constituye seguramente la culminación coherente del proceso de expansión del Derecho penal, no puede admitirse, si de lo que se trata es de imponer penas privativas de libertad”³³⁰.

³²⁶ Ídem, cfr. pág. 104 – 105.

³²⁷ Khulen, Lothar, *Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW, 1993, pág. 697 y ss.

³²⁸ Oliver Calderón, Guillermo, Delitos contra la propiedad, cit., cfr. pág. 145.

³²⁹ Khulen, Lothar, op. cit., cfr. pág. 720.

³³⁰ Silva Sánchez, Jesús – María, *La Expansión del Derecho penal...*, cit., pág. 113.

3.3. Delitos leves contra la propiedad y la bagatela.

Suele denominarse a los delitos de bagatela, como aquellos que atendiendo su insignificante entidad en la afectación del bien jurídico, tienen un escaso merecimiento de pena³³¹, y se definen como “aquellos hechos que, aun siendo formalmente típicos, dado su limitado contenido delictivo (de desvalor de acción, de desvalor de resultado o de culpabilidad) se consideran no merecedores de la pena criminal”³³².

De conformidad a la reforma estudiada en los capítulos precedentes, se abre el debate sobre cuál debe ser la Política criminal frente a la pequeña delincuencia patrimonial, como el caso *sub lite*, ya que éstos muestran una lesividad muy limitada y es más, son considerados delitos de bagatela, y es así que las sanciones penales se ven injustificadas desde el principio de proporcionalidad³³³.

Por otra parte, hay claridad que éstos delitos afectan el derecho de propiedad privada, el que a la luz de la sociedad actual es considerado por los ciudadanos como esencial, siendo propio de un comportamiento de la sociedad de masas. Todo lo que, incide profundamente en la sensación de inseguridad social, que antes de habló, y a su vez, contribuyan de manera decisiva a la sobrecarga de la administración de la justicia penal³³⁴.

Ahora bien, respecto del injusto del hurto, más allá del daño material que produzca, es importante considerar la diferencia entre daño materia y daño intelectual del delito, entendido el primero como una lesión o un perjuicio patrimonial, y el segundo como la intranquilidad e irritación que el delito produce en la conciencia jurídica de la generalidad³³⁵. Así, está claro que los hurtos leves producen daño material de bagatela, pero no es lo mismo en cuanto a la dimensión del daño intelectual, ya que este no es insignificante porque, aunque el hurto sea leve, “pone en tela de juicio una norma central del orden social, afecta el núcleo de la identidad

³³¹ Oliver Calderón, Guillermo, Delitos contra la propiedad, cit., cfr. pág. 142.

³³² Silva Sánchez, Jesús – María, *Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión*, cit., pág. 113.

³³³ Ídem, cfr. pág. 333.

³³⁴ Ídem, cfr. pág. 334.

³³⁵ Ídem, cfr. pág. 338.

normatividad de la sociedad (dimensión estrictamente simbólica) y, además, parece que precisa de una respuesta jurídico – penal”³³⁶.

3.4. Límites de la potestad legislativa.

Por otra parte, para el caso sub lite, se ha afirmado que no basta con constatar que el ejercicio de la potestad penal sea admisible en el ámbito de los delitos patrimoniales, sino, “es necesario que este poder se ejerza adecuadamente desde el punto de vista del sentido que ha de asumir la intervención penal y con pleno respeto de las condiciones que permiten responsabilizar penalmente a un individuo. Concerniente a lo primero, es claro que todo el ordenamiento positivo chileno de los delitos patrimoniales obedece a una ideología defensiva a ultranza de la propiedad privada, (...) hasta el punto de que hoy nos encontramos con un sistema normativo, cuyo único sustento parecen ser razones de prevención general negativa”³³⁷.

Por otra parte, tampoco es dable afirmar que dicha normativa respeta cabalmente las condiciones requeridas para responsabilizar penalmente a un individuo, que la doctrina suele agrupar bajo la conocida fórmula de merecimiento de pena y necesidad de pena. En relación con lo primero, no se establece un adecuado equilibrio entre desvalor de acción y desvalor de resultado, como criterios determinantes de la ilicitud, y respecto de lo segundo, “la sanción no

