

CARNEVALI, Raúl. "Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial". *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial*

Raúl Carnevali Rodríguez
Doctor en Derecho, Profesor Asociado de la Universidad de Talca y
Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal
rcarnevali@dpenal.cl

Resumen

Considerando que un significativo porcentaje de causas que hoy conocen los Tribunales de Justicia guardan relación con los delitos de hurto a grandes tiendas, es importante fijar ciertos criterios que permitan determinar los límites de la tentativa punible. Exigencia que se impone además, dada las particularidades que presentan las actividades comerciales en las grandes tiendas -así, venta anónima y contacto directo sin intermediarios con el producto-. Por otra parte, este trabajo también dirige su atención a la llamada pequeña criminalidad patrimonial, cuya masificación exige establecer claras orientaciones político criminales.

Palabras clave

Hurto, tentativa, criminalidad patrimonial, política criminal, establecimientos de comercio.

Abstract

Considering that an important percentage of claims that presently get to Courts are directly related to the crimes of stealing from department stores, it is important to establish criteria which will determine the limits of the punishable attempts. This requirement is also imposed given the special features which the business activities in department stores present,--that is, anonymous sales and direct contact with the product without a middleman--. On the other hand, this work also sets its attention on the so-called slight patrimonial criminality, whose overcrowding demands the establishing of clear political-criminal orientations.

Key words

Stealing, tentative, patrimonial criminality, criminal politics, business establishments.

* Recibido el 18 de abril y aprobado el 10 de mayo de 2006.

Introducción

Si bien el Anteproyecto de Código Penal, con relación al actualmente vigente, no presenta cambios fundamentales respecto de los presupuestos que se deben exigir para la configuración de la tentativa¹, no es óbice para estimar que se está frente a un problema de particular relevancia. Ello, por cuanto es allí donde se precisa cuándo se está en la esfera de lo prohibido. De alguna manera se puede decir que una forma de medir y valorar el alcance que una sociedad quiere otorgar a su instrumento punitivo es precisando qué se comprende dentro de la tentativa. No por nada los Estados autoritarios han sido siempre proclives a castigar actos claramente preparatorios o punir ciertos supuestos de tentativa inidónea².

Con todo, también es preciso considerar que una de las particularidades del llamado Derecho penal moderno es el difuminar de manera cada vez más profunda las líneas que traza el principio de lesividad a través del recurso de los delitos de peligro abstracto. En consecuencia, por un lado, se puede ganar en precisión en cuanto a determinar cuándo se está frente a un delito tentado, pretendiendo así, reducir la esfera de lo punible. Pero, por otro lado, generar una expansión punitiva a través de estas figuras de peligro³.

¹ Anteproyecto de Nuevo Código Penal: Artículo 5º: “Además del delito consumado, es punible el crimen frustrado o tentado. El simple delito frustrado o tentado es punible cuando la ley lo disponga especialmente. Hay delito frustrado cuando el sujeto pone de su parte todo lo necesario para que se consume, pero esto no se verifica.

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

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

² Si bien no referidas expresamente a la tentativa, muy ilustrativas resultan las palabras de MAGGIORE, Giuseppe. “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”. *Revista Italiana di Diritto Penale*. XVII, 1939, p. 159-161, para entender el Derecho penal en un Estado fascista y la extensión que debía otorgarse al instrumento punitivo: “En caso de incerteza del derecho, el juez se adherirá al principio *in dubio pro republica*, que toma el lugar, en el estado totalitario, del antiguo *in dubio pro reo*. (...) Para nosotros podría tener valor de fuente la voluntad del Duce, que se puede obtener de su palabra, de su enseñanza, de su doctrina. Donde la ley sea oscura o calla del todo, será fuente de derecho penal: «la voluntad del líder»”. Más adelante agrega que la vieja fórmula del *nullum crimen sine lege* debía ser reemplazada por el nuevo principio *nullum crimen sine poena*. Curioso resulta, por decir lo menos, que en la 5º ed. (1951) de su *Derecho Penal*, pp. 138-141 (ed. en español, Bogotá, 1989, trad. Ortega Torres), al tratar el principio de legalidad, Maggiore se manifieste tan contrario a lo que, pocos años atrás, sostuvo con especial vehemencia. Sin embargo, como expone POLITOFF, Sergio. *Derecho Penal*. 2º ed. Santiago: Lexis Nexis, 2001, t. I., p. 64-65, la defensa a los valores propios de Estados autoritarios también fueron asumidas por otros ilustres penalistas, como es el caso de Welzel, quien con su modelo subjetivista —*Derecho penal de la voluntad*—, tuvo especial sintonía con las ideas políticas imperantes en la Alemania nacionalsocialista. Cfr. además, ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Traducido por LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL. Madrid: Civitas, 1997, t. I, p. 179-184; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español: Parte general*. Madrid: Tecnos, 2001, t. III, p. 178-179; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte General*. 2º ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 374-376.

³ Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: Universidad Complutense, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1994, p. 135, los delitos de peligro serían formas imperfectas de ejecución de tipos imprudentes, elevados a categorías de delitos autónomos. Por su parte,

A través de este trabajo pretendo exponer cuáles son los criterios que, a mi modo de ver, permiten precisar los límites de la tentativa punible en los delitos de hurto cuando estos hechos acontecen en grandes tiendas o en autoservicios. Y es que dada las particularidades que tales espacios físicos presentan, se hace necesario fijar ciertos presupuestos que no se “comprenden” adecuadamente en el delito de hurto tradicional. Al respecto, no debe olvidarse que cuando se precisan en el s. XIX las definiciones básicas de hurto —que mantiene nuestro actual Código—, no se conocían aquellas actividades de ventas anónimas, en las que el consumidor tiene un contacto especial con las especies a adquirir, pues es directo y sin intermediarios⁴.

Sin embargo, me parece importante, antes de entrar al examen de lo expuesto precedentemente, pronunciarme sobre la llamada *pequeña criminalidad patrimonial* y cuáles deberían ser las orientaciones político criminales sobre esta materia. No se trata de un tema menor, pues hay que considerar que buena parte de la carga de trabajo, tanto de fiscales como de defensores, guarda relación con esta clase de delitos. Basta señalar, que en la Región Metropolitana poco más del 30% de los casos que son atendidos por la Defensoría Penal Pública conciernen a delitos de hurto y un porcentaje importante de éstos corresponde a hurtos en establecimientos de autoservicio⁵. Por otra parte, no se puede pasar por alto la intensa y, por cierto, sorprendente actividad legislativa que esta esfera de delitos genera. Basta indicar que como consecuencia del fallo de la Corte Suprema que estimó que no había una sanción penal para las figuras imperfectas del hurto falta⁶ —tipos penales introducidos por la Ley 19.950, que incorporó al Código Penal el artículo 494 *bis*—, se han presentado tres proyectos de ley al Congreso para hacer aún más rigurosa su persecución y sanción⁷.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2º ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 809-812, afirma que tentativa y delitos de peligro conforman la misma categoría de anticipaciones punitivas por peligro de lesión. En todo caso, se muestra crítico frente a tipos de peligro abstracto legitimados mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos. Posición esta última, que no asumen, entre otros, GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 155 y ss.