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Zaffaroni, Raúl, op, cit, cfr. págs. 59 – 60., señala que, esta técnica legislativa obedece dentro de los modelos de discursos legitimantes del poder punitivo, a la aplicación de la prevención general negativa, la que aspiraría a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo. Siendo así, “la criminalización asumiría una función utilitaria, libre de toda consideración ética y, por tanto, su medida debiera ser la necesaria para intimidar a los que puedan sentir la tentación de cometer delitos”, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida. Por lo que, “Se parte de una idea del humano como ente racional, que siempre hace un cálculo de costos y beneficios”. Además, Zaffaroni afirma que “en el plano político y teórico esta teoría permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crimines se sigan cometiendo y de este modo el destino final de este sendero es la pena de muerte para todos los delitos, pero no porque con ella se logre la disuasión, sino porque se agota el catálogo de males crecientes con que se puede amenazar a una persona”. Y desde esta perspectiva, “las penas aumentarían en razón directa a la frecuencia de los hechos por los que se imponen y viceversa. De este modo, la lógica de disuasión intimidadora propone una clara utilización de una persona como medio o instrumento empleado por el Estado para sus fines propios: la persona humana desaparece, reducida a un medio al servicio de los fines estatales”. En el mismo sentido, Mera, Jorge, op. cit., pág. 28 -34.

siempre depende de que se den las condiciones utilitarias que deberían justificar su imposición”³³⁸.

Por último, tomando en consideración la diversidad de factores que conducen a la comisión de delitos, es preciso que “cualquier estrategia político – criminal tenga en cuenta que el sentido de la penal no es hacer desaparecer ni ocultar los problemas sociales, como podría ocurrir si se imponen sanciones – o se disponen aumentos de las mismas – carentes de todo efecto utilitario o con el simple propósito simbólico de tranquilizar a la ciudadanía o la propia coincidencia”³³⁹.

Por consiguiente, es menester analizar los límites más relevantes del ejercicio de la potestad penal con referencia a los delitos patrimoniales, en consecuencia el principio de lesividad o de ofensividad, el que, “implica que la legitimidad de la intervención punitiva depende de que ella efectivamente se oriente a la tutela de un bien jurídico”³⁴⁰. Siendo así, cada bien jurídico ha de identificarse con su valor funcional para el desarrollo autónomo de la personalidad, y no con su sustrato material o inmaterial. De este modo, “los bienes jurídicos con contenido patrimonial, tienen que dotarse de contenido material a partir de la funcionalidad del objeto para con el sujeto de derecho a quien se encuentra jurídicamente vinculado”³⁴¹, es decir, de la potencialidad objetiva para satisfacer sus necesidades, en virtud de las posibilidades de actuación sobre la cosa y la exclusión de terceros del ámbito de autonomía, que esa relación jurídica concede. De este modo, “la lesividad propia de los delitos contra los intereses patrimoniales ha de ser integrada precisamente por la afectación – lesión o puesta en peligro- de dicho valor funcional (resultado en sentido jurídico), lo que no siempre corresponderá con el criterio de la afectación al objeto material”³⁴².

En segundo lugar, el principio de intervención mínima, respecto la cual se entiende que el ejercicio de la potestad penal implica privación o limitación de alguno de los derechos fundamentales de la persona, así, “la intervención del Estado en esta materia sólo es legítima a condición de que no se extienda más allá de lo estrictamente necesario, en procura del objetivo

³³⁸ Oliver, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, cit., pág. 6.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ *Ibidem*.

³⁴² *Ídem*, pág. 8 – 9.

central de su actuación, cual es la protección del orden social a través de la tutela de los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia de los individuos”. Y es así que, estos tres postulados, constituyen manifestaciones del principio: la necesidad de la intervención penal, la subsidiariedad del Derecho penal y su fragmentariedad. El principio de necesidad, pues, “conduce a la exigencia de utilidad, de modo que cuando se demuestra que una determinada reacción penal es inútil para alcanzar su objetivo protector, deberá desaparecer”³⁴³.

Por tanto, se generan opiniones radicales al respecto, como la de Sanhueza Romero, quien afirma que “el Legislador olvidando los más básicos principios que deben ser observados en la creación de los tipos penales, como son: el de la mínima intervención, la consideración del bien jurídico protegido, la magnitud del ataque y la proporcionalidad de la sanción, entre otros, recurrió al *ius puniendi* para proteger el derecho de propiedad de unos pocos, específicamente de los supermercados y las grandes tiendas, sancionando el delito de hurto con mayor severidad, acentuando los problemas que ya presentaba el *iter crimen* con respecto a este delito, pretendiendo sean castigadas las etapas imperfectas del mismo”³⁴⁴.

3.5. Análisis de la Política criminal proyectada en la Ley N° 19.950.

La expansión del Derecho penal en la Ley N° 19.950, se expresa en cuanto al que adelantaron las barreras punitivas y se endurecieron las penas aplicables al hurto como falta³⁴⁵. Lo que se puede entender con la aparición de nuevos riegos, a saber, con el auge de los establecimientos comerciales de autoservicio, se aumentó la comisión de hurtos como falta, los que provocaban pérdidas millonarias³⁴⁶ y con ello la necesidad de legislar al respecto.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Sanhueza, op. cit., pág. 84.

³⁴⁵ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 96 y 97: “estimó que en general, las disposiciones de este proyecto de ley son acertadas y necesarias, por cuanto, entre otras materias, eleva la pena a los infractores”. Pág. 108; “el objetivo principal de la iniciativa en discusión es reprimir con mayor eficacia los hurtos falta”; pág. 156: “todo esto hará posible que los fiscales y tribunales persigan y sancionen a las bandas”.

³⁴⁶ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 23; “ocasionaba al establecimiento un perjuicio directo de \$150.000.000 anuales, como consecuencia de la pérdida de grandes volúmenes de mercadería y al fisco por concepto de evasión tributaria pérdidas equivalentes a \$27.000.000 anuales”.

Por otra parte, es latente una sensación de miedo frente a los delitos patrimoniales y la creciente inseguridad en la población³⁴⁷, la que impulsó y agradeció en gran parte esta iniciativa legislativa, donde la solución era una mayor intervención estatal frente a los delitos de hurtos como falta. Lo anterior, se condice con la sensación de impunidad³⁴⁸ que tenían los comerciantes de cara a la reiteración de la comisión de estas faltas.

No obstante, es clara la manipulación política³⁴⁹, ya que, se intenta dar solución a este “problema” de manera rápida, para ganar aprobación electoral, al realizar una enérgica defensa de los derechos de las “víctimas”³⁵⁰, que para el caso específico poseen gran influencia económica y política, lo que les permitió hacer *lobby* para satisfacer sus intereses.

En la discusión parlamentaria de esta Ley se reconoce la escasa entidad del daño al bien jurídico (propiedad) que provocan los hurtos como falta, pero que al ser delito de acumulación³⁵¹, globalmente generan grandes daños a los establecimientos de comercio.

³⁴⁷ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág.; pág. 24; “termino señalando que el sector había adoptado todas las medidas de prevención que estaban a su alcance, pero que se trata de un tema de alta complejidad que supera sus medios, que afectaba a la seguridad ciudadana y que al potenciar el comercio clandestino genera autoridades”; Pág. 156: “estimo absolutamente fundamental dar elementos para poner un per a la delincuencia. Este es el tipo de normas que, desde el punto de vista legal, nos falta justamente para vivir en un país más seguro. Las cifras de criminalidad son alarmantes”

³⁴⁸ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 61; “de esta forma, estamos dando pasos serios para combatir la delincuencia, quizás, donde se produce la sensación de mayor impunidad: en el hurto hormiga”. Pág. 26; “como se trata de faltas y los hechos son inimputables el delito queda sin sanción lo que constituye un incentivo para la formación de bandas”; pág. 30; “hizo presente la sensación de desprotección y frustración existente en el comercio, toda vez que no ven sanciones efectivas para estas conductas”.

³⁴⁹ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 57; “en esta materia, más allá de las penas o rigores está el mensaje que se entrega a la ciudadanía, en términos de protección. Este es el mensaje de fondo (...) apunta la manera en la que la sociedad debe castigar a quienes quebrantan la ley”.

³⁵⁰ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 68; “Todos los comerciantes van a estar mejor protegidos con la aplicación de la iniciativa y nos parece importante no se aplica sobre las grandes cadenas de supermercados, pues muchas veces ven como se les viene encima una ola delictual que muchas veces los arrasa. Sería el record de lo inoportuno para esas personas sentir que esas grandes instituciones cuentan con protección especial, que no existe para ellas”

³⁵¹ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 63; “estamos ante un delito que, aunque parezca pequeño es mayor por su cantidad y extensión”;

Por lo que, estos establecimientos de comercio son las víctimas que hay que proteger con la promulgación de ésta ley y por ello, es que participaron activamente dentro de la Comisión de Seguridad Ciudadana³⁵², y en la discusión del proyecto exponiendo sus opiniones³⁵³.