⁴ En este sentido, MERA FIGUEROA, Jorge. *Hurto y Robo*. Santiago: Conosur, 1995, p. 66.

⁵ Fuente: Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Nacional. En www.dpp.cl (consulta realizada el 9 de febrero de 2006) se indica la alta incidencia de los hurtos en tiendas y supermercados. Allí se informa que: “los supermercados concentran 2.216 de los hurtos falta, equivalente al 57% del total. Y específicamente es la cadena Líder la que más se ve afectada por esta situación, pues el 27% del total de hurtos de este tipo los sufrió esta firma (cerca de 1.000 casos). En Jumbo la cifra es menor: El 14% de los hurtos que se cometen en la capital son perpetrados ahí. En el caso de las multitiendas, éstas sufrieron 1.645 robos hormigas en el período analizado: Ripley encabezó el listado (el 14% de los “mecheros” son sorprendidos en esta firma) y el último lugar lo tiene Almacenes París (2,9 % del total)”.

⁶ Sentencia de 20 de abril de 2005 (Rol N° 5.990-04). Considerando 10º: “Que en el presente caso, no cabe dudas que conforme a los preceptos antes citados la penalidad que se contiene en el artículo 494 bis del Código Penal sólo está referida a las faltas consumadas; que la expresión “también” del inciso final sólo representa una mera intención de hacer típica, la falta frustrada y la tentativa, pero al no contener la ley la sanción expresa y determinada de dichas conductas, no ha satisfecho el principio básico, constitucional y legal de contener legalmente la pena que sería del caso aplicar”.

⁷ Boletines N° 3867-07, 3931-07, 3969-07.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Incluso, se ha propuesto que todo hurto a un establecimiento de comercio es un simple delito, independiente del valor de la cosa hurtada⁸.

1. Algunas consideraciones acerca de la pequeña criminalidad patrimonial, particularmente en establecimientos de comercio

Cuando se discutió en el Congreso las reformas que debían introducirse a los delitos de hurto —y que luego derivó en la Ley 19.950—, uno de los argumentos centrales decía relación con los grandes perjuicios económicos que los hurtos a los supermercados o grandes tiendas generaba. Perjuicios no sólo a los propios establecimientos comerciales, sino también al Fisco, dada la importante evasión tributaria que se producía. Si bien se reconocía que las cantidades hurtadas, valoradas individualmente, eran de escaso valor, el menoscabo económico tenía lugar al considerarlas globalmente. Es decir, los graves perjuicios se ocasionaban no ya a una víctima aisladamente considerada, sino a una actividad económica en su conjunto.

Someramente he expuesto los aspectos más peculiares que se aprecian en la llamada pequeña delincuencia patrimonial. Por una parte, se trata de delitos que, apreciados particularmente, se podrían calificar como *delitos de bagatela*, esto es, hechos que si bien se comprenden formalmente dentro de un tipo penal, dada su escasa lesividad al bien jurídico, podría discutirse su merecimiento de pena⁹. Empero, tomándolos en su conjunto sí representarían un perjuicio patrimonial considerable. Esta última afirmación permitiría señalar que el riesgo para el bien jurídico —propiedad— no estaría representado por la conducta individualmente considerada, en sí misma inocua, sino por el peligro que supone la generalización de tales comportamientos. El fundamento de la imputación penal estaría dado por el efecto sumativo. Lo determinante es, por tanto, el daño acumulativo —¿qué pasa si todos hacen lo mismo?—.

No se puede desconocer que construcciones dogmáticas como son las *tesis de acumulación*, cuestionan seriamente principios básicos como el de culpabilidad, ya que el agente no responde sólo de su propio injusto sino que además, deben tomarse en consideración aportaciones ajenas al hecho. En este sentido, tales planteamientos ponen de relieve la

⁸ Boletín N° 3931-07: Proyecto de ley: “Agrégase, en el N°3 del artículo 446, sustituyendo el punto (.) final por un punto (.) seguido, la siguiente oración: “Si se tratare de hurto de especie que se ofrece al público en un establecimiento de comercio, se aplicará la pena señalada en este número, aunque la cosa hurtada no excediere de media unidad tributaria mensual. En estos se entiende consumado el delito si la cosa comienza a ser consumida dentro del establecimiento, o si el autor es sorprendido ocultando de cualquier forma la especie, aún no hubiere abandonado el local”. “Agrégase al artículo 447 el siguiente N°5: “5° Si el hurto recae en especie ofrecida al público en un establecimiento de comercio”.

⁹ Al respecto, ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Barcelona: Bosch, 1972, p. 52-53, señala que el principio de insignificancia permite en la mayoría de los tipos excluir daños de poca importancia. El principio *nullum crimen* pretende una interpretación restrictiva del tipo penal, logrando con ello actualizar la función de magna carta del Derecho penal. Para mayores detalles de los delitos de bagatela, cfr. GARCÍA VITOR, Enrique. *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, *passim*, quien procura fundamentar dogmáticamente para así orientar procesos de despenalización.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

preocupante tendencia a una especie de *administrativización* del Derecho penal, por cuanto lo determinante ya no es el hecho lesivo particular sino más bien, el daño acumulativo, las repercusiones que para el funcionamiento de un sector pueden producir la generalización de ciertas conductas —fundamento de imputación propio del Derecho administrativo sancionador—¹⁰. Cuestionamientos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad y de intervención mínima ponen de manifiesto las dificultades que el tratamiento punitivo presenta respecto de la delincuencia patrimonial leve. Por tanto, no es un desafío menor determinar qué decisiones de orden político criminal se pueden adoptar para enfrentarla.

A lo anterior deben agregarse argumentos de orden victimodogmático. Entre otros, se pueden citar los que dicen relación con la llamada autorresponsabilidad de la víctima en la generación del delito, en cuanto a considerar el riesgo que ella asume¹¹. En este sentido, se afirma que si la víctima conoce los riesgos a los que se expone cuando exhibe las especies —considerando cómo las ofrece—, debe asumir su contribución hacia su propia victimización, y por ende, fundamentar una posible exención de responsabilidad¹².

Sin embargo, tales razonamientos son minoritarios por lo que se plantea más bien, dentro de las proposiciones victimodogmáticas, que la conducta de la víctima puede incidir en la

¹⁰ Estas afirmaciones ya las expuse en “¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la Ley 19.950 que modifica los delitos de hurto”. *La Semana Jurídica*, nº 192, 2004, p. 14; así también, OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, 2005, p. 305-306; FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. “Comentarios a Sentencia sobre determinación del *iter criminis* en la falta de hurto cometidos en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia-Corte de Apelaciones de Valdivia)”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*. XVI, 2004, p. 239.

¹¹ Cuando se habla del principio de autorresponsabilidad se apunta esencialmente a que la víctima debe tomar las debidas precauciones para impedir que su comportamiento sea generador del delito, de manera tal, que si no las adopta, siendo su responsabilidad, sus bienes jurídicos no quedan protegidos. Acerca de la conciliación de este principio con las bases mismas del Derecho penal, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “Presente y futuro de la victimología”. En: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras Completas*. Lima: ARA, 2004, t. II, p. 676-680. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Comportamiento de la víctima y teoría del delito. Introducción a la ‘victimodogmática’”. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Instituciones de Derecho penal*. México: Ángel Editor, 2001, p. 85, califica como postura minoritaria el considerar el comportamiento de la víctima como fundamento de una eventual exención de responsabilidad del autor; señala que el principio de autorresponsabilidad se dirige a desempeñar una doble función. Por una parte, a modo de *lege ferenda*, inspirar futuras reformas legislativas, por otra, propiciar —de *lege lata*— restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales. Crítico a la idea de autorresponsabilidad, CANCIO MELIÁ, Manuel. “Reflexiones sobre la “victimodogmática” en la teoría del delito”. *Nueva Doctrina Penal*. 1997/B, p. 550-551.

¹² Sobre este punto, BUSTOS R., “Presente”, p. 675, hace presente el riesgo que la víctima asume cuando se aumenta la seducción de la oferta en los sistemas de alta competitividad, como ocurre en grandes tiendas. Cuestión que ha de considerarse desde una perspectiva penal. En n. 11 este autor además señala que desde una perspectiva político criminal no debiera la Administración de Justicia asumir costos cuando se está frente a esta determinada forma de operar mercantilmente, más aún si se han adoptado los resguardos de seguridad pertinentes, particularmente tratándose de menores de edad. En todo caso, en p. 681 señala este autor, respecto del Derecho penal de menores en relación al hurto de supermercados, que en la fundamentación a la prescindencia de la atribución del tipo penal correspondiente no surge como determinante el principio de autorresponsabilidad, sino más bien la consideración político criminal de otros factores, como, por ejemplo, la teoría del riesgo.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

medición de la pena, en cuanto aminoración de la responsabilidad del autor, mas no como eximente. Lo expuesto, entendiendo que la concausalidad en la actuación del agente, permitiría atenuar el contenido de antijuridicidad material o, en su caso, la culpabilidad del autor¹³.

Se han explicado pues, una serie de consideraciones que tienen particular relevancia tratándose de la pequeña delincuencia patrimonial. Por de pronto, en lo que respecta a cuestiones de orden victimodogmático, parece difícil sostener que la naturaleza de las actividades comerciales que desarrollan los establecimientos de autoservicio suponen una exposición al riesgo de tal entidad que sería un factor generador del delito y que, por tanto, justificaría la “pérdida” de la intervención punitiva. Precisamente, la adopción de sistemas de vigilancia particulares, ya sea a través de guardias o videos, autorizan a sostener lo contrario, esto es, que la implementación de ciertas medidas de protección ponen de manifiesto la pretensión de evitar determinados riesgos que son propios de la actividad comercial. Aunque, por otro lado, tampoco se puede desconocer que dada la estructura propia de un autoservicio estos controles no se ejercen sobre la cosa misma, por lo que se produciría una especie de *relativización del significado de la posesión*, que podría incidir en el comportamiento del autor, sobre todo en los más jóvenes^{14 15}.

Ahora bien, que desde una perspectiva victimodogmática resulte discutible excluir la intervención penal, no impide discurrir sobre otras consideraciones de orden político criminal. Como se indicó *supra*, respecto de la delincuencia patrimonial leve, especialmente la que incide en tiendas de autoservicio, se presentan cuestionamientos que guardan relación a la limitada lesividad material que los hechos individualmente apreciados tienen; es decir, la escasa repercusión lesiva de tales comportamientos respecto del bien jurídico propiedad. Sin embargo, por otro lado, tampoco resulta baladí el considerar que una de las particularidades de la sociedad moderna occidental es el *comportamiento uniforme de las masas*, en donde la masificación de ciertas actuaciones —que estimadas de forma aislada crean escasos daños— pueden generar importantes repercusiones en el valor “seguridad”. Precisamente, para algunos el hurto a grandes tiendas, como criminalidad masiva, se comprendería dentro de esta idea, ya que incidiría directamente en las sensaciones de inseguridad¹⁶.

¹³ Así lo afirma, SILVA S., “Comportamiento”, p. 83. En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 562 y ss., particularmente en p. 564, afirma que la corresponsabilidad de la víctima no permite fundamentar la impunidad del autor, pero sí permite aminorar el injusto material.

¹⁴ Sobre consideraciones de corresponsabilidad social en el hurto a grandes almacenes, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”. En: *Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Bogotá: Legis, 2005, p. 580 y ss..

¹⁵ De más está decir que lo expuesto no significa que para resolver si se está frente a un injusto típico, no se valoren las aportaciones particulares, en cuanto exposición al riesgo, tanto del autor como de la víctima. Como, por lo demás, se desprende de la teoría de la imputación objetiva.

¹⁶ Así, JAKOBS, Günther. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. *Estudios de Derecho Judicial*. nº 20, 1999, quien agrega en p. 133: “...no se puede continuar cerrando los ojos ante problemas específicos de una sociedad de masas y hacer como si los individuos fuesen siempre sólo individuos y no partes de una masa. En cualquier caso, el tratamiento del tema "comportamientos en masa e imputación" se ha quedado hasta la fecha rezagado de manera flagrante dentro la dogmática de la imputación”.

Sin pretender ahondar sobre cuál ha de ser el tratamiento jurídico que debe recibir esta clase de delincuencia —por no ser motivo central de este trabajo—, interesante resulta señalar que las posiciones van desde la completa despenalización hasta la imposición de penas privativas de libertad¹⁷. Ahora bien, cuando se habla de despenalización no se quiere decir tampoco que haya una completa ausencia de respuestas frente a estas conductas, sino que éstas deben provenir ya sea del Derecho civil y, especialmente, del Derecho administrativo. Precisamente, en Alemania el Proyecto Alternativo de Ley contra el hurto de grandes tiendas de 1974 (*Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*) apuntaba, entre otros aspectos, a establecer sanciones civiles —salvo si se estaba frente a reincidentes— consistentes en prestaciones de dinero a los propietarios de los establecimientos afectados¹⁸. Aunque tales propuestas presentadas por un grupo de académicos no tuvieron la acogida suficiente¹⁹, hay quienes participan aún de la idea de ciertas *despenalizaciones sectoriales*, sustituyendo la pena criminal por penas privadas²⁰.

Esencialmente, una de las principales críticas que se han hecho a fórmulas como las descritas precedentemente, es que si bien se trata de conductas que suponen escasa lesividad respecto del bien jurídico propiedad, no por ello debieran excluirse de la esfera del Derecho penal. En efecto, una decisión en sentido contrario desprendería a la propiedad del firme anclaje en que se halla dentro de las libertades fundamentales, pues se está frente a bienes capitales estimados imprescindibles para la identidad de la sociedad. Es decir, aun cuando se trate de un hurto de cuantía menor no podría equipararse a otra ilicitud civil o administrativa, pues se corre el riesgo de generar importantes desorientaciones valorativas. En resumen, hurtar, aun cuando sea un objeto de cuantía menor, no puede quedar, por ejemplo, en el mismo plano que un mal estacionamiento de un vehículo²¹. *Hurtar es siempre delito*²². Otra cosa, claro

¹⁷ Para mayor detalle, cfr. SILVA S., “Delincuencia”, p. 568. Entre nosotros, cfr. MERA F., *Hurto*, p. 53 y ss., quien se manifiesta partidario de la despenalización de esta clase de hurtos.