Ahora bien, dentro de esto podemos advertir la administrativización del Derecho penal, toda vez que se pretende poner orden a la actividad económica de autoservicio y con ello controlar las pérdidas generadas por los hurtos como falta, ya que, se asevera por parte de los parlamentarios que la única solución³⁵⁴ es intervenir con el Derecho penal sancionatorio.

Por tanto, una vez dado cuenta que los fenómenos político criminal del Derecho penal postmoderno se evidencian en el proyecto de la Ley N° 19.950, es que es menester a continuación exponer en las conclusiones propuestas a una “Política criminal adecuada”.

³⁵² De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 15; “La necesidad de introducir cambios a la legislación penal con el objeto de hacer frente al “Hurto Hormiga”, el que consideran un verdadero flagelo y que afecta a diario a los establecimientos de venta por sistema de autoservicio y de venta al público en general (...) Las pérdidas anuales que origina al comercio esta situación son cuantiosas”.

³⁵³ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 23: “ocasiona a los establecimiento de comercio un perjuicio directo de \$150.000 anuales, como consecuencia de la pérdida de grandes volúmenes de mercadería”.

³⁵⁴ De acuerdo a la Historia de la Ley N° 19.950, pág. 55: “por la sensación de impunidad, la única forma es aplicación de sanciones efectivas, privativas de libertad”.

CONCLUSIONES:

En primer lugar, frente a la expansión del Derecho penal hay variadas posturas³⁵⁵, sin perjuicio de lo cual, creemos que para tener un Política criminal óptima, es menester dotarse de “sistemas punitivos autocontrolados y prudentes, y ser capaces – además – de diversificar y renovar permanentemente sus soluciones al control de las transgresiones y los delitos”³⁵⁶, para lo cual es imprescindible implementar medidas preventivas, educativas y sociales en el seno de la familia, las escuelas, los barrios, los ámbitos de la salud y el ocio, especialmente con sistemas de rehabilitación, con modelos psico – educativos basados en los elementos principales criminológicos del aprendizaje social, determinación y aprovechamiento de los grandes objetivos educativos para la rehabilitación, siendo una aplicación integral de intervenciones rehabilitadoras y con adecuadas evaluaciones de programas utilizados³⁵⁷.

Además, es preciso tener en cuenta el principio de la intervención mínima, que de acuerdo a la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, determina que “la ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias”, contemplada en conjunto con una organización y una política penitenciaria y post penitenciaria que a lo menos, constituyan una seria y responsable tentativa de resocialización para quienes hayan cometido delitos³⁵⁸.

Ante todo este escenario, Silva Sánchez se cuestionó si debe admitirse que la expansión del Derecho penal pueda traer como consecuencia una flexibilización de los criterios

³⁵⁵ Ídem, pág. 78 – 79. La primera de las posturas consiste en afirmar que “el Derecho debe mantenerse fiel a toda costa, a las garantías individuales del Derecho penal liberal, resultando incompatible con su ampliación a la prevención de nuevos riesgos. La segunda alternativa, antagónica a la que acaba de ser mencionada, postula al Derecho penal como un instrumento necesario para la prevención de los riesgos de la sociedad moderna, a pesar de que ello puede representar la flexibilización de los criterios de imputación y las garantías político – criminales del individuo. Un tercer grupo de autores defiende la idea de que el Derecho penal moderno debe estar abierto a la protección de la sociedad de los riesgos de la sociedad postindustrial, sin que ello tenga por qué traer consigo, necesariamente, menoscabo de rigor dogmático o garantístico alguno. Por último, se sostiene que especiales características de las sociedades postindustriales habrían provocado las nuevas formas de delincuencia que habría conducido, a una expansión del Derecho penal, aunque esta expansión debe ser valorada de forma crítica, ante el fenómeno social imparable”.

³⁵⁶ Redondo, Santiago, *Intolerancia a la irracionalidad intolerante “in tolerancia cero” (un mundo con menos normas, controles y sanciones también será posible)*, Sello Editorial Barcelona, Barcelona, 2009, pág. 264 y ss.

³⁵⁷ Ibídem, cfr.

³⁵⁸ Luisi, Luiz, “El principio de intervención mínima”, en *Política criminal y reforma penal*, Conosur, Santiago de Chile, 1996, cfr. pág. 24.

dogmáticos de imputación y de garantías político – criminales del “viejo” Derecho penal liberal, para lo cual considera que debe distinguirse entre dos niveles de rigor “garantístico – dogmático” y “garantístico – político – criminal”: en un primer nivel, está el Derecho penal nuclear”, donde las garantías del Derecho penal liberal deben ser observadas de manera acabada; y un segundo nivel, del Derecho penal accesorio”, en el que cabría flexibilizar los criterios de imputación y los principios político – criminales tradicionales³⁵⁹.