¹⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 66; KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. “Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno”. En: GUZMÁN DALBORA, José Luis (Coord.), *Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, El penalista liberal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 462.

¹⁹ En definitiva, el proyecto de ley, en la versión que entró a regir en 1975, estableció en el § 248.a) del Código Penal alemán que «el hurto y la apropiación indebida de cosas de pequeño valor en el caso de los §§ 242 y 246 sólo serán perseguibles a instancia de parte, salvo que las autoridades dispongan de oficio lo contrario en razón del interés público especial en la persecución». Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Descriminalización y prevención”. *Revista del Poder Judicial*. Número especial II, 1988, p. 9 y ss.

²⁰ En esta línea, ROXIN, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 77; EL MISMO, “¿Tiene futuro el Derecho penal?”. *Revista del Poder Judicial*. nº 49, 1998, p. 373 y ss.

²¹ Así, JAKOBS, Günther. *Derecho penal: Parte General*. Traducido por CUELLO CONTRERAS/GONZÁLEZ DE MURILLO. 2º ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 68-69, para quien los supuestos de bagatela respecto de infracciones de normas que pertenecen al ámbito central no deben solucionarse como meras contravenciones sino como infracciones penales o, simplemente, no sancionarse. Incluso, señala expresamente que la pequeña criminalidad contra la propiedad no puede desplazarse a la esfera de las contravenciones, pues la propiedad forma parte del ámbito central.

²² Para SILVA S., “Delincuencia”, p. 571-572, la introducción de la dimensión ético-social, permite hacer una distinción importante, a saber, entre el daño material y el daño intelectual del delito. Si bien en gran parte de los delitos es posible advertir el daño material —lesión, perjuicio—, también cabe considerar lo que es un daño

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

está, es la respuesta que *desde* el Derecho penal se deba proponer para estos comportamientos.

A mi modo de ver, resulta difícil admitir que una esfera de comportamientos propia de la delincuencia patrimonial leve quede fuera del Derecho penal. Y es que, como se expuso *supra*, existen zonas o ámbitos que no pueden estimarse como infracciones administrativas²³, sin que aquello pueda motivar importantes repercusiones en la conciencia ético-social: como es no comprender *por qué hurtar objetos de escaso valor no es un delito*, y que quienes incurren en tales actos sólo se les sanciona administrativamente.

Ahora bien, que la respuesta deba comprenderse dentro de la competencia propia del Derecho penal supone también un desafío importante, pues, como se afirmó al inicio de este trabajo, uno de los graves riesgos en los que se puede incurrir es tender hacia una *administrativización* del Derecho penal, infringiendo principios como los de proporcionalidad y de culpabilidad. Por tanto, se debe obrar con cuidado a la hora de precisar cuáles son las soluciones más idóneas para enfrentar estas formas de criminalidad.

Es así que las respuestas pueden provenir, tanto a través de los instrumentos que se disponen en el procedimiento penal, como de los propios del Derecho penal. En cuanto a la primera de las vías²⁴, nuestro ordenamiento procesal penal dispone de mecanismos para enfrentar esta clase de delitos. Por de pronto, los fiscales pueden aplicar el *principio de oportunidad* —Art. 170 del Código Procesal Penal—, mecanismo que les permite decidir donde dirigir sus esfuerzos persecutorios²⁵. Como bien se sabe, su establecimiento se relaciona con el tratamiento de la criminalidad bagatelaria, ofreciendo a los fiscales una salida regulada²⁶. Pues bien, conforme a lo anterior queda en manos del Ministerio Público resolver cómo enfrentar la criminalidad patrimonial leve, ya que dispone de los instrumentos para ello.

intelectual, que puede presentarse ya sea por las sensaciones de intranquilidad que tienen lugar, como por el cuestionamiento que se hace a la norma. En el caso de los hurtos de bagatela, si bien el daño material es menor, sí es trascendente el daño intelectual, pues se pone en tela de juicio una norma central del orden social y además contribuye a generar sensaciones de inseguridad.

²³ Estimo que la distinción entre injusto penal e injusto administrativo se explica adecuadamente conforme a criterios teleológicos, es decir, distinguiendo claramente cuáles son los fines del Derecho penal y los del Derecho administrativo sancionador. Al respecto, cfr. mi trabajo “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 nº 1, 2000, p. 147-150.

²⁴ Para conocer el actual tratamiento procesal que se brinda en Alemania a estos delitos menores, cfr. SILVA S., “Delincuencia”, p. 572 y ss. Este autor expone que la vía más recurrida es el sobreseimiento condicionado del § 153 a) de la Ordenanza Procesal Penal. Con ello se evita el juicio, pero se mantiene el efecto simbólico del proceso dado el efecto expresivo de la sanción procesal, por cuanto el imputado puede contraer ciertas obligaciones. Solución, como expone el autor, que genera críticas en la doctrina alemana.

²⁵ Asimismo, KÜNSEMÜLLER L., “Delitos”, p. 463-464, aunque expone ciertas críticas, justificadas por cierto, a las restricciones que se establecen en el Art. 170 del Código Procesal Penal.

²⁶ Al respecto, cfr. BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Estudios del Puerto, 2005, p. 25 y ss.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Estas son esferas de decisión que van conformando las políticas criminales del Ministerio Público, las que pueden dirigirse o no hacia la *descriminalización* de determinados delitos²⁷.

También destaca la posibilidad de apelar a la *suspensión condicional del procedimiento* — Art. 237 y ss. del Código Procesal Penal— y de los *acuerdos reparatorios* —Art. 241 del Código Procesal Penal—, pues el conflicto se resuelve dentro del sistema, con todo el efecto simbólico que conlleva, y además se evita el juicio²⁸. El que se impongan al imputado ciertas cargas permitiría satisfacer exigencias de orden preventivo. Empero, estas fórmulas presentan ciertos inconvenientes que deben ser considerados. Entre otros, que puede alcanzarse una solución al conflicto a través de ciertas presiones ejercidas sobre el imputado para aceptar la suspensión o acuerdo, por lo que puede estarse frente a una decisión que no sea del todo consentida. Además, no es menor tener en cuenta que el empleo indiscriminado de estas salidas puede terminar socavando el carácter preventivo de la norma penal y, con ello, estar frente a una especie de *despenalización sectorial*²⁹.

Tratándose de las respuestas que pueden provenir del Derecho sustantivo, cabe afirmar lo siguiente. Por de pronto, no me referiré a las actuales disposiciones del Código Penal, pues, como se ha subrayado *supra*, éstas no satisfacen exigencias garantísticas mínimas —más aún con la última reforma introducida por la Ley 19.950— que permitan estimarlas como modelos a seguir. En consecuencia, mis propuestas más bien se comprenden dentro de la línea adoptada por el Anteproyecto de Nuevo Código Penal, que a su vez responde a lo que hoy se observa en el Derecho comparado.