Por consiguiente, en virtud del punto antes señalados, las razones del mercado global requieren de un nuevo Derecho penal, debido a que el existente es para un mundo que ya no existe y en consecuencia, el Derecho penal tendrá que adaptarse a una cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional, también globalizados, y que necesitan una respuesta efectiva; pero, eso sí, “sin renunciar nunca a las conquistas garantistas, ya que no cabe duda que hay que retomar el discurso garantista y recuperar el debate sobre los valores”³⁶⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que la necesidad de legislar respecto de un tema, no debe provenir de grupos de poder que buscan satisfacer intereses particulares, como ocurrió en el caso analizado, sino que, se debe volver a la idea clásica que el soberano debe legislar en pro del interés común y no individual, todo con la finalidad de satisfacer las necesidades propias de todos los ciudadanos en un Estado de Derecho.

En conclusión, creemos que la Política criminal proyectada en la Ley N° 19.950 no es adecuada, debido a que al hacerse cargo de “un nuevo riesgo” a través del endurecimiento de las penas de hurtos como falta y con el favorecimiento de su investigación, intenta otorgar mayor seguridad a los establecimientos de comercio. Sin embargo, trae como consecuencia la limitación a las libertades personales, la vulneración a los principios consagrados en el Derecho penal, como el de proporcionalidad y el de intervención mínima y finalmente lo hace olvidando las garantías del Derecho penal liberal.

³⁵⁹ Silva Sánchez, Jesús - María, *La expansión del Derecho penal*, cit., pág. 124 y ss.

³⁶⁰ Sanz Mulas, Nieves, op. cit., pág. 147.

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que sería inadecuado prescindir del Derecho penal ante la delincuencia patrimonial leve a la hora de establecer sanciones. Sin embargo, la reacción penal debe condecirse con la proporcionalidad de la levedad del daño material causado por el hurto como falta, para así restablecer la dimensión intelectual afectada por la falta.

Por consiguiente, es evidente que los delitos patrimoniales leves, como el hurto como falta, no merecen la imposición efectiva de las penas privativas de libertad, y por el contrario, como plantea Silva Sánchez, se debiera “recurrir a reacciones básicamente simbólicas, cuyo eje fuera la declaración de culpabilidad y la reparación”³⁶¹. Debido a que, la pena simbólica estaría fundamentada principalmente en que el sujeto pasivo de la falta es un almacén de autoservicio y de acuerdo a su método de venta genera un déficit en las medidas de control y un efecto psicológico asociado a la posesión de la cosa (de si es que se “toma” pasa a su esfera de dominio).

Por lo que, se puede inferir que no hay un cambio social que demuestre la intención de lesionar mayormente la propiedad privada, sino que la forma en que se desarrolla este comercio, facilita la comisión de estas faltas, siendo así la víctima la que debe neutralizar estos nuevos riesgos, estableciendo sistemas de seguridad que impidan la comisión de hurtos como falta al interior de los almacenes de comercio. Y por tanto, “el hurto en grandes almacenes habría de recibir una atenuación con respecto del hurto común, en virtud de la corresponsabilidad de la víctima con respecto al daño patrimonial sufrido”³⁶².

³⁶¹ Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal...*, cit., pág. 350.

³⁶² Ídem, pág. 352.

BIBLIOGRAFÍA.

Obras:

1. Aguilar Aranela, Cristian, *Delitos Patrimoniales, Apropriación por medios materiales, Fraudes por engaño y por abuso de confianza*, Editorial Metropolitana, Chile, 2008, pág. 34.
2. Alberto Donnam, Edgardo, *Derecho penal, parte especial*, Rubinzal – culzoni, Buenos Aires, 2003, t.II., cfr. pág. 35.
3. Amelung, Kunt, *Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung*, ZStW, Frankfurt, 1980, cfr. págs. 22 – 31.
4. Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, cfr. págs. 24 – 63; 77 – 91.
5. Bacigalupo, Enrique, *Principio del Derecho penal parte general*, Akal/Iure, Madrid, 1994, cfr. pág. 17.
6. Balmaceda Hoyos, Gustavo, *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 1º ed., 2007.
7. Blanco Lozano, Carlos, *Tratado de Política Criminal*, Bosch, t .I, 2007.
8. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal, parte especial*, Ariel, Barcelona, 2º ed., 1991.
9. Bustos Ramírez, Juan; Hormázabal Malarée, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 1º ed., 2006.
10. Cadoppi, Alberto/ Canestrari, Stefano/ Veneziani, Paolo, *Codice penale, commentato con dottrina e giurisprudenza, celt casa editrice la tribuna*, Piacenza, 2011, cfr. pág. 2397 y 2398.
11. Carnevali, Rodríguez, Raúl, *Cuestiones de Política Criminal en tiempos actuales*, Jurídica de Chile, Santiago, 1º ed., 2009.
 - a. “¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto”, en *La Semana Jurídica*, n° 192, semana del 12 al 18 de julio de 2004, cfr. pág. 14.
12. Carrara, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal*, Depalma, Buenos Aires, 1944, cfr. pág. 2046 – 2047.
13. Castillo Moro, Manuel, “Seguridad ciudadana, un análisis desde el miedo”, en *Cuadernos de Política Criminal*”, número 111, época II, diciembre 2013, pág. 200.

14. Cerezo Domínguez, Ana Isabel, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, cfr. pág. 40 y ss.
15. Cobo Del Rosal, Manuel, *Faltas contra el patrimonio, parte especial*, Marcial Pons, Madrid, t.II., pág. 1009.
16. Corcoy Bidasolo (coord.)/ Cardenal Montraveta/ Fernández Bautista/ Gallego Soler/ Gómez Martín/ Hortal Ibarra, *Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2002, cfr. pág. 489.
17. Córdoba, Juan, *Comentarios al Código penal, parte especial*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 628.
18. Cuello Calón, E. *Derecho penal, parte especial*, Barcelona, t. II, 9º ed., 1995.
19. Cury Urzúa, E., “Contribución a la distinción entre delitos de resultado y simple actividad”, *Revista de Ciencias Penales*, tomo 40, n° 1, enero – abril, 1992 – 1993, pág. 69 y ss.
 - a. --*Derecho penal, parte general*, Ediciones UC, Santiago, 10a. ed., 2011, pág. 236.
20. Del Rosal Blasco, B., “¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 11 – 08, 2009, pág. 20.
21. Del Rosal, Juan, *Política Criminal*, Bosch, España, 1944.
22. Del Villar, Waldo, *Manual de Derecho penal parte especial*, Edeval, Valparaíso, t. I, 2009.
23. Díez Ripollés, JL., “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho, DOXA*, vol. 24, págs. 40 -41.
 - a. *La racionalidad de las leyes penales*, Trota, Madrid, 2003, págs, 187 y ss.
24. Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., Chile, 1998, t. III, cfr. pág. 295.
25. Echeverría, Germán, *La Garantía De Igual Aplicación De La Ley Penal*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pág. 1.
26. Fernández González, Miguel Ángel, *Principio Constitucional de Igualdad Ante la Ley*, Cono Sur, Santiago, 2001, cfr. pág. 119.
27. Ferrajoli, L., “Garantías y Derecho penal “, en *Iter Criminis*, segunda época, Marzo 2002, pág. 247 y ss.
28. Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, parte especial*, Albedo Perrot, Buenos Aires, 1983, t. V, pág. 461.

29. García Amado, J., “Razón práctica y teoría de la legislación”, en *Derechos y Libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n° 9, julio/diciembre 2000, cfr. págs. 229 y ss.
30. Garland, David, *La cultura del control, crimen y orden social de la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, cfr. pág. 195.
31. Garraud, René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Larose et Tenin, París, 1893, pág. 369.
32. Garrido Montt, Mario, *Derecho penal, parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2000, t.IV, cfr. pág. 149.
33. Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. IV, cfr. págs. 41 – 44.
34. Gómez Martín, Víctor, “Cultura del control, sociedad del riesgo y Política criminal”, en Gómez Martín, Víctor (Coord.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer / B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 76.
35. González Ruz, J., “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, en Morillas Cuevas, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho Penal español*, parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 416.
36. Guzmán Dálbora, J.L., “Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile”, en Díez Ripollés, J.L., García Pérez, O., (coords.), *Política legislativa iberoamericana en el cambio de siglo*, B de F, Uruguay, 2008, pág. 182.
37. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Suhrkamp, Frankfurt, 4ª ed., 1994, cfr. págs. 187 –348.
38. Hoecker, Loreto; Bavestrello, Yolanda, *Delincuencia y pobreza: elementos para el debate de una Política Criminal*, Centro de estudios del desarrollo, Santiago, 1993.
39. Huerta Tocildo, Susana, *Protección penal del patrimonio inmobiliario*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 37.
40. Ibáñez Ojeda, P., “El proceso legislativo en Chile: 11 y 12 de enero de 1990”, en *Seminario del proceso legislativo en Chile*, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1990, cfr. pág. 94 y ss.
41. Jaén Vallejo, Manuel, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, Edersa, Madrid, t.VIII, 1999.
42. Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho penal parte general*, Bosch, Barcelona, 1981.