Una de las vías es incorporar en las disposiciones de la Parte Especial una referencia a la insignificancia en los hurtos, de manera que permita al juzgador resolver qué respuesta penal brindar al caso concreto³⁰. Esta es, precisamente, la orientación que se aprecia en el Anteproyecto de Código Penal, pues una de las grandes innovaciones que se introducen dice relación con la eliminación de la cuantía como criterio rector para la determinación de la pena en el delito de hurto³¹. En lugar de aquello, se prevé, por un lado, un tratamiento

²⁷ Sobre este punto, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Criterios de actuación del Ministerio Público en materias penales. Recensión del texto *Reforma procesal penal. Oficios del Fiscal Nacional. Materias penales. 2001-2004*, Santiago, 2005”. *Ius et Praxis*. Año 11 nº 2, 2005, p. 358, afirma que respecto del principio de oportunidad se aprecia un cambio en la política de persecución penal del Ministerio Público. Si en el instructivo Nº 35 (2000) se observaba una política de *moderada reducción punitiva*, en el oficio 272 (2004) sobre receptación, se aprecian cambios en la aplicación del principio, acorde con una política de *moderada maximización punitiva*.

²⁸ Resalta los acuerdos reparatorios, KÜNSEMÜLLER L., “Delitos”, p. 465.

²⁹ En mi artículo “Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho Penal”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, 2005, p. 27 y ss., expongo mis aprehensiones al mantenimiento de estos mecanismos de solución de conflictos dentro de un sistema de justicia punitiva.

³⁰ Cfr. SILVA S., “Delincuencia”, pp. 575-576.

³¹ Aspiración ya reclamada por la doctrina, cfr. MERA F., *Hurto*, p. 41 y ss.; RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel. “El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno”. En RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel (Dir). *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal*

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

particular respecto a los hurtos de mínima cuantía, autorizando al tribunal sustituir la pena privativa de libertad por una multa, y, por otro, la posibilidad de aumentar la pena frente a casos de especial gravedad, atendiendo, tanto la cuantía absoluta de lo apropiado como los perjuicios que la pérdida signifiquen para la víctima³².

Es indudable que la propuesta recién descrita permite al juez valorar qué respuesta punitiva se ajusta de mejor forma al grado de culpabilidad del agente, lo que, indudablemente, no acontece con lo que dispone el actual Código Penal, ya que al recurrir al sistema de cuantías permite supuestos de responsabilidad objetiva.

Ahora bien, interesante resulta considerar que el Anteproyecto contempla la *suspensión de la condena*, conforme a lo dispuesto en el Art. 54³³. Es decir, existe la posibilidad de prescindir de la pena, aun cuando se haya pronunciado un juicio de culpabilidad. Este mecanismo ofrece la enorme ventaja de permitir determinar la culpabilidad dentro de un proceso —con todo el efecto simbólico que ello representa— y, en su caso, evitar las consecuencias desocializadoras que puede suponer la imposición de una pena privativa. De más está decir que aquí no se propugna que esta sea la respuesta que deba emplearse para *todos* los casos de pequeña delincuencia patrimonial. Pero sí es importante que se le entreguen al juez herramientas que le permitan valorar cuál es la mejor contestación al hecho delictivo; que, por un lado, no signifique que la norma penal pierda eficacia intimidatoria, y por otro, que se concilie con los principios de proporcionalidad y culpabilidad. Es más, no cabe duda que se está frente a un escenario diferente cuando se trata de delincuencia reiterada. Y es que incluso, quienes sostienen una respuesta ajena al Derecho penal admiten esta vía cuando se está frente a reiteraciones³⁴.

chileno. Valparaíso 1975, p. 124; KÜNSEMÜLLER L., “Delitos”, p. 459-460, aunque admite que se mantenga para distinguir los delitos de las faltas.

³² Artículo 146 (200): “El que sin la voluntad de su dueño se apropia cosa mueble ajena será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales. La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al valor de la cosa apropiada o a los efectos especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para la víctima.

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

³³ Artículo 54: “Tratándose de simples delitos respecto de los cuales resulte mérito para imponer una pena que no exceda de la de reclusión menor en su grado mínimo, pero concurren antecedentes favorables que no hagan aconsejable su imposición, el tribunal podrá suspender la dictación de la sentencia por el plazo de un año.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado haya sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal declarará extinguida su responsabilidad penal y decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Acreditada la presentación del nuevo requerimiento o formalización de la investigación, el tribunal dictará la sentencia condenatoria cuya dictación su hubiese suspendido.

En todo caso, la suspensión de la imposición de la condena o el sobreseimiento que se dicte como consecuencia de la misma, no afectará la responsabilidad civil derivada del delito”.

³⁴ Así, el propio ROXIN, *Derecho Penal (Parte General)*, p. 66; cfr. SILVA S., “Delincuencia”, p. 584 y ss., quien además, examina la reforma al Código Penal español en materia de delitos leves de hurto y el tratamiento a la reiteración.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Por último, es preciso destacar que el Anteproyecto no incorpora disposiciones que brinden un tratamiento particular a los hurtos cometidos en determinados establecimientos³⁵. Decisión que me parece la correcta, pues no se puede explicar por qué un determinado sector económico deba recibir una especial protección penal³⁶.

2. Límites de la tentativa punible. Determinación del momento consumativo en el hurto

2.1. Consideraciones generales

Por de pronto, sólo se puede coincidir con Frank cuando éste respondía a las críticas que se le hacía a su tesis acerca del principio de ejecución, al señalar que se trata de una tarea imposible³⁷. Y es que independiente de los planteamientos teóricos que se adopten, es cierto que *fixar el inicio de la actividad punible* es un problema que presenta particulares aristas. Sin embargo, lo anterior no es óbice para aspirar a fijar un marco que responda a los parámetros garantísticos mínimos propios de una Estado Democrático de Derecho. En este punto, quisiera destacar que ya nuestros primeros comentaristas del Código penal chileno, tuvieron especial preocupación por establecer criterios más bien objetivos³⁸. Cuestión que no se puede dejar de subrayar, considerando que en esa misma época —fines s. XIX y principios del s. XX—, la jurisprudencia alemana se encaminaba hacia tesis subjetivistas, tan caras luego para los regímenes totalitarios que despuntaron posteriormente³⁹.

Sin entrar en mayores detalles, por no ser el problema de fondo que aquí se pretende exponer, soy del parecer que una *perspectiva objetiva* permite establecer los criterios adecuados para fijar el marco de la tentativa punible. Como ha sostenido Serrano-

³⁵ Para BACIGALUPO Z., “Descriminalización”, p. 9 y ss., el afirmar que estos hechos debieran considerarse como hurto agravado, no se justifica, pues, “en todo hurto ya está implícita la lesión de una confianza genérica y que, en el caso del autoservicio, es claro que la víctima no tiene una mayor cercanía personal con el autor como para pensar que su «especial confianza» merecería una protección penal adicional”.

³⁶ Estas mismas razones se tuvieron en cuenta para eliminar del Anteproyecto el delito de abigeato. Las disposiciones generales son ya suficientes.

³⁷ Así lo expone, POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 197.