43. Jiménez de Azúa, Luis, *La ley y el delito, principios del Derecho penal*, Hermas, México, 3^oed., 1959.
- a. --*Tratado de Derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 2^a ed., 1952.
44. Khulen, Lothar, *Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW, 1993, pág. 697 y ss.
45. Labatut Glens, Gustavo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1996, t.II, pág. 209.
46. Laporta, Francisco, “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, en *Sistema de revistas de Ciencias Sociales*, N^o67, 1985, cfr. pág. 1.
47. Luisi, Luiz, “El principio de intervención mínima”, en *Política criminal y reforma penal*, Conosur, Santiago de Chile, 1996, cfr. pág. 24.
48. Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal parte especial*, Temis, Bogotá, 1956, 5 vols, pág.6.
49. Marín, Jorge, *Derecho penal parte especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2^oed., 2008.
50. Matus Acuña, Jean Piere, *La ley penal y su interpretación*, Metropolitana, Santiago, 2^o ed., 2012.
51. Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz, *Derecho penal parte general*, Astrea, Buenos Aires, t.I, 1995.
52. Medina Jara, Rodrigo, *Código penal doctrina y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 1^o ed., 2010.
53. Mera Figueroa, J., “Delitos contra la propiedad, Revisión crítica y propuestas de reforma”. *Revista de estudios de la justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, n^o3, 1993.
- a. -- *Hurto y Robo*, Lexisnexis, Chile, 2004, pág. 41.
54. Mir Puig, Santiago, “Bien jurídico y bien jurídico – penal como límites del Ius puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, cfr. pág. 203 – 213.
55. Mommsen, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Temis, Madrid 1976, cfr. pág.464.
56. Morillas Cueva, Lorenzo, *Derecho penal; parte general fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, España, 2004.

57. Muñoz Aberzúa, G., “Delito de furtum en el Derecho Romano”, en *Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas*, Santiago de Chile, 1993, cfr. pág. 1 -2.
58. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 7º ed., 2007.
59. Navarro Cardoso, Fernando, “el Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra al sistema sancionador”, en Pérez Álvarez, Fernando (Coord.), *Serta. In memoriam Alexandri Barattam*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2004, pág. 678.
60. Novoa Monrreal, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, t.I, 3º ed., 2005.
61. Núñez, Ricardo, *Delitos Contra la Propiedad, Principios Generales, Hurto, Robo, Extorción*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 47.
62. Oliver, Guillermo, “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto – falta”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVI, Semestre I, Valparaíso, 2005, cfr. pág. 304.
 - a. --*Delitos contra la propiedad*, Legal Publishing, Santiago, 2013, pág.142.
 - b. --*Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, pág. 269-270.
63. Orts Berenguer, Enrique /González Cussac, José, *Compendio de Derecho penal, parte general*, Tirant lo Blanch, 3 ed., 2011, cfr. pág. 543.
64. Palacios Moreno, Fernando, *Estructura de la interpretación de la ley penal chilena*, Librotecnia, Santiago, 1ºed., 2010.
65. Palazzo, F., “Scienza penale e produzione legislativa: Paradossi e contraddizioni di un rapporto problemático”, en *Rivista italiana di diritto e procesura penale*, RIDPP, vol. 3, 1997, cfr. págs. 734 – 735.
66. Politoff, Sergio/ Matus, Jean Pierre/ Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno*, parte especial, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., Chile, 2004, pág. 299.
67. Portilla Contreras, *Mutaciones de Leviatán: legitimación de los nuevos modelos penales*, UNIA/ Akal, Madrid, 2005, cfr. pág. 259.
68. Puig Peña, Federico, *Derecho penal, parte especial*, 4 vols., Desco, Barcelona, 1959, cfr. pág.216.