³⁸ Cfr. FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*. Lima, 1883, t. I, p. 21-22; FERNÁNDEZ, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile*. 2º ed.. Santiago, 1899, t. I, p. 74-75.

³⁹ A partir de mediados del s. XIX Von Buri fundamenta la tentativa sobre la base de una manifestación de voluntad criminal, independiente si el medio empleado es o no idóneo. Criterio que más tarde fue aceptado por el *Reichsgericht*. Sobre este punto, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 3º ed. Buenos Aires, 1970, t. VII, p. 670 y ss. Por su parte, POLITOFF L., *Los actos*, p. 110 y ss. hace ver cómo un modelo de Derecho penal de la consumación, construido sobre fundamentos objetivos, no se conciliaba con el modelo de Estado nazi, y cómo un Derecho penal fundado en el ánimo —fórmula subjetivista— sí les facilitaba sus propuestas teóricas. Incluso, destaca lo sorprendente que resulta que, a pesar de la caída del nazismo, aún persista en Alemania el modelo subjetivo y cita el caso de Welzel, quien ve el orden jurídico, conforme a la teoría subjetiva. Propuestas que Welzel ya exponía en 1934. Asimismo, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 3º ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. II, p. 264, afirma que las tesis subjetivistas fueron exacerbadas por la Escuela de Kiel.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Piedecasas⁴⁰, por una parte, debe establecerse un juicio de peligrosidad de la acción ejecutada por el agente, valorada *ex ante*, sobre la base de un juicio que emite un observador imparcial, además, con los conocimientos propios del autor. Empero, lo anterior aún no es suficiente como para estar frente a un injusto punible. Es preciso además, determinar si tal acción conlleva un grado de peligrosidad que permita afirmar *ex post* el juicio de peligro, esto es, la puesta en peligro del bien jurídico. Mientras el juicio de peligrosidad se estructura esencialmente conforme a un peligro abstracto, el juicio de peligro supone la presencia de un peligro concreto; es decir, se requiere que haya un peligro objetivo al bien jurídico tutelado, por cuanto los actos ejecutados, idóneos, permiten comprenderse dentro de la esfera del tipo.

Siguiendo a Silva Sánchez —no necesariamente en sus conclusiones— se puede realizar la siguiente distinción⁴¹:

a) *Juicio ex ante y ex post peligroso*

Se afirma tanto el juicio de peligrosidad como el juicio de peligro, por un observador objetivo. Si sólo un observador omnisciente puede afirmar la falta de peligrosidad, ya sea *ex ante* o *ex post*, aún así, debiera estimarse la configuración de una tentativa punible. Ello permite admitir que hay principio de ejecución cuando se está frente a actos que para la opinión natural pueden comprenderse dentro de la esfera de la acción típica. Es decir, el consenso se presenta entre la representación de la realidad del agente y la representación de la realidad del observador objetivo, imparcial. Por tanto, considerar que se trata de una representación mayoritaria.

b) *Juicio ex ante peligroso y ex post no peligroso*

Se pueden dar graduaciones de consenso, es decir, una disminución del consenso en cuanto a la peligrosidad. Mientras en el primer caso se compartía el juicio de peligrosidad *ex ante*, salvo, quizás, por el sujeto muy experto, acá no hay una representación dominante. Sólo estima tal peligrosidad el observador objetivo conforme a los conocimientos del autor, mas no conforme a las circunstancias cognoscibles del observador imparcial. Siendo así, podría estimarse que no es posible sostener el juicio de peligrosidad *ex ante* y por tanto, fundamentar la punición de la tentativa. Es decir, observados desde una perspectiva objetivista tales actos no debieran sancionarse⁴². No obstante, esta materia es objeto de discusión, pues se ha sostenido que tales actos no resultan totalmente irrelevantes para la

⁴⁰ Cfr. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Fundamentación del injusto de la tentativa*. Córdoba, 2001, p. 27 y ss.; siguiendo criterios objetivos, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale: Parte Generale*. 3º ed. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 408 y ss.

⁴¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús. “Los límites de la tentativa punible. Una perspectiva epistemológica. Con especial referencia al Código penal español de 1995”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (sede Coquimbo)*, nº 7, 2000, p. 159-161.

⁴² Así también lo sostienen MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto Penale: Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 258, quienes, sobre la base del principio de objetividad, son del parecer que el juez debe considerar todas las circunstancias existentes al momento de la acción (prognosis con base total).

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

comunidad en la medida que pueden generar inseguridad en al protección de los bienes jurídicos. Cuestión particularmente relevante en ciertos casos de inidoneidad. Así, disparar a un cadáver que segundos antes falleció por ataque cardíaco.⁴³

c) *Juicio ex ante no peligroso*

En este ámbito, ni siquiera el observador objetivo en la posición del autor admite la peligrosidad de la acción. El baremo del consenso disminuye notoriamente y por tanto, se está más próximo a una tentativa “irreal”.

2.2. Respetto del delito de hurto en tiendas de autoservicio

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde examinar qué acontece en los delitos de hurto, y especialmente cuando tienen lugar en establecimiento de comercio, como supermercados y grandes tiendas. Cuestión que ha sido particularmente debatida, dado algunos fallos de la Corte Suprema, en los que se ha estimado que el momento consumativo tiene lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba. Es decir, cuando pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa. De manera tal que todo comportamiento anterior no se comprende dentro de la esfera de la consumación.⁴⁴

⁴³ Al respecto, se suele distinguir entre tentativa absolutamente inidónea (delito imposible) y tentativa relativamente inidónea, siendo sólo punible esta última. Esta es la opinión dominante en Chile, salvo CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 7° ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 576 y ss., quien es partidario de sancionar todos los supuestos de tentativa inidónea. Sobre el estado de cuestión en Chile, POLITOFF L., *Los actos*, p. 133 y ss.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 16 de junio de 2004, rol N° 1611-04: “6° Que tanto el recurso del Ministerio Público como el libelo de adhesión de la víctima insisten que la acción de apropiación se produjo fuera de la esfera de resguardo de la víctima, toda vez que en un supermercado, la manifestación de voluntad de autor de hurto se manifiesta por la inmediatez del cliente con la mercadería en el recinto, que en este caso, al haber ocultado la especie entre sus ropas hubo un principio de ejecución y un ánimo de apropiarse de la especie. Tales afirmaciones no se condicen precisamente en este tipo de comercio, en que sólo se adquiere legítimamente el producto una vez que se cancela al traspasar las cajas registradoras, pues es posible que un sujeto guarde la especie en su bolsillo, pero al traspasar las cajas cancela su importe, es decir, dentro del recinto donde se expone la mercadería no es posible presumir que se pueda consumir una apropiación, al no darse los presupuestos del delito consumado, que como se ha dicho, en este tipo de delitos son para el hecho comportarse como propietario de la especie y para la víctima que haya salido de su esfera de resguardo. 7° Que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño, la que en el caso sub-lite, fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño.”. En el mismo sentido, sentencia CS de 17 de junio de 2004, rol N° 1629-04. Últimamente, sentencia CS de 26 de abril de 2006, rol N° 889-06. Contraria a la posición asumida por nuestro más alto tribunal, RAMÍREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia. Universidad Católica de Valparaíso*. XXVI, 2005, p. 139-140. También, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno: Parte Especial*. 2° ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 310-311.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

Particulares dificultades se presentan cuando tales delitos se comenten en espacios donde la constitución de nuevas esferas de custodia se ve facilitada por presentarse, *aparentemente*, menores barreras de protección, como ocurre en grandes tiendas. En este sentido, especial relevancia tiene que son los propios establecimientos los que fijan claramente los límites de su propia esfera de custodia y el momento en que el cliente debe manifestar su propósito de adquisición. Asimismo, que es el propio consumidor quien toma directamente la cosa de donde se halla, trasladándola sin autorización; es decir, en principio no es primordial considerar *cómo* y *dónde* se transporta la cosa dentro de un determinado espacio físico.

Pues bien, considerando que en los delitos de hurto o robo la configuración de la custodia se concreta de manera fáctica; es decir, tiene que presentarse —con ánimo de apropiación— la constitución de una nueva custodia, producto de que se ha quebrantado la custodia anterior. La cuestión es si resulta suficiente lo anterior. En efecto, cuando de manera fáctica se ha generado tal traspaso, pero el agente desde una *perspectiva espacial*, aún se halla dentro del espacio del anterior custodio.

Precisamente para resolver lo anterior, es que la Corte Suprema —así, los fallos citados— y un sector de la doctrina se inclinan por recurrir a la *teoría de la disponibilidad*⁴⁵. Creo que es la posición que otorga una mejor explicación del problema, pues prescindir de tales consideraciones puede suponer adelantar peligrosamente el momento consumativo. Justamente, la teoría de la disponibilidad, al requerir que exista la posibilidad de ejercitar las facultades dominicales, exige *algo más que desplazar la cosa de esfera de la custodia anterior*. Se requiere que haya una posibilidad de disposición sin trabas —aunque sea

⁴⁵ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial*. 2º ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. IV, p. 166: “El delito, conforme a este criterio, sólo podrá estimarse consumado cuando el *delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena*; no es suficiente sacar la especie de la esfera de protección o vigilancia del dueño, sino además estar en condiciones de disponer de ella, siquiera por un instante” (cursiva en el original). Cabe consignar que la teoría de la disponibilidad es mayoritaria en España, cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Comentario al Art. 234”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir); MORALES PRATS, Fermín (Coor). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 2º ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 480-481; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. 2º ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 67: “Constituye posición dominante la teoría de la disponibilidad, según la cual *el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer la cosa como dueño*, es decir, cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical” (cursiva en el original). Además, estos autores resaltan que teorías como la *ablatio* están siendo abandonadas; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal: Parte Especial*. 12º ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 359-360; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 4º ed. Madrid: Dykinson, 1999, p. 321. Contrarios a la teoría de la disponibilidad, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. *Comentarios de la jurisprudencia del año 2003, Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, nº1, 2004, p. 301; POLITOFF /MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones (Parte Especial)*, p. 310. Sobre este punto, KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto: objeto y límites”. Traducido por PASTOR MUÑOZ. *Revista del Poder Judicial*, nº 54, 1999, p. 146, destaca que sólo es relevante para el hurto aquella forma de adquisición de la posesión que entiende el establecimiento del efectivo dominio material como posesión; es decir, tome la cosa en posesión a nombre propio. Lo anterior supone, para este autor, manejar la cosa a discreción (apropiación), y poder excluir a otros —sobre todo al propietario— de cualquier intervención sobre la cosa.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

momentáneamente— y, subsecuentemente, que el titular anterior se vea privado de esa facultad. Sólo así se puede entender que exista una completa ruptura con la esfera anterior⁴⁶.

Al respecto, para Kahlo debe tenerse en consideración que el hurto es un delito de apropiación, en que lo esencial es el apoderamiento, acto que debe precisarse en relación al bien jurídico protegido propiedad. En consecuencia, tomando en cuenta el contenido adscriptivo de la propiedad —que guarda relación con las facultades de disposición—, el desplazamiento posesorio (apoderamiento) requiere para la consumación que se configure una situación fáctica que permita al autor aprovecharse de este contenido adscriptivo⁴⁷.

Por ejemplo, quien estando dentro de un supermercado se introduce la cosa en su bolsillo, si bien en el plano fáctico la cosa ha pasado a poder del agente, no puede decirse que tiene la posibilidad de ejercer actos materialmente ínsitos a un propietario. Por tanto, no podría considerarse que se ha producido una completa ruptura con la custodia anterior y, por consiguiente, la constitución de una nueva⁴⁸. Mientras el autor *no supere ciertos umbrales* impuestos por quien tiene la custodia de la cosa —que en estas clases de establecimientos se fijan claramente—, ésta no se ha quebrantado totalmente⁴⁹.

Se ha argumentado que en estos casos, en los que existen esferas de custodias superpuestas —por un lado, la general, que sería la del establecimiento y por la otra, la del particular, esto es, las ropas del autor—, no constituyen ningún impedimento para configurar un hurto consumado. Para ello, se apoyan en que el Art. 447 del Código Penal lo admite para un supuesto similar, como es el hurto doméstico o famulato. Y es que conforme a tal disposición, es posible afirmar que se ha consolidado una nueva esfera de custodia, quebrantando la anterior, aun cuando la cosa no haya salido, desde una perspectiva espacial, de la esfera mayor o general⁵⁰.

Si bien es cierto en ambos casos se puede apreciar una coexistencia de esferas de custodia, no son en absoluto asimilables. Por de pronto, las actividades económicas propias de los autoservicios no existían al momento de entrar en vigencia el Código Penal chileno. Asimismo, la *ratio* del Art. 447 se explica dado los menores resguardos de protección sobre la cosa. Precisamente, el mayor disvalor se justifica por el abuso de confianza. Evento este último, que no concurre en el hurto a establecimientos de autoservicio, en donde además, no se pone de manifiesto —como señala Mera— el vínculo particular que puede existir entre la

⁴⁶ Así lo afirman BAJO /PÉREZ /SUÁREZ, *Manual (Parte Especial)*, p. 68.

⁴⁷ KAHLO, Michael. “Determinación conceptual del derecho e interpretación sincrética en las relaciones de pertenencia propias del tipo de hurto”, (trad. Silva Sánchez). En: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ED)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA, *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 143.

⁴⁸ Sin embargo, consideran que en este caso el delito se habría consumado, POLITOFF /MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones (Parte Especial)*, p. 310; BASCUÑÁN R., “Delitos”, p. 300.

⁴⁹ En este sentido se pronunciaron las sentencias citadas en n. 44.

⁵⁰ Sobre este punto, cfr. RAMÍREZ, “La frustración”, p. 140 n. 20.

CARNEVALI, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Polít. Crim*, nº1, 2006. A2, p. 1-17.

cosa y el autor⁵¹. Ámbito en el que además, la restitución como la compensación desempeñan un papel preponderante. Cuestiones éstas no menores —como ya se expuso *supra*— a la hora de desarrollar las políticas criminales.