69. Quintano Ripollés, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, E. R. de Derecho privado, Madrid, 1966, 2ª ed., t. I págs. 962 -963.
70. --*Tratado de la parte especial del Derecho penal, infracciones patrimoniales de apoderamiento*, Edersa, Madrid, t.II, 2ºed., 2008.
71. Quintero Olivares, Gonzalo, “El hurto”, en Cobo del Rosal, Manuel (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, EDERSA, Madrid, 1985, págs. 1141 – 1142.
72. Ramos, Juan, *Derecho penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930, t.V, pág. 154.
73. Redondo, Santiago, *Intolerancia a la irracionalidad intolerante “in tolerancia cero” (un mundo con menos normas, controles y sanciones también será posible)*, Sello Editorial Barcelona, Barcelona, 2009, pág. 264 y ss.
74. Rodríguez Devesa, Hurto Propio, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: Serie 3a. Monografías de Derecho Español, Madrid, 1946, pág. 25.
75. Rodríguez Devesa, José María / Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho Penal español, parte especial*, Dykinson, Madrid, 1995, págs. 114 – 124.
76. Roxin, Claus, *Evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- a. *Fundamento Político - Criminales del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1º ed., 2008.
77. Sánchez, Agesta, L., *El hurto*, Bosch, Barcelona, 1999.
78. Sánchez – Ostiz, Pablo, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 246.
79. Sanhueza Romero, J., “análisis crítico a las modificaciones introducidas al delito de hurto, por ley N° 19.950”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n° 213, 2003, pág.84.
80. Sanz Mulas, Nieves, “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI, la urgencia que el Derecho penal que haga frente a los nuevos problemas, pero sin olvidar los viejos límites”, en *Cuadernos de Política criminal*, número 106, Época II, abril 2012, cfr. pág. 129.
81. Serrano Gómez, Alfonso/ Serrano Mailo, Alfonso, *Derecho Penal, parte especial*, Dykinson, 11ª ed., Madrid, 2006, pág. 349.

82. Squella Narducci, Agustín, *Igualdad*, UV de la Universidad de Valparaíso, 1ª ed., Valparaíso, 2014, pág. 26.
83. Silva Sánchez, Jesús – María, *La Expansión del Derecho penal*. Aspectos de una Política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2 ed., 2001, pág. 23.
 - a. “Revisión presupuestos de un modelo racional de la legislación penal”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, Universidad de Pompeu Fabra, 2ª época, n° 16, 2005, pág. 388.
84. Tozzini, Carlos, *Los Delitos de Hurto y Robo en la Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 113.
85. Valencia, Jorge, *Perspectivas penales*, Colección Pequeño Foro, Bogotá, 1º ed., 1984.
86. Vázquez Iruzubieta, Carlos, *Comentarios al Código Penal*, La ley actualidad, España, 2009, cfr. pág. 498.
87. Vera Sánchez, Juan Sebastián, *La Consumación en el Delito de Hurto*, Librotecnia, 2010, Chile, cfr. pág. 276.
88. Verdugo, Mario, *Código penal*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1986, t.IV, pág.901.
89. Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho penal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad de Valparaíso, 1994.
90. Walker, Nigel, “Why Punish? Theories of Punishment Reassessed”, en *Oxford University Press*, Oxford, New York, 1991, pág. 35.
91. Zaffaroni, Raúl, *Derecho Penal, Parte general*. Con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Edilar, Buenos Aires, 3ª ed., 2003, pág. 18.
 - a. *En torno a la cuestión penal*, B de F, Buenos Aires, 2005.
92. Zavala, Jorge, *Delitos contra la propiedad*, Edino, Guayaquil, 1998, t.I, cfr, pág.24.
93. Zipf, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Edersa, Madrid, 1979.
94. Zugaldía Espinar, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal/Iure, Madrid, 1988, pág. 27.

Cuerpos legales vigentes y otros documentos jurídicos:

95. *Código procesal penal de Chile.*
96. *Código penal de Ecuador.*
97. *Código Penal de España.*
98. *Código penal de Honduras.*
99. *Código Penale.*
100. *Código penal de Perú.*
101. *Constitución Política de la República.*
102. *Código Penal de la Nación Argentina.*
103. Historia de la Ley n° número 19.950, *Modifica el Código penal y Código de procedimiento penal, aumenta sanciones a hurto y facilita su denuncia e investigación.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 3078-07, Valparaíso, 5 de Junio de 2004, pág. 4.
104. Historia de la Ley N°20.140, *Complementa la ley N° 19.950, estableciendo una pena en caso de hurto como falta en grado de frustrado,* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Boletines N°s. 3867-07 y 3931-07, Valparaíso, 30 de diciembre, 2006, Págs. 112-113.