Es indudable pues, que espacios físicos como las grandes tiendas o establecimientos de autoservicio obligan a buscar en el plano dogmático otras argumentaciones, que permitan precisar *cuándo respecto de esta clase de hurtos se está frente a una consumación*.

Puede decirse, como regla general —pues existen excepciones, como se verá *infra*—, que el momento consumativo debe fijarse cuando el autor ha traspasado las cajas, pues es al enfrentar *las cajas registradoras* donde el sujeto debe exteriorizar su propósito de apropiarse del objeto⁵². Precisamente, la caja es la barrera que el propio establecimiento dispone para que pueda tener lugar un desplazamiento en la posesión, esto es, *legitimar* el apoderamiento de la cosa. Es por ello que los fallos de la Corte Suprema, a los que se ha hecho referencia⁵³, han señalado que todo lo que se realice al interior del establecimiento, antes de las cajas, sólo conforman una mera tenencia de la especie y no posesión con ánimo de señor y dueño. De lo anterior puede desprenderse, como primera conclusión, que lo que acontece con anterioridad a las cajas, lo que el sujeto realice al interior del supermercado o de cualquier establecimiento de comercio constituirán actos preparatorios. Y es que por la naturaleza misma de los actos que se efectúan al interior de un establecimiento de comercio, el que un sujeto tome un objeto no puede deducirse objetivamente que se pretende consumir un delito. Como señalan las sentencias del Alto Tribunal, dentro del recinto donde se exponen las mercaderías no se puede entender aún un propósito de apropiación⁵⁴.

Ahora bien, es indudable que la reciente afirmación no debe concebirse en términos absolutos, por cuanto se puede estar en presencia de comportamientos que no se advierten dentro de aquellos que son propios de las actividades que se desarrollan en un establecimiento de autoservicio. Es el caso de quien *esconde* los objetos, poniendo de manifiesto, *de manera inequívoca*, su propósito de apoderarse de la cosa. Frente a esta constelación de supuestos, sólo se puede concluir que se está frente a una tentativa, pues, como se ha expuesto precedentemente, no hay aún posibilidad de disposición. Es decir, siguiendo a Kahlo⁵⁵, el sujeto no está en situación que haga posible aprovecharse del contenido adscriptivo del bien jurídico propiedad⁵⁶. Ello sólo *podría* ocurrir al traspasar las zonas de cajas.

⁵¹ Cfr. MERA F., *Hurto*, p. 66, el delito de hurto estaba originalmente concebido para la adquisición de objetos visibles —más que formalmente— y en el que se apreciaba una vinculación con el propietario. Es decir, la abstracción de la propiedad y la abundancia de objetos materiales que se aprecian hoy en las grandes tiendas, no eran *conocidas* y por tanto, *comprendidas* en el hurto de nuestro código, así como de todos los códigos decimonónicos.

⁵² En este mismo sentido, KAHLO, “Determinación”, p. 145.

⁵³ *Vid.* n. 44.

⁵⁴ Así también, KAHLO, “Determinación”, p. 144.

⁵⁵ KAHLO, “Determinación”, p. 144.

⁵⁶ El único caso problemático que permitiría arribar a una conclusión diferente tiene lugar cuando se ingieren productos alimenticios al interior del establecimiento. Se puede estimar que ya ha tenido lugar un acto que

La interpretación que se acaba de exponer es adecuada, incluso desde una perspectiva político criminal. Brinda los espacios suficientes para permitir el *desistimiento voluntario*. En efecto, el sujeto que ha escondido un objeto dentro de sus ropas para apoderarse de él, puede, antes de enfrentar las cajas, arrepentirse y devolverla a su estante o pagarla⁵⁷.

Antes de concluir este trabajo, surge la siguiente pregunta. Se ha señalado que todo lo que ocurre con anterioridad a las cajas, a lo más permite afirmar la tentativa y que sólo el traspaso de aquéllas permitiría perfeccionar el tipo penal. Empero, *¿qué sucede en el caso de que traspasadas las cajas el sujeto es sorprendido por los guardias?* A mi modo de ver, no permitiría afirmar la consumación del hurto, por cuanto la intervención de aquéllos impide cualquier posibilidad de sacar la cosa de la esfera de resguardo y custodia en la que se encuentra. Por tanto, el acto aún se halla tentado —y no frustrado⁵⁸—. En efecto, si bien el sujeto se apodera materialmente de la cosa *no puede disponer de ella*, ya sea porque es sorprendido *in fraganti* o es seguido en *persecución ininterrumpida*. En consecuencia, el acto se halla en grado de tentativa. Si bien puede estimarse, en principio, que ha realizado una acción peligrosa, ésta no es suficiente para superar los umbrales de protección que impone quien tiene aún la salvaguardia de la cosa, de manera que todavía no se ha producido la completa ruptura con la custodia anterior⁵⁹. En este sentido, debe tenerse en cuenta el obrar de los guardias, los que al saber que ha sido tomada una especie —ya sea a través de circuito cerrado de TV u ocularmente—, inician una persecución ininterrumpida, que impide toda consumación. Y es que el control de la situación es asumido completamente por quienes tienen como misión custodiar, proteger, evitar la sustracción de las especies que se encuentren en el recinto.

No hay aún consumación, pues en estos casos no se ha producido aún la ruptura con la custodia anterior, ya que son los propios guardias de seguridad de la empresa los que retienen al autor, es decir, sujetos facultados por el propio dueño de las especies para ejercer facultades de vigilancia y control sobre tales objetos. En consecuencia, el autor, aunque ya inició la ejecución del delito —cuando traspasa las cajas—, al no estar en condiciones de poder disponer del bien, sólo permitirá afirmar la tentativa.

genera un menoscabo irreversible sobre la cosa y por tanto, considerarlo consumado. Más aún si se elimina todo vestigio del producto. En este sentido, aunque sin referirse a establecimientos de autoservicio, BAJO /PÉREZ/SUÁREZ, *Manual (Parte Especial)*, p. 68. En todo caso, KAHLO, “Determinación”, p. 145, n. 51, cuestiona que pueda entenderse el consumo interno como hurto, sino más bien se trataría de daños. Posición, esta última, criticada por KINDHÄUSER, “La apropiación”, p. 156. Es interesante tener en consideración lo que dispone el Art. 496 N° 33 del Código Penal, pues se refiere a un caso de similares características.

⁵⁷ Opinión compartida por KAHLO, “Determinación conceptual...”, p. 146.

⁵⁸ Se trata de un delito de mera actividad que no permite concebir la frustración, cfr. RAMÍREZ, “La frustración”, p. 133 y ss.

⁵⁹ Así lo sostienen, GARRIDO M., *Derecho*, t. IV, p. 166; QUINTERO O., “Comentario”, p. 481, quien señala que para la consumación se requiere traspasar el ámbito de custodia del titular, el que puede estar representado físicamente (una casa o local) o personal (visión, ya sea directo a través de mecanismos de seguridad). Mientras no se traspasen, como sucede con la persecución, el hecho se halla en grado de tentativa; MUÑOZ C., *Derecho (Parte Especial)*, p. 360; KAHLO, “Determinación”, p. 146